

**REPOSITORIO ACADÉMICO DIGITAL INSTITUCIONAL**

***LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL AL IMPUTADO QUE  
HA SIDO ABSUELTO POR SENTENCIA EJECUTORIA***

**Autor: GERARDO SAÚL VAZQUEZ ORTEGA**

**Tesis presentada para obtener el título de:  
MAESTRO EN DERECHO**

**Nombre del asesor:  
MAESTRO EN DERECHO GONZALO LÓPEZ CHÁVEZ.**

Este documento está disponible para su consulta en el Repositorio Académico Digital Institucional de la Universidad Vasco de Quiroga, cuyo objetivo es integrar, organizar, almacenar, preservar y difundir en formato digital la producción intelectual resultante de la actividad académica, científica e investigadora de los diferentes campus de la universidad, para beneficio de la comunidad universitaria.

Esta iniciativa está a cargo del Centro de Información y Documentación "Dr. Silvio Zavala" que lleva adelante las tareas de gestión y coordinación para la concreción de los objetivos planteados.

Esta Tesis se publica bajo licencia Creative Commons de tipo "Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada", se permite su consulta siempre y cuando se mantenga el reconocimiento de sus autores, no se haga uso comercial de las obras derivadas.





**UVAQ**  
UNIVERSIDAD VASCO DE QUIROGA

**FACULTAD DE DERECHO.**

**TESIS DE MAESTRÍA:**

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL AL IMPUTADO QUE  
HA SIDO ABSUELTO POR SENTENCIA EJECUTORIA.**

**PRESENTADA POR GERARDO SAÚL VAZQUEZ  
ORTEGA PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRO EN  
DERECHO.**

**DIRIGIDA POR EL MAESTRO EN DERECHO GONZALO  
LÓPEZ CHÁVEZ.**

**FEBRERO DE 2018**

## ÍNDICE

Agradecimientos .....	Página 6
-----------------------	----------

### PARTE 1

Abreviaturas .....	Página 7
--------------------	----------

INTRODUCCIÓN .....	Página 9
--------------------	----------

### CAPÍTULO I: METODOLOGÍA

1.1 Colección de datos .....	Página 14
1.2 Análisis de datos .....	Página 15

### CAPÍTULO II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1 Derecho Romano: Contextualización Socio Cultural.....	Página 17
2.1.1 Primer período: la Monarquía.....	Página 19
2.1.1.1 Sistema de Derecho predominante .....	Página 19
2.1.2 Segundo período: la República .....	Página 20
2.1.2.1 Sistema de Derecho predominante.....	Página 21
2.1.2.1.1 Ley de las XII Tablas.....	Página 21
2.1.2.1.2 Ley Aquilia .....	Página 24
2.1.2.1.3 Jurisprudencia .....	Página 27
2.1.2.1.4 Edictos del Pretor.....	Página 28
2.1.3 Tercer período: el Principado .....	Página 28
2.1.3.1 Sistema de Derecho predominante .....	Página 28
2.1.3.1.1 Crímenes tipificados en la época .....	Página 29
2.1.4 Cuarto Período: el Dominado .....	Página 29
2.1.4.1 Codificación Justiniana .....	Página 30
2.2 Aportaciones trascendentales del Derecho romano pertinentes al estudio del daño moral.....	Página 31
2.2.1 Derecho Privado y Derecho público.....	Página 31
2.2.2 La familia y la capacidad de obrar.....	Página 31
2.2.3 El delito .....	Página 32
2.2.3.1 Injuria .....	Página 33
2.2.3.2 Furtum y rapina .....	Página 36
2.2.3.3 Damnum injuria datum.....	Página 36
2.2.3.4 Infamia.....	Página 37
2.3 Prevalencia del Derecho romano tras la caída del imperio y su Impacto en las legislaciones estudiadas.....	Página 37
2.3.1 Derecho Privado en Francia y Codificación.....	Página 39
2.3.2 Derecho Privado en España y Codificación .....	Página 40
2.3.3 Derecho Privado en México y Codificación.....	Página 40
2.4 Derecho común anglosajón .....	Página 46
2.4.1 Evolución histórica del Derecho común en Inglaterra.....	Página 47
2.4.1.1 Etapa anglosajona .....	Página 47
2.4.1.2 Conquista Normanda y nacimiento del <i>Common</i>	

<i>Law</i> .....	Página 47
2.4.1.3 Etapa del apogee del <i>Common Law</i> y el nacimiento del <i>Equity</i> .....	Página 48
2.4.1.4 Etapa del Derecho inglés contemporáneo .....	Página 49
2.4.2 Desarrollo del concepto de daños en el Sistema del <i>Common Law</i> Inglés .....	Página 49
2.4.3 Derecho común norteamericano .....	Página 51
2.4.3.1 Fuentes de Derecho .....	Página 52
2.4.3.2 Desarrollo del concepto de daños en el Sistema del <i>Common Law</i> en Norteamérica .....	Página 53

### **CAPÍTULO III: ENTORNO CONCEPTUAL**

3.1 Teoría general del daño en el Derecho Civil .....	Página 55
3.1.1 Clasificación de los daños conforme al impacto económico sobre individuo .....	Página 62
3.2 Daños patrimoniales .....	Página 62
3.2.1 Daños emergente .....	Página 63
3.2.2 Lucro cesante .....	Página 64
3.3 Daños morales .....	Página 66
3.3.1 Definición del termino .....	Página 66
3.3.2 El daño a la salud en el Derecho italiano .....	Página 72
3.3.3 Naturaleza de la indemnización .....	Página 74
3.3.4 Clasificaciones del daño moral .....	Página 75
3.3.4.1 Daños morales temporeros .....	Página 76
3.3.4.1.1 El deficit funcional –temporal- temporero .....	Página 76
3.3.4.2 Los sufrimientos acaecidos .....	Página 76
3.3.4.3 los daños estéticos temporales .....	Página 77
3.3.4.4 Daños extrapatrimoniales permanentesl .....	Página 78
3.3.4.4.1 Déficit funcional permanente .....	Página 78
3.3.4.4.2 Daño moral por pérdida de amenidad .....	Página 80
3.3.4.4.3 Daño estético permanente .....	Página 83
3.3.4.4.4 Daño moral sexual .....	Página 84
3.3.4.4.5 El daño de incapacidad de contraer nupcias .....	Página 86
3.3.4.4.6 El daño excepcional permanente .....	Página 88
3.3.4.5 Daños extra patrimoniales evolutivos .....	Página 89
3.3.4.5.1 El daño específico por contaminación .....	Página 89
3.3.4.5.2 El caso particular de la contaminación de asbestos en Francia .....	Página 91
3.3.4.6 Daños a víctimas indirectas .....	Página 92
3.3.4.6.1 Daño por ausencia .....	Página 93
3.3.4.6.2 Daño por perdida de afecto .....	Página 94
3.3.4.7 Daño moral por pérdida de oportunidad .....	Página 96
3.3.4.8 Daño moral o lesion al honor .....	Página 97
3.3.4.9 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción .....	Página 99
3.3.5 Reparación jurídica Daño moral .....	Página 101

3.3.5.1 Formas de reparación .....	Página 104
3.3.5.2 Estimación de los daños morales.....	Página 106
3.3.5.3 Teoría general del daño en el Derecho común Norteamericano .....	Página 109

### **PARTE III- SITUACIÓN ACTUAL**

#### **CAPÍTULO IV: NOCIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL, FRANCÉS Y MEXICANO**

4.1 Reflexiones preliminares .....	Página 112
4.2 Evolución del Derecho positivo .....	Página 113
4.3 España.....	Página 114
4.3.1 Base legal.....	Página 114
4.3.2 Aplicación jurisprudencia y doctrinal .....	Página 120
4.4 Francia .....	Página 125
4.4.1 Base legal.....	Página 126
4.4.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal .....	Página 128
4.5 Perspectiva Europea .....	Página 129
4.6 México.....	Página 130
4.6.1 Base Legal .....	Página 130
4.6.2 Artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán .....	Página 130
4.6.3 Las responsabilidades subjetiva y objetiva.....	Página 133
4.6.4 Incumplimiento de Obligaciones legales a cargo del Servidor Público. ....	Página 135
4.6.4.1 Negligencia.....	Página 136
4.6.4.2 Daño .....	Página 136
4.6.4.3 Nexo Causal.....	Página 137
4.6.5 El monto de la compensación derivado del daño moral.....	Página 137
4.6.5.1 El derecho a la justa indemnización y la reparación del daño moral.....	Página 137
4.6.5.2. Parámetros de cuantificación del monto de la compensación del daño moral .....	Página 141
4.6.5.2.1 Respecto a la Víctima .....	Página 142
4.6.5.2.2 Respecto al sevidos público y el Poder Ejecutivo.....	Página 143
4.6.6 Determinación del monto de la compensación derivada del Daño moral .....	Página 144
4.6.6.1 En la víctima.....	Página 144
4.6.6.2 En la parte demandada.....	Página 146
4.6.6.3 Respecto del Poder Ejecutivo del Estado .....	Página 147
4.6.7 Aplicación jurisprudencial y doctrinal .....	Página 149

#### **CAPÍTULO V: EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMÚN NORTEAMERICANO.**

5.1 Panorámica de la Teoría General del Daño .....	Página 151
5.2 Clasificación de los torts .....	Página 152
5.2.1 Torts intencionales.....	Página 153
5.2.2 Torst de responsabilidad absoluta.....	Página 156
5.2.3 Torst negligentes.....	Página 159
5.3 Daños Compensables.....	Página 160
5.3.1 Daños económicos.....	Página 161
5.3.2 Daños no económicos.....	Página 161
5.3.2.1 Dolor y sufrimientos.....	Página 162
5.3.2.2 Sufrimientos acaecidos.....	Página 166
5.3.2.3 Daños estéticos .....	Página 166
5.3.2.4 Déficit funcional permanente .....	Página 167
5.3.2.5 Daño por pérdida de amenidad.....	Página 167
5.3.2.6 Daño sexual .....	Página 170
5.3.2.7 Incapacidad para contraer matrimonio .....	Página 171
5.3.2.8 Daño por contaminación.....	Página 172
5.3.2.9 Daños a víctimas indirectas .....	Página 172
5.3.2.10 Daños por pérdida de afecto .....	Página 174
5.3.2.11 Daño por pérdida de oportunidad .....	Página 174
5.3.2.12 Daño por engaño del conyugue .....	Página 175
5.3.2.13 Daño al honor .....	Página 176
5.3.2.14 Daños relacionados con la concepción.....	Página 176
5.3.3 Daños nominales .....	Página 177
5.3.4 Daños punitivos.....	Página 177
5.4 Juicio por jurado.....	Página 189
5.5 Valoración de los daños4.6.6.1 En la víctima .....	Página 190
5.5.1 Referencias o baremos para la valoración de los daños .....	Página 192
5.6 Caso particular del Estado de Luisiana.....	Página 194
5.7 Legislación federal .....	Página 196
5.7.1 Federal .....	Página 197
5.8 Sendero doctrinal.....	Página 198

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIONES**

Conclusiones.....	Página 200
-------------------	------------

## **PARTE IV-REFERENCIAS**

### **Bibliografía**

Libros y Revistas .....	Página 222
Legislación .....	Página 240
Jurisprudencia.....	Página 242
Anexos.....	Página 251

*Sólo el que sabe es libre y más libre el que más sabe.  
No proclaméis la libertad de volar, sino dad alas.  
Miguel Unamuno y Jugo.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A mis padres fallecidos Mercedes Ortega Ibarra y Ausencio Vázquez Pérez.*

*A Virginia, Paloma Morelia, Fabienne, Syrun, Gerardo Alberto, Carlos Gerardo, Saul Noé (+).*

*A Roberto Arturo López Solórzano y Maria Teresa López Solórzano.*

*A Esmith Yarza Solano, Alinne Avakian Victoria, Maria Guadalupe de la Luz Rivas Martínez, Maria de Lourdes Espinoza Castilo, Jesús Ochoa Álvarez. José Salvador Luna Contreras, Miguel Angel Fernandez Morfin, Martin Serrano Herrera, Cesar Leal Ramos y Saul Amador Gutiérrez Espino.*

*A mi sobrina Yunuen, a mis sobrinos Ariel Roberto y Gilberto, a mi sobrino nieto Leonardo, en quienes deposito la esperanza de un futuro mejor...*

*Mi más profundo agradecimiento al Maestro en Derecho Gonzalo López Chávez, por sus valiosos consejos y su apoyo constante durante esta aventura.*

*A todos quienes han sido fuente de inspiración y fortaleza para alcanzar todas las metas propuestas.*

## PARTE I

### PROEMIO

### ABREVIATURAS

**A]** AAMN Anales de la Academia Matritense del Notariado. **AF** Académie Française. **AK** Alaska. **AL** Alabama. **ALR** American Law Reports. **AP** Audiencia Provincial. **ARAJL** Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. **ADC** Anuario de Derecho Civil. **AHDE** Anuario de Historia del Derecho Español. **APA** Audiencia Provincial de Asturias. **APH** Archives de Philosophie du Droit. **APM** Audiencia Provincial de Murcia. **ATF** Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse **AZ** Arizona. **A.2d** Atlantic Reporter. **[B]** BOE Boletín Oficial del Estado. **[C]** CA California. **Cass. 1<sup>e</sup>**, civ. Tribunal de Casación de Francia, Primera Sala Civil **Cass. 2<sup>e</sup>**, civ. Tribunal de Casación de Francia, Segunda Sala Civil **Cass. soc.** Tribunal de Casación de Francia, Sala Social. **CE** Constitución Española/ Constitution Espagnole. **CEUA** Constitución de los Estados Unidos de América. **CCE** Código Civil de España/Code Civil d'Espagne. **CCF** Código Civil de Francia / Code Civil de France. **CcassF** Cour de Cassation de France. **CCI** Código Civil de Italia / Code Civil Italienne. **CCP** Code de Procédure Pénale. **CCFM**. Código Civil Federal de México. **CCMICH** Código Civil de Michoacán. **CPCMICH** Código Procesal Civil de Michoacán. **CPC** Código Penal de California. **CPE** Código Penal de España / Code Pénal d'Espagne. **CO** Colorado. **CT** Connecticut. **[D]** **D** Digesto. **DC** District of Columbia. **DE** Delaware. **[E]** ed. Editor. **Ep** en principio. **EUA** Estados Unidos de América / États Unis. **[F]** **FL** Florida. **FTCA** Federal Tort Claims Act. **F.2d** Federal Reporter, 2nd series **F.3d**. Federal Reporter 3rd series. **[G]** **GdP** Gazette du Palais. **GA** Georgia. **[H]** **HI** Hawaii. **[I]** **IA** Iowa. **Ibid.** **Ibidem.** **ID** Idaho. **IL** Illinois. **IN** Indiana. **INSEE** Institut National de la Statistique et des Études Économiques. **Inst.** Instituciones. **[K]** **KS** Kansas. **KY** Kentucky. **[L]** **LA** Luisiana **loc. cit.** loco citato (en el lugar citado). **LRCSCVM** Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. **[G]** **GdP** Gazette du Palais. **[M]** **MA** Massachusetts. **MD** Maryland. **ME** Maine. **MI** Michigan. **MN** Minnesota. **MO** Missouri. **MS** Mississippi. **MT** Montana. **[N]** **nc** nota al calce. **NC** North Carolina. **ND** North Dakota. **NE** Nebraska. **NH** New Hampshire. **NJ** New Jersey. **NM** New Mexico. **NV** Nevada. **NY** New York. **[O]** **OH** Ohio. **OK** Oklahoma. **OR** Oregon. **[P]** **PA** Pennsylvania. **[R]** **RAE** Real Academia Española. **RDP** Revista de Derecho Privado. **RTD Civ.** Revue Trimestrielle du Droit Civil. **RFDC** Revue Française du Dommage Corporel. **RI** Rhode Island. **[S]** **SAPM** Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid. **SC** South Carolina. **SD** South Dakota. **So.2d.** Southern Reporter. **ss.** Sigüientes. **STC** Sentencia Tribunal Constitucional (España). **STS** Sentencia Tribunal Supremo de España. **SSCJNTC** Sentencia Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados. **[T]** **TCE** Tribunal Constitucional Español / Tribunal Constitutionnel Espagnol. **TCF** Tribunal de Casación de Francia. **TEDH** Tribunal Europeo de los Derechos Humanos/Tribunal Européen de Droits Humains. **TN** Tennessee. **trad.** Traductor. **TSE** Tribunal Supremo Español/Tribunal Suprême Espagnol. **TSEUA** Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. **TSF** Tribunal Supremo Francés. **TX** Texas. **[U]**

---

US US Law (United States Supreme Court Law). USC United States Code. UT Utah. [V] VA Virginia. VIH Virus de Inmuno deficiencia Humana/ Virus de l'immunodéficience Humaine. VT Vermont. [W] WA Washington. WIWisconsin. WV West Virginia. WY Wyoming. [OTRAS] III 2d American Jurisprudence 2d

***El sabio no se sienta para lamentarse, sino que se pone alegremente a su tarea de reparar el daño hecho.***

***William Shakespeare***

## **INTRODUCCIÓN**

Es necesario clarificar en La Legislación Civil Mexicana el tema sobre la Reparación del Daño Moral causado a la persona que sea declarada no vinculada a proceso y/o absuelta por sentencia ejecutoriada.

En el caso de no vinculación a proceso –determinado por el Juez de Control-; culminados los estadios procesales por parte del Tribunal de Alzada, Juicio de Amparo Indirecto y la revisión de la sentencia pronunciada que conoce el Tribunal Colegiado en Materia Penal, en donde finalmente mediante sentencia ejecutoria sea confirmada la citada no vinculación al reo.

En el mismo escenario de absolución de la persona imputada –determinado por el Tribunal de Enjuiciamiento-; cumplidas las fases procesales por parte del Tribunal de Apelación y el trámite de la demanda de Juicio de Amparo Directo ante el Tribunal Colegiado en Materia Penal, en donde fuese confirmada la sentencia dictada de absolución.

Se precisaran los mecanismos legales que se contemplan en la Legislación Civil del Estado de Michoacán de Ocampo.

Se realizara una comparación de la reparación del Daño Moral entre el Derecho Mexicano, con el Derecho Norteamericano, Español y Francés.

Para finalizar con la propuesta de la presente tesis, consistente en las causas, motivos y razones por las cuales considero que se debe puntualizar la reparación del daño moral causado al justiciable que sea absuelto por sentencia ejecutoriada. El objetivo de la presente, tiene como finalidad realizar una propuesta relativa a los mecanismos legales que se contemplan en Legislaciones Española y de los Estados Unidos de América para obtener la reparación del daño moral. Así como lo concerniente sobre el mismo tema en la Legislación Civil del Estado de Michoacán de Ocampo.

Tesis que pretende contribuir en la obtención de una mayor claridad para el ciudadano que injustamente es privado de su libertad bajo el ejercicio de la acción penal por parte de la Representación Social; justiciable que es atacado por el Estado violentando así su Derecho Humano a la Dignidad al ser privado de su libertad y después de un camino tortuoso –no tanto como en el sistema penal tradicional inquisitorio- obtiene su liberación, con el

consabido daño moral que sufrió en sus sentimientos, descredito social y, sobre todo, el daño moral causado a su familia.

Las condiciones socio económicas y culturales de los países inciden en su sistema de impartición de justicia. Las naciones con disposiciones sociales vanguardistas han adoptado prácticas jurídicas que promueven el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la acción u omisión de otro semejante; ha sido una forma de mantener el orden social y realizar justicia en la historia de la humanidad.

Se hace que en las iniciaciones de nuestro Derecho positivo, la conceptualización de la protección a los bienes e intereses personales no estaban enmarcadas de una visión resarcitoria sino punitiva; al paso del tiempo la perspectiva fue enaltecida y se aplicaron elementos de naturaleza moral a la imposición de responsabilidad civil; al hacer referencia a la moralización de la responsabilidad civil.

El control económico, las influencias, los intereses de entes jurídicas y naturales han desnaturalizado paulatinamente los bases primarias del hombre y de la mujer, ahora se trata de comprar todo lo que está dentro y fuera del comercio; se adquieren bienes muebles e inmuebles, semovientes, así como se mercantilizan valores e intereses fundamentales del ser humano, por ejemplo, ya no nos sorprende escuchar ofertas de alquiler de vientres, asistencia en procesos de fertilización, compraventa de órganos internos, compañía de otras personas, venta de información sobre la intimidad de nuestros semejantes y transacciones que trascienden nuestra capacidad creativa, sobre todo con el impacto de la tecnología en nuestra vida cotidiana. Estas tendencias sociales van atadas a la realidad sobre la importancia que ofrecen los países civilistas a los bienes patrimoniales en su sistema de codificación, como apunta De Castro.<sup>1</sup> El poder y el estatus social están, en muchas de nuestras sociedades, relacionados de forma directa con el cúmulo de bienes que se tiene o la estirpe de la que se proviene. Esta visión, desde época antigua, ha influenciado en la conceptualización del Derecho de daños, incluyendo el manejo de la responsabilidad civil extracontractual. La codificación y su interpretación por parte de la doctrina y los tribunales en materia de responsabilidad civil han brindado énfasis al patrimonio de los individuos, mientras que se mantiene silencio sobre los bienes inmateriales y derechos fundamentales.

La tendencia a ampliar la visión y reconocer derechos que no enmarcan en un contexto económico, junto a la lucha por el respeto ajeno, también han impactado esferas del ser humano y la forma en que se administra la justicia. La trascendencia de los cambios y la rapidez con la que ocurren no se refleja de manera inmediata en los sistemas de derecho codificados, supliéndose el vacío con la voz de los juzgadores en los tribunales. En estos casos, vemos como las determinaciones judiciales establecen tendencias y posiciones que no siempre prevalecen a lo largo del tiempo, pero reflejan un pensar o una posición en determinado punto de la historia.

El nacimiento de la figura del daño moral, ha estado impregnada de prototipos sobre

---

<sup>1</sup> Federico de Castro y Bravo. "Los llamados derechos de la personalidad: dos estudios provisionales", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1959, vol. 12, núm. 4, p. 1238-1239.

su esencia. Es decir, cuando preguntamos, incluso en la actualidad, a legos y juristas sobre el daño moral, no es extraño escuchar que se trata de las angustias mentales que sufre una persona como consecuencia de una actuación ilícita o un daño. Incluso, según veremos más adelante, para los tribunales que administran la justicia diariamente, se le hace difícil concretar en sus fallos la modalidad del daño moral configurado en los casos y su correspondiente adjudicación resarcitoria. El daño moral es más que zozobra, llanto, insomnio, ansiedad, euforia, depresión y toda la gama de experiencias psíquicas que experimentan los individuos que han sido objeto de daño moral. El daño moral es la antítesis del daño patrimonial, es decir, todo daño que se configura como consecuencia de una actuación ilícita y no tiene impacto en la pecunia del individuo. También es denominado como daño no económico o extra patrimonial y ha sido el resultado de un proceso paulatino de reflexión y la evolución de mentalidades fundamentadas en los principios sociales tradicionales.

Como será puesto de relieve en lo subsiguiente, la codificación civil en materia de daños es general, pero deja un espacio para su aplicación a los daños morales.

No obstante que se observa un avance, todavía existe un grado tal de diversidad en la conceptualización, alcance y aplicación del tema que algunos exponentes lo han denominado como un misterio casi imposible de descifrar.<sup>2</sup>

El estudio del daño moral mediante el concierto de diversos sistemas de Derecho resulta enriquecedor y ayuda a romper prototipos que limitan su desarrollo. El ejercicio permite, no solo ver los procesos evolutivos de la figura en los diferentes países que comparten un sistema codificado de origen homogéneo, sino ver la riqueza del instrumento legal en evolución cuando se compara con un sistema totalmente diferente.

Dentro de los movimientos doctrinales hay críticos que plantean la imposibilidad de resarcir un daño a los intereses espirituales del ser humano a través del dinero. Ripert G., en la década de los años 1940 realizó una severa crítica a las personas que reclamaban la reparación de un perjuicio moral, indicando que puede resultar impactante para los perjudicados ir a convertir en dinero sus lágrimas frente a un tribunal.<sup>3</sup> Una forma clara y simple para describir el proceso donde el éxito o fracaso del caso estriba no solo en la participación de peritos que pongan al juzgador en posición de entender la magnitud del perjuicio acaecido, sino en la habilidad de la parte perjudicada por describir de manera neta su experiencia y porque debe ser acreedor de reparación. La subjetividad que enmarca los daños morales no ayuda en el proceso de ponderación judicial. Los contornos personales impactan directamente la manera en que los perjudicados interpretan y experimentan el daño,

---

<sup>2</sup> Cour de Cassation, Cycle Risques, assurances, responsabilités 2006-2007, Sixième conférence, La réparation du préjudice extra-patrimonial, 2 juillet 2007, [en línea]. [Consulta: 20 de julio de 2014]. Disponible en: [http://www.courdecassation.fr/venements\\_23/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2007\\_2254/assurances\\_responsabilites\\_9\\_488.html](http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9_488.html). Traducción nuestra. Texto original en francés: "Le préjudice extra-patrimonial est un mystère du droit de la responsabilité. La notion de préjudice extra-patrimonial semble d'ailleurs insaisissable."

<sup>3</sup> RIPERT, G., Le prix de la douleur, D. 1948, Chr., pág. 1. Literalmente en francés, el autor expresa: "[i]l peut être choquant d'aller monnayer ses larmes devant les Tribunaux."

los valores sociales y las pautas de referencia social magnificarán o reducirán el impacto en el detrimento causado al otro.

Se pretende mediante esta tesis mostrar la conceptualización del daño moral en el Derecho civil mexicano y español, teniendo como fuentes en su evolución este concepto legal en otras legislaciones -entre otras- el Derecho francés y el norteamericano. Se advertirá la subjetividad en la administración de la justicia cuando hay ausencia de disposiciones legales dirigidas a proteger los intereses incorporeales y la forma de reparar los mismos cuando son afectados.

Para iniciar realizo una breve exposición de antecedentes históricos relevantes, resaltando al tema general de los daños. Comenzó con la transformación de un sistema que utilizaba el castigo como disuasivo de conductas no aceptadas, centrados en el actor del daño a uno reparador que busca un remedio para la víctima que sufre el agravio. La exposición es de forma general para lograr fijar las bases de la transformación del daño y poder valorar cómo el enfoque social juega un rol determinante en la definición de los intereses materiales y espirituales del ser humano; es relevante considerar el período que tomó a las civilizaciones que nos antecedieron desenvolverse de una visión a otra, lo que servirá de parámetro para entender que a pesar de que se habla hace mucho tiempo del daño moral, aún se encuentra en un proceso evolutivo.

Luego, advertiremos el daño moral dentro de la responsabilidad civil extracontractual y el Derecho de daños en general. A través de la conceptualización ofrecida en los países analizados se aprecia la trascendencia del daño moral, poniéndose de manifiesto su individualidad e independencia del daño patrimonial; de igual forma, se aprecia el tratamiento ofrecido al daño moral en jurisdicciones que tienen en común el sistema fundado en el Derecho civil, en particular España, Francia y México, con menciones menores de otros países, como Italia, Bélgica, Alemania y Portugal.

Tras analizar el concepto del daño moral en las principales legislaciones sujetas a estudio, realice una revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina de la figura para determinar cuán formalizado está el concepto. Anticipo que el protagonismo en el proceso lo tienen los Órganos Jurisdiccionales, que han concebido determinaciones que han delineado los contornos de la figura del daño moral, en base en la doctrina de diferentes naciones. A pesar de la gran actividad jurisprudencial sobre la cuestión en estudio, debo decir que los tribunales han sido muy cautelosos en fundar y motivar sus sentencias mediante la interpretación de los artículos relacionados a la responsabilidad civil extracontractual, como característica de un sistema basado en la ley.

El ejercicio que más dificultad tiene y donde no existen referentes paralelos de comparación ha sido el estudio del tratamiento ofrecido por los Estados Unidos de América a los daños morales. Poseen un sistema de Derecho diferente al estudiado en los países europeos y México. La individualidad y soberanía de los territorios que componen los Estados Unidos de América presenta un reto en la evaluación de la figura y la ponderación de puntos de referencia. Se contextualizan en la jurisprudencia norteamericana, daños cuyo paralelo representa un perjuicio moral en las jurisdicciones civiles, pero hay otras modalidades que

ni siquiera han sido objeto de ponderación judicial. Se advertirá que la mentalidad al manejar ciertos daños morales dista de la aplicada en España, Francia y México; estas diferencias dan la oportunidad de conocer y aprender de los procesos. La legislación norteamericana nos ofrece la oportunidad de conocer y evaluar el uso y efectividad de los daños punitivos como mecanismo disuasivo de conductas ilícitas y la intervención de jurados en el proceso de ponderación judicial en casos civiles.

## CAPÍTULO I

### METODOLOGÍA

#### 1.1 Colección de datos

La piedra angular para el estudio es el Derecho español, dio inicio haciendo un estudio bibliográfico de fuentes primarias y secundarias sobre el tema general de la responsabilidad civil extracontractual y dentro de ese contexto, evalúe el daño moral, examinando la profunda bibliografía existente sobre el tema tomando en consideración una comparación de diferentes sistemas de derecho.

La intención primaria tenía como objetivo analizar los mismos temas en las tres principales jurisdicciones civiles estudiadas, esto es, España, Francia y México, empero me di cuenta que el desarrollo del daño moral en las pre citadas legislaciones no ha ido a la par y, por ende, no existe una perfecta similitud en las mismas; fue así que encontré en la elaboración del presente trabajo temas que han sido objeto de discusión en algunas jurisdicciones y en otras no. Al analizar los criterios jurisprudenciales fue de gran importancia para esta tesis, recalcando que las determinaciones judiciales sobre el tema son de gran interés; el estudio fue muy complejo ya que el acceso y la organización de los materiales se modifica entre las legislaciones, por ello, fije un marco del tema principal y luego de desarrollar el mismo bajo el contexto del Derecho español, estudiando e introduciendo las consideraciones del tema en Francia y México.

A pesar de que se trata de un tema muy antiguo, se debe describir su desarrollo como actual porque no es hasta hace algunas décadas que se plantean supuestos que han permitido apreciar el alcance del daño moral en un contexto importante al llegar a equipararlo al daño patrimonial, figura que conocemos desde el Derecho Romano.

Al investigar, para comprender la figura del daño moral, me llevó a concluir que la legislación que mayor estructura ha proporcionado al tema es la de Francia, aun y cuando su sistema de clasificación es objeto de críticas, debe reconocerse que sirve de inigualable medida para un estudio del tema, por lo que, en razón de ello, seguí el sistema de clasificación de los daños morales desarrollado en Francia y conocido como Dintilhac.<sup>4</sup>

Iniciando de los contextos reseñados en el sistema francés, en la búsqueda de jurisprudencia sobre los diversos temas -experiencia enriquecedora-; con el estudio de la

---

<sup>4</sup> Jean-Pierre Dintilhac (en su momento, presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación) la elaboración de una lista de perjuicios corporales coherente, “que distinga claramente entre los perjuicios económicos y los no económicos, especialmente en lo relacionado con la incapacidad permanente parcial”. El informe respectivo fue consignado en julio de 2006

jurisprudencia pude advertir la práctica en la aplicación del daño moral; en el análisis de los sistemas jurisprudenciales de España, Francia y México, utilice recopilaciones para ubicar en temas determinados, acudí al uso de bases de datos electrónicas: 1) Aranzadi para la jurisprudencia española, 2) Legi France para la jurisprudencia francesa. 3) Westlaw para la norteamericana. 4) Ius para la jurisprudencia mexicana y 5) Vlex para información general. Instrumentos electrónicos como complemento de las referencias bibliográficas encontradas en España, Francia, México y Estados Unidos, fue el obtener jurisprudencia presente y los últimos pronunciamientos de los principales tribunales judiciales con relación al tema de estudio.

Al estudiar la jurisdicción de los Estados Unidos de América, totalmente diferente a las de corte civil, en particular fue un difícil para entender un sistema de Derecho diferente al nuestro, por que proyecta problemas adicionales, como la soberanía de los territorios que le conforman, lo que implica que legislen e interpreten en sus respectivos Tribunales Supremos el procedimiento que ofrecen a las polémicas que tienen ante sí. De igual forma, la existencia de figuras y elementos poco frecuentes y extraños al Derecho civil, como el uso de jurados para determinar sobre los casos de daños y el uso del disuasivo del daño punitivo es lo que diferencia esta jurisdicción. El Derecho civil lo utilizan para las cuestiones privadas y del Derecho común en lo concerniente a la cuestión pública, ocasionalmente advertí el influjo de uno y otro sistema en la aplicación del Derecho; al estudiar el sistema norteamericano resultado de gran importancia, además que sirve de contribución al sistema educativo europeo, ya que lo común es referir a Inglaterra como punto de partida en el estudio del Derecho común y no precisamente al de los Estados Unidos de América. Es relevante observar que no obstante de ser un que es una de las principales potencias mundiales -con una visión vanguardista sobre muchos temas- es rezagada en el conducción de los derechos inmateriales del ser humano y en la reparación de los daños extra patrimoniales.

Con el propósito de enriquecer el tema y proporcionar un matiz más amplio, hice investigación sobre el mismo en Italia, Alemania y Bélgica para obtener bocetos relevantes que me permitieran comprenderle. El estudio y colección de datos es extenso, interesante y seductor, sé que me falta más por leer, por buscar, analizar y entender. El presente trabajo, a mi entender, recoge un panorama amplio y serio del tema del daño moral en los países estudiados y sirve de narración para contextualizar su alcance y su etapa siempre evolutiva.

## **1.2 Análisis de datos**

Los datos recopilados fueron analizados dentro del texto de nuestro país, en contraste con las jurisdicciones estudiadas. Se destacan las similitudes así como las separaciones, en algunas antagónicas con lo que parece ser la norma; al desarrollar los temas analice, hallazgos y conclusiones más relevantes y de mayor aportación al daño moral. En el apartado final se evaluó los antecedentes históricos y su correlación con el daño moral actual y el progreso que ha tenido el mismo en las jurisdicciones analizadas.

## PARTE II

### NOCIONES GENERALES

#### CAPÍTULO II

#### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se hace necesario introducir breves apuntes sobre la cultura romana, así como un pequeño breve recorrido por las diferentes etapas por las que discurrieron y evolucionó; lo anterior con el propósito de comprender las figuras jurídicas que se expondrán y evitar la confusión de los conceptos de la época romana e interpretarlos a la definición contemporánea.

Como es sabido, el Derecho Romano es el punto de partida y la fuente principal de las máximas reglas, principios y axiomas jurídicos utilizados de forma recurrente en las Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro País, del Tribunal Supremo de España, también son utilizadas en otros países, cuyo derecho es de origen civilista, como acontece en Francia. Incluso, veremos que aún en las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América -país cuya tradición jurídica deriva del Derecho común- se pueden encontrar principios y máximas romanas citadas en las Sentencias emitidas por su máximo foro judicial.

La cultura Romana dejó a las civilizaciones actuales importantes aportaciones en el entorno social, religioso y legal; se advierte de la historia romana como punto de referencia cuando se estudia el desarrollo del Estado; constituye el pedestal del progreso religioso cristiano, alcanzando la Iglesia Católica su máxima expresión de unidad y proliferación tras la caída del Imperio; es muy importante la aportación que hizo la civilización romana en el área del Derecho, su adelanto intelectual y la difusión del pensamiento jurídico tuvo gran importancia en las legislaciones de corte civil por todo el planeta. Las obras de mayor excelencia -resguardadas bajo el mandato de Justiniano- ponen de manifiesto la clara definición del concepto de derecho que tenían los romanos; comienzan las *Instituciones de Justiniano*, definiendo el concepto de justicia de la siguiente manera: “*La justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo.*”<sup>5</sup> Es necesario reconocer la valiosa aportación de esta civilización, a pesar de que en su momento no eran percibidas como tal por los países dominados que albergaron los preceptos y máximas legales de manera hostil, durante los periodos en que fueron conquistados.

Al estudiar el Derecho romano encontré obstáculos por la pérdida de información valiosa y la desaparición de registros exactos y confiables que permitieran llegar a conclusiones categóricas sobre el tema. Tito Livio reseña en el Libro Sexto, sobre la reconciliación de los órdenes (389-366 a.C.) que su tarea estuvo envuelta en la penumbra, en parte por su gran ranciedad y porque los registros escritos eran muy pocos y escasos en aquella

---

<sup>5</sup> La definición de Justicia está en el Libro Primero, Título I de las Instituciones de Justiniano. El texto original en latín es «*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*»

época y los que existían se perdieron casi todos en el incendio de la ciudad.<sup>6</sup> Los romanos dividían sus cuestiones de la ciencia jurídica en dos clases principales, el Derecho público y el Derecho privado. El Derecho público, atendía los asuntos relacionados con los organismos públicos, las cuestiones entre los ciudadanos y los dioses, las relaciones con otros Estados. En tanto, el Derecho privado se ceñía a los individuos y las relaciones entre ellos. En este trabajo me limito a revisar y disertar los aspectos relacionados al Derecho privado y todo lo que pueda guardar una notabilidad con el tema del *daño moral*.

## 2.1 Derecho Romano: contextualización socio-cultural

La sociedad romana adoptó y diferenció los conceptos *ius, fas* y *boni mores*.

El primero *ius*, hace referencia a los conceptos lo justo, lo debido y por consiguiente a una noción general del derecho, aunque no constituye una traducción literal del concepto;<sup>7</sup> de acuerdo a Kaser,<sup>8</sup> el concepto *ius* era utilizado en más de una forma por los romanos. En algunas ocasiones se refería al derecho objetivo, en particular a instituciones y reglas jurídicas, mientras que en otras ocasiones se refería al derecho subjetivo y a la forma en que los individuos podían proceder legalmente. A manera de ejemplo, nos presenta las diferencias antes reseñadas en la aplicación de la contraposición de las máximas «*ius quo populus Romanus utitur*» y «*alicui ius esse utendi fruendi*»; en complemento, se encuentra el uso del término *ius* para referirse a situaciones específicas o posiciones legales.<sup>9</sup>

En tanto que el *fas*, se refería al orden general del universo que afecta y dirige a todos, incluyendo seres humanos y a las deidades romanas. Era el equivalente al derecho divino, un es lo lícito dentro del ámbito religioso. Se utilizaba además como sobrenombre de *Temis*, diosa de la Justicia y era una especie de ley revelada que sancionaba con penas de carácter religioso.

---

<sup>6</sup> Véase Tito Livio, VI, 1.

<sup>7</sup> SEGURA MUNGUÍA, S., *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las Voces Derivadas*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 403, nos refiere que el término *ius* se relaciona al derecho, justicia y su base etimológica proviene del sánscrito, término *yoh*.

<sup>8</sup> KASER, M., *Roman Private Law*, Londres: Unisa Press, 1993, p. 21; GIMÉNEZ CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 57-59; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, Madrid: Ediciones Académicas, S.A., 2004, p. 165-166.

<sup>9</sup> El *ius quo populus Romanus utitur* se refiere al conjunto de normas que los romanos aplican (derecho objetivo), mientras que el *alicui ius esse utendi fruendi* se refiere al goce de cualquier derecho (derecho subjetivo); GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid: Reuos, 1995, p. 328, también aduce que el término *ius* es utilizado por los romanos para referirse en algunas ocasiones al derecho subjetivo y en otras al derecho objetivo; CABANELLAS DE TORRES, G., *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, Buenos Aires: Heliasta, 2007, p. 504-505 nos presenta las diferentes acepciones del término en Roma, entre las cuales se encuentran “derecho humano” en contraposición al “derecho sagrado”, administrar la justicia (*ius dicere*), juicio (*iudicium*), determinaciones judiciales con fuerza de ley (*ius facere*); BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia: The Lawbook Exchange, Ltd., 2014, p.525-526.

El *boni mores*, por su parte, hace referencia al concepto de bondad, conducta honesta y moral y en general a las buenas costumbres desplegadas en la sociedad romana. La inobservancia de estas reglas de conducta podía acarrear para el ciudadano romano ser calificado de infame en el censo y los actos jurídicos celebrados en su contra eran considerados inmorales.

Los romanos para diferenciar los preceptos legales de los morales, acogieron máximas que se referían al particular; la separación entre los asuntos legales, morales y religiosos no era evidente en su época ya los nociones provenían de los principios religiosos; mediante un proceso largo fue que instituyeron el derecho como un conocimiento separado e independiente de la religión y la moral. Celso, jurista del siglo II d.C. definió el derecho como el arte de lo justo y lo bueno «*Ars boni et aequi*»; mientras que Ulpiano, jurista que vivió entre el siglo II y III d.C. lo definió como la voluntad perpetua de dar a cada uno su derecho «*Constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi*»; al igual explicó que el derecho está fundamentado en tres preceptos legales y éticos que son: vivir honestamente «*Honeste vivere*», no perjudicar a otro «*Alterum non laedere*» y dar a cada uno lo suyo «*Suum quique tribuere*».

El Derecho romano data desde la fundación de Roma hasta la muerte del Emperador Justiniano; durante ese período se advierten cuatro etapas históricas, asentadas en el esquema o enfoque político que predominó durante los mismos a saber: la Monarquía, la República, el Principado y el Dominado. Algunos estudiosos del Derecho prefieren utilizar otras denominaciones -derecho arcaico, derecho preclásico, derecho clásico y derecho tardío o postclásico-, empero, no existe consenso por lo que preferí referirme a las etapas históricas como punto de referencia para ubicar los historiales.<sup>10</sup>

Se dice que Roma se fundó en el año 753 a.C. y sus pobladores procedían de etnias afines a los latinos y a los sabinos;<sup>11</sup> por lo cual las leyendas populares mencionan. como la del “*rapto de las sabinas*” para representar las dinámicas surgidas en el acontecer diario de los romanos; no obstante que las etnias estaban vinculadas entre sí, sus habitantes fueron integrándose en lo que se conoció como Roma; algunos estudiosos describen el estado de anarquía que dominaba en los principios de Roma, refiriéndolos como “salvajes” y “anárquicos”.<sup>12</sup> Su comienzo es dudoso y se reemplaza con la leyenda de Rómulo.<sup>13</sup> Para conservar el poder establece el sistema real, por el cual establece controles y funda el primer

---

<sup>10</sup> ESPITIA GARZÓN, F., *Historia del Derecho Romano*, Colombia: Universidad de Externado, 2012, p. 42. Según este autor Guarino, Di Pietro y Lapieza sustentan una postura donde el derecho arcaico corresponde con el periodo de la Monarquía, el derecho preclásico corresponde a la República, el derecho clásico con el Principado y el derecho postclásico con el Dominado. Por el contrario, los autores D’Ors y González de Cancino sostienen que la concordancia no es exacta y que el derecho arcaico se extendió hasta los primeros años de la República, el derecho preclásico se extendió desde la Ley de las XII Tablas hasta finales de la República, el derecho clásico coincide con el Principado y el derecho tardío concuerda con el Dominado.

<sup>11</sup> RABINOVICH, R.D., *Derecho romano para Latinoamérica*, Quito: Cevallo, 2006, p. 32.

<sup>12</sup> IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, Granada, 1998, p 75; IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, Méjico, 2001, p. 189-191.

<sup>13</sup> Quien se quedó con el poder absoluto, tras asesinar a su hermano.

sistema social convirtiendo a Roma en una gran ciudad.

### 2.1.1 Primer período: la Monarquía.

Rómulo constituyó Roma en el año 753 a.C. utilizando un poder monárquico que se utilizó para el primer período histórico que se desarrolló hasta el año 510 a.C. El monarca tenía el cargo máximo en la política, la religión y la milicia; se basó el gobierno tomando como referencia el sistema etrusco, se fragmentaba la ciudadanía en grupos con funciones militares y políticas o “curias” y el cuerpo asesor compuesto sustancialmente de personas mayores o “senados”.<sup>14</sup> Los patricios, fue grupo aristocrático y sacerdotes cuya función era hacer cumplir con las diversas funciones consagrada y que habían sido adoptadas de los etruscos; los plebeyos tenían un lugar prominente en el desarrollo de la sociedad. Por su parte, se denominaban plebeyos los ciudadanos menos influyentes dentro de la sociedad romana.

Es la época que comienza a formarse el Derecho romano y es denominada como la época arcaica. Las referencias históricas sobre la evolución del derecho para esta etapa son escasas y poco confiables. La familia era la base de la sociedad romana y el padre era la figura central sobre la cual giraba toda autoridad; estaban sometidas a él, mujeres, hijos, siervos, animales e inmuebles; a la vez se calza en este período la base del término pecunia o riqueza, ya que se medía la capacidad económica del jefe de familia conforme al *pecus* que tuviese, entendiéndose el ganado, especialmente el ovino. Esta realidad social de la época se preserva en los principios legales, dirigidos a proteger los bienes patrimoniales.

#### 2.1.1.1 Sistema de Derecho predominante

El Colegio de Pontífices tenía delegada la potestad de interpretar la voluntad divina y de aplicarla a los hombres de conformidad. Los preceptos legales que distinguen este período son el *ius*, el *mos* y el *fas*. El *ius* es una noción para denominar la justicia de los hombres, en contraposición con el *fas* que hace referencia a la justicia divina.<sup>15</sup>

El primero podía ser modificado por el hombre y las consecuencias de su inobservancia sólo tenían efectos en los humanos. El segundo, por el contrario, era inalterable para el hombre, sólo podía ser modificada por voluntad de los dioses y su incumplimiento suponía injuria a los preceptos de orden sobrenatural y divino; en ese contexto cultural, el temor a los dioses era tan enraizado que influía en toda la extensión del quehacer humano, por lo cual la ofensa al prójimo o al orden natural de las cosas constituía una violación al ordenamiento divino o *fas* y por consiguiente acarrear consecuencias letales para su infractor.

El otro concepto importante en la época es el *mos* y se refiere a las

---

<sup>14</sup> La etimología de la palabra “senado” nos refiere al término “anciano” que era descriptivo de los ciudadanos que lo componen, también denominados padres. El *sēnātūs*, [*sēnex*], era el consejo, asamblea de ancianos; senados denominado «*Senatus Populusque Romanus*», S.P.Q.R.

<sup>15</sup> IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p 208; IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, New York: Oxford University Press, 2001, P. 190. En esta última referencia, el autor define el *Fas* como ‘lo que aparece, la luz, o una indicación (divina), un oráculo divino’, como *fatum*.”

costumbres.<sup>16</sup> Es un término en latín análogo al término *éthos* en griego que hace referencia no solo a las costumbres sino al carácter de la persona. En latín ambas concepciones están contenidas en el *mos-moris* o costumbres. Tales figuras jurídicas contienen prohibiciones y permisos de la conducta humana conforme al modo que se observaba el culto religioso y los procedimientos adivinatorios o anuncio del futuro; eran los sacerdotes los que declaran lo que es *justo e injusto*, lo *fasto* o lo *nefasto*.

Esta temprana etapa del desarrollo histórico del sistema de Derecho romano fue donde se instituyó la *censura* como mecanismo para preservar la moral; entendido dicho concepto de *moral* mediante la intervención del Censor y no guarda relación alguna con el concepto de *daño moral* estudiado en la presente tesis. Los principios morales salvaguardados por el Censor romano eran los dispuestos por los caracteres de las personas desde el punto de vista de la bondad o malicia que despliegan en su comportamiento social.<sup>17</sup> Se trataba de la acción del Estado romano, mediante la figura del Censor, interviniendo en casos que impactaban la sociedad, tales como: el perjurio, el adulterio, el divorcio sin justa causa, la falta de humanidad con los subordinados, la vida licenciosa, la prodigalidad, la alteración de relaciones económicas, la falta de respeto a la autoridad, entre otras.<sup>18</sup> El argumento social es del Estado interviniendo con sus ciudadanos y no guarda relación con el concepto de daño moral actual.

### 2.1.2 Segundo período: la República

La segunda etapa denominada “*La República*”, se distingue por los cambios sociales que se generan entre los años 510 al 508 a.C.; se desarrolló por seis siglos, hasta el año 27 a.C. y se advierte la transformación del Derecho romano al pasar de la época arcaica a la preclásica -también denominada época del esplendor- a partir del año 130 a.C., fue denominada así porque fue en donde se reseñan las mayores aportaciones escritas al Derecho romano, formando una organización que no dependía únicamente de la interpretación de la voluntad divina o del uso y costumbre prevaleciente.

Durante este segundo período mana la figura del *Pretor* quien ejercía en un cargo público como magistrado para resolver conflictos entre personas privadas. Para el año 336 a.C. se designa al Pretor, quien asume jurisdicción de administrar o “decir el *ius*”; para la época 242 a.C. los pretores habían elevado a cuatro y subsiguientemente siguen aumentando y especializando conforme a la necesidad; florecen las figuras del pretor urbano y del peregrino y van secularizándose los conceptos legales, perdiendo la influencia o formalismo sacramental que las distinguía en el periodo anterior.

Las legislaciones aprobadas durante la República fueron el resultado de la

---

<sup>16</sup> El concepto también tiene como acepción la voluntad, el deseo, el capricho o el gusto; no obstante se reconoce como definición etimológica el significado de costumbre en las siguientes frases: *morem alicui gerere* (uso, costumbre); *sicut meus est mos* (tal como es mi costumbre).

<sup>17</sup> La Real Academia Española presenta como una de las definiciones de la palabra *moral* de la siguiente manera: “*Pertenciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.*”

<sup>18</sup> IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, 2001, op. cit., p. 291.

deliberación y participación de las dos castas sociales que convivían en Roma y permean en ella los intereses de los plebeyos en las áreas de la política, el derecho y el desarrollo económico-social. Las leyes de mayor relevancia fueron: 1. la Ley de las XII Tablas, la cual constituye el primer esfuerzo por codificar el Derecho, que hasta ese momento era creado y administrado por el Colegio de Pontífices de manera oral. 2. Las leyes Valeria Horatia que ofrecían protección divina a los tribunos de la plebe, manifestando consecuencias patrimoniales a los que incumpliesen la misma; equiparan las leyes a los plebiscitos y regulan el acceso de los magistrados a los cargos. 3. La ley Canuleya que permite a los plebeyos contraer matrimonio. 4. Las leyes Licinias que permiten que al menos uno de los cónsules sea plebeyo y le abre las puertas a ocupar otros cargos públicos.

Es durante este período que se desarrolla la ciencia jurídica con autores como Apio Claudio, Escisión Nasicia y Tiberio Coruncanio; desde este momento, nos encontramos ante una sociedad que no solo legisla y administra normas de carácter legal, sino ante grupos de doctrinarios que analizan y argumentan sobre los preceptos jurídicos, suscitando meditaciones relacionadas a las instituciones jurídicas y sus aplicación y conveniencia en el entorno cultural; por ello es que se dice que la ciencia jurídica tuvo su origen en Roma, en donde uno de sus grandes exponentes fue Marco Tulio Cicerón, quien precisamente precisa en uno de sus múltiples escritos, que era punible que la Ley de las XII Tablas sancionara la composición de canciones o versos satíricos, los cuales comportasen una difamación o una injuria a otros, ya que se debía dar la oportunidad de responder a la acusación y poder defenderse judicialmente. En esta etapa histórica, lo que tratan de censurar con la pena de muerte es el agravio que se hace a la honra y la imagen ajena mediante epítetos cantados o escritos, cosa que en la actualidad nos parecería totalmente desmesurado y desproporcional.

### **2.1.2.1 Sistema de Derecho predominante**

En este período histórico las costumbres fueron la base de la vida jurídica del pueblo. Los *mores* o sistema de reglas acogidas mediante las costumbres de los antepasados sirvieron para el desarrollo de significativas legislaciones escritas que transforman el sistema legal y originaron la interpretación judicial por parte de especialistas del derecho que no estaban directamente vinculados con el Colegio de Pontífices. Las legislaciones que despuntan en el período republicano son la Ley de las XII Tablas y la Ley Aquilia.

#### **2.1.2.1.1 Ley de las Doce Tablas**

Es considerada una de las mayores aportaciones de la cultura romana al Derecho, ya que es la primera compilación de disposiciones jurídicas con la intención de administrar la justicia de la época y promover la libertad y la igualdad -dentro de la concepción cultural de la época entre patricios y plebeyos-, tal conjunto de normas legales no dependía, como su antecesor, de la interpretación sacerdotal y de facultades sobrenaturales o augurios, sino que se asentaban en leyes escritas y compiladas. La importancia de esta legislación antigua era tal, que resultaban vinculantes sus disposiciones y su dominio fue aún en la época de Justiniano; contenía líneas generales de la organización política y de la convivencia ciudadana y fue considerada por Tito Livio como la fuente de todo el Derecho Público y Privado Romano. Existen autores que discuten la integridad de los textos de las XII Tablas, ya que su

transferencia a la época actual ha sido a través de fragmentos y citas literarias que se encuentran a fines de la época de la República, lo que aumentan la probabilidad de que hayan sido alteradas;<sup>19</sup> otra de las restricciones es que la compilación de normas no abundaba sobre los conceptos, dando paso a interpretaciones variadas, dinámicas que aún sobresalen en nuestra época.<sup>20</sup>

Las XII Tablas contenían ordenamientos relacionadas al derecho procesal civil, derecho de familia, derecho hereditario y tutela, negocios jurídicos de la época, limitaciones al derecho de propiedad y relaciones de vecindad; derecho penal y proceso penal, derecho sagrado y dos capítulos adicionales que contenían disposiciones de naturaleza diversa; las Tablas VIII y IX contenían las disposiciones relativas al derecho y proceso penal y se identificaban porque conservaban trazas del reconocimiento de venganza privada en la medida que se reconocía como un medio para castigar el daño o la ofensa recibida. También se pueden identificar elementos de naturaleza religiosa en la tipificación de algunos preceptos jurídicos y en su aplicación, como el delito de hechicería.

Descamps, conviene con otros estudiosos del tema que marcan esta época como el origen de la responsabilidad civil, habida cuenta que se comienza a realizar una distinción fundamental en los delitos públicos o *crimina*, que era castigado con penas corporales o pecuniarias a favor del fisco o *aerarium* y delitos de naturaleza privada, denominados *delicta* o *maleficia*, que estaban compuestos por acciones delictivas menos graves que se podían ejercitar sólo a instancia de la parte agraviada y se sancionaban con penas pecuniarias.<sup>21</sup> Más que concebir el delito como una concepción general, los romanos tipificaron como delitos civiles varios supuestos, creando pequeñas figuras, tales como el *l'iniuria*, *le furtum* y *el damnum iniuria datum*, donde se reconocía a las víctimas el derecho a instar una reclamación. Para que se pudiese considerar una actuación ilícita como *delictum* era necesario que estuviese previamente tipificada en la *lex pública* o en el *edictum praetoris*. Posteriormente, estas figuras del derecho penal privado adoptado en Roma evolucionan y algunas pasan a formar parte de las fuentes de las obligaciones en la tradición civilista.

Para el caso de los homicidios, se derivaba con una pena pecuniaria, si los mismos eran involuntarios y con la pena de muerte si eran voluntarios. La pena de muerte era aplicada por el Estado o se facultaba a la familia o a la *gens* de la persona fallecida para realizar la venganza de sangre; cuando el delito llevaba una lesión corporal se amplían los preceptos de la ley del talión y el sistema permitía una pena pecuniaria contemplada en la ley o un pacto o acuerdo entre los involucrados; de no llegar a acuerdos, ni se establecían penas pecuniarias, la víctima tenía la posibilidad de ejercer el talión. Según va evolucionando el derecho van desvaneciéndose las instancias donde se puede utilizar el talión y estos supuestos delictuales se van integrando al concepto de *iniuria* que constituye una conducta que no tiene fundamento los principios legales de la época. Más que referirse a una acción contraria a

---

<sup>19</sup> WOLFGANG, K., *Historia del Derecho Romano*, Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 32.

<sup>20</sup> GUZMÁN BRITO, A., *op. cit.*, p. 28.

<sup>21</sup> DESCAMPS, O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*, Paris: LGDJ, 2005, p. 11. GUZMÁN BRITO, A. *op. cit.*, p. 231-233.

derecho, se refería a la ausencia de autorización.<sup>22</sup>

En el derecho moderno, serían susceptibles de reparación bajo el concepto del daño moral, sobretodo tomando en consideración los ajustes culturales y evolutivos que han acontecido, pero en la época romana tenían una evocación delictiva; no se registraban como ofensas a los derechos morales y no existía una teoría general de la reparación del daño. La lesión del honor, la fama y la dignidad de la persona se manejaban a través de las siguientes figuras jurídicas:

“*Convicium*”: es la más antigua de todas y se trata de un tipo de difamación refinada, cuyo origen procede del uso de la magia y de justicia del pueblo; se reunían personas en una asamblea en el hogar de un ciudadano para levantar insultos y clamores abusivos; los insultos e insolencias se enviaban hacia una persona específica, configurándose el delito, aunque la persona no estuviese presente; la acción se podía ejercer si el *Convicium* se alejaba de los estándares morales de la colectividad donde se llevó a cabo el mismo y si exponía al agraviado a pérdida de su reputación o al deprecio de otros. La sociedad romana permitió el insulto público a sus ciudadanos, siempre que no se excedieran de los parámetros aceptables. En el Derecho de daños moderno, esta práctica constituiría un daño moral, pero en aquella época era permisible a menos que sobrelleva consecuencias a la estima social.

“*Adtemptata pudicitia*”: este edicto se adoptó para salvaguardar la reputación moral de las mujeres honestas y romanos jóvenes; se aplicaba en los casos donde se perseguía o acosaba sexualmente a personas decentes, se distinguían las mujeres y jóvenes decentes por su vestimenta.

“*Ne quid infamandi causa fiat*”: es el edicto más general y accedía utilizar el “*actio iniuriarum*” contra aquella persona que causara un daño a la reputación de otro. Los romanos eran susceptibles a los asuntos que podían causar un daño al honor y la reputación por lo que los supuestos eran amplios.<sup>23</sup>

“*Servum alienum verberare*”: mediante este edicto se sancionaba a la persona que golpeaba o torturaba el esclavo de otra persona; el castigo no estaba permitido por la golpiza per se, sino por la injuria o insulto que indirectamente se acusaba a su dueño;<sup>24</sup> insultar a una mujer casada, burlarse de un esclavo ajeno y jugar dados con él, eran otros ejemplos de injuria

---

<sup>22</sup> DESCAMPS, O., *op. cit.*, p. 69.

<sup>23</sup> De acuerdo a SCHULZ, la “*actio iniuriarum*” proporcionaba una protección sólida contra los intereses inmateriales, en especial contra la difamación. Sin embargo, califica de “desdichada” por su impacto en la aplicación de los supuestos de daño o lesión material. En ambas instancias, material o inmaterial, se requería la presencia de dolo. En adición, la acción no era transmisible a los herederos. Esto implicaba, que en los casos donde la víctima fallecía, sus herederos no podían instar la causa de acción y en aquellos casos donde se produjo el daño por un acto negligente, pero no doloso, quedaba impune dicha acción. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. SANTA CRUZ, J., Barcelona: Bosch, 1960, p. 573; FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La Difamación en el Derecho Romano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 19, 22.

<sup>24</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 1058.

indirecta punibles bajo este edicto.

A partir de la aprobación de las XII Tablas se advirtió un cambio en la dirección de la justicia; desde la Monarquía y hasta los primeros siglos de la República, la tarea de guardar, interpretar y aplicar el Derecho recaía en el Colegio de los Pontífices, quienes eran sacerdotes que -además de sus dotes espirituales que les permitían dictar la voluntad de los dioses- tenían conocimiento del Derecho y lo empleaban conforme a sus propias técnicas, lógica y fundamentación; fueron los conocedores de ritos, fórmulas, términos jurídicos, que aplicaban a la administración del derecho, haciéndolo subjetivo y carente de uniformidad; después del acogimiento de las XII Tablas se comienza a experimentar un proceso de separación de la religión y el Derecho.

#### 2.1.2.1.2 Ley Aquilia

La Ley Aquilia estableció la legislación romana de Derecho privado de mayor importancia posterior a las XII Tablas, fue la que sirvió de base a pandectistas y civilistas modernos en la elaboración de la teoría de la responsabilidad extracontractual y en su época sirvió a los romanos de parámetro para reglamentar la figura de delito civil de daño. Con el asentimiento de la Ley Aquilia se suprimieron las disposiciones legales previas que atendían el problema del daño ilícito, incluyendo las partes correspondientes de las XII Tablas;<sup>25</sup> dicha ley ha sido objeto de gran discusión, ya que presenta elementos de una acción penal que busca la sanción del culpable, pero al mismo tiempo contiene una característica persecutoria.<sup>26</sup>

La naturaleza penal de la acción se subraya por cuatro elementos: a) intransmisibilidad pasiva, no se transmite a herederos; b) aplicabilidad del principio de cumulatividad, cuando hay múltiples partícipes, cada uno de ellos responde como si fuese el único autor; c) aplicación de una doble penalidad al que niega la comisión de la acción, mientras quien la admite responde de manera simple; c) la noxalidad, que implica que la acción fue cometida por un *alieni iuris* o aquel por el que se debe responder, el concepto de noxalidad permite que el *sui iuri* decline su responsabilidad y entregue al delincuente a la víctima. La naturaleza re persecutoria, por su parte, busca restituir o compensar la pérdida sufrida por la víctima del agravio.

La Ley Aquilia contenía tres secciones o capítulos, de los cuales predominaron el primero y tercero, quedando el segundo en desuso en el Derecho romano clásico. El jurista Gaius salvaguardó el primer capítulo en su obra sobre los comentarios al edicto provincial y Ulpiano hizo lo mismo con el tercer capítulo en sus comentarios al Edicto. Ambos capítulos

---

<sup>25</sup> Ulp. D. 9, 2, 1, « [I]ex Aquilia ómnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit. »

<sup>26</sup> DESCAMPS, O., op. cit., p. 133. Geneviève, V. *Traité de Droit Civil*, 2ª ed., Paris: LGDJ, 1996, p. 13, lo explica de la siguiente forma: « Mais l'évolution la plus importante est certainement celle qui a amené nos anciens auteurs à dissocier la responsabilité civile de la responsabilité pénale, Inspirés par la distinctions romaines entre 'délit public' et 'délit privé' 'action pénale' et 'action réipersécutoire', ils ont en effet peu à titre principal par l'Etat alors que la réparation des dommages est une affaire qui intéresse d'abord les particuliers et, à partir de là, ils ont commencé à faire la distinction entre peine et indemnisation ».

fueron incorporados al Corpus Juris Civilis. Los capítulos rezan como sigue<sup>27</sup>: “Capítulo I: *«Si quis servum servamve alienum alienamve, quadrupedumve, pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto»*. «Que quien matase injustamente a un esclavo ajeno, una esclava ajena o ganado cuadrúpedo, será condenado a pagar al propietario tanto dinero cuanto fuera su valor máximo en ese año». “Capítulo II: *«Si adstipulator pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto»*. Acción para que él que hizo reconocimiento de pago en fraude del estipulante le indemnice en la cuantía del perjuicio sufrido. Capítulo III: *«Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes ero dare damnas esto»*. «De las demás cosas, fuera de las muertes de esclavos y ganado, si alguien causara daño a otro quemando, o rompiendo injustamente, será condenado a dar al propietario tanto dinero como valga la cosa en los treinta días próximos».

En términos generales, la ley examinaba la posibilidad de reparación pecuniaria por los atentados que causaran perjuicio al patrimonio, negándose la posibilidad del resarcimiento de los perjuicios de naturaleza moral. El raciocinio tras esta posición es que Roma las cosas, los esclavos y los animales eran considerados objetos dentro del comercio de los hombres y constituían parte del patrimonio; no se concebía la estimación de los bienes inmateriales o del cuerpo del hombre libre, negándose también cualquier tipo de intento por valorar los daños morales, según los conceptualizamos en la actualidad, no era posible considerar la posibilidad de valorar el *pretium doloris*, como lo hacemos en la actualidad.

El primer capítulo de la Ley Aquilia atendía el asesinato vicioso de esclavos y de cuadrúpedos; para que fuese de observancia esta disposición legal la muerte tenía que ser infligida con intención; a finales de la República, la influencia del Pretor en la administración de la justicia lleva a considerar aspectos subjetivos en la determinación de la culpa. Posteriormente, se reconoce la posibilidad de sancionar a los que cometen tentativa de asesinato mediante la acción del *quasi occidere*.

El segundo capítulo era sobre la liberación de un deudor en fraude de acreedores y el tercero proveía remedios para los otros supuestos de daño ilegal de la propiedad; es interesante aludir a la exegesis que ofrece D’ors sobre el daño en esa época que es la siguiente: “*todo detrimento patrimonial contra derecho*”, quien indica que en el ámbito del derecho privado se puede tratar de la reparación de todos los daños patrimoniales.<sup>28</sup>

El tercer capítulo es concerniente con bienes muebles y semovientes. Se responsabiliza por el uso de fuego para lesionar a otro o para destruir su propiedad, el uso de fuerza tal que resulte en la fractura de un miembro del cuerpo o de algo; cuando hace informe a la acción de romper se refiere una lesión corporal por mutilación mediante rasgadura o

<sup>27</sup> Traducciones y comentarios a los capítulos tomados de: DOMINGO, R. [et al.], *Textos de Derecho Romano*, Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 256.

<sup>28</sup> D’ORS, J.A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona: EUNSA, 1992, p. 107. El autor hace la distinción entre la pena en derecho privado, que en principio, siempre es monetaria, de la multa que tiene carácter público y no siempre tienen impacto económico.

rotura de la piel o el cuerpo, por ello, se relaciona con el delito contemplado en las XII Tablas de *membrum ruptum*.<sup>29</sup>

Es importante precisar que, la causa de acción bajo la Ley Aquilia no era transmisible a los herederos; en los escenarios donde el daño era infligido por un hijo o esclavo, el *paterfamiliae* respondía bajo la figura del *actio noxalis* y tenía que pagar la suma adeudada. El *paterfamiliae* podía relevarse de responsabilidad si accedía a entregar al delincuente. Si se trataba de varios delincuentes se podía instar una causa de acción individual contra cada uno y si uno de ellos pagaba los daños no liberaba de responsabilidad a los otros. En materia delictual no se le imputa responsabilidad criminal a los menores de siete años -infantes- los que poseían enfermedad mental, los intoxicados por alcohol o drogas y los que actuaban en legítima defensa o estado de necesidad; se reconoce desde la época arcaica, la responsabilidad de los inductores y cooperadores y se les denominaba bajo el término *ope consiliove*. En esa época se adquiere el concepto de *Damnum iniuria datum*, concepto estrechamente vinculado a la responsabilidad civil.

El daño previsto y sancionado por la *lex Aquilia* tenía que ser causado *corpore corpori*, es decir, mediante el empleo de fuerza muscular del actor a la cosa y como consecuencia se causa un daño a ésta: la protección de la ley también estaba disponible en los supuestos donde se producía daño corporal a un hombre libre, en cuyo caso tenía derecho al abono de los gastos relacionados con la curación y los salarios que dejare de percibir por no poder trabajar. En esta etapa histórica toda compensación resultante de la culpa o negligencia es prevista para los casos donde se causa un daño de naturaleza patrimonial. En principio, el único remedio contemplado en la ley para estos daños era una sanción de carácter penal y no se admitía la posibilidad de reparación de un daño moral, independientemente de su configuración. No estaban contemplados en la pena impuesta el valor del afecto del dueño del bien agraviado, sino que se limitaba al valor que objetivamente tenía para cualquier otro ciudadano.<sup>30</sup>

La ley Aquilia fue modificada durante periodos subsiguientes a la República y se amplió su aplicación a supuestos que originalmente no fueron contemplados.<sup>31</sup> En su origen, la Ley Aquilia era de aplicación cuando el sujeto del daño era un esclavo o bestia cuadrúpeda de otro, es decir, parte de su patrimonio.

« [L]iberum corpus nullam recipit aestimationem. » Se advirtieron escenarios aislados donde se aplicó la “*actiones legis Aquiliae utiles*” cuando los *fili familias* resultaban heridos;<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> DESCAMPS, O., op. cit., p. 34, 47. DESCAMPS, citando a Huvelin, P., nos clarifica que en Roma antigua, el término de *l'iniuria* no tenía una conceptualización específica, sino que se denominaban todos los actos violentos que no tenían identidad propia, como lo podría ser el *membrum ruptum* o *l'os fractum*.

<sup>30</sup> GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 257. La traducción realizada por el autor es: “*Si mataste a mi esclavo, opino que no se ha de apreciar la afeción, como si alguno hubiere matado a tu hijo natural que tú quisieras estimarlo en mucho, sino en cuanto valiera para todos. También dice Sextio Pedio que las cosas se aprecian no según la afeción, ni la utilidad de cada cual, sino con arreglo a la común.*”

<sup>31</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1017.

<sup>32</sup> FISCHER, H.A., op.cit., p. 227; DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, 9 *Anuario de Derecho Civil*, p. 449, 454 (1956).

al evolucionar el Derecho romano, en particular la ley Aquilia, se dio inicio a ampliar la protección ante los supuestos de daño corporal; se aceptó que a través de las acciones al amparo de esta ley se pudiesen recuperar los gastos relacionados al tratamiento médico incurrido para el manejo de los agraviados, así como la pérdida de ingresos y el lucro cesante; en relación a la causa para solicitar resarcimiento por el dolor, sufrimiento y desfiguración causada por otro, la postura de los juristas romanos fue negarse a reconocer la posibilidad de una compensación en los casos de desfiguración causada por otros; con posterioridad, se comenzaron a dar importancia a la marca de una desfiguración en la apariencia física, particularmente en la mujer para la cual la belleza era un aspecto de ponderada importancia porque facilitaba su posibilidad de matrimonio y por ende su estabilidad económica. La idea de compensar a las víctimas con cantidades fijas de dinero para suministrarles confort no es un concepto propio de la época, sino que tiene sus orígenes en las leyes germánicas, varios siglos más tarde.

Los ciudadanos romanos estaban bajo el convencimiento de que sus derechos inmateriales se habían estimado en la valoración económica concedida por concepto de daños. Otro aspecto que no es cierto en esa época es la diferencia entre *iniuria* y *culpa*. Es hasta finales del período de la República que se introduce el concepto de *culpa* para atender determinadas conductas ilícitas que no estaban tipificadas en la ley.<sup>33</sup> En el período de Justiniano es que se realiza la distinción entre *iniuria* y *culpa* y se instituye que son dos requisitos separados e independientes para establecer responsabilidad aquiliana. La *iniuria* por su parte es considerada como una injusticia producida por una actuación que no estaba aceptada, para la cual no es necesario evaluar si hubo o no intención (*dolus*). La culpa, por su parte es esencial al evaluar los elementos subjetivos y objetivos del acto reprehensible bajo la legislación aquiliana.

La naturaleza de la ley Aquilia ha sido disputada por algunos tratadistas. Hay quienes plantean que su naturaleza es puramente penal, mientras que otros sostienen que es de naturaleza mixta debido a que aunque su origen es penal, concurre con acciones reipersecutorias.<sup>34</sup> Justiniano la describe como una acción mixta en sus instituciones.

### 2.1.2.1.3 Jurisprudencia

La interpretación y aplicación de los preceptos legales recayó históricamente en el Colegio de Pontífices, quienes custodiaban los *mores* y algunas legislaciones y las interpretaban cuando era requerido; estos fueron el marco de referencia jurisprudencial hasta que se ratifica para el año 304 a.C. el Apio Claudio que era una colección de formularios procesales denominados *Ius Flavianum* o *liber actionum*.<sup>35</sup> Con la aprobación de estos escritos se proporciona publicidad a las formas verbales, requeridas para iniciar los procesos legales. Una mirada retrospectiva nos permite apreciar cómo se van creando los contornos

---

<sup>33</sup> PASCHALIDIS, P., "What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?" *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. 2008, p. 323.

<sup>34</sup> IHERING, R., op. cit., p. 102; BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Milano: Giuffrè, 1983, págs. 111-112.

<sup>35</sup> ESPITIA GARZÓN, F., op. cit., p. 84.

de un derecho procesal para la administración efectiva del derecho sustantivo vigente en la época, dotando de uniformidad los procesos legales en el sistema vigente.

#### **2.1.2.1.4 Edictos del Pretor**

La representación del Pretor surge con la intención de solucionar los problemas entre personas privadas; era fuente de exégesis legal y dirigente de la justicia, sus decisiones provenían de la razón natural y el sentido común;<sup>36</sup> se trataba de personas con una formación cívica y jurídica mayor a la ciudadanía común; tales personajes estaban dotados de un don divino que era restringido exclusivamente por su propia conciencia y la opinión pública;<sup>37</sup> los pretores hacían uso de tres fuentes de referencia: las interpretaciones de los jurisconsultos, la legislación en materia de Derecho privado y los consejos de sus asesores. El propósito de las determinaciones pretorianas eran para corregir las inequidades y suplir el conocimiento en el derecho legislado que no estuviese claro en el contexto social. Para cumplir con su misión, los Pretores corregían mediante su interpretación o la corrección a las leyes existentes,<sup>38</sup> además que sustituían el vacío legislativo mediante la intervención extrajudicial y las determinaciones interdictales.

#### **2.1.3 Tercer período: El Principado.**

El tercer periodo, se dio desde el siglo 27 a.C. hasta el 284 d.C. Uno de sus máximos exponentes es Cayo Julio César, quien se inicia como emperador y después se convierte en perpetuo. En esta época enfatizó el Príncipe Domiciano, quien según Suetonio, “*dijo el ius de un modo diligente e industrioso*”, “*advirtió a los funcionarios que no se dejasen llevar por testimonios falsos*”, “*Denunció a los jueces vendidos y a sus consejeros*”, “*Los escritos difamatorios, publicados para el pueblo, que afectaban a los principales ciudadanos y sus mujeres, fueron abolidos, no sin denostar a sus autores.*”<sup>39</sup> Se proyectó como un ícono de virtualidad y buen ejemplo para el pueblo.

##### **2.1.3.1 Sistema de Derecho predominante**

En el año 30 a.C., surgió la jurisprudencia clásica alta o central que se prolongó hasta el año 130 d.C. aproximadamente; en este periodo se advierte el máximo esplendor creativo de la jurisprudencia romana -caracterizada por su autonomía y la creación de su propia estructura mental- apartándose de las influencias griegas; los jurisconsultos tenían el apoyo imperial para dar respuestas a las cuestiones jurídicas que se les plantean o “*ius respondendi*”, esto era un beneficio que otorgaba el Príncipe a los juristas que lo pedía; el título le daba prestigio y autoridad, empero, le comprometía en muchas instancias que eran embrollados con las luchas políticas, esto les generó recurrentes críticas al atribuir que su independencia de criterio disminuyó al estar relacionados con el Imperio y reprochar su irrupción en el

---

<sup>36</sup> MEHESZ, K.Z., *El Pretor y la Jurisprudencia Pretoriana*, Asunción: Bibliográfica Jurídica Paraguaya S.R.L., 1998, p. 24-25.

<sup>37</sup> MEHESZ, K.Z., op. cit., p. 68-69.

<sup>38</sup> MEHESZ, K.Z., op. cit., p. 109-110

<sup>39</sup> RABINOVICH-BERKMAN, R.D., *Derecho romano para Latinoamérica*, Quito: Cevallos, 2006, p. 49, citando a Suetonio (Domiciano, 8). Según el diccionario de la Real Academia Española, el término “denostar” significa: “Injuriar gravemente, infamar de palabra”.

Derecho público, sin abandonar el Derecho privado; en este período se advierte el dominio de la religión sobre el Derecho cuando se define el concepto jurisprudencia en las *Instituciones* de Justiniano como “...el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto.”<sup>40</sup>

Fue escrupulosa y cuantiosa la literatura jurídica, resolviendo consultas, las colecciones de casos y de materiales ordenados por los edictos del Pretor; la literatura jurídica del Principado se clasifica en las siguientes clases: *Instituciones*: que consistían de obras sencillas y sistemáticas que eran utilizadas en la enseñanza del Derecho; obras promulgadas por el emperador Justiniano donde se exponían los tratados utilizados en la jurisprudencia de la época de manera sencilla y metódica. El *Epítome* consistía de manuales breves, también utilizados en la enseñanza del Derecho; *Regulae-Definitiones* agrupaban obras elementales que contenían principios, máximas, aforismos jurídicos; *Sententiae-Opiniones* acopiaban posturas diseñadas por los juristas sobre situaciones presentadas ante ellos que constituían debates; *Comentarii* que consistía de comentarios a la obra de Sabino o los Edictos del Pretor; *Questiones, Disputationes* formadas por libros que contenían debates sobre casos prácticos reales o imaginarios; y *Digesta* o tratados generales de Derecho privado.<sup>41</sup>

#### 2.1.3.1.1 Crímenes tipificados en la época

Señalo -a pesar del menoscabo en la contribución intelectual creativa en materia de legislación- algunas leyes criminales cuyo impacto en el ámbito inmaterial y pecuniario resulta indudable: “*Calumnia*”: A través de la *lex Remmia* se estableció como ilícita la acusación falsa e infundada de un crimen a otro. “*Iniuria*”: la *lex Cornelia* penaliza al pago de una pena económica las injurias personales de golpes, palizas y violaciones de domicilio; a la vez se incluyó la publicación de escritos con intención difamatoria, en donde la persona que resultaba culpable quedaba inhabilitado para testificar.

En esta época histórica se dio un cambio marcado en el área del Derecho con el inicio de la era Postclásica o de Decadencia, que empezó en el año 230 d.C.; en esta época Gayo precisa la distinción entre el *ius civil* -aquél propio de la ciudad o pueblo que lo legisle- y el *ius* de gentes -que es igual a todos los hombres-.

#### 2.1.4 Cuarto período: El Dominado

El último periodo histórico romano se denomina “*El Dominado*” y comienza con el final de la anarquía militar que dura cincuenta años (235- 284 d.C.); se advierte la venida de Diocleciano, para el año 284 d.C. como el fin del gobierno anárquico militar. A pesar de que no hay fusión del elemento religioso, el jurídico y el político, se reconoce que el obedecer al Estado romano es un deber de fe; las etapas que circundan este período son la Diocleciana,

---

<sup>40</sup> La definición se encuentra en las *Instituciones de Justiniano*, Libro Primero, Título I. El texto original en latín reza de la siguiente manera: «*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*»

<sup>41</sup> Los Principios generales del Derecho, proveniente del estudio de las reglas jurídicas romanas, son considerados la tercera fuente del Ordenamiento Jurídico Español, situación que surge del párrafo primero del artículo 1 del Código Civil.

del 230 al 330 d.C., la Constantiniana del 330 al 430 d.C. y la Teodosiana del 430 al 530 d.C.

Constantino ya en el poder, el Derecho romano postclásico tiende a adquirir sus particularidades más notorias; se acogen leyes generales que contenían una exposición de motivos y la parte dispositiva. Las leyes o *leges* aprobadas por el Emperador pasan a formar la principal fuente de Derecho de la época; con la intervención imperial en la elaboración jurídica, se dio comienzo a problemas con la adopción de la costumbre como fuente de Derecho y la influencia del cristianismo en el ámbito legal y de las obras clásicas.<sup>42</sup>

Fue en esta época que desaparecen los jurisconsultos creadores de Derecho y los libros jurídicos se solían agrupar en tres apartados, dependiendo si contenían legislación imperial, jurisprudencia o una combinación de ambas; se distinguen tres compilaciones de constituciones (*leges*), conocidas por el nombre de su compilador: Código Gregoriano, Código Hermogeniano y las Constituciones Sirmondianas. El emperador de Oriente, Teodosio II agrupó el Código Teodosiano que contenían las constituciones imperiales vigentes desde Constantino, año 313 d.C. hasta su época. Al coleccionar sólo las constituciones aprobadas bajo el dominio de emperadores cristianos también se denominó el escrito como el Código romano-cristiano.

#### 2.1.4.1 Codificación Justiniana

El Emperador Justiniano, se hizo del poder en el año 527 d.C. y se alargó hasta el año 565 d.C. Su penetración en el ámbito religioso fue conocida y su gran labor de construcción y creación, entre ellas la obra de codificación legal de aquel tiempo. Justiniano completa y recopila el Derecho anterior, denominada el *Corpus Iuris Civilis*, que es parte del *Ius commune medieval*; con tal compilación logra separar las *leges* (legislaciones escritas) del *ius* (derecho procedente de todas las otras fuentes). El documento de suprema trascendencia jurídica está compuesto de cuatro partes: *Codex*, *Digesta*, *Instituciones* y lo que denominan *Novelas*, donde se compilan las constituciones promulgadas por Justiniano entre los años 534 y 565 d.C., de no haber sido por la labor de recopilación del Derecho realizada durante este último periodo, no se hubiese transmitido el conocimiento del Derecho romano a las civilizaciones modernas de la misma manera.

Los Digestos o Pandectas representan la parte más importante y extensa de la compilación y recogen gran parte de la jurisprudencia clásica, es decir parte del *ius*. Está compuesto por fragmentos de las obras de jurisconsultos que obtuvieron la concesión del *ius respondendi*. Las Instituciones tenían, como propósito servir de base para la enseñanza del derecho, aunque también se les reconoció valor normativo ante los tribunales; consistían de fracciones tomadas de los jurisconsultos clásicos, sin referencias específicas de sus fuentes, inspiradas en las Instituciones de Gayo, Marciano, Florentino y Ulpiano; sus redactores

---

<sup>42</sup> Según el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo Epítome, proveniente del lat. *epitōme*, y este del gr. ἐπιτομή, significa “Resumen o compendio de una obra extensa, que expone lo fundamental o más preciso de la material tratada en ella.”

fueron, precisamente dos profesores de Derecho, Teófilo y Doroteo.<sup>43</sup>

En esta época se aprecia una reducción de la intervención pública ante los delitos desarrollados en el Principado; la condena de algunos de esos delitos, como el del arrebato de bienes mediante violencia, cobijaba una condena mayor “*quadruplum*”, que consistía del “*simplum*” como medida resarcitoria y el resto era por concepto de pena; se da un cambio de enfoque con relación a los delitos, ya que a excepción del delito de hurto, los demás comprendían una suma económica por concepto de pena y otra por concepto de resarcimiento del daño causado al patrimonio ajeno. Los compiladores trasformaron el concepto de daños - aunque permaneció inalterado el requisito de la existencia de un nexo causal- se recalcó el concepto de *responsabilidad aquiliana*, por la cual se adjudicaban litigios en el ámbito penal y en el civil al amparo de la *lex Aquilia*.<sup>44</sup> Algunos tratadistas clasificaban el término *iniuria* dentro del derecho privado y no público, en esta época se advierte su aplicación en ambos sistemas, civil o criminal.<sup>45</sup>

## **2.2 Aportaciones trascendentales del Derecho romano pertinentes al estudio del daño moral.**

### **2.2.1 Derecho privado y Derecho público**

En la estructura del Derecho romano antiguo se distingue el derecho objetivo o *regula agendi*, que son un conjunto de reglas prescritas y administradas por el poder social, quien se aseguraba de su cumplimiento y el derecho subjetivo *iuria*, cuyas normas establecían prerrogativas a favor de determinadas personas e imponían obligaciones a otras.<sup>46</sup> Los derechos también eran clasificados en absolutos o relativos. Los primeros, permitían que el dueño pudiese ejercitar o disponer de los mismos a su arbitrio, mientras consideraba que el poder de los demás era una mera consecuencia de los mismos. Es decir, el derecho se podía interponer contra todos porque existía un derecho absoluto sobre el objeto de derecho. En cambio, los relativos, le conferían un derecho que podían interponer sobre una o varias personas determinadas.

### **2.2.2. La familia y la capacidad de obrar**

La base de la sociedad romana era la familia. El derecho en la constitución social de Roma investía al *pater* la capacidad jurídica, en el grupo que se encontraba sometido a éste, tenía un puesto examinador con total autoridad y responsabilidad sobre los que tenía bajo su tutela y control; posteriormente, surgen las familias de descendientes que provenían de un mismo progenitor, creando el concepto de *gens*. Son los patricios, pertenecientes a esos grupos y los padres o jefes de familia, los únicos individuos que gozaban de derechos privados

---

<sup>43</sup> WOLFGANG, K., op. cit., p. 175; PETIT, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano*. California: Anaya Editores, S.A. 2010, p. 74.

<sup>44</sup> ESPITIA GARZÓN, F., *Historia del Derecho Romano*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 401

<sup>45</sup> ESPITIA GARZÓN, F., op. cit., p. 402. Según Diocleciano, la acción de *iniuriarum* era de naturaleza privada y no pública (C. 9, 35, 7).

<sup>46</sup> SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho Romano*, Bilbao: Espasa-Calpe, S.A., 1927, p. 133.

del *ius civile quiritium*. En sus comienzos la sociedad romana no reconocía derechos a los miembros de la familia, sino que los depositaba en la figura central del jefe del grupo. Ulteriormente, se distinguió entre el hombre libre y el esclavo, estableciéndose que sólo el liberto es *personæ*, por ende tiene derechos, mientras que el esclavo es considerado como un objeto.<sup>47</sup>

Para ser sujeto de Derecho en Roma era necesario reunir tres cualidades: *status libertatis*, *status civitatis*, y *status familiae*.<sup>48</sup> La primera cualidad requería que el sujeto de Derecho fuese una persona libre, pero no era suficiente por sí solo para conceder dicha capacidad, ya que se requería poseer ciudadanía, por ello es que los extranjeros -aunque fuesen libertos- no eran considerados sujetos de Derecho. Por último, se requería la independencia familiar, es decir que sólo podían ser sujetos de Derecho los que eran cabeza de familia o bien los que no estaban sometidos a la autoridad familiar de otra persona. Lo anterior tuvo un impacto trascendental en la legitimación del sujeto para reclamar sus Derechos, sólo el “*patre o matre familiae*” podía ejercitar un Derecho por los daños sufridos por las personas que estaban bajo su tutela o autoridad. Las clasificaciones se fueron cambiando para ceñir a los individuos, conforme al estatus que tenían en la familia, así se distinguía entre los que eran dueños de sí o *sui iuris* y los que estaban sometidos a la autoridad del padre o *alieni iuris* o *personæ subiectæ*. Dentro de esta última categoría se encontraban los menores, los locos y los pródigos. El Derecho privado en la antigua Roma reconocía tres modalidades de poder sobre otra persona libre: *patria potestas*, *manus* y *mancipium*;<sup>49</sup> por patria potestad, se entendía el conjunto de derechos que el padre de familia tenía sobre sus propios hijos. El *manus*, era el poder que el marido poseía sobre su mujer, mediante el cual se le equiparaba al hijo (*loco filiae*) para fines de tutela y sus bienes se transferían por título universal a su marido. El *mancipium*, era el poder jurídico privado que un ciudadano romano podía tener sobre otro ciudadano, sin que la persona sujeta a dicho poder perdiera la libertad. En el Derecho justiniano, se eliminaron los conceptos de *manus* y *mancipium*, quedando vigente el de patria potestad. Para los romanos la edad a la que los ciudadanos llegaban a ser capaces para emitir su voluntad y ejercitar sus derechos comenzaba con la madurez sexual o pubertad; para finales de la República, se fijaron los catorce años como el principio para llegar a ser capaz legalmente, en tanto que los sabinianos conservaron el principio de la madurez sexual apreciada en cada caso para los varones: *qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest*, mientras que las mujeres la obtenían a los doce años. En tanto que, los enfermos mentales o *furiosi* no eran capaces de celebrar negocios jurídicos mientras se hallaren bajo el efecto de la perturbación mental que sufrieran; en Gayo III, 106 se reseña que el loco es *quia non intellegit quid agat*.

### 2.2.3 El delito

La concepción romana del delito incluía todo acto ilícito privado sancionado con una

---

<sup>47</sup> Justiniano, refiriéndose al esclavo, dice que no es una persona, *nullum caput*, I, 1, 16, 4.

<sup>48</sup> *Paul. 2 Sap. D. 4, 5, 11: “...tria sunt enim quae habemus, libertatem, civitatem, familiae”.*

<sup>49</sup> *GAI., I, 48-49: Quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae. 46. Earum personarum quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipiosunt.*

pena y que ocasionara un daño a otro.<sup>50</sup> En sus inicios, era castigado de una forma inhumana con la aplicación de la Ley del Talión; legislación primitiva basada en la venganza, al ir evolucionando los romanos empezaron a distinguir el delito privado (*iniuria, furtum, damnum iniuria datum y rapina*) que eran parte del «*delictum*», de los procesos criminales, denominados «*crimina*», los cuales eran ventilados mediante procesos de naturaleza pública (*iudicium publicum*).

Al ser aprobada la Ley de las XII Tablas se reglamentaron los efectos de las penas delictuales, haciéndolas menos inhumanas y anunciando la posibilidad de asignar multas o aceptar pactos económicos en vez de aplicar la ley del Talión.

La ley Aquilia trajo un sistema más justo en el examen de los delitos y sus resultados; se inició a ver la intención criminal del autor del delito y se evaluaban las penas de acuerdo al deber infringido, la voluntad del agraviado y la reserva del juzgador. Por tanto, en su origen el Derecho romano presentaba el daño privado como un delito en forma arcaica cuyo significado se aplicaba de forma más genérica a los contextos donde se quebrantaba una obligación o un deber de actuar la clasificación de los delitos en esta época antigua estaba fundada en la experiencia de vida de los romanos y en la imposición de normas morales vigentes en la época.

### 2.2.3.1 Injuria

La palabra «*Iniuria*» era utilizada para referirse a toda acción contraria a derecho; el origen de la figura “*Iniuria*” parece encontrarse en los incisos 8, 4 de las XII Tablas.<sup>51</sup> En esa reseña se utiliza el lenguaje «*Si iniuriam faxsit, XXV poenae sunt*», configurándose el concepto en aquellos casos donde se actuaba mal con relación a otro; la acción de injuria proveía una protección a la parte agraviada y conforme a lo establecido en la Ley de las XII Tablas procedía sólo en aquellos casos donde se perjudicaba la integridad física,<sup>52</sup> era un requisito *sien qua non* para que progresara la acción.

En tanto el derecho consuetudinario admitió el incremento del concepto de *iniuria* para considerar una ofensa cuando se ocasionaba en el cuerpo, en la condición jurídica o en el honor de una persona; los pretores fueron quienes en la observancia del Derecho romano aumentaron el alcance del delito para cubrir los daños causados a “víctimas de ofensas que no recayeran en el cuerpo”.<sup>53</sup> Las naturalezas culturales prevalecientes en los romanos instituyeron la necesidad de proteger los intereses inmateriales de sus ciudadanos, por ello fue común que se reunieran en fiestas y actividades sociales a cantar las virtudes y alabanzas del prójimo, lo que fue decayendo hasta encontrar instancias donde públicamente se cantaban

---

<sup>50</sup> DI PIETRO, A. [et al.], *Manual de Derecho Romano*. 4<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985, p. 265; PETIT, E., op. cit., p. 428

<sup>51</sup> ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press. 1996, p. 1050.

<sup>52</sup> MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, P. Dorado (trad.). Bogotá, Colombia: Temis, S.A. 1999, p. 485.

<sup>53</sup> *Ibid*; JARAMILLO VÉLEZ, L., *Derecho romano*, 9<sup>a</sup> ed., Medellín: Señal Editora, 1991, p. 249.

infamias e injurias a otros, lesionando sus intereses personales.<sup>54</sup>

Varios autores realizan análisis de la época romana partiendo de concepciones contemporáneas y concluyen que la jurisprudencia de finales del siglo I a.C., en particular la de Lebeón, realizan una interpretación del concepto *iniuria*, donde específicamente lo relaciona al daño moral. Lo relacionan al concepto denominado entonces como *contumelia*.<sup>55</sup> Los autores señalan que éste fue el inicio de la práctica de la aplicación delictual en casos de daño moral; a la vez precisan que el Edicto Perpetuo de Adriano como fuente de referencia para las fórmulas en los casos de ofensas al honor. El tratadista Cursi, rechaza esta posición y discrepa que la *contumelia* se conocía y repudiaba desde la ley de las XII Tablas, sin embargo, no es hasta el advenimiento de la *lex Aquilia* que se tipifica a través de la revisión pretoria antes mencionada;<sup>56</sup> el argumento toral para respaldar la teoría del precitado Cursi es que el *dominus* o dueño del esclavo tenía potestad sobre éste, quien era considerado *alieni iuris*, de tal manera que todo acto con efecto legal afectaba al amo y no al esclavo; se penaba sobre el *dominus* no solo un daño patrimonial, sino una usurpación de sus capacidades legales sobre el esclavo, lo que era considerado *contumelia* en el derecho de la época, rechazando así toda proposición de un daño moral o no pecuniario en esta causa de acción.

En las *Instituciones de Justiniano* –en el Título IV del Libro Cuarto– se dedica al tema de las Injurias; realiza reseña que el origen del término está relacionado con el concepto de ultraje que viene del griego y que sigue su evolución a través de la *lex Aquilia* donde se explica que el perjuicio causa injuria;<sup>57</sup> se precisó que no solo cubría las agresiones físicas, sino que también incluía ofensas a derechos naturales, que hoy en día serían calificados como daños morales, como: publicaciones libelosas «*ad infamiam alicujus libellum aut carmen escripserit, composuerit, ediderit*», versos infamantes, entre otros supuestos específicos.

La *Iniuria* era en sentido amplio, el «*quod non iure fit*», o aquello que se hacía fuera del ámbito del derecho y se denominaba así toda lesión personal. En la ley de las XII Tablas se admitían tres especies de injurias: *membrum ruptum* que se circunscribía a la amputación de un miembro o inutilización de un órgano; *os fractum* y las *iniuriæ* simple, que incluía lesiones menores; todas las acciones relacionadas con las lesiones personales se recogieron en la acción que el pretor denominó “*actio iniuriarum aestimatoria*”; al evolucionar la acción se reconocieron varios tipos de injurias, que fueron denominadas como “*verbis, facto, scriptis y gestibus*”, mientras que otros las denominaron “*realis (verbalis), litteris, libellus famosus y consensu inferuntur*”. Se llegó a reconocer que una modalidad de injuria podía consistir en ofensas verbales, denominada “*iniuria litteris*”.<sup>58</sup> Tal particularidad se distinguía del delito

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M., op. cit., p. 23.

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARRICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, 8ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 437.

<sup>56</sup> CURSI, M. F., “What did *occidere iniuria* in the *lex Aquilia* Actually Mean?” *Roman Legal Tradition*, 7 (2011), p. 22.

<sup>57</sup> ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Melquiades Pérez Rivas (trad.), Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 246-249.

<sup>58</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1064.

de libelo que era denominado como “*libelo famosus*”, su transformación permitió que se circunscribiera la protección contra ultrajes a una persona en voz alta y públicamente, atentados al pudor y la difusión de conceptos y frases difamatorias que fueron denominadas *ademptata pudicitia e infamatio*; en este tipo de acción sólo se castigaba el delito doloso y no incluía aquellos causados por negligencia.<sup>59</sup> Se presumía la presencia del “*animus iniuriandi*” o la intención real de infligir una injuria por contumelia a la otra persona mediante el ataque a su dignidad o reputación. Le correspondía al demandado probar que no tenía dicha intención en su mente;<sup>60</sup> tal presunción no estaba destinada a personas con posiciones de autoridad, como los magistrados, maestros, doctores y astrólogos, entre otros; la acción tenía como intención proteger los intereses inmateriales y preservar el honor y la dignidad; en los casos donde se causaba un daño patrimonial y uno inmaterial se podían acumular las acciones de “*iniuriam*” y la proveída por la Lex Aquilia;<sup>61</sup> la acción se ejercía cuando las ofensas cometidas eran causadas a las personas libres o sobre aquellos que estaban sometidos a ellos, en este escenario la pena no era una estimación económica del daño material sufrido porque se razonaba que la integridad de una persona libre era inapreciable.

Más adelante, en el Derecho imperial, se configuran las injurias graves como crímenes extraordinarios y se dejaron en el Derecho privado los casos de injuria leve.<sup>62</sup> No todos los casos de *injuria* prosperaban. El pretor hacía uso de su juicio valorativo para determinar si se configuraba el delito o no. Reseña Mommsen que en los siguientes supuestos la acción de *injuria* no procedía: a) “Cuando el hecho lo hubieran ejecutado individuos no susceptibles de imputabilidad.” Es decir, incapaces. b) “Cuando se realizaban actos cuyo fin no fuesen violar el derecho.” c) “En todos los casos en que se realizaran actos permitidos por el derecho.” Con la salvedad de que el que llevaba a cabo la acción tenía legitimación para hacerlo, como es el caso del *pater familiae* imponiendo un castigo contemplado en la ley. d) tampoco procedía cuando “el castigo se hubiera impuesto mediando error.” e) Cuando el agraviado había prestado su consentimiento. c) “La injuria intentada, pero no consumada.”<sup>63</sup>

El agraviado establecía la compensación que requería como resarcimiento de la ofensa recibida, estableciéndose que en los casos más graves, el pretor podía establecer una fianza para garantizar el pago de la pena que en su día sería impuesta;<sup>64</sup> la fórmula de equilibrio creado por los romanos para evitar la radicación de acciones viciosas e infundadas al amparo de este delito fue establecer que el que iniciara una acción calumniosamente era sujeto a un castigo similar al de la calumnia.

<sup>59</sup> DIAZ BAUTISTA, A. y DIAZ BAUTISTA, C., *El Derecho romano como introducción al Derecho*, Murcia: DM Librero, 2010, p. 210.

<sup>60</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1065; GIMÉNEZ CANDELA, T., op. cit., p. 399 define la *contumelia* como la «ofensa a la personalidad».

<sup>61</sup> ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1064.

<sup>62</sup> SANTA CRUZ TEIJEIRO, J., *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946, p. 435.

<sup>63</sup> MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, Bogotá: Temis, 1999, p. 491-493. Véase también a GUZMÁN BRITO, A., op. cit., pág. 234 quien establece que no delinquen los infantes (citando a Gai. 3.208; D. 4.3.13.1; 9.2.5.2; 47.2.23; 50.17.111 pr), ni los dementes (citando a Gai. 3.106).

<sup>64</sup> MOMMSEN, T., op. cit., p. 496

### 2.2.3.2 Furtum y rapina.

El *Furtum*, determinado por algunos como timo, era el delito más típico de la época y se conformaba cuando se sustraían bienes ajenos sin que el dueño advirtiera; a la vez se le conocía como “estafa” que era retener bienes ajenos que estaban bajo resguardo del infractor.<sup>65</sup> Para saber al dedillo su alcance, Miquel cita el aserto expuesta por Paulo (D.47, 2, 1,3) donde se instauraba que “*El hurto es la sustracción fraudulenta con ánimo de lucro, bien sea de la misma cosa, o de su uso o de su posesión.*”<sup>66</sup>

Sus comienzos se remontan a la época de las XII Tablas, se describen sus concepciones más rudimentarias en la Tabla VIII, 12 ss. En la República, la pena para el que incurría en *furtum* era la muerte y luego se aumentó para discurrir el pago del doble del valor de la cosa perdida como secuela del acto, lo que hacía evidente el carácter punitivo de la acción; además de la acción penal, el quejoso podía solicitar una acción “*reipersecutoria*” o mediante la “*condición furtiva*” por lo que el transgresor sería sujeto a una acción penal y una civil.<sup>67</sup> El *furtum* se usaba cuando el objeto era un bien mueble o semoviente que fuese propiedad de otra persona;<sup>68</sup> ello traía consigo que inclusive los semovientes y seres humanos sujetos a la propiedad del *pater familiae* podían ser objeto en este delito y para que se conformara el ilícito de *furtum* se requería la presencia de un daño, esto es, que el ofendido hubiese sufrido un daño como consecuencia del acto culposo.<sup>69</sup> La Rapina, aunque tipificado como un delito distinto al *Furtum*, es la concepción antigua del delito de robo, según Miquel, se trata de un *furtum* mediando violencia.<sup>70</sup>

### 2.2.3.3. Damnum iniuria datum.

La noción general de daño o «*damnum*», precisa las ofensas causadas a otro con impacto patrimonial; en la Ley de las XII Tablas se acopiaban supuestos concretos que constituían daños, fundados en la vivencia cotidiana, sin que se constituyera una esclarecimiento general aplicable a todos los casos;<sup>71</sup> con posterioridad a la aquiescencia de la *lex Aquilia* se provee igualdad a la legislación relacionada con los daños y se considera este delito como el que se conformaba cuando se destruía o se deterioraba una cosa ajena.<sup>72</sup>

La contribución de la jurisprudencia y los conceptos pretorios fueron de gran relevancia para conocer la eficacia de la acción *damnum iniuria datum*. Ulpiano decía los casos donde se actualizaba el *damnum iniuria datum* se localizaban presentes los daños patrimoniales, así como aquellas ofensas a la dignidad del *pater familias*; por medio de la *lex Aquilia* y el *damnum*

---

<sup>65</sup> GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 242-243; JÖRS, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1965, p. 359; MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: PPU, 1987, p. 421.

<sup>66</sup> MIQUEL, J., op. cit., p. 421. El texto original en latín es el siguiente: “*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eiusve*

<sup>67</sup> KASER, M., *Derecho Privado Romano*, Madrid: Reus, 1982, p. 164

<sup>68</sup> MOMMSEN, T., op. cit., p. 460.

<sup>69</sup> MOMMSEN, T., op. cit., p. 463.

<sup>70</sup> MIQUEL, J., op. cit., p. 422.

<sup>71</sup> JÖRS, P., op. cit., p. 364.

<sup>72</sup> GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 253.

*iniuria datum* se expusieron los requerimientos para la configuración del delito y otros requisitos para ejercitar la acción, a saber, los siguientes:<sup>73</sup> 1) Tenía que existir el elemento de culpa y sólo procedía la imposición de responsabilidad cuando el daño se causaba mediando culpa. 2) No aplica a los daños causados por omisión y se requería que fuese el resultado inmediato de la intervención del actor sobre la cosa. No era necesaria la pérdida de la cosa, ya que en algunos supuestos se reconoció la acción en cosas que disminuyeron su valor. 3) Con la *lex Aquilia* se aumenta el número de personas legitimadas a instar la acción. Por analogía se comenzó a reconocer como agentes con legitimación activa para instar la acción al usufructuario, al usuario, al acreedor pignoraticio y al poseedor de buena fe de la cosa dañada. 4) Se estableció, mediante legislación, el parámetro del valor objetivo para compensar por daños, pero jurisprudencialmente se amplió para incluir reclamaciones de ganancias frustradas.

#### **2.2.3.4 Infamia.**

La infamia era la deshonra o desmerecimiento al que podía ser objeto un ciudadano romano cuando el demandado se apartaba de los criterios sociales aceptados cometiendo actividades indecorosas, perversas y viles. Petit la define como “*un ataque a la consideración que disfruta en la sociedad, que implica para él [ciudadano] pérdidas más o menos graves.*”<sup>74</sup> Los romanos distinguían dos tipos de *infamia*, cuando se establecía en las acciones de los individuos sin que estuviese castigada por el derecho y cuando la ley declaraba o imponía, por medio de determinaciones judiciales, la procedencia de dicha calificación; eran parte del edicto del Pretor y el ser calificado de infame tenía resultados sociales gigantescos, como ser inhabilitado para ocupar un cargo público, ser incapaz de ser testigo o juez; entre las procedencias para ser calificado de infame se encontraban las sentencias criminales y algunas de naturaleza civil que envolvían mala fe, así como cometer faltas inmorales o algunos oficios como la de comediante o gladiador. La declaración de infamia era perpetua.

### **2.3 Prevalencia del Derecho romano tras la caída del imperio y su impacto en las jurisdicciones estudiadas.**

A la caída del imperio romano de Occidente -476 d.C.- y de Oriente -565 d.C.- surgen los reinos bárbaros, se desenvuelven varios compendios de Derecho romano postclásico, tales como el Edicto de Eurico -476 d.C.-, Edicto de Teodorico, la *Lex Romana Visigothorum* (506 d.C.) y la *Lex Romana Burgundionum* o *lex Gundobada* (516 d.C.).<sup>75</sup> Las colecciones de Derecho romano vulgar acogidas en los reinos germánicos tras la caída del imperio, siguieron aplicándose por mucho tiempo. Surgimiento de Europa y la continuidad del imperio romano.

---

<sup>73</sup> JÖRS, P., op. cit., p. 365; BERGER, A., op. cit., p. 425-426

<sup>74</sup> PETIT, E., op. cit., p. 173.

<sup>75</sup> El Código de Eurico regulaba las cuestiones en materia penal, civil y abundaba brevemente sobre la parte procesal. La *Lex Romana Visigothorum*, posteriormente conocida como *Breviarium Alaricianum* contenía parte de la jurisprudencia de Paulo, epítome de Gayo, un fragmento de los *libris responsorum* de Papiniano, fragmento de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como interpretaciones de los compiladores. La existencia de la *lex Romana Burgundionum* fue efímera y luego de su desaparición se vuelven a aplicar los preceptos de la ley visigoda.

Se registra el año 800 d.C. como el inicio de Europa con la coronación que hizo el Papa León III sobre Carlomagno; es a través de la Iglesia que se logra el apego del derecho en los diferentes países que componían Europa; con la instauración del Sacro Imperio Romano Germánico, se dio la unidad del derecho expuesto en la máxima “*unum imperium, unum ius*”; en esos tiempos los ordenamientos más destacados eran la *Corpus Iuris Civilis*, procedente de los textos de Justiniano y la *Corpus Iuris Canonici*, compuesta por textos y cánones conciliares promulgados por Graciano en su obra Concordia de los Cánones Discordantes o el Decreto de Graciano.

Las compilaciones jurídicas decretadas durante la alta Edad Media se identificaban por la presencia de elementos propios del Código Justiniano, al igual que los preceptos del Derecho canónico y el Derecho local de cada uno de los estados feudales; con posterioridad, durante la Baja Edad Media, nuevamente es de jerarquía el Derecho romano, junto al Derecho canónico adoptándose el Derecho común o *Ius Commune*, este último estaba compuesto por elementos técnicos propios del Derecho romano Justiniano y naturalezas ideológicas provenientes del pensamiento cristiano y del Derecho canónico. Así, el estudio del Derecho común se hizo por medio de la técnica de lógica escolástica, desarrollada sobre bases aristotélicas; se fundan instituciones universitarias medievales y escuelas de Glosadores o juristas que realizaban aclaraciones terminológicas en los textos del *Corpus Iuris*. En esta época del *Ius Commune*, la responsabilidad se caracteriza por los elementos penales que la acompañan, no se habla de la responsabilidad por falta personal, sino que se utilizan los manuales romanos del delito público o delito privado; gradualmente inician los elementos que formarán parte de la responsabilidad general por falta personal y la reparación.

La influencia religiosa del cristianismo es determinante en la visión de la responsabilidad individual; a la vez también se vincula el elemento punitivo en la adjudicación de responsabilidad por la razón religiosa que vincula las acciones y omisiones culposas con los pecados; los juristas canónicos enlazan la teoría de la restitución con el séptimo mandamiento, que prohíbe tomar o retener el bien del prójimo injustamente. Así, tanto la postura romana como la canónica ligan los fundamentos con los resultados de los actos, contribuyendo al nacimiento de la responsabilidad civil.

El Derecho común se difundió en Europa y su influencia románica era favorecida por algunos monarcas que se resistían a la supremacía del Sacro Imperio. A través del Derecho romano, especialmente el adoptado durante el Dominado, justificaban la independencia del poder civil frente al papado. El Derecho natural tuvo su mayor expresión durante el siglo XVIII, por lo que fue denominado el Siglo de las Luces; la proposición del Derecho natural es la aplicación de un derecho de carácter universal que se fundamenta en la naturaleza del hombre.

En Alemania, el Derecho romano fue incrustado más tardío que en otros países europeos, no obstante ello en el año 1495 ya se le consideraba uno de los exponentes principales del Derecho. Fue la escuela de Savigni la comprometida con el estudio del Derecho romano como base del derecho actual. El *Corpus Iuris* se esgrimía como reseña principal para el estudio del Derecho romano; ocasionalmente se deja a un lado el Derecho romano para comenzar la aplicación del denominado *usus modernus pandectarum*. Con la aprobación del Código Civil Alemán (BGB) en el año 1900 perdió vigencia el Derecho de pandectas lo que marcó un inicio en la ciencia jurídica de esa nación.

### 2.3.1 Derecho privado en Francia y codificación

Las multitudes bárbaras que habitaban la región hasta la Edad Media, dieron un giro a los mandatos legales para convenir a las prácticas sociales de la época. La familia de las víctimas de un daño, tomaban la justicia en sus manos y era común utilizar la venganza como remedio a un agravio. Gradualmente se comienza a ver la práctica de que el causante del daño indemnizara económicamente a la víctima, mediante el pago de una multa privada; en los casos de muerte, la compensación la recibían los familiares y el propósito era restituir la paz y el orden social mediante el pago de la compensación. Es decir, se utilizaba como un disuasivo para evitar el caos y no como un remedio al daño causado. En las regiones del sur de Francia, el preludio del Derecho Común fue fácil y rápido porque aún estaba radicada la tradición romana a diferencia de las regiones del norte donde resultó más difícil porque existía un Derecho consuetudinario bien desarrollado (“*Droit coutumier*”). A pesar de ello prevaleció la Recepción y por consiguiente el Derecho común en toda Francia.

La influencia del Derecho canónico fue primordial para el progreso Derecho de daños y la filosofía resarcitoria que le caracteriza. La fundación del Derecho germánico antiguo “*Wergeld*” surge como la base para el restablecimiento del daño causado, aunque todavía con influencias remotas del Derecho romano, siendo su traducción más común el “rescate de la sangre”, como denominaron los alemanes “*Wergeld*”.<sup>76</sup>

En la Revolución Francesa -1789- se emularon muchos aspectos de la República Romana, como la adopción de un Derecho “liberal” codificado y fundado en la razón; en esa data se comienzan a redactar los códigos civiles para suplir los antiguos textos de Derecho Común, siendo su fuente Derecho romano, ya que su visión racional del derecho era compatible con los preceptos de la tradición del iusnaturalismo racionalista. En la práctica consuetudinaria se comienzan a ver cambios, el más pertinente al asunto que nos ocupa, la intervención de los reyes y príncipes medievales que establecieron sanciones penales por daños a la persona y confundieron el carácter público y privado de la responsabilidad penal. A pesar de que se mantuvo el castigo corporal como un remedio al agravio público ocasionado, se comenzó a imponer una pena monetaria a favor del agraviado o su familia, la cual era de carácter privado.<sup>77</sup>

Los códigos adoptados se inspiraron en el Derecho privado romano de la época clásica, con grandes influencias del Derecho canónico. Se sustituye la visión punitiva por una moralista del daño, en la medida que se establece el daño como centro del sistema de la responsabilidad civil, matizado por nociones morales de la conducta buena y mala. Napoleón adoptó el Código Civil francés en el año 1804, basado en el Derecho romano y éste constituyó el modelo para los demás códigos civiles occidentales. En Francia habían escuelas de juristas constituidos en colegios gremiales cuya línea académica se basaba en la tradición romanística; fue por medio de la aplicación del Derecho en las cortes francesas se va desarrollando el

---

<sup>76</sup> LE GOFF, J. *La civilización del occidente medieval*, J. de C. Serra Ráfols (trad.), 1969, Barcelona: Juventud, p. 66.

<sup>77</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1956, p. 456; FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid: Victoriano Suárez, 1928, p. 236-237.

«*droit français común*»; el momento histórico en el que se aprueba el Código Civil Francés (CCF) ayudó a su propagación a varios países europeos, como en Italia, Bélgica, Holanda y parte de Alemania, a través de la vía política y militar.

El Código Civil de Francia conjuntamente con el Alemán (BGB) –que se adoptó en el año 1900–, son el punto de referencia para el progreso de las codificaciones de otros países europeos; después de la aprobación del Código Civil Francés –de base romanista y consuetudinaria– sigue la aceptación de otras codificaciones procesales en el ámbito civil y penal, así como las codificaciones comerciales y penales. En España, el acogimiento de su Código Civil se realiza en el año 1889 durante el siglo de las codificaciones y del liberalismo. Al igual que los códigos de Francia y Alemania, su base es el Derecho romano.

Durante esta época del Derecho civil, el Código de Napoleón fue designado como el Código de la propiedad o de los bienes, ya que se dio énfasis a las posesiones o titularidades patrimoniales del individuo dejando a un lado la protección de sus derechos fundamentales y los bienes que se encuentran atados a su persona.<sup>78</sup> Fue hasta la aprobación de la Constitución Alemana de Weimar que un país europeo de corte civilista establece la importancia de los bienes de la personalidad al mismo nivel que los derechos patrimoniales.

### **2.3.2 Derecho privado en España y codificación.**

El trascurso de Admisión en España fue paulatino, se percibió en diferentes momentos conforme avanzaban las nuevas tendencias por los territorios geográficos; los lugares más cercanos a Italia –como Cataluña, Mallorca y Valencia– fueron más sensitivos a la Recepción por la tradición romanista y el desarrollo de una burguesía mercantil e industrial; en otras comarcas como Aragón y Navarra, Castilla y León la incursión de la Recepción fue más lenta y tuvo dura resistencia. Fue en el siglo XIII, que el Rey Alfonso X –el Sabio– ordenó la creación de una gran recopilación en castellano del Derecho Común y nacieron “*las Siete Partidas*”, que aunque poco aprovechadas en su época, se convirtieron en Derecho subsidiario y eventualmente se impusieron al Derecho tradicional castellano. El daño fue determinado en la Partida VII, Título XV, Ley I, como el “*empeoramiento o menoscabo o destruyimiento que ome rescibe en sí mesmo o en sus cosas por culpa de otro.*” El texto, al igual que la codificación actual, no niega la presencia de perjuicios extraparimoniales cuando se refiere al quebranto que recibe el hombre en sí mismo o sobre su persona, así como en sus cosas. *Las Siete Partidas* del Rey castellano-leonés, Alfonso X, “El Sabio” son apreciadas como una de las obras primordiales del Derecho común europeo, escrita en el siglo XIII. Para esa época, el escrito representaba una codificación que atendía los asuntos de naturaleza privada de manera aceptable, pero se abogó por la adopción de un Código. La evolución del escrito tardó hasta el año 1889 cuando finalmente España adopta su Código Civil.

### **2.3.3 Derecho privado en México y codificación.**

Del estado Azteca cabe destacar las siguientes características –base de

---

<sup>78</sup> PERREAU, E.H., “Les droits de la personnalité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1909, 501, p. 502.

dicha cultura de gran progreso y desarrollo- la cual estuvo a la altura de otras en continentes diferentes a la par, y las vamos a destacar en: a) Mesoamérica estaba constituida por pueblos étnicos, lingüísticos y de una cultura diversa, aunque tenían una relativa unidad cultural. b) Cuando llegan los españoles, quien dominaba eran los aztecas, esto de algún modo vínculo el viejo mundo con el nuevo mundo, un nuevo enfoque. c) La organización azteca centralizaba el poder y su regulación en casi todos los pueblos que habitan alrededor del imperio, mismos que tiene relaciones muy complejas, su característica principal de todo gobernante era la visión de la idea cosmogonía, y la reciprocidad era el fundamento principal. d) Como en todo, siempre hubo dos clases políticas hereditarias, los plebeyos y nobles.

La concepción teocrática de algún modo era voz y representación de la divinidad, quien pedía que se cumpliera las leyes exigidas de los antepasados; se les incluía también a los tlatoani. El Estado intervenía rígida y autocráticamente en la vida azteca, satisfaciendo el interés colectivo; en algunas ocasiones a través de la guerra, la religión y el derecho, incluyendo los medios académicos como: calmec a los pipiltin y los telpochcallis a los macehualtin.

La conciencia histórica se relaciona con lo que decía alguien como los italoaca y códices o xiuhamatl; en todo momento la determinación de los hombres con preparación administrativa y política permitían influían en las conquistas de los aztecas. El Itzcóatl considero que los jóvenes se tenían que rebelarse y no corresponder a los intereses de unos cuantos; los consejeros ancianos únicamente tenían autoridad moral por la concentración que tenía el tlatoani (máximo dirigente); imaginemos una justicia que no es apelable, el daño que ocasiona la misma, no se daba la corrupción por que se castigaba con la muerte, hay que tomar en cuenta que el tlatoani tenía un poder absoluto y eso repercutiría socialmente y provocaría con el tiempo estallamientos sociales.

Las opiniones de los autores del siglo XVI acerca de la justicia de la penetración española en América, tuvo dos grandes ciclos: el primero comienza cuando se piensa que los títulos que los europeos podrían considerar justos, pero que se fundaban: en la ampliación de jurisdicciones y valores propios de occidente, o en deprimir la categoría jurídica del indio por ser bárbaro, pecador, infiel, vicioso; hallado algunos de sus títulos se concluía el deber de los indios de someterse pacíficamente, y que, si resistían, podían los europeos declarar la guerra justa; los efectos morales y jurídicos de esa primera forma de resolver el caso de América pueden resolverse en una excesiva afirmación de valores del invasor y poco o ningún respeto a los derechos de los invadidos. Todos los infieles, sin distinción alguna, quedaban catalogados como posibles súbditos del mundo cristiano, comprendidos bajo la jurisdicción del papado, que podían un momento cualquiera anular la organización del régimen jurídico de los gentiles. El segundo ciclo del problema de la justicia en América, los autores revisaron y resolvieron de modo contrario las afirmaciones anteriores; no creyeron ilícito extender la jurisdicción europea más allá de sus límites occidentales; pero estimaba el Papa no podía quitarles los dominios y jurisdicciones que poseyeran sin pecado, la posición de santo Tomás de Aquino; en 1510 John Maior planteó, el caso de los indios en la segunda forma, consideraban el mundo de Cristo lograr este mundo, quien acaba la potestad del emperador, es decir, se negaba los derechos de los infieles, facilitaba la separación de caso de los indios al de los españoles; Bartolomé de las casas, en su tratado comprobatorios, desea

sobre los títulos ilegítimos: unos dice el título es, porque a los españoles compete aquel orbe por cercanía.

Los teólogos, filósofos y juristas españoles conocen los conceptos de Derecho natural, del de gentes y la filosofía moral y política fundada en la consideración nacional del hombre, de donde salieron algunas soluciones importantes; uno de los defensores estrictos de los derechos de los indígenas, fue Bartolomé de las Casas entre otros, quien manifestaba que el Derecho a la obligación de la iglesia era descender el evangelio a los gentiles y ampara a los predicadores, aunque hubo algunas discrepancias en cuanto al modo de derivar la jurisdicción política española de la jurisdicción espiritual. Era patente el esfuerzo por allá la unión de los términos, dos mundos, por encima de las limitaciones nacionales; no procedía así por inspiración creadora, sino a fin de resolver justamente las exigencias propias del caso indiano.

La Corona Española, tenía la labor de realizar un cuerpo legislativo para las nuevas circunstancias de una nueva justicia, quizás desvirtuada debido a la nueva extensión territorial en las Indias, toda vez que desconocía que ley era vigente para dicho lugar, derogada o modificada. En el año de 1510 se ordena reunir unas disposiciones dictadas para los indios, ubicados en territorio nuevo, la nueva América, ello con el fin de atender de primera mano a su disposición; en el año de 1533 se ordena que se recoja cualquier tipo de ordenanza, provisiones y cédulas para que estas se forman de una copia y se enviarán al consejo de las Indias. En 1550 el virrey Don Luís de Velasco emprende y logra dos libros de cédulas vigentes, uno por decisión y otro por materia, los cuales son aprobados en el año de 1552; en México el fiscal Don Antonio Maldonado realizó un repertorio de células por alfabeto en 1556, entre Don Luís de Velasco y Don Antonio Maldonado iniciaron en América de algún modo la ya conocida recopilación. Don Francisco Fernández de Liébona comunica el virrey una nueva obra de cédulas y provisiones, imprimiéndolas y que todos sepan de ellas; es Don Vasco de Puga en México quien desea llevar a cabo una faena, haciéndolo en un volumen dicha en 1525, la cual se manda a imprimir en el año de 1563, pero es incompleta; Don Alfonso de Zorita es quien termina la obra de Don Vasco de Puga en 1574, la cual se mandó guardar por alguna razón.

En 1687 se vio una obra donde reunía los autos de gobierno y ordenanzas dictadas en la Nueva España por Juan Francisco Montemayor. En 1567 y 1680 hubo abundancia de textos legales posteriores a la recopilación en la península y las Indias; de nueva cuenta se presentan problemas generales por tantas formulaciones de leyes y necesidades de una regularización de todos los problemas, debido a que la mayoría de los casos tenían destinatarios dichas disposiciones, se repetía cuando se quería que fueran obligatorias en distintos lugares. En 1771 el consejo de las Indias se pronuncia sobre comentarios de la recopilación de 1680 y se pide al rey una reimpresión y comentó, es decir, una glosa a la recopilación de Indias. En el año de 1776 Carlos tercero dispone en que nunca se permita la glosa o comentó de las Indias; Juan Luís López alcalde del crimen de Lima Perú, así como el Marqués de Risco y el canonista Pedro Frasco, emprenden la tarea de glosar la recopilación, modificando todo lo necesario; en la nueva España la labor de la glosa de la recopilación, quedó al cargo de Antonio Palacios, de la Audiencia de México y Guadalajara, componiendo notas antes de 1735; algo similar lo realiza José Lebron y Cuervo, abogado de la Real Audiencia y del

gobierno de individuos en el año de 1753 y 1774, y que posteriormente se reunieron para su impresión; José M. Marilus, intentó suplir el vacío de las leyes no recopiladas, en esas obras tenemos el teatro de la legislación universal de España en Indias y por Antonio Javier Pérez y López particulares ello, quienes inician su impresión en el año de 1791 y concluye el 1798.

El nuevo Código de leyes de Indias fue aprobado por la corona cuando rechazó de plano la labor de glosar que le ofrecía Ayala y ordenó la revisión de la legislación indiana por decreto del nueve de mayo de 1776; en 1870 la junta eleva a Carlos cuarto el libro primero el nuevo Código de leyes de Indias; Ansotegui había incluido en su obra leyes antiguas recopiladas; en el año de 1792 el rey aprueba la reelaboración, pero el libro primero no entre vigor, sino que enumere copias al consejo de Indias para que se pusiese en uso y práctica de decisiones, pero no ordena publicarlo; en el año de 1799 Antonio Porcel, secretario de la junta, reforma la recopilación de las Indias y que concluido, la presentan al consejo, pasando al libro primero del nuevo Código, pero se aprecian que eran disposiciones de 1791; regresar de nueva cuenta la gestión de 1815, donde se pide la elaboración de un nuevo cuerpo de leyes para América, la cual no prospera; el cuerpo de leyes aprobadas 1792, sólo ocho cobraron vigencia, según lo manifiesta don Antonio Muro Orejón, siendo una tramitación de la sanción de un código de leyes indianas.

En 1548 el virrey Antonio de Mendoza en base a las Ordenanzas y Audiencias realiza una compilación por iniciativa que abarca la legislación de las Indias, pero no incluye los derechos para los indios, y es Diego de Encinas de la Cámara del Consejo quién lo logra en el año de 1596, de la cual se imprimen 48 ejemplares, en 4 volúmenes como cédulas y en 1680 se agregan cinco volúmenes más; una obra realizada por iniciativa particular es la de Francisco Montemayor en 1678, que son compilaciones de disposiciones generales y particulares; así como el título de recopilación de Eusebio Ventura Belaña en 1787; la recopilación de las Indias se inicia por el oidor de la Audiencia Don Alonso de Zorita, la cual tiene una semejanza a la de Castilla, imprimiéndola en 1569; en 1603 a través de nuevos intentos, Diego de Zorilla realiza una vez más una recopilación de leyes que incluyen cédulas de Encinas y de las últimas disposiciones, la cual no tuvo aprobación; en 1609 Juan de Solórzano oidor de Lima, realiza una obra más por estar familiarizado y 1622 envía el primer libro, de nueva cuenta no prospera; en 1616 el consejero Rodrigo de Aguiar y Acuña se ocupa de un nuevo proyecto, pero su trabajo se interrumpió; la recopilación de 1680 tiene su punto de partida en el anteproyecto presentado por León Pinelo en 1635, nunca fue revisado, ni aprobado; León Pinelo al no concluir su obra, la continua Fernando Jiménez Paniagua en 1680, 20 años más tarde fue terminada, siendo dividida en libros, en títulos y en leyes. Las ordenanzas se elaboran y redactan como obra unitarias y uniformes, las cuales tienen disposiciones casuísticas; y es Juan de Ovando quien proyecta un Código en sentido moderno, quien dice cómo hay que proveer generalmente todos los casos y reducirlos a ordenanzas, por lo que se debe llamar libros de leyes, de tal manera que la redacción fuera tan clara, que los indios pueda entenderla y comprenderla con mucha facilidad, tal parece que fue éste el personaje quién diera el principio y fin a la obra que conocemos como Códigos o leyes.

La existencia, funcionamiento y métodos del tribunal de la inquisición, cuya misión era perseguir a los hombres por sus creencias, para qué nadie se apartará de los

cánones establecidos por la teología; se exigía que, entre la familia se denunciaran; se usaba el tormento para obtener la confesión del delito, los cómplices y simpatizadores; es decir, la inquisición fue un mecanismo de varios países para la investigación de crímenes en algunos casos, y otros la persecución política; el Estado siempre ha tenido la necesidad de encontrar nuevos nombres para los mecanismos que utilizan en contra de quien quieren; la persecución religiosa, ya la habían practicado los judíos.

La mayor actividad se nota a mediados del siglo XVIII, y en el auto de fe de 1649, en que fueron relajados 10 reos. Tal cosa se debió a un acto imprudente e inexplicable de Felipe II, concediéndose a Don Luís Carbajal, judío portugués, nombramiento de gobernador en el nuevo Reino de León, con facultad para colonizar el del río Pánuco y Zacatecas, pudiendo llevar hasta 100 pobladores, saliendo de España sin cumplir con requisito alguno estos, llegando con ellos y con familias judías, que pronto fueron un problema para las autoridades civiles y eclesiásticas, ello explica la actividad inquisitorial en el siguiente siglo. Al final de la época colonial y durante la guerra de Independencia, el tribunal de la inquisición había caído primero en el desprestigio, y después en el odio de las gentes, por su participación en los asuntos de la agitada política de entonces.

El 12 de febrero de 1813 las cortes de Cádiz dieron el decreto de abolición, que fue promulgado en México el 8 de junio del mismo año. Los bienes de la Institución se incorporaron a la Corona. De nueva cuenta se restablece la Inquisición a la llegada de Fernando VII a España, desapareció ésta automáticamente, por la jura el 31 de mayo de 1820 de la constitución de 1812.

Las grandes modificaciones en los textos jurídicos son, consecuencia de la práctica legal, lo que provocó la publicación del Código Civil de 1871, ya que las vivencias de los abogados y jueces, enfrentaban problemas con casos que no tenían formas de regularse debido a las nuevas necesidades, lo que requería una nueva transición; fue así que se despacha el Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales, donde concluyen dos aspectos distintos de un solo proceso de creación; añadamos la emancipación y sustitución del orden jurídico colonial; dos razones para ello, uno porque el Derecho colonial estaba centralizado y dictado por el rey, la otra, ese Derecho, ya no correspondía a la realidad; el proyecto se concretizó en 1871, quedando concluido en la primera década del Siglo XX, quedando completa la sustitución jurídica colonial, incorporando las Leyes de Reforma de 1857 y 1873, como marco, señalando la directriz de operatividad. La falta de criterios de los jueces al momento de dictar una sentencia, la inexactitud de motivación y fundamentación de la misma, la omisión de sugerencia del rey de un texto real, y la falta de la no obligatoriedad por parte del juez en relación a lo anterior; lo que acrecentó la transición y transformación jurídica; incluyendo la falta de interpretación de la ley, la readaptación de casos no previstos, el ajustar la ley a dichos casos, todo ello y más permitió que se complementara la transición en México.

La forma federal aparece vinculada a las ideas liberales de la secularización del poder, la unidad de jurisdicción y el régimen de libertades. El federalismo parece, un asunto de equilibrio y control de poderes, así como la distribución de competencias; aquí la práctica no cabe; se fortalece la creación del municipio libre, como sustento de la división territorial; hay numerosas coincidencias en los textos en relación con la división de poderes y derechos fundamentales; no sucede lo mismo con el Pacto Federal. Entre los factores que

obstaculizaron la modernización de las instituciones, fue la falta de capacidad y conocedores del derecho para cubrir todas las instancias previstas en las leyes.

La mayor parte de nuestros Congresos Mexicanos, fueron influenciados por grandes personajes políticos como: Morelos en 1814, Mier en 1824, Comonford en 1857, Carranza y Obregón en 1917; el constituyente de 1916-1917 fue una asamblea democrática y libre, inspirada en altos ideales del contexto mundial. Un colaborador cercano de Carranza, Félix F. Palavicini, ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, se encargó de preparar el terreno para el nuevo Congreso Constituyente, donde se buscaba reformar la Constitución de 1857, proponiendo una nueva, escribiendo las demandas de las masas populares; otro colaborador, José Natividad Macías, preparo el texto Constitucional reformado por Carranza, que presentaría ante el Constituyente, el cual fue respaldado e impulsado por los Diputados Luis Manuel Rojas, periodista y abogado, y Alfonso Cravioto y Juan N. Frías, abogados.

En los últimos 20 años, México es diferente comparado a mediados del siglo pasado, donde han surgieron espacios fragmentados, interconectados por vectores que van de lo local a lo global, de la nacional a lo internacional, de lo político a lo económico, de la pobreza extrema a la opulencia; el análisis se realiza del año 1982 al 1996; la cuestión de relación entre sistemas sociales y el jurídico no es nuevo, se admite la causa-efecto, funcionamiento institucional; el subsistema jurídico sufrió transformaciones en los últimos años, debido al cambio directo del modelo económico, político, y social; los cambios al marco normativo, no correspondieron a una agenda legislativa explicita; los instrumentos internacionales es cada vez mayor en el subsistema jurídico interno; la situación de las instituciones se fue modificando para crear una red compleja de órganos, teóricamente asignadas al poder judicial, además de las modificaciones constantes del ejecutivo federal; en algunas ocasiones, una misma ley fue expedida varias veces, o modificada en múltiples ocasiones, algo tuvo que ver la globalización del derecho, el derecho ambiental, los derechos humanos, el derecho económico internacional; la Constitución de 1917 es pilar del sustento legal mexicano, prácticamente todos los presidentes la han cambiado, pero, a partir de 1970 se incrementaron notablemente, concentrándose en la estructura y facultades de los poderes legislativos, judicial y garantías individuales; las reformas se les denominó principios básicos, y su aplicaciones fueron en ámbitos de: Derechos Humanos, economía, agrarios, electoral, funciones del congreso nacional, ejecutivo federal, servidores públicos, relaciones estado-iglesia; la actividad legislativa y constante fue entre 1985-1986 y 1992-1995, donde se promulgaron sesenta y una ley; se benefició en: Economía, Agricultura, Banca y servicios financieros, Operaciones e instituciones mercantiles, Comunicaciones y transportes, Administración pública, Orgánicas de administración pública federal, Fiscal, Seguridad social y trabajo, Educación, Fuerzas Armadas, Electoral, Poder Judicial, Derechos humanos, Derecho penal, Derecho civil, Medio ambiente y otros; se firmaron 2, 180 tratados entre 1917 y 1993, la falta de aplicación de estos se debió al sistema cerrado, y a través de la presión y coacción empezaron a tener vigencia abriendo el mercado al mundo; en esta parte, el Presidente con la aprobación del Senado, y que esté de acuerdo con la Constitución, son ley suprema de toda la Unión, y tienen aplicación directa, se pretende la coexistencia armónica de esas normas en nuestro país.

El conjunto de los cambios en México, busca la modernización de la nación, con una

plena aceptación a la tendencia de globalización y el mercado de supuestas oportunidades internacionales, con una emancipación del Estado, sobre todo en: Privatizaciones, desregulación de poderes, de los estados de la federación, y sociedad, consecuencia necesaria e impostergable; no significa que los cambios fueran causales, ello corresponde al incremento de la racionalidad de la economía, la articulación interna con la externa, a la redefinición de la estructura y función del Estado, a la ampliación de la acción pública de los sujetos individuales y colectivos.

## 2.4 Derecho común anglosajón.

Regreso a la raíz romana para entender el impacto de sus preceptos legales en la ciencia jurídica del derecho común anglosajón o “*Common Law*”, en donde se distinguen tres periodos diferentes donde la ciencia jurídica romana impacta el continente europeo. La primera, durante la invasión de Roma a las Galias; la segunda, durante la Edad Media, tras el descubrimiento del *Corpus Iuris*, y la tercera, en la época de la codificación.<sup>79</sup> La influencia del Derecho de raíz romana no tuvo impacto lo suficientemente intenso en el sistema de derecho que se desarrolla en Inglaterra como para absorberlo. En cambio, se desarrolló un sistema independiente, con matices aislados de la influencia romana.

Roma fundó las principales ciudades de la actual Inglaterra, denominada por ellos Britania, pero la influencia romana no fue determinante en dicho territorio. La invasión de los anglosajones, que eran germánicos no romanizados, causó el distanciamiento de la cultura, y por consiguiente, del Derecho romano. El Derecho romano no prevaleció en la ciencia jurídica inglesa y posteriormente la anglosajona, pero se puede distinguir la recepción del mismo en el Derecho inglés. Hubo tres momentos decisivos en el proceso de evolución de la ciencia jurídica inglesa. El primero, la influencia de la Iglesia y la doctrina de los glosadores. Se señala el uso de algunos términos latinos para explicar y aclarar el derecho inglés. El segundo, es en el momento en que la Recepción se impone en Alemania, para el siglo XVI. En ese periodo se reseña la adopción de doctrinas romano-canónicas en áreas como el matrimonio, derecho marítimo y mercantil. A pesar de que el Derecho romano no es una de las materias que se estudiaban en las universidades de la época, Oxford y Cambridge, sí el Derecho canónico era parte del currículo y a través de éste aquellas disposiciones de origen romano que impactaron y formaron parte del Derecho canónico extendido por toda Europa. El tercero y último, se experimenta en el siglo XIX cuando se comienzan a observar referencias a máximas romanas en las sentencias de los tribunales ingleses. A pesar de que el sistema jurídico anglosajón fue denominado “*Common Law*”, el mismo no emana del Derecho común europeo de raíz romana. En Inglaterra, se denominó Derecho común al derecho nacional, cuya fuente de poder emanaba del Rey y sus cortes. Por el contrario, el Derecho común europeo era un Derecho transitorio, centrado en la difusión del conocimiento a través de las instituciones educativas de la época que se dedicaban a la exégesis del Derecho romano medieval.<sup>80</sup> Existen varias diferencias sustanciales entre el Derecho común europeo y el anglosajón, entre ellas despuntan en el Derecho Común Anglosajón las siguientes: 1. No

---

<sup>79</sup> LÓPEZ MONROY, J., *Sistema Jurídico del Common Law*, Méjico: S.A. Editorial Porrúa, 1999, p. 3.

<sup>80</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York: Aspen, 2009, p. 137.

existecodificación. 2. No se hace distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. 3. El Tribunal Inglés es la autoridad máxima en materia de ordenamiento jurídico. a) No existe distinción entre el derecho sustantivo y procesal. b) La Ciencia Jurídica, en contraposición con el Derecho Romano y sus derivados, no posee tanta relevancia.

Según Coing, aquellos países que fundamentan su sistema jurídico en la casuística o decisiones jurisprudenciales “*case-law*” son más difíciles de transferir en otros sistemas culturales que aquellas que son basadas una normativa clara.<sup>81</sup> El Derecho romano y el derecho común anglosajón desplazaron los derechos locales por las determinaciones y aplicaciones jurisprudenciales de los tribunales del Rey, convirtiendo el mismo en *Ius Commune*.<sup>82</sup> El Derecho común anglosajón está predicado en las determinaciones jurisprudenciales y el principio de publicidad. La historia del Derecho común inglés se divide en tres períodos, a saber: (1) la etapa anglosajona; conquista normanda y nacimiento del *common law*; (2) apogeo del *common law* y nacimiento del *equity*; y por último, (3) Derecho inglés contemporáneo. Siendo el Derecho común inglés la base para el desarrollo de la ciencia jurídica norteamericana, realizaré un breve recorrido por las etapas del desarrollo del Derecho común inglés como exordio al sistema judicial estudiado.

#### **2.4.1 Evolución histórica del Derecho común en Inglaterra.**

##### **2.4.1.1 Etapa anglosajona.**

Esta primera etapa data desde la prehistoria hasta el siglo XI cuando se experimenta la conquista normanda. Se distinguen en este período las diversas invasiones que tuvo Inglaterra, comenzando con la romana que se extiende por un periodo de cuatro siglos (del siglo I al V). La invasión romana tuvo un impacto político, militar y religioso. Es mediante la influencia religiosa que también se difunden los principios de la ciencia jurídica romana, como hemos mencionado antes. Al igual que surge en el resto de Europa, el latín es el lenguaje utilizado por el clero para el estudio y la aplicación del Derecho. Aún en Inglaterra, las cortes del Rey utilizaban el latín como lenguaje oficial en los récords y escritos. Posteriormente, se introduce el francés como lenguaje oficial hablado en las cortes del Rey. Este período se caracteriza porque la ley no estaba escrita y era difundida verbalmente a través de las generaciones.

##### **2.4.1.2 Conquista Normanda y nacimiento del *Common Law*.**

En este período el reinado de Guillermo el Conquistador, quien llega al trono Inglés en virtud de las Leyes Sálidas, durante el año 1066 y paradójicamente desconoce las costumbres y el idioma inglés, por ser heredero de la tradición francesa; para enmendar su ignorancia del entorno que iba a reinar se crea un sistema tripartita que estaba compuesto de un Consejo denominado *Curia Regis*, que eventualmente se convierte en el Parlamento; sistema de Tribunales que aplicaran el “*common law*” que más tarde es traducido al inglés como “*common law*” mediante el cual se perseguía conocer la verdadera forma de vivir y ser

---

<sup>81</sup> COING, H., *Derecho privado europeo*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, Vol. I, p. 41.

<sup>82</sup> COING, op. cit., Vol. I, p. 125

de los anglos y sajones que vivían en el territorio<sup>83</sup>; y el tercer componente que fue la distribución de tierras y el reconocimiento de propiedades lo que evita enfrentamientos entre baronazgos y el poderío del rey; a partir de la Edad Media hasta el presente que se desarrolla el Derecho común inglés como sistema jurídico. Su sistema está fundado en la instrucción de los jueces a través de las escuelas judiciales y su formación está basada en la administración de la justicia mediante la aplicación de la equidad.

El sistema de derecho privado se distinguió porque los reyes legislaban sobre dicha materia y los tribunales de los reyes, *Curia Regis*, emitían dictámenes a través de los *Writs*. Los *Writs* eran órdenes emitidas por los Cancilleres del Rey a una parte para que se presentara ante los Tribunales centralizados a responder por los actos imputados.<sup>84</sup> En los asuntos donde la controversia giraba en torno a un asunto de Derecho, los jueces adjudicaban la controversia, pero si existían disputas sobre la apreciación de los hechos, los jueces remitían el caso ante un jurado que escuchaba y emitía su dictamen.<sup>85</sup> Según evoluciona el Derecho, se van creando fórmulas y *Writs* aplicables a casos concretos. Más tarde surge el concepto de *Equity* o equidad, pero como un concepto de Derecho que se contrapone al *Common Law* y que es administrado por los Tribunales de Cancillería;<sup>86</sup> en las primeras etapas del *Common Law* y el *Equity* se crearon controversias de los Tribunales que los administraban con relación a cuál de éstos prevalecería en caso de controversias. Aunque se reconoce inicialmente el *Equity* como el sistema que prevalece, más tarde se integran ambos a través de la reforma judicial, en el siglo XIX. Según Langbein, Lettow y Smith, el *Equity* no podía subsistir como un sistema independiente al *Common Law*, sino que más bien era un sistema supletorio, creado para subsanar las lagunas existentes de este último.<sup>87</sup>

El sistema judicial fue ubicado en un lugar específico, en lugar de ser itinerante como era el uso y costumbre de la época medieval. Se estableció en Westminster y se especializó, dividiéndose en tres: Tribunal de las Causas de Hacienda o *Exchequer*; Tribunal de las Causas Comunes o *Common Pleas*; y Tribunal de la Materia Penal o *King's Bench*.<sup>88</sup> Eventualmente, la distinción desaparece y los tres tribunales atienden cualquier tipo de controversias, independientemente de su naturaleza. Uno de los aspectos característicos de este período es que se adopta en el ámbito procesal el debido proceso de ley mediante la modificación del sistema probatorio.

#### 2.4.1.3 Etapa del apogeo del *Common Law* y nacimiento del *Equity*.

El punto de referencia de esta época es el reinado de los Tudor en Inglaterra, cerca del

---

<sup>83</sup> El sistema judicial implantado requería que los procedimientos judiciales se celebraran ante la presencia de doce (12) habitantes del reino, que fuesen iguales a los que eran objeto del proceso judicial. Esta práctica da origen al nacimiento al juicio por jurado que no se utiliza en el Derecho Procesal Civil de raíz romana.

<sup>84</sup> *Black's Law Dictionary*, 8ª. Edición, Thomson-West, Minnesota, 2004, p. 1640.

<sup>85</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 86.

<sup>86</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 271.

<sup>87</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 286.

<sup>88</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 9. LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 122.

año 1485 y se extiende hasta la concepción del *Judiciary Act*, hasta el año 1873; se distingue esta etapa por el esparcimiento y desarrollo del *Common Law* y en contraposición de ésta, el surgimiento del *Equity*. El *Equity* es un concepto que nos refiere a los principios de justicia e imparcialidad; es el cuerpo de principios que determina lo que es justo, correcto; también se define como la referencia a los principios de justicia utilizados para corregir o suplementar la ley en la aplicación de determinadas circunstancias.<sup>89</sup> En el sistema de Derecho común inglés, nace como resultado de la insatisfacción de particulares con el Tribunal de Westminster, quienes acuden al monarca con una petición de intervención ante la aplicación arbitraria de la justicia, por tanto se adopta el *Equity* que suple el vacío y las lagunas existentes en el sistema de Derecho común inglés.<sup>90</sup>

#### 2.4.1.4. Etapa del Derecho inglés contemporáneo.

El Derecho inglés actual surge con la aprobación del *Judicature Act* en el periodo entre 1873 y 1875. A partir de esa fecha, los tribunales atienden controversias donde aplican el *Common Law* así como el *Equity*; así brotan al comienzo de este periodo las Comisiones Administrativas que son foros donde se ventilan procedimientos donde el Estado interviene y donde se aplican los principios del Derecho común inglés.<sup>91</sup>

#### 2.4.2 Desarrollo del concepto de daños en el sistema del CommonLaw inglés.

En el Derecho primitivo, los ingleses clasificaban las causas de acción en tres: reales, personales y mixtas.<sup>92</sup> Las personales, se manejaban haciendo la distinción de las que emanaban de una obligación contractual y las que surgían *ex delicto*. En la Edad Media baja, entre los siglos XII y XV, se catalogan las acciones en tres grupos distintos: las relacionadas con la propiedad; las reclamaciones por daños y perjuicios; y las relacionadas con obligaciones contractuales. Las reclamaciones por daños y perjuicios, estaban sub- divididas en: (1) *Trespass*; (2) *Actio on the case*; (3) *Trovero/Trover and Conversion*; (4) *Convenant*; y (5) *Special Assumpsit*.

En el “*Writ of Trespass*” se basa la teoría de la responsabilidad por daños del sistema de Derecho común inglés;<sup>93</sup> su origen se asocia con los principios religiosos de la época, ya que el término *trespass* posee una connotación de injusto o perjuicio en el contexto bíblico.<sup>94</sup> El concepto abarca la teoría general del daño, así como los daños emergentes y las reclamaciones por lucro cesante. El recurso proveía mecanismos para la celebración de juicio por jurado, en los procedimientos de naturaleza civil, así como la adjudicación de compensación monetaria por los daños cometidos; al principio se requería que el demandado hubiese empleado la fuerza y con sus acciones violentaran la paz del Rey, aunque se

<sup>89</sup> GARNER, B.A., *Black’s Law Dictionary*, 8ª. Edición, Thomson-West, Minnesota, 2004, p. 579

<sup>90</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., *op. cit.*, p. 23.

<sup>91</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., *op. cit.*, p. 30.

<sup>92</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., *op. cit.*, p. 15.

<sup>93</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., *op. cit.*, p. 17; IBBETSON, D., “How the Romans did for us: Ancient Roots of the Tort of Negligence”, *UNSW Law Journal*, Volume 26(2), p. 475-514.

<sup>94</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., *op. cit.*, p. 103.

denominaban como requisitos ficticios, ya que en la práctica perdieron todo tipo de efectividad. Desde el Siglo XIV la figura del «*Trespass*» se podía utilizar en situaciones de: entrada ilegal a tierras ajenas; interferencia indebida con personas o con los bienes de otros. Las acciones donde se imputaba responsabilidad se manejaban con la acción de «*Trespass*» que se enfocaba en la causalidad del daño al otro, sin considerar la presencia o no de la culpa. Es decir había una presunción de que el causante del daño era culpable y este podía levantar defensas para liberarse de responsabilidad.

El concepto fue evolucionando hasta que en el siglo XIV surgió el «*Actio on the Case*», mediante el cual se relataban los hechos materiales para sustentar la reclamación;<sup>95</sup> esta particularidad permitía la reclamación por daños sobre cualquier objeto sin que se requirieran los elementos de uso de fuerza, violencia o la ofensa a la paz del Rey. De acuerdo a Langbein, Lettow Lernes y Smith, esta figura legal fue la precursora del *tort of negligence* actual, así como otras figuras en materia de contratos.<sup>96</sup> La palabra ‘tort’ fue acuñada del francés por los ingleses y puede ser traducida al castellano como perjuicio, daño o falta. Los franceses, a su vez, tomaron el vocablo tras la influencia del vocablo latín *tortum*, sustantivo del participio *torqueo*, que significa torcido. El término *tort* fue adoptado en la profesión legal para definir aquel daño que está reconocido por ley en oposición de los daños que son exclusivamente violaciones a las normas establecidas por la moral social.<sup>97</sup>

Ibbetson, indica que el derecho común asentado en responsabilidad o el *torts* experimentó una “romanización”.<sup>98</sup> En primer lugar se advierte la influencia que ejerció el Derecho romano, vigente en la *lex Aquilia* sobre la figura del “*Action on the Case*” del Derecho común; se atribuye la conexión entre estas dos figuras a la participación de los tratadistas Naturales, en particular Grotius y Pufendorf, quienes influyeron en la aplicación de los conceptos romanos tanto en el “*Action on the Case*” como en el “*Trespass*”. A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, comienzan a surgir casos donde se aplican estas causas de acción no solo a supuestos donde hay culpa, sino en aquellos donde se imputa negligencia. Ya para el año 1695, se reseñan eventos donde se establecían vínculos entre la ausencia de previsión por parte del demandado y el accidente inevitable;<sup>99</sup> otra de las acciones diseñadas para atender las reclamaciones en daños y perjuicios es el *trover*, por la que se reclama al individuo que ha desposeído a otro de sus bienes muebles. Las clasificaciones de *Convenant* y *Special Assumpsit* son figuras que exclusivamente tratan con las reclamaciones que emanan de las obligaciones contractuales. Un elemento fundamental en el daño causado por negligencia en el Derecho común es la obligación de obrar con cuidado o diligentemente. Cuando se toma en consideración la existencia de responsabilidad se evalúa cuál era el deber del demandado y si se alejó o violó su obligación de actuar de cierta manera. Uno de los principales exponentes de esta teoría en el Derecho común anglosajón fue Samuel Pufendorf. Según definido por los tratadistas del Derecho común, la obligación de obrar con cuidado y diligencia fue expresada en sus inicios de la siguiente manera: “*every man ought to take*

---

<sup>95</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 17.

<sup>96</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 104.

<sup>97</sup> GOLDBERG, J.C.P., ZIPURSKY, B.C., *Torts*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 1

<sup>98</sup> IBBETSON, D., op. cit., p. 502.

<sup>99</sup> *Ibid.*

*reasonable care that he does not injure his neighbour*".<sup>100</sup> Es ésta la esencia del concepto de *torts*, cuya definición es tan amplia, que se describe, pero no se puede definir.<sup>101</sup> Aquellos que se aventuran a buscar una definición lo presentan como un agravio o injuria en el ámbito civil que no se relaciona con las obligaciones contractuales y cuyo remedio puede conseguirse por medio de la adjudicación de daños.<sup>102</sup> Es la violación a la norma de conducta impuesta por la ley a un individuo con respecto a otro en una circunstancia particular. A los efectos de determinar la procedencia de una reclamación bajo *torts* resulta inmaterial la ausencia de intención de injuriar (*dolus*) y la ausencia de reconocimiento de la falta.<sup>103</sup> El sistema de Derecho común anglosajón, mediante la participación de un jurado, permite el consenso de miembros de la comunidad, quienes concluyen si existía o no un deber u obligación de actuar de determinada manera y si la persona demandada violó dicho deber, alejándose de la conducta de una persona prudente y razonable.<sup>104</sup>

### 2.4.3. Derecho común norteamericano.

El sistema judicial norteamericano nace del sistema de Derecho común inglés, como consecuencia predecible del control político, religioso y judicial que ejercían las monarquías europeas sobre los territorios que controlaban en América. La primera colonia inglesa en Norteamérica data del siglo XVII en Virginia y sus fundadores eran individuos que tenían la visión de permanecer en el nuevo continente, en algunos casos por sus conflictos políticos y/o religiosos en sus países de origen;<sup>105</sup> se fueron desarrollando gobiernos autónomos hasta desarrollar un sistema político autocrático por la poca o ninguna jurisdicción ejercida por Inglaterra sobre sus territorios. Se establecieron Tribunales de Cancillería, de corte inglés en todas las colonias reales. Las mismas no fueron acogidas con mucho agrado por los colonizadores porque las percibían como entidades que perpetuaban la Equidad del sistema anglosajón, con las implicaciones políticas que ello acarrea.<sup>106</sup> Se modificó el concepto y las cortes norteamericanas coloniales disponían de asuntos de ley y equidad indistintamente.

Para el año 1776 las colonias americanas logran la independencia y con el fin de alejarse del sistema monárquico inglés desarrollan una estructura constitucional basada en la separación de tres poderes, el ejecutivo, legislativo y judicial. Se crea una Federación compuesta por los Estados y una de las primeras proezas fue la concepción y posterior aprobación de la ley suprema, la Constitución de los Estados Unidos de América. Los Estados Unidos de América estuvieron expuestos al sistema jurídico inglés, compuesto a su vez por el *Common Law* y el *Equity* y crean, tras su independencia, un sistema judicial bajo estos mismos principios.<sup>107</sup> No obstante, ya en el siglo XVIII surge una legislación de equidad propia de las colonias. El sistema judicial está fundamentado en las decisiones de los

---

<sup>100</sup> IBBETSON, D., op. cit., p. 511.

<sup>101</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 67.

<sup>102</sup> GARNER, B.A., op.cit., p. 1526.

<sup>103</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 68.

<sup>104</sup> IBBETSON, D., op. cit., p. 512.

<sup>105</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 172.

<sup>106</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 378-379.

<sup>107</sup> LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 188-189

Tribunales, que crean precedentes y por otro lado la aprobación de legislaciones. A diferencia del Derecho común Inglés, los Norteamérica posee un sistema dual paralelo, uno de carácter federal y de aplicación en cada uno de los Estados y territorios de los Estados Unidos de América y otro análogo en cada uno de los foros estatales o territoriales, que poseen soberanía política, capacidad para aprobar leyes y adoptar un sistema judicial local. El sistema federado aprobó en el año 1792 legislación para que los reclamos basados en equidad se manejaran conforme a los principios, reglas y usos propios de los Tribunales de Equidad.<sup>108</sup> En la misma legislación y en otras posteriores, siendo las más relevantes aprobadas en 1822, 1842 y 1912, se reconoce el poder del Tribunal Supremo Federal para establecer Reglas Federales de Equidad.<sup>109</sup> Para esta época, el sistema judicial norteamericano contaba con pocos abogados, la literatura legal era primitiva y los pocos textos existentes provenían de Inglaterra.<sup>110</sup> El primer tratado inglés sobre Derecho común fue desarrollado por William Blackstone y a pesar de recibir muchas críticas constituyó uno de los pilares del desarrollo del Derecho común en los Estados Unidos de América.<sup>111</sup> El primer tratado de Derecho común norteamericano surge en el año 1788 y posteriormente se establece un sistema organizado mediante el cual se publican las determinaciones del Tribunal Supremo Federal que resultarán vinculantes para los tribunales inferiores.<sup>112</sup>

La doctrina del precedente judicial se remonta al año 1826 cuando el Canciller James Kent publicó en el primer volumen de comentarios al sistema legal americano la norma en cuanto a este particular.<sup>113</sup> Se establece que los tribunales de menor jerarquía estaban obligados a decidir conforme a las determinaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo Federal, en casos similares, a menos que se pudiese establecer que la ley fue mal interpretada o aplicada en el caso particular.

#### 2.4.3.1 Fuentes de Derecho.

Todos los sistemas judiciales poseen fuentes de referencia a las cuales recurren para resolver controversias específicas de hechos. El sistema de Derecho común norteamericano no se basa en legislaciones codificadas como sucede en el sistema de Derecho civil, sino que descansa primordialmente en determinaciones jurisprudenciales. En materia de Derecho privado, las publicaciones que podrían ser análogas a la codificación europea son los *Restatements of the Law*, promulgados por el Instituto de Legislación Americana a partir del

---

<sup>108</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 381.

<sup>109</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 382.

<sup>110</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 816.

<sup>111</sup> WORTH MATRAVERS, P., *The Civil Code and the Common Law in The Influence of the FRENCH CIVIL CODE on the Common Law and Beyond*, Londres: British Institute

<sup>112</sup> LANGBEIN, J. H.; LETTOW LERNER, R.; SMITH, B. P., op. cit., p. 824-828.

<sup>113</sup> La publicación denominada *Commentaries on American Law* reseñó el siguiente mandato de Kent a las cortes inferiores: “A solemn decision upon a point of law, arising in any given case, becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case.” (Énfasis suplido). Abstracto obtenido de LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 837.

año 1932.<sup>114</sup> Tal compilación de leyes tenía efecto persuasivo en los Tribunales, pero no vinculante, como sucede con las determinaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo norteamericano.

#### **2.4.3.2 Desarrollo del concepto de Daños en el sistema del *Common Law* en Norteamérica.**

A pesar de que en Inglaterra el concepto nació temprano en la Edad Media, en los Estados Unidos de América tardó en evolucionar y no fue hasta finales del siglo XIX que se consideró una rama independiente del Derecho.<sup>115</sup> El desarrollo del concepto en el entorno norteamericano se atribuye a la industrialización y sus efectos. Según la teoría de White, el desarrollo del concepto surge dentro de un concepto histórico tras la guerra civil y la necesidad de promover unidad y orden en un sistema secular, independiente de influencias religiosas.<sup>116</sup> Los primeros intentos por definir el *torts* fueron generales y se podía observar que trabajaban con una definición amplia y vaga del concepto. Por ejemplo, en el primer tratado publicado por Francis Hilliard, se incluyen capítulos dedicados a temas sobre crímenes, derechos reales, derecho probatorio, difamación y daños.<sup>117</sup> En el año 1921, todavía existían daños que no tenían una identidad o definición establecida. Smith, escribió un artículo sobre los “Torts” sin nombre particular donde argumenta que la ausencia de un nombre no impide que se reclame por dicho concepto.<sup>118</sup> En esa época los derechos bajo los cuales se podía dividir los diferentes tipos de “torts” eran el derecho a la libertad personal y seguridad, el derecho a la reputación y el derecho a la propiedad.<sup>119</sup> A pesar de que el nacimiento del concepto se produce en el Siglo XIX, ya desde el siglo anterior se reseñaban casos ante los Tribunales norteamericanos donde se imputaba responsabilidad a médicos y abogados que violaban sus obligaciones contractuales con sus pacientes y clientes, respectivamente.<sup>120</sup> Para esa época no era evidente la distinción entre responsabilidad absoluta y negligencia. Se vincula a los Tribunales de los Estados con mayor desarrollo económico el surgimiento de reclamaciones basadas en negligencia y no en responsabilidad absoluta. De un análisis de las determinaciones jurisprudenciales de la época se puede concluir que los jueces americanos estaban convencidos que aplicaban una regla de negligencia que surgía de la legislación en lugar de considerar que estaban creando una norma jurisprudencial para manejar casos de negligencia.<sup>121</sup> El sistema de *writs* era utilizado para instar reclamaciones por daños y

---

<sup>114</sup> El *American Law Institute* (ALI, por sus siglas en inglés) fue creado en el año 1923, luego de intensas discusiones entre académicos y juristas sobre la necesidad de crear un sistema codificado de leyes. LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 851-853.

<sup>115</sup> WHITE, G.E., *Tort law in America: an intellectual history*, New York, New York: Oxford University Press, 1980, p. 3.

<sup>116</sup> WHITE, G.E., op. cit., p. 6-7.

<sup>117</sup> WHITE, G.E., op. cit., p. 12.

<sup>118</sup> SMITH, J. “Torts without particular names”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 69, n<sup>o</sup> 2, Enero 1921, p. 91

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 889. WHITE, G.E., op.cit. p. 3.

<sup>121</sup> SCHWARTZ, G., “The Character of Early American Tort Law”, 36 *U.C.L.A. L. Rev.* 641 (1989).

perjuicios, pero se convirtió en una tarea onerosa, debido a la gran diversidad de legislación en Estados Unidos de América y la tendencia de los tribunales a crear excepciones en las respectivas jurisdicciones.<sup>122</sup> No existía hasta ese momento un interés por desarrollar una teoría uniforme, sino un interés pragmático de atender la situación. Se comenzó a abolir el uso de los *writs* en gran parte de los Estados en la década de los años 1950 y se intentó codificar el sistema de Derecho norteamericano, tarea que no tuvo éxito.

El primer tratado americano sobre los “torts” fue escrito por Francis Hilliard en el año 1859. La crítica más severa al sistema, hasta entonces utilizado, de los *writs* es su singular proceso de inversión. Esto es, que la parte sustantiva relacionada a la clasificación de los daños sufridos sustituyeron la parte procesal remedial. Se consideraban los daños antes de seleccionar la causa de acción que se podía instar en busca de un remedio, lo que implicaba que el sistema adoptado estaba tan fraccionado que lo hacía poco práctico.<sup>123</sup>

El desarrollo de los daños y perjuicios, denominados torts en el Derecho común anglosajón no tiene concordancia con la clasificación de los daños y perjuicios en el sistema de Derecho civil que conocemos. Como veremos más adelante, en el Capítulo sobre el daño moral en el Derecho común norteamericano, se puede evaluar la manera en que los tribunales anglosajones trabajan diferentes modalidades del daño moral, pero no existe uniformidad en la aplicación del derecho y no existe correlación con nuestro sistema de Derecho.

---

<sup>122</sup> WHITE, G.E., *op. cit.*, p. 8.

<sup>123</sup> WHITE, G.E., *op. cit.*, p. 11

## CAPÍTULO III

### ENTORNO CONCEPTUAL

#### 3.1 Teoría general del daño en el Derecho civil

La responsabilidad en la esfera civil está vinculada a la teoría general de las obligaciones. Sobre dicho particular, el Art. 1089 del Código Civil de España (CCE) dispone que “[L]as obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.” Este artículo del CCE enumera las cuatro fuentes de obligaciones, cada una regulada por disposiciones legales separadas, las cuales se enumeran a continuación: (1) la ley (art. 1090 CCE): el principio rector adoptado en este artículo es que las obligaciones legales no se presumen y el desconocimiento de las mismas no exime de su cumplimiento; (2) el contrato (art. 1091 CCE) que se define acertadamente por la máxima “*pacta sunt servanda*” lo acordado y convenido entre las partes constituye la ley entre las partes, siempre que las mismas no contravengan las leyes, la moral o el orden público; (3) los cuasi-contratos (art. 1887 CCE) que no son otra cosa que los compromisos que surgen de relaciones patrimoniales lícitas, no pactadas expresamente, pero que resultan vinculantes; y (4) la culpa o negligencia (arts. 1902 y 1903 CCE), la cual atenderemos más adelante en nuestra exposición. El CCE trata de manera independiente las obligaciones de naturaleza penal y el artículo 1092 expresamente dispone que cuando las obligaciones nazcan de delitos o faltas, se regirán por el Código Penal de España (CPE). Como excepción a esta norma, los españoles adoptaron en el CPE la posibilidad de reparar civilmente los daños experimentados como consecuencia de un delito, dentro de la jurisdicción del Tribunal penal. El Título V del CPE trata sobre la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales. Sobre el particular, el art. 113 contempla que dentro del procedimiento penal se indemnice por daños materiales y morales, no solo a la víctima, sino que extiende tal derecho a familiares y terceros.

La cuarta fuente de las obligaciones enumerada en el artículo, es la que se denomina Responsabilidad Extracontractual, también aludida por parte de la corriente doctrinal como *Derecho de daños*.<sup>124</sup> El Derecho de daños constituye un sector autónomo dentro del Derecho civil, según lo califica Diez-Picazo, debido a la función indemnizatoria que contiene la disposición del art. 1902 CCE.<sup>125</sup> Es reconocido dentro del análisis de los daños y sus

---

<sup>124</sup> Sobre este particular se hace mención de las obras de DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid: Civitas, 2000; HERRADOR GUARDIA, M.J., *Derecho de Daños 2013*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2013; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *El Desbordamiento del Derecho de Daños: jurisprudencia reciente*, Navarra: Cizur Menor Civitas: Thomson-Reuters, 2009; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Derecho de Daños*, Barcelona: Bosch, 1999, entre otros.

<sup>125</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 28. La concordancia del art. 1902 del CCE con el Código Civil de Puerto Rico (CCPR), es el art. 1802 y con el Código Civil de

consecuencias, que los mismos surgen como incumplimiento a un deber hacia otro, ya sea por obligaciones contractuales o extracontractuales. Este último, se distingue de la contractual, ya que surge luego de que se realiza el acto ilícito que no es el producto del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación previa, como ocurre en el caso de los daños contractuales. No faltan autores que proponen que ambos tipos de responsabilidad formen parte de un mismo régimen jurídico, lo que resulta incompatible con la codificación vigente, ya que se dedican regímenes diferentes para cada uno de ellos y en ellos hay elementos sustantivos y procesales propios de cada una.<sup>126</sup>

Habiendo puesto en contexto la responsabilidad dentro del Derecho de daños, hacemos una breve revisión semántica del vocablo *daño*. La palabra daño proviene del latín ‘*damnum*’. Esta palabra latina se utilizaba para referirse a una ‘condena o castigo’. En su origen, el concepto de daño se utilizaba para reflejar la connotación penal que acarrea el mismo. El énfasis era sobre la acción imprudente, negligente o mal intencionada que afectaba a los demás. Al utilizar el término dañar o “*damnare*” implicaba que la persona había sido condenada judicialmente o declarada culpable. La Real Academia Española (RAE) define el vocablo *daño*, en términos generales, como la acción de dañar, que proviene de latín *damnāre* y se refiere a causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.<sup>127</sup> La Academia Francesa (AF) presenta una definición más específica al estudio que realizamos y lo presenta como un perjuicio material o moral causado, con o sin intención, a un tercero. Los italianos han incorporado en la definición del término la esfera moral del ser humano al calificarlo como una pérdida del bien material o moral, de la integridad o funcionalidad causada a otra persona o a una cosa. En el contexto jurídico, Erische lo definió, haciendo referencia a las Partidas, como “[E]l detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona.”<sup>128</sup> De las definiciones antes presentadas podemos colegir que, en materia de responsabilidad civil, se evalúa el efecto que posee el daño o perjuicio sobre la víctima a quien se le ha vulnerado un derecho. Nótese, que hasta el momento no se hace distinción entre los términos daños y perjuicios propiamente.

Los expertos del Derecho suelen utilizar las palabras *Daño* y *Perjuicio* de manera indiscriminada para referirse al impacto negativo que poseen las acciones y omisiones

---

Francia (CCF), los arts. 1382-1383. Como acabamos de señalar, el Derecho de daños es otro término para referirse a la responsabilidad civil extracontractual.

<sup>126</sup> *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, F. (coord.), Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, p. 129.

<sup>127</sup> Diccionario de la Real Academia Española, *Daño/Dañar*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: [lema.rae.es/drae/?val=daño](http://lema.rae.es/drae/?val=daño). Diccionario en línea de la Académie Française, *Domage*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: [atlif.atlif.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=3141818535](http://atlif.atlif.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=3141818535); Dizionario di la lingua italiana, *Danno*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: [http://dizionario.corriere.it/dizionario\\_italiano/D/danno.shtml](http://dizionario.corriere.it/dizionario_italiano/D/danno.shtml). Grande Dizionario Italiano di Gabrielli Aldo, *Danno*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: [http://www.grandidizionari.it/Dizionario\\_Italiano/parola/D/danno.aspx?query=danno](http://www.grandidizionari.it/Dizionario_Italiano/parola/D/danno.aspx?query=danno).

<sup>128</sup> ERSICHE, J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, corregida notablemente y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho americano por Juan B. GUIM, Besanzon: Librería de Rosa, Bouret y Co., 1995, p. 528. En la obra se hace referencia a la Ley 1, Título 15, Part. 7.

culposas y/o negligentes en las personas naturales y jurídicas. En las jurisdicciones de corte civilista estudiadas, es común encontrar el uso de ambos conceptos como sinónimos, pero un estudio más profundo del tema nos lleva a concluir que hay distinciones entre los dos términos. La etimología del léxico perjuicio, por su parte, nos refiere a la palabra latina ‘praeiudiciūm’, palabra compuesta del prefijo ‘prae’ y el término ‘iudiciūm’, cuyo significado es la adjudicación o veredicto que suceden al juicio.

La RAE define el daño, en el contexto del derecho, como el “*Delito consistente en causar daños de manera deliberada en la propiedad ajena.*”; causar daños, lo define como “*Causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.*” Por otra parte, define Perjuicio, en el contexto del derecho, como “*Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa.*” o como “*Indemnización que se ha de pagar por este detrimento.*” Resaltamos el hecho de que el diccionario, que sirve de referencia a millones de hispanoparlantes limita el perjuicio al ámbito patrimonial del daño, excluyendo la posibilidad que se incluya las consecuencias del daño moral sin impacto en el peculio. Cuando se utilizan ambos vocablos de manera conjunta, es decir “*daños y perjuicios*”, la RAE lo define como “*Compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar este.*” A pesar de que la propia RAE utiliza un vocablo para definir otro al expresar su conceptualización de “*daños y perjuicios*”, parece quedar claro, al evaluar ambas definiciones de manera separada, que el Daño hace referencia a la acción ilícita en sí misma, mientras que el Perjuicio se refiere a las consecuencias de dicha acción o a la responsabilidad del causante ante la parte agraviada.

Ninguno de los Códigos civiles estudiados incluye, en sus respectivos artículos sobre el sistema de responsabilidad civil, una definición separada de los conceptos daño y perjuicio. Las definiciones han sido provistas por la doctrina. Su extensión y especificidad ha variado, conforme a sus exponentes. Larenz, define el daño como “*todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya sea en sus bienes vitales o naturales, en su propiedad o en su patrimonio*”.<sup>129</sup> La definición es tan amplia que no permite distinguir entre los conceptos de daño y perjuicio. El uso indistinto de ambos términos en el Derecho civil francés constituye un pleonismo de acuerdo con la opinión de Planiol, quien sostiene la postura de que ambos vocablos hacen referencia al mismo concepto y su uso conjunto no tiene otro propósito que resaltar la gravedad del evento. Por su parte, Santos Briz dice que en el Derecho civil español ocurre lo mismo, ya que los codificadores utilizaron los términos daños y perjuicios con el fin de proporcionar énfasis al concepto y en lugar de establecer una distinción jurídica, su intención fue utilizar una construcción lingüística para romper con la monotonía en la locución.<sup>130</sup> Para los autores citados, el uso deliberado de los términos daños y perjuicios no tiene un propósito jurídico,

---

<sup>129</sup> LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, T. 1, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 193. PLANIOL, M. *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tomo II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, n<sup>o</sup> 744, p. 255.

<sup>130</sup> SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, 2<sup>a</sup> ed. Madrid: Montecorvo, S.A. 1977, p. 150.

sino uno lingüístico.<sup>131</sup>

Existe una propuesta doctrinal que establece que los conceptos no son equivalentes entre sí, sino que hacen referencia a asuntos que están entrelazados, pero no son lo mismo. De una parte, Naveira Zarra sostiene que al utilizar los términos daño y perjuicio de forma separada en el Código Civil español se debe entender de manera amplia y abarcadora todo tipo de daño, mientras que cuando se utilizan de manera conjunta se pretende equiparar el daño a la figura de daño emergente y perjuicio a la figura de lucro cesante, posición que no acogemos en la medida que limita los términos al daño patrimonial, excluyendo totalmente la posibilidad de utilizarlos para aludir al daño moral.<sup>132</sup>

Para sustentar su posición, realiza un examen del Digesto y los comentarios de García Goyena con relación a los Arts. 1105 y 1106 del CCE. En los comentarios de García Goyena se hace referencia al daño emergente o “*quantum mihi abest*” y el menoscabo al “*quantumque lucrari potui*” o lucro cesante. Las Siete Partidas, en particular la Partida V, Título VI, Ley II utiliza los términos estudiados, dando el alcance de daño emergente y lucro cesante, respectivamente.<sup>133</sup> Calfayan, sostiene que en el Derecho civil francés se aplican de forma diferente los conceptos daños y perjuicios, al establecer que el daño está relacionado con el sentido de pérdida, mientras que el concepto perjuicio no solo atiende el aspecto de la pérdida en sí, sino el de la consecuencia de tal pérdida.<sup>134</sup> La autora no hace alusión a los términos daño emergente y lucro cesante, sino que presenta el daño y el perjuicio en su contexto más general. Vemos que la doctrina francesa relacionada con daños morales, distingue ambos conceptos, utilizando el vocablo perjuicio para definir el menoscabo causado a las víctimas de acuerdo a la categoría de daño causado y para denominar las categorías de daños morales que se han desarrollado hasta el momento.

Superado el tema etimológico de los términos daños y perjuicios, veamos el impacto de los mismos cuando el autor ha tenido participación en la ocurrencia del evento. Los daños causados por el dueño de los bienes o intereses sobre sí mismo, no poseen relevancia jurídica

---

<sup>131</sup> Los codificadores del Código Civil español utilizaron los términos daños y perjuicios de manera conjunta en los Arts. 220, 229, 360, 379, 511, 562, 690, 712, 715, 1101, 1106, 1107, 1108, 1122, 1135, 1150, 1270, 1298, 1486, 1489, 1540, 1556, 1559, 1571, 1591, 1625, 1686, 1718, 1729, 1769, 1838 y 1903. Por otro lado, los codificadores optaron por utilizar el vocablo daño de manera exclusiva en los Arts. 576, 590, 612, 1023, 1063, 1390, 1393, 1752, 1784, 1902, 1904, 1906, 1907, 1908, 1909 y 1910; mientras que utiliza de manera exclusiva el término perjuicio en los Arts. 382, 383, 493, 520, 564, 577, 587, 588, 1295, 1779, 1889 y 1893. Al menos en cuatro Artículos del Código Civil español se utiliza de manera individual el término daño y luego el término perjuicio dentro del mismo articulado. Ejemplo de esta situación ocurre en los Arts. 1077, 1122, 1903 y 1905.

<sup>132</sup> NAVEIRA ZARRA, M. M., *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Madrid: Editorial REUS, 2006, p. 72-75.

<sup>133</sup> PUIG BRUTAU define el término “daño emergente como aquel efectuado cuando el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado.” PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, 1983, tomo II, vol. 3, p. 182.

<sup>134</sup> CALFAYAN, C., *Essai sur la notion de préjudice*, Tesis para el doctorado en Derecho, Université de Paris I (Pantheon-Sorbonne), 12 de noviembre de 2007.

cuando se contempla la responsabilidad civil.<sup>135</sup> Entre los ejemplos de daños que no son susceptibles de ser admitidos bajo los principios de responsabilidad civil se encuentran los ocurridos cuando la persona asume un riesgo evidente mientras se practica una actividad inherentemente peligrosa, como lo sería trabajar con animales salvajes, realizar actos de acrobacia sin medidas de precaución, practicar deportes extremos, auto infligirse heridas, auto flagelarse como parte de una práctica religiosa o actividad hedónica, en fin, no adherirse al comportamiento del hombre prudente y razonable. Bajo este mismo principio, los herederos de un causante que ha fallecido como consecuencia de no haber recibido resucitación cardiopulmonar en el establecimiento sanitario donde se encontraba, tras dejar instrucciones específicas de que no le resucitaran, no tendrían posibilidad de reclamar daños por la omisión o por el efecto de la eutanasia pasiva de la cual fue sujeto su causante.

Con el propósito de entrar al tema de este Capítulo, es necesario recurrir a las fuentes legales, de manera que podamos apreciar el alcance del vocablo daño en las diferentes legislaciones. Los Códigos Civiles de España, Francia, Italia y México, poseen como denominador común la inclusión de preceptos legales dirigidos a establecer la obligación de reparar los daños causados a terceros, cuando median acciones u omisiones culposas o negligentes.

Los artículos de los Códigos Civiles dirigidos a lidiar con la problemática del daño acaecido en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual se fundan en uno de los tres principios del derecho, engendrados en la época romana, “*alterum non laedere*”.<sup>136</sup> El propósito de este axioma legal es recoger la norma de convivencia social que establece la prohibición de causar daño a otro individuo. En los países de tradición civilista, en particular en México, es común el uso del aforismo “*obrar como un hombre prudente y razonable*” para referirse al patrón de conducta ideal al que todo ciudadano, independientemente de su género y dentro de su capacidad, debe aspirar o la “*diligentia*” de un “*pater familias*”. En la medida que el ser humano incurre en un acto u omisión que no está permitido legalmente o se infringe el principio del “*alterum non laedere*”, se incurre en una conducta ilícita. Si se produce(n) daño(s) a otro(s) como consecuencia de la conducta ilícita, surge por consiguiente la obligación de reparar el perjuicio causado.

La transgresión de una norma establecida mediante legislación no es requisito para establecer la responsabilidad del autor del daño.<sup>137</sup> La reparación del daño causado procede, siempre y cuando se demuestren varios elementos indispensables para que se configure la causa de acción. En particular, el demandante que establece una reclamación en daños y perjuicios extracontractuales, tiene que probar: a) existencia de una acción u omisión que

---

<sup>135</sup> OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 26<sup>a</sup> ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, Argentina: Editorial Heliasta, 1999, p. 270.

<sup>136</sup> Los otros dos componentes de los principios cardinales del Derecho romano, o la “*tria iuris praecepta*”, son “*Honeste vivere*” y “*Suum cuique tribuere*.”, Ulp. D 1, 1, 10,1.

<sup>137</sup> El Tribunal Supremo Español (TSE), discutió este principio en la Sentencia de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9911): “*Las materias relativas a la responsabilidad contractual y a la denominada responsabilidad extracontractual no exigen como hecho generador un delito o falta, o una infracción administrativa, respondiendo generalmente a conceptos genéricos y atípicos.*”

produjo el acto ilícito extracontractual; b) que la actuación u omisión es antijurídica; c) culpa o negligencia del agente; d) producción de un daño; e) relación causal o nexo entre la acción u omisión imputada y el daño.<sup>138</sup> La diversidad de causas de acción que emanan de los daños sufridos en relaciones extracontractuales son tan diversos como los códigos genéticos que se encuentran en el ADN de los seres vivientes. Vicente Domingo atribuye la proliferación de reclamaciones al fenómeno social que experimentan los pueblos más desarrollados donde se busca vindicar el daño sufrido y donde llegan al punto de reclamar compensación por toda frustración personal con la imposición de responsabilidad. Abunda sobre el fenómeno, planteando que existe una tendencia de reclamar a los seguros de los presuntos autores del daño, despersonalizando el proceso y aminorando el sentido de culpabilidad que puedan poseer los reclamantes.<sup>139</sup> Queda claro, sin embargo, que para que proceda una acción donde se reclame responsabilidad civil es indispensable la existencia de un daño y perjuicio real y no especulativo, que constituya una transgresión a los principios esbozados en la ley, la moral o el orden público vigentes en la sociedad y que haya conexión entre el causante del daño y el perjuicio sufrido por la víctima. Aún en los casos donde podría resultar para algunas jurisdicciones clara la transgresión de un derecho y la ocurrencia de un daño, los elementos éticos y principios morales podrían cambiar el resultado final de la valoración judicial. Los autores franceses, Le Tourneau y Cadiet presentan, a manera de ejemplo, un caso donde el Tribunal se negó a reconocer la ineficacia de un establecimiento sanitario que falló en interrumpir el embarazo de una mujer, bajo el argumento de que el nacimiento de un infante no genera un daño que sea susceptible de resarcimiento, salvo casos particulares, como será discutido más adelante.<sup>140</sup>

La finalidad de la responsabilidad civil, o el Derecho de daños, es de carácter resarcitorio o compensatorio. En principio, la responsabilidad civil se establece y valora conforme a la gravedad del daño causado y no en función de la conducta o imputabilidad del actor; se reconoce legitimación activa en los familiares de las víctimas; se contempla la posibilidad de adquirir un seguro de responsabilidad civil; y no es de aplicación la presunción de inocencia.<sup>141</sup> Estas características, demuestran el carácter compensatorio y no punitivo que debe regir el derecho de daños en el Derecho civil. Precisamente, estas son algunas de las distinciones que podemos encontrar cuando lo comparamos con la forma de manejar los agravios morales en el Derecho común norteamericano, en el cual se contempla la posibilidad de imponer daños punitivos como disuasivo. Otra gran distinción está basada en la tipicidad o atipicidad de los daños extracontractuales que poseen los dos sistemas de

---

<sup>138</sup> SANTOS BRIZ, J., "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales", España: Ed. Rev. Der. Privado, 1984, t. XXIV; BRAU DEL TORO, H., *Los daños y perjuicios extracontractuales en Puerto Rico*, San Juan: Publicaciones JTS, 1986. SSTs del TSE de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7675), 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 5801), 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161), 3 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3890), 2 de marzo de 2001, 6 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 237), 23 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10935) y 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6826). Del Tribunal de Casación de Francia (TCF), véase: 2<sup>o</sup> Civ., 22 de febrero de 2007, pourvoi n<sup>o</sup> 06-10.131, Bull. 2001, II, n<sup>o</sup> 47.

<sup>139</sup> VICENTE DOMINGO, E., *El Daño*, op. cit., p. 305.

<sup>140</sup> LE TOURNEAU, P., CADIET, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2000, p. 173.

<sup>141</sup> Sobre este particular se puede ver STS de 8 de abril de 1991 (RJ1991, 72).

Derecho.

España, Francia y México se distinguen, dentro de las jurisdicciones civilistas, por tener un sistema de clasificación de daños abierto o atípico.<sup>142</sup> Esto quiere decir, que los daños están definidos de manera general en la codificación y esto permite que en la práctica el análisis y aplicación de los principios de daños sea amplia, permitiendo que se exija reparación a todos los supuestos que los tribunales determinen configuran un ilícito sujeto a reparación. El sistema de Derecho común norteamericano está configurado de tal forma que contiene unas categorías de daños previstos que limitan la discreción en la interpretación y adjudicación de daños. Resulta más restrictivo el proceso de reclamar reparación de los daños que no están contenidos en el sistema ya tipificado.

Caso particular del Derecho penal español con relación a los daños civiles y su reparación; el CPE posee un Título dedicado a la responsabilidad civil y se contemplan los mecanismos de resarcimiento y el pago de costas relacionados. Se basa esta integración de las medidas civiles dentro del contexto penal en la visión holística del ser humano y la economía procesal. El perjudicado de un delito puede optar por solicitar que se ventile la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil o de no ejercer tal derecho, la jurisdicción penal puede disponer del caso. Se dispone en el ordinal 113 del mencionado Código que se podrán indemnizar daños materiales y morales a la víctima del acto delictivo, a sus familiares o terceros. De manera expresa, el artículo 110 contempla que los medios de reparación incluyen la restitución, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios materiales y morales. Desde su adopción, se han ventilado casos, algunos de ellos citados en nuestro trabajo, donde se han concedido remedios civiles dentro de la jurisdicción penal y se han establecido precedentes judiciales.

La mecánica procesal ha sido criticada por un sector de la doctrina.<sup>143</sup> Se plantea el hecho de que se ventilen asuntos civiles en jurisdicciones penales, lo que podría dar una connotación punitiva a la reparación del daño, mientras que hay otros que plantean que los jueces de jurisdicciones penales tienden a ser más condescendientes al imponer responsabilidad civil, luego de haber impuesto una pena.<sup>144</sup> Otra crítica ha sido que no existen dos fuentes de responsabilidad civil, sino una sola y por consiguiente los casos deberían ventilarse en la jurisdicción civil y no penal.<sup>145</sup> La fuente de las obligaciones en materia civil

---

<sup>142</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, Bosch, 1994, p. 54-55.

<sup>143</sup> Entre otros, podemos mencionar a YZQUIERDO TOLSADA, M., *El perturbador artículo 1092 del Código Civil: cien años de errores*, en Libro Conmemorativo del Centenario del Código Civil, Madrid, 1990, t. II, p. 2109 y ss.; también se puede encontrar del mismo autor, críticas en “La responsabilidad civil en los últimos proyectos del Código Penal: más de lo mismo”, *Rev. Iniuria*, n<sup>o</sup> 6, 1195, p. 35 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 353; CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi, 1987, p. 88 y ss.

<sup>144</sup> YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil en los últimos proyectos del código penal”, *NIURIA: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n<sup>o</sup> 6, p. 546 y ss., plantea los matices penales que puede conllevar la reparación civil en el ámbito penal, al igual que RUIZ VADILLO, E., *Comentarios a la legislación penal*, Madrid: Edersa, 1985, t. V., v. 1, p. 392 y ss.

<sup>145</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca:

es el daño y no el delito, razón por la cual concluyen los autores citados que constituye un error ofrecer un remedio en el ámbito penal a los daños materiales y morales. A parte de los planteamientos esbozados, no podemos perder de perspectiva que el quantum probatorio en los procesos civiles y criminales varía, incluso en los procedimientos contencioso-administrativo, que también ventilan reclamos por concepto de daños morales. Los resultados de los ejercicios de administración de la justicia en los tres foros jurisdiccionales mencionados son diferentes y por tanto concurrirnos con la doctrina que favorece la disposición de reclamaciones sobre daño moral en las salas civiles y no en las penales o contenciosas-administrativas.

### 3.1.1. Clasificación de los daños conforme al impacto económico sobre el individuo

Los daños se clasifican con arreglo a los intereses de aquellos que han experimentado el perjuicio. Los intereses pueden ser de naturaleza patrimonial, cuando existe un menoscabo, valorable en dinero, sobre los intereses económicos del perjudicado. Por el contrario, cuando no es posible efectuar una valoración en dinero o no existe una base análoga para estimarlo, estamos ante la presencia de un daño no patrimonial, también conocido como extra patrimonial, daño moral o como han denominado los italianos daño no pecuniario.<sup>146</sup>

El daño patrimonial o económico se divide a su vez en dos categorías, daño emergente y lucro cesante, términos que más adelante exponemos y que también han sido denominados con otros nombres dentro de la doctrina. De Cupis, llama el daño emergente como pérdida experimentada y al lucro cesante como falta de ganancias, mientras que Fisher los denomina como daño positivo y lucro frustrado, respectivamente.<sup>147</sup>

### 3.2 Daños patrimoniales.

El Código Civil Español establece en el artículo 1106 que “La indemnización de daños y perjuicios comprende, *no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino*

---

Ratio Legis, 2007, p. 373.

<sup>146</sup> Algunos de los exponentes de la división bipartita del daño a base del impacto económico son: CARBONNIER, J., *Droit civil : Les obligations*, 16<sup>e</sup> ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1992, t. 4, p. 206; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> ed., par P. Azard, Paris : Dalloz, 1962, p. 149; MAZEAUD, L., TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> ed., Paris : Montchrestien, 1965, t. I, p. 293; MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de droit civil: Obligations, héorie générale*, 8<sup>e</sup> ed. Par F. Chabas, Paris Montchrestien, 1991, t. II, vol. 1, p. 410; SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris : Librairie Générale des Droit et de Jurisprudence, 1951, t. II, p. 525; VINEY, G., *Traité de droit civil : Les obligations, La responsabilité civile: conditions*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, t. IV, p. 250. Los italianos se resistieron a adoptar el término “daño moral” y en su lugar lo denominan daño no patrimonial o no pecuniario, *Digesto: Discipline Privatistiche Sezione Civile*, UTET, 4<sup>a</sup> ed., p. 84.

<sup>147</sup> DE CUPIS, A., *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona: Editorial Bosch, 1975, p. 312; FISCHER, H.A., op. cit., p. 41.

*también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”<sup>148</sup> El propio artículo establece que existen dos posibilidades para que proceda el resarcimiento, lo que ha sido denominado como daño emergente o el valor de la pérdida que hayan sufrido, es decir, el costo de la reparación del daño que resulta necesaria y los gastos relacionados, asumidos por el perjudicado o un tercero.<sup>149</sup> La STS de 28 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6681) dispuso que es el daño que consiste “*en la pérdida sufrida, efectiva y conocida*”. El lucro cesante, por otro lado, es el valor de la ganancia que el acreedor no podrá obtener o la pérdida de ingresos, cuando está directamente relacionada con el evento dañoso. En la STS del 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404), el TSE definió el concepto indicando que “*el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto de los daños materiales, cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado.*” La aplicación de este principio reparador incide en las relaciones contractuales como en las extracontractuales, según nos ilustra Puig Brutau.<sup>150</sup>

### 3.2.1 Daño emergente

El daño emergente es uno de los componentes del daño patrimonial susceptible de reparación pecuniaria. Se refiere al menoscabo o destrucción de un bien o interés que experimentó el perjudicado y que está directamente vinculado a la acción u omisión culposa o negligente del causante. El ejercicio que requiere la determinación del daño emergente resulta más sencilla, toda vez que se trata de bienes o intereses que pertenecen al patrimonio del afectado al momento de producirse el daño o son susceptibles de determinación mediante un ejercicio matemático. No obstante, hay consecuencias futuras del daño emergente y por ello, algunos estudiosos del tema introducen la modalidad del daño emergente futuro. Le distinguen del daño emergente tradicional al evaluar el momento en que se manifiesta el daño. Es decir, el menoscabo que se produce sobre bienes o intereses existentes al momento de ocurrir el acto ilícito serían los daños emergentes presentes y los que se relacionan a dichos daños, pero persisten, son los daños emergentes futuros.<sup>151</sup> El concepto de daño emergente futuro no debe confundirse con el concepto de lucro cesante, ya que son dos aspectos totalmente diferentes. Otra de las peculiaridades es que el daño no tiene que ser puramente patrimonial, sino que también el concepto aplica a los casos donde el daño es de naturaleza moral, pero repercute en el patrimonio del individuo.

Para ilustrar el concepto de daño emergente, en contraposición con el daño emergente futuro debemos recurrir a un ejemplo más concreto. Para aprovechar la ocasión e integrar con los daños morales, veamos como ejemplo, el caso de un atleta olímpico que es víctima de un accidente automovilístico y como resultado le tienen que amputar sus piernas e insertarle implantes para que pueda desplazarse y compensar sus funciones motoras. El daño emergente

<sup>148</sup> El CCPR dispone lo mismo en su Art. 1059, 31 L.P.R.A. sec. 3023; el CCF lo establece en su Art. 1149 y el CCI en su Art. 1223.

<sup>149</sup> DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, op. cit., p. 322.

<sup>150</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, 1983, vol. III, p. 182.

<sup>151</sup> DE CUPIS, A., op. cit, p. 320.

presente estará asociado al impacto monetario que se relaciona con el menoscabo por la pérdida de los bienes que tenía durante el accidente, en este caso los compromisos profesionales en el ejercicio del deporte y por otro lado, los gastos económicos relacionados al cuidado médico que requiere hasta su recuperación. El daño emergente futuro consistirá en los costos del cuidado médico requeridos para atender las secuelas permanentes de su condición física y/o emocional, como sería el caso donde se requieren múltiples operaciones para aumentar la capacidad funcional del individuo y su calidad de vida.

El daño emergente se puede configurar por una pérdida de oportunidad. Este concepto pretende atender la pérdida patrimonial que experimenta una persona al no tener la posibilidad de ejercitar un derecho o aprovechar un bien futuro por la intervención de un tercero y no lo debemos confundir con la pérdida de oportunidad en los casos extrapatrimoniales que discutiremos más adelante. El Tribunal Supremo de España reconoció en la STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) el daño moral que sufrieron unos padres que perdieron un hijo tras ahogarse en una piscina municipal, pero el fallo vino como consecuencia de una mala práctica legal y no por el incidente del fallecimiento. El Tribunal impuso al abogado que los representaba una obligación de resarcir a sus clientes por no haberles informado el sobreseimiento de la acción penal y el término que tenían para instar una reclamación civil por daños. Califica el Tribunal el daño que constituye la pérdida de oportunidad de radicar una acción civil como daño moral.<sup>152</sup> La acción civil que tenían los padres del menor fallecido contra el Ayuntamiento ciertamente constituía una acción por daño moral, sin embargo, la pérdida de la oportunidad de radicar una acción civil, por sí, constituye un potencial agravio a un bien patrimonial al no tener la posibilidad de recibir un resarcimiento por la falta de diligencia del letrado.

### 3.2.2 Lucro cesante

El lucro cesante se produce cuando se impide a una persona aprovecharse de lo que le hubiera correspondido. Según Manresa, quien también le denomina daño negativo.<sup>153</sup> Castan Tobeñas, vincula el lucro cesante con el mandato del Código Civil de reparar la “*ganancia dejada de obtener*”, aplicándolo a los daños de naturaleza contractual y extracontractual.

---

<sup>152</sup> A pesar de que parece evidente que el potencial de obtener compensación económica constituye un daño patrimonial resarcible, recientemente se ha observado el surgimiento de una tesis jurisprudencial dirigida a calificar la pérdida de oportunidad como un daño moral. El raciocinio para esta determinación es que se frustran las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva de los intereses encomendados al letrado. Véase las SSTs de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871); 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013); 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106); 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372); 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914); 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121); y 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1830).

<sup>153</sup> MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid: Revs, 1967, p. 276. Al presentar el concepto, el autor reconoce la concurrencia de los caracteres “futuro, contingente, variable y discutible” y por ello indican que esto contrasta con la certeza y la seguridad de prueba que caracteriza el daño emergente, razón por la cual debe ser calculado con mayor prudencia. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil y Foral*, Madrid: Revs, 1983, p. 243.

El Tribunal Supremo Español ha interpretado que el numeral 1106 del CCE contiene la base legal para compensar el lucro cesante al hacer referencia a la ganancia que ha dejado de percibir el acreedor. Ha sido bien claro el TSE al establecer que para estimarse el lucro cesante se tiene que ser riguroso en la prueba de la pérdida de ganancias y no pueden basarse en especulaciones. El grado de certeza requerido para establecer la existencia del lucro cesante está relacionado con la probabilidad de la ocurrencia del evento. Es decir, no se requiere una certeza matemática de que el perjudicado obtendría una ganancia de no haber ocurrido el daño, pero hay que establecer la probabilidad real para que el tribunal pueda reconocerla y ordenar su compensación.<sup>154</sup> En la Sentencia del 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8094), el TSE estableció que el “[P]rincipio básico de la determinación del lucro cesante es que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (...)”.

Al analizar el lucro cesante en la responsabilidad civil extracontractual se realiza un análisis denominado *concepción diferencial del daño*, acuñado en principio por Momsen y aludido por la doctrina contemporánea.<sup>155</sup> El ejercicio conlleva el análisis del estado de situación patrimonial antes de ocurrir el daño y un ejercicio hipotético de cuál sería la situación actual del patrimonio de no haber ocurrido el evento dañoso. El análisis no se circunscribe solamente al cómputo aritmético, sino que se toman en consideración otros factores, tales como la razonable verosimilitud de su existencia y aspectos procesales. Con este análisis, el tribunal puede determinar el daño global sufrido por el acreedor.<sup>156</sup>

Existen varias modalidades del lucro cesante, entre las cuales distinguimos el menoscabo en el potencial de generar ingresos, el que surge en los casos donde se produce una muerte y los dependientes del finado demuestran que sufrieron una interrupción real y efectiva del ingreso proveniente del patrimonio del causante y la pérdida de oportunidades, la que refleja un grado mayor de incertidumbre.<sup>157</sup> El lucro cesante en la modalidad de menoscabo del potencial para generar ingresos también se aplica a los casos donde la persona adulta que resulta agraviada por el daño le sobreviene una incapacidad para generar ingresos futuros o merma la capacidad para así hacerlo, como secuela del daño experimentado. Para que proceda la causa de acción se requiere prueba específica de los ingresos que generaba el agraviado antes de sufrir el daño y cómo se verán afectados como consecuencia del acto ilícito. Se requiere que se demuestre que con razonable probabilidad se frustró una ganancia futura al no poder continuar obteniendo el ingreso. Se han visto casos de menores de edad, sin previo historial de producción de ingresos, donde los tribunales han compensado bajo esta

<sup>154</sup> SANTOS BRIZ, J., op. cit., p. 267-268, 275-276.

<sup>155</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, op.cit., p. 309; SANTOS BRIZ, J., *Comentario al art. 1.106 del Código Civil*, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.) *Comentario del Código Civil*, T VI, Barcelona: Bosch, 2006, p. 189.

<sup>156</sup> SSTS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9811), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1322), 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7987), entre otras.

<sup>157</sup> La pérdida de oportunidad es un concepto acuñado del francés “*perte d’une chance*”. Ha sido adoptado también por la doctrina italiana, quienes prefieren denominarlo como la pérdida de la posibilidad de utilidad futura, como denomina ZENO ZENCOVICH, V. en “*Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura*”, *Riv. Dir. Comm.*, 1986, II, p.

modalidad.

De Cupis, manifiesta que el lucro cesante puede ser presente o futuro, independientemente de su modalidad. Tomemos como base el ejemplo presentado para ilustrar el daño emergente actual y futuro. En aquel caso del atleta olímpico que tuvo daños en el accidente automovilístico, el lucro cesante actual o presente se relaciona con el ingreso que dejó de generar durante su convalecencia, mientras que el lucro cesante futuro está relacionada con el menoscabo en la ganancia que no recibirá como resultado de la incapacidad permanente que posee luego del accidente. Este sería el caso donde las prótesis o remedios médicos no le permitan practicar el deporte a nivel profesional y generar ingresos como lo hacía antes del accidente, causando una merma en su productividad y eficiencia cuando se proyecta hacia el futuro.

### 3.3 Daños morales

Los primeros atrevimientos por definir la figura del daño moral fueron vagos y aproximados. Los seres humanos poseemos absorbemos y analizamos la información de lo que nos rodea a través de los cinco sentidos. Todo lo que se pueda percibir a través del mundo material se simplifica. Cuando tratamos de definir conceptos abstractos o, como en este caso, cuando los daños lesionan intereses subjetivos intangibles y abstractos, llegar a un consenso de una definición universal se torna más difícil. Diez-Picazo, explica la concurrencia de elementos adicionales tales como la trivialización del concepto y la participación de litigantes desprovistos de experiencia han causado una deformación de la idea que en un principio parecía confusa y que hoy está “*menos clara que nunca*”.<sup>158</sup>

En los sistemas de Derecho continental en Europa -en particular el español- el término *daño moral* es adoptado de la noción de *dommage moral*, acuñada en el Derecho francés. Los creadores del Código Civil francés asociaron la responsabilidad civil con la moral, debido a la influencia del Derecho canónico. Bajo dicha doctrina y la influencia de los principios de buena conducta, el daño causado mediando culpa o dolo debía ser reparado.<sup>159</sup> De igual manera, la influencia romano-germánica en el Derecho español y por consiguiente sigue la misma línea evolutiva en la doctrina relacionada con el daño moral. Otro factor común que distingue la codificación española, francesa y mexicana es la forma lacónica con la que abordan la definición de daño. No se precisa el tipo de daño, razón por la cual los tribunales de estas legislaciones han determinado que el articulado aplica tanto a daños de naturaleza patrimonial como a los daños morales.

#### 3.3.1 Definición del término

Como se he puntualizado, existe pluralidad en la definición del término *daño moral* en los diferentes países de orden civil sujetos a estudio. En primer lugar, hago referencia a lo establecido en las diferentes doctrinas estudiadas. Diez-Picazo, lo denomina como una

---

<sup>158</sup> DÍEZ PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Pamplona: Ed. Thomson Civitas, 2008, p. 13.

<sup>159</sup> AGUILAR-ROSS, P., HERRERA-BRAVO, R., *Derecho Romano y Derecho Canónico: Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada: Comares, 1994, p. 56.

“*figura borrosa*”, precisamente por la dificultad que representa definir lo abstracto de algo que aún se encuentra en evolución.<sup>160</sup> La creatividad ha jugado un rol prominente en el ejercicio de conceptualización de la figura que todos conocen, pero pocos se coinciden al definirla. Hay una tendencia a limitar el concepto a los perjuicios emocionales o sufrimientos psíquicos experimentados por el ser humano tras ocurrirle un daño. Es común en estos casos que hablen de llanto, tristeza, zozobra, insomnio, pérdida de interés por actividades cotidianas, melancolía, rabia, frustración, alteración de patrones alimentarios, pérdida de la libido, pérdida de autoestima y autoconfianza, sentimientos de culpa, pérdida de concentración y así subsiguientemente, podríamos continuar enumerando efectos y síntomas relacionados con el estado psicofísico del ser humano cuando experimenta un menoscabo, pérdida o ultraje a su integridad física y/o emocional. No obstante, esta es una visión limitada, bajo la conceptualización moderna y se refiere más bien a algunas de las manifestaciones del perjuicio moral y no al concepto del daño moral en sí mismo. No hay una posición unánime con relación a la definición del término, al punto que algunos autores se niegan a definir el concepto, por estimar que dentro de los daños morales se incluyen perjuicios tan heterogéneos que es imposible su precisión.<sup>161</sup> Las aproximaciones al término son tan variadas que incluso dentro de las mismas jurisdicciones podemos encontrar múltiples concepciones y aplicaciones divergentes.

La corriente doctrinal que prevalece define el daño moral en términos negativos, entendiéndose, aquellos daños que no son patrimoniales. Esta visión fue adoptada como una propuesta innovadora por la doctrina. De Cupis, Gómez Orbaneja y Borell Macia, son algunos de los exponentes de la definición por contraposición.<sup>162</sup> Esta posición parece ser la más patrocinada por los exponentes doctrinales y más recientemente ha sido reiterada por Vicente Domingo, quien hace eco de la Sentencia del 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590) del TSE al concluir que la naturaleza del daño moral no es patrimonial, sino que recaen en el acervo espiritual de la persona, al igual lo hacen Martín-Casals y Roca Trias.<sup>163</sup>

El italiano Pacchioni lo conceptualiza en la misma línea, pero hace la salvedad de que el perjuicio no tiene ningún tipo de repercusión sobre el patrimonio presente o futuro.<sup>164</sup> Gómez Orbaneja postula la esencia extra patrimonial del daño moral y señala que no puede existir disminución directa o indirecta del patrimonio del perjudicado como requisito de su

<sup>160</sup> DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, op. cit., p. 324. El Digesto Italiano reconoce que existe un problema de nomenclatura al tratar de definir el término y hace referencia a la adopción de los términos daño moral y daño no patrimonial provenientes del francés, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, 4ª ed., Torino: Utet, 1997, t. XIV, p. 83 y ss.

<sup>161</sup> SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op., cit., p. 140.

<sup>162</sup> DE CUPIS, A., *El Daño*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1975, p. 32, GÓMEZ ORBANEJA, E., “La acción civil de delito”, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1949, p. 200 y BORRELL MACIÁ, A., *Responsabilidad derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona: Bosch, 1953, p. 157. En el Derecho italiano, asumieron igual postura FORCHIELLI, P. & VILLANI, A., *Responsabilità Civile*, Padova: CEDAM 1968, vol. I, p. 17.

<sup>163</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 336. Véase STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089); MARTÍN-CASALS, M., *El daño moral*, Derecho Privado Europeo, Colex, 2003, p. 858; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños*, 5ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 125.

<sup>164</sup> PACCHIONI, G., “Del risarcimento dei danni morali”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1911, v. II, p. 240.

constitución.<sup>165</sup> Esta posición no es del todo correcta, porque según veremos más adelante, hay daños morales puros donde no hay impacto al peculio de la víctima, mientras que hay otros que sin dejar de ser daños morales repercuten directamente en las finanzas de quien lo experimenta.

Hay otros exponentes que hacen un intento por elaborar una definición propia, manteniéndose alineados a la postura doctrinal vigente. Ortiz Ricol, define el concepto como “*los daños que se presentan como consecuencia o repercusión subjetiva de daños reales derivados de lesiones inferidas a los bienes de la personalidad*”.<sup>166</sup> Por su parte, Castan lo define como “*los que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, extraños al patrimonio sobre el cual no repercuten de forma inmediata*”.<sup>167</sup> De Ángel postula que “*los daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suele denominar derechos de la personalidad o extraparimoniales*.”<sup>168</sup>

En la doctrina francesa, los hermanos Mazeaud lo definen como “*aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extra patrimonial*.”<sup>169</sup> Esta definición sostiene la misma posición que sigue la mayor parte de la doctrina española, toda vez que en lugar de decir lo que es el daño moral, dicen lo que no es. La novedad es que en el ejercicio semántico, utilizan el término ‘*derecho extra patrimonial*’ para denominar los derechos agraviados por la acción y ello trasciende a los derechos de la personalidad, incluyendo otros intereses no pecuniarios del individuo.

Martin Casals, luego de realizar un análisis de derecho comparado, argumenta que “[L]a amplitud de la tipología de daños que pueden tener cabida dentro de la genérica categoría de daño moral dificulta una definición precisa y válida para todos los ordenamientos de nuestro entorno. Tal vez por esta razón, una primera aproximación conduce a dar una definición negativa de daño moral. Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado.”<sup>170</sup>

Es propio hacer referencia al diccionario de la lengua española para entender la acepción del término *Moral*. En lo pertinente al tema estudiado, se puede definir como algo que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o la conciencia; conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a lo físico.<sup>171</sup> Igual

---

<sup>165</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona: Bosch, 1951, t. II, p. 302 y ss.

<sup>166</sup> ORTIZ RICOL, G., “Los daños morales”, *Revista de Derecho Español y Americano*, año III, núm. 12, p. 141-160.

<sup>167</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho de Obligaciones*, 10ª ed., 1968, p. 191 y ss.

<sup>168</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 1993, p. 675.

<sup>169</sup> MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civile*, op. cit., p. 162.

<sup>170</sup> MARTÍN CASALS, M., *El daño moral, Derecho Privado Europeo*, Sergio Cámara (coord.), Editorial Colex, 2003, p. 857.

<sup>171</sup> Real Academia Española, términos “Daño” y “Moral”, (<http://www.rae.es>), búsqueda el 2 de febrero de 2012. En el Diccionario Jurídico Lexjurídica, el Daño Moral es definido como una lesión, de

raciocinio aplica el italiano Scognamiglio al denominar este tipo de daños como espirituales, dando un enfoque dirigido al derecho de la personalidad y el daño a valores afectivos.<sup>172</sup>

Existen inclinaciones doctrinales en Italia, Francia y España que se oponen a la denominación de daño moral y prefieren llamarlo daño extra patrimonial, como lo postulan Ramacci, Crespi y Scognamiglio, entre otros, el argumento que constituye un error equiparar los términos, ya que el daño moral es más limitado que el extra patrimonial.<sup>173</sup> De igual manera en las doctrinas española y francesa se encuentran autores que sostienen igual tesis, la cual *acogí* como parte de mi análisis e formo como una determinación importante en el ámbito de estudio. No obstante, traigo a la atención que la jurisprudencia no hace referencia a estas diferencias deontológicas y sigue denominando el concepto como daño moral.<sup>174</sup>

El daño extra patrimonial está compuesto por actividades ilícitas que repercuten en la esfera material o física del ser humano y en su dimensión inmaterial o espiritual.; la concepción general del daño moral, que incluye tanto la esfera material como la inmaterial, siempre que no recaiga sobre el patrimonio, ha quedado superada por la denominación de daño extra patrimonial. La conceptualización estricta que hace Vicente Domingo, cuando le atribuye un sentido bipartita, distinguiendo entre daños extrapatrimoniales no personales y los personales. En esencia, los primeros, se infligen contra personas jurídicas y los otros, están predicados en los daños infligidos a los seres humanos. Esta última categoría se divide a su vez en el daño moral puro y los corporales. Los corporales tienen la característica además de poder trascender al patrimonio en ciertas instancias específicas.<sup>175</sup>

Mediante esta definición, se somete el daño moral al extra patrimonial convirtiéndolo en uno de los dos componentes principales del mismo, siendo el otro componente el daño

---

carácter afectivo y no patrimonial, sufrida por una persona que da base a una indemnización en derecho. (<http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>), búsqueda del 3 de abril de 2012.

<sup>172</sup> SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, p. 141, citando a Scognamiglio, "Il danno morale", en *Riv. Dir. Civ.*, 1957, vol. I, p. 277 y ss.

<sup>173</sup> RAMACCI, F.: *Istituzioni di Diritto Penale*, G. Giappichelli (ed.), Torino, 1992, p. 361; y *Corso de Diritto Penale*. II, Torino: Giappichelli, 1993, p. 313; CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALA, G.: *Comentario breve al Codice Penale*, Milán: Padua: Cedam, 1992, p. 477; SCOGNAMIGLIO, R., "Il danno morale mezzo secolo dopo", *Riv. di Dir.Civ.*, 1957, vol. I, p. 286.

<sup>174</sup> GARCÍA SERRANO, F.: "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", en *ADC*, 1972, t. XXV, p. 802; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral", en *ADC*, 1966, t. XIX, p. 86; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, op. cit., p. 118 y ss.; VICENTE DOMINGO, E., op. cit., p. 50 y 51; En la doctrina francesa, véase a MAZEAUD, H., *Lecciones de Derecho Civil*, Luis Alcalá- Zamora y Castillo (trad.), Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Vol. III, p. 67-68 y LALOU, H., *La Responsabilité Civile: principes élémentaires et applications pratiques*, Paris: Dalloz, 1932, 2<sup>a</sup> ed., p. 82.

<sup>175</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 49- 52, 187. También sostienen esta posición ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual: Introducción al estudio jurisprudencial*, Madrid: Civitas, 1977, p. 65 y BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Edit. Tecnos, 1998, p. 86.

físico a la persona.<sup>176</sup> Vicente Domingo, indica que el daño extra patrimonial incluye no solo el aspecto espiritual de la persona, sino el físico. Reconoce una definición general del *pretium doloris*, que lo materializa en dos dimensiones, el dolor puramente físico que experimenta la víctima y el daño moral puro.<sup>177</sup> No obstante, favorece una visión más estricta del *pretium doloris* y lo define como “la indemnización destinada a asegurar la reparación de los sufrimientos físicos sufridos por la víctima durante el tiempo de la incapacidad.”

Se reconoce en los daños corporales la posibilidad de acarrear consecuencias pecuniarias y no pecuniarias, mientras que en las instancias donde no se materializan las consecuencias monetarias, establece que el daño corporal puede estar dividido a su vez en dolor físico o en *pretium doloris*. Cuando lo experimentan terceros sería *pretium affektionis* en lugar de *pretium doloris*. García Serrano, por su parte, se muestra más incisivo al decir que resultaría absurdo excluir la relevancia jurídica de la lesión física al pretender poner como sinónimos los términos daño extra patrimonial y daño moral.<sup>178</sup> En múltiples ocasiones son concurrentes y la distinción entre ambos puede resultar una tarea difícil y propensa a confusión. Sobre el área gris que acabo de establecer, se sostiene la tesis de una composición tripartita del daño moral, compuesta por el daño personal -que incluye las lesiones a la integridad física y moral-, en tanto que el daño moral puro -que excluye la afección física- y los que afectan al patrimonio.<sup>179</sup> De Cupis, señala que también se pueden configurar daños económicos indirectos que parten de un daño moral que tiene consecuencias en el patrimonio de la víctima.<sup>180</sup> La concurrencia de los dos tipos de daños no da lugar a una doble restitución, sino que se trabaja de manera integral y de resultar pertinente se efectúa una sola restitución o compensación monetaria, en caso de no ser posible la primera.

Al ajustar las posiciones incompatibles que rondan en torno a la clasificación basada en el patrimonio, Santos Briz elabora un esquema de gradaciones del daño moral, donde establece diferentes categorías.<sup>181</sup> El primero es el *daño moral puro*, denominado de esta manera porque no tiene efecto alguno sobre el patrimonio de quien lo sufre. El segundo término es *daño moral impropio* es reservado por el autor para denominar los supuestos en los cuales la lesión de intereses trasciende a valores del patrimonio y concurrentemente se lesiona un interés de naturaleza extra patrimonial. La tercera modalidad, denominada *daño*

---

<sup>176</sup> GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, Madrid: ADC, 1972, p. 802. Los franceses LE TOURNEAU, P., CADIET, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris: Dalloz, 2000, también apoyan esta distinción.

<sup>177</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 187. Conforme a la definición adoptada por OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Argentina: Heliasta, 1999, p. 793, el “*pretium doloris*” se refiere a la indemnización que se concede a la víctima de un delito o accidente por el sufrimiento físico experimentado, aparte otros resarcimientos materiales o económico.

<sup>178</sup> GARCÍA SERRANO, F., op. cit., p. 802.

<sup>179</sup> DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid: CIVITAS, 1999, p. 326; *El escándalo del daño moral*, op.cit., p. 73, citando a ÁLVAREZ VIGARAY, “La responsabilidad por daño moral”, ADC, 1966, p. 81, 85

<sup>180</sup> DE CUPIS, A., “I fatti illeciti”, *Trattato di diritto civile*, Grosso e Santoro-Passarelli, Milán, 1961, p. 44-45.

<sup>181</sup> SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 142

*moral secundario al patrimonio*, se produce como consecuencia del daño al patrimonio o parte de este. Es el efecto que produce en el sujeto la pérdida o lesión de un objeto que es parte de su patrimonio, como lo sería por ejemplo, la pérdida de una joya familiar o de una obra de arte con un significado particular y por consiguiente perjudica el acervo espiritual del agraviado.

Los opositores de la tendencia a definir el daño moral, sometiéndolo al aspecto económico no se hicieron esperar. El italiano Scognaniglio propone que no es posible construir una correlación inversa entre ambos términos en la medida que la naturaleza de los daños patrimoniales y los no patrimoniales es diferente.<sup>182</sup> Otra posición es la adoptada en la doctrina francesa por los hermanos Mazeaud. Que fue la de diferenciar la naturaleza del sufrimiento experimentado, es decir, si impactan o lesionan la parte social del individuo al atentar contra su reputación, honor, estima pública o si por el contrario atentan contra la parte afectiva de la persona.<sup>183</sup> A pesar de la postura de los detractores, prevalece la definición por oposición al daño patrimonial.

La tipificación del daño a base del impacto material o moral cobra mayor relevancia cuando se buscan alternativas para su reparación. En la mayor parte de los casos donde hay un impacto en el patrimonio de la víctima y no es posible la restitución en su forma original o “*in natura*” se realiza un ejercicio de avalúo económico para determinar su equivalencia en dinero. Sin embargo, este ejercicio resulta complicado cuando el daño o perjuicio sufrido es sobre un bien o interés extra patrimonial del individuo o como mencionamos anteriormente, cuando la lesión impacta ambas esferas, la patrimonial y la extra patrimonial.

El Tribunal Supremo de España ha expresado además que es un daño “relativo e impreciso” y su compensación sólo se puede realizar por aproximación, constituyendo un resarcimiento económico como satisfacción compensatoria del sufrimiento causado. Sobre el uso del dinero para compensar el daño causado, Goodin expresa que hay dos posibilidades.<sup>184</sup> La primera, denominada por el autor como *means replacing compensation* o compensación que sustituye los medios y se caracteriza porque el dinero concedido va dirigido a sustituir experiencias similares para la víctima, mientras que en la segunda categoría, denominada *ends displacing compensation*, o compensaciones que desplazan los fines, se caracteriza por que el dinero no sustituirá experiencias equivalentes, pero proporcionará la posibilidad de llenar el vacío ocasionado por el daño.

El Tribunal Supremo Español ha expresado que los daños morales “*representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades, o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya*

---

<sup>182</sup> SCOGNAMIGLIO, *El daño moral, contribución a la teoría del daño extracontractual*, F. Hinestrosa (trad.), Bogotá: Publicaciones Universidad de Externado en Colombia, 1962, p. 38; —. “Il danno morale”, *Riv. Dir. Civ.*, 1957, p. 227 y ss.

<sup>183</sup> MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., *Traite Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 5<sup>a</sup> ed., vols. 1-3, Paris: Montchrestien, 1957, p. 378 y ss.

<sup>184</sup> STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970).

*determinación compete al juzgador de la instancia.*”<sup>185</sup> A partir de la primera determinación sobre el particular, el TSE ha sido consistente en reconocer el daño moral dentro de la doctrina civilista como una figura distinta al daño patrimonial y ha profundizado en los supuestos donde la misma se configura, esto ante la ausencia de disposiciones legales que así lo definan.

El sistema de derecho alemán los denomina como “*daños no patrimoniales*”, mientras que el sistema de derecho francés y el italiano le denominan “*daños morales*”, “*daños inmateriales*” o “*daños no económicos*”. Los italianos lo definen como la perturbación injusta del estado de ánimo del lesionado como resultado de la ofensa recibida.<sup>186</sup>

Finalizo con mi reflexión sobre la información doctrinal y jurisprudencial aludida. El daño moral, en efecto ha sido definido en contraposición con los intereses patrimoniales y esta definición hemos visto no es mutuamente excluyente. Es decir, en algún momento los exponentes de esta vertiente doctrinal tienen que admitir los supuestos donde el daño moral repercute en la esfera patrimonial. Aún el ponderado y serio estudio que propone la distinción entre daño moral puro y el daño corporal con repercusiones pecuniarias, parte de la premisa que un daño moral puro no tiene consecuencias pecuniarias, con lo cual respetuosamente disintimos. Al igual que la lesión física requiere de cuidados para su recuperación, materializándose el impacto pecuniario del daño extra patrimonial al cuerpo, de igual manera la lesión puramente moral podría requerir de asistencia para su recuperación.

Propongo que los daños deben ser clasificados en términos generales, en aquellos que recaen sobre un bien patrimonial y los que no recaen sobre intereses pecuniarios, siguiendo la corriente doctrinal y jurisprudencial moderna. Coincido que el término daño extra patrimonial es más amplio que el concepto de daño moral y alberga la posibilidad de incluir todo tipo de manifestación del daño, ya sea física o espiritual. No obstante, al profundizar en el tema, debemos ser lo suficientemente flexibles para reconocer que cualquier daño extra patrimonial o moral tiene el potencial de generar efectos económicos que no cambian la esencia de su constitución extra patrimonial.

### 3.3.2 El daño a la salud en el Derecho italiano

Parte de la doctrina arguye que los daños y perjuicios extrapatrimoniales pueden ser divididos entre los daños corporales y los que son puramente morales. Sus exponentes en España han estado expuestos al argumento que sobre el particular hicieron los italianos luego de aprobar su Código Civil en el año 1942. Scognamiglio, hace un estudio para el año 1957, donde sugiere la distinción entre los daños personales de los morales puros. Define los daños personales como las lesiones a la integridad física o emocional, al honor, la libertad sexual, entre otros.<sup>187</sup> Los daños morales, por su parte, los define como aquellos que afectan

<sup>185</sup> SSTS de 12 julio 1999 (RJ 1999, 4770); 22 febrero 1959; 28 febrero 1964; 22 abril 1983; 26 febrero 1984

<sup>186</sup> Cass., 13 gennaio 1975, n. 126 in Resp. civ. prev., 1975, 695; Cass., 25 agosto 1977, n. 3856, ivi, 1978, 138; Cass., 22 marzo 1979, n. 1646, ivi, 1979, 799.

<sup>187</sup> SCOGNAMIGLIO, R., op. cit., p. 292 y 296.

la esfera psíquica del sujeto, es decir, sus sentimientos y afecciones. Los daños extraparimoniales que consisten en daños corporales, también denominados por el autor como daños personales, siempre son resarcibles por sí mismos, mientras que los morales lo serán en exceptuadas circunstancias, según lo establece el CCI en su art. 2059.<sup>188</sup> Desde una perspectiva más amplia de lo que constituye el daño moral, los mismos se compensan bajo la codificación italiana en la medida que estén entrelazados con el daño a la integridad física de la persona. Interesantemente, el CCI dispone en el artículo 2057 que la víctima que sufre un daño físico permanente tiene derecho a una reparación monetaria que impondrá el tribunal, tomando en consideración la naturaleza del daño y la condición de las partes. El resarcimiento se realiza en forma de anualidad y el tribunal debe tomar las previsiones necesarias para su cumplimiento.<sup>189</sup> Tomando como base la discusión sobre el alcance del daño moral, que incluye las consecuencias físicas y morales en la víctima, se puede afirmar que la legislación italiana presenta un conflicto en la aplicación de ambos artículos cuando el daño moral se manifieste de manera permanente sobre la esfera física del agraviado. No obstante, el Tribunal de Génova en las Sentencias de 25 de mayo, 30 de mayo y 20 de septiembre de 1974, reconoció el *danno biologico*, o daño a la salud, susceptible de reparación monetaria. La legislación que sirve de base para sustentar que los daños a la salud serían compensados a pesar de que constituyen daños morales, se encuentra en el artículo 2.059 del CCI que limita el resarcimiento del daño moral a los casos provistos en la ley, el ordinal 185 del Código Penal que provee la posibilidad de compensación en casos de daño a la salud y las disposiciones del numeral 32 de la Constitución italiana, la cual reconoce el Derecho a la salud como un derecho fundamental.<sup>190</sup> El Tribunal Constitucional italiano, confirmó mediante Sentencia Núm. 184 de 30 de junio de 1986 que en efecto existe un alto interés por proteger la salud de los ciudadanos y que en la medida que los artículos antes mencionados proveen un remedio al agravio a la salud, no son inconstitucionales las determinaciones para resarcir los daños en estas instancias.

La posición de los italianos en cuanto al daño moral que es susceptible de indemnización no coincide con la española, la francesa y la mexicana. La discrepancia estriba en que los italianos niegan la posibilidad de resarcir el daño moral, pero le han dado una interpretación única a los artículos existentes en sus códigos civil y penal, con el fin de justificar, de manera excepcional, la compensación al daño a la salud. La doctrina extranjera les ha acusado de patrimonializar el daño a la salud, mientras que otros le han adjudicado un carácter penal al utilizar el artículo 185 del CPI para justificar su reparación.

De acuerdo a Busnelli y Comande, el numeral 2057 del CCI ha sido consistentemente ignorado por la jurisprudencia, razón por la cual la concepción general es que si la reparación

---

<sup>188</sup> El CCI dispone en su art. 2059 lo siguiente: "*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*

<sup>189</sup> El texto integral del artículo es como sigue: "*Quando il danno alle persone ha carattere permanente (2) la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele.*"

<sup>190</sup> La traducción de la primera parte del Art. 31 de la CI es la siguiente: La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará la asistencia gratuita a los indigentes.

pecuniaria de los daños morales no están prevista mediante legislación, no procede la misma.<sup>191</sup> Hay tratadistas italianos que argumentan que la compensación del daño moral en Italia tiene un carácter punitivo, toda vez que la legislación que autoriza su reparación es la que surge del ordinal 185 del Código Penal Italiano (CPI).<sup>192</sup> El perjudicado puede instar la reclamación para el resarcimiento del daño sufrido como parte del proceso criminal, según surge del Código de Procedimiento Penal Italiano, numeral 14.

En España, los exponentes de la teoría no confrontaron el problema con las disposiciones de ley relacionadas con el resarcimiento de los daños extraparimoniales, ya sean éstos por concepto de los daños a la salud física o psíquica de la persona.<sup>193</sup> El artículo 1902 del CCE hace referencia general del daño y no resulta restrictivo, como lo es el numeral 2059 del CCI. Las consecuencias jurídicas del daño moral y del físico o corporal en el Derecho español resultan iguales, a diferencia del Derecho italiano donde el primero solo podrá ser resarcido si así lo dispone alguna legislación.

### 3.3.3 Naturaleza de la indemnización

Existen varias posturas con relación a la naturaleza de la indemnización de los daños extraparimoniales. Como hemos reseñado, una parte de la doctrina sostiene que es imposible proveer un remedio económico al perjuicio de los derechos extraparimoniales. En contraposición a esa doctrina, Starck, postula que las condenas por concepto de daño moral tienen una implicación punitiva para el autor y una resarcitoria o satisfactoria para la víctima.<sup>194</sup> Para sustentar su posición, argumenta que la pena varía en función a la gravedad del daño y el perjuicio ocasionado, lo que representa una visión punitiva de la actividad resarcitoria. Expone además, que la persona que ha padecido el daño moral experimenta un resentimiento hacia el responsable, lo que es considerado por Starck, como un deseo de venganza ante el cual los tribunales no pueden desentenderse e ignorarlo. De Angel, por su parte, niega categóricamente que exista una función punitiva o preventiva en el resarcimiento de los daños morales, aunque reconoce que a pesar de ello, generalmente se observa la función preventiva.<sup>195</sup> La jurisprudencia francesa ha mantenido esta misma postura, negándose a reconocer la naturaleza de la indemnización como una pena privada.<sup>196</sup>

A pesar de que nos queda claro que el fin compensatorio tiene la finalidad de reparar o satisfacer el daño ocasionado en estos casos, parece existir una tendencia jurisprudencial a

---

<sup>191</sup> BUSNELLI, F.D. y COMANDÉ, G., "Non-pecuniary Loss Under Italian Law", W. HORTON ROGERS, & H. KOZIOL (eds.), *Tort and Insurance Law*, Austria: Springer Wien New York, vol. 2, p. 136.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Entre los exponentes de esta corriente doctrinal en España encontramos a GARCÍA SERRANO y BRAVO, quienes justifican las calificaciones de daño extra patrimonial antes aludidas bajo el principio de que el ser humano es una unión indisoluble de cuerpo y alma y ambas esferas tienen que ser protegidas por la legislación.

<sup>194</sup> STARCK, B., *Droit civil: Obligations*, Paris, Litec, 2<sup>a</sup> Ed., 1985, vol. I, p. 63-64. Similar posición sustenta ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *ADC*, 1966, p. 81 y sigs.;

<sup>195</sup> DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad Civil*, Madrid: Civitas, 1993, p. 62.

<sup>196</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 novembre 1962, n<sup>o</sup> 61-10.454, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 553; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 mai 1964, n<sup>o</sup> 63-10.723 Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 358; Cass. Crim., 8 juillet 1975, n<sup>o</sup> 74-93.006.

aplicar lo que Barrientos Zamorano ha denominado el “sesgo punitivo”.<sup>197</sup> El juzgador de los hechos, aunque trate de abstraerse de la situación de hechos para emitir un juicio imparcial, posee un marco de referencia basado en sus vivencias y conocimientos. Su perspectiva del bien o el mal y de la apreciación del costo de vindicación es diferente. En el ejercicio de adjudicar, le acompañan también los paradigmas y esquemas mentales predeterminados, que en algunas instancias, también incluirá el deseo de corregir y castigar al actor de los hechos para que sea más precavido en el futuro. A pesar de que el autor lo enmarca en el contexto del daño moral, esta peculiaridad muy bien podría también aplicarse a los casos de naturaleza patrimonial y anticipamos que tendrá una correlación directa con la atrocidad del daño.

La falta de equivalencia entre el perjuicio acaecido y la acción resarcitoria en los casos de daños morales es uno de los temas de mayor estudio. Se busca la fórmula idónea para estimar los daños y proveer remedios económicos a cosas que por definición no se encuentran dentro del comercio de los hombres. De ahí que sobrevengan las disonancias que tienen origen en la diferencia de los medios sociales de las partes. Esta teoría postula que existe una relación inversa entre los factores patrimonio y satisfacción. Es decir, a mayor patrimonio tenga el perjudicado menor será la satisfacción que puede ofrecer una reparación pecuniaria del daño moral y viceversa.<sup>198</sup> A base de esta teoría, podríamos deducir que la motivación de la víctima al recurrir en una acción judicial varía de acuerdo a la condición económica o patrimonial que posea, independientemente el propósito de la acción sea reivindicar un perjuicio extra patrimonial.

### 3.3.4 Clasificaciones del daño moral

Con la aprobación de la Ley del 5 de julio de 1985, artículo 31, los franceses confirmaron la clasificación de los daños morales basada en: (1) la porción de la indemnización otorgada con carácter personal; (2) los sufrimientos físicos y morales; y, (3) los daños estéticos y del placer (“d’agrément”). El sistema de clasificación de daños morales francés es el más estructurado y completo que se ha adoptado en Europa continental; distinguen los daños extrapatrimoniales conforme a su extensión, es decir, si son de carácter temporal o permanente y de acuerdo a ello han desarrollado las diferentes posibilidades de daños. En España, la escala que es utilizada como referencia para compensar daños morales es el adoptado por la LRCSCVM, el cual incluye factores de corrección para incapacidad temporal y permanente, dependiendo de factores, tales como historial previo de patologías o daños. El mismo adopta los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones o secuelas que tengan como consecuencia una incapacidad futura. Dicho baremo es aplicado por analogía a otros supuestos de daños morales donde no se ven envueltos los elementos de la ley de tránsito.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> BARRIENTOS ZAMORANO, M., op. cit., p. 57.

<sup>198</sup> MARTÍN CASALS, M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, *Asociación de profesores de Derecho civil*, Centenario del Código Civil, Madrid: CEURA, 1990, t. II, p. 1241.

<sup>199</sup> Véase, a manera de ejemplo, la reciente determinación del TCF, Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 11 décembre 2014, 13-28.774, Publié au bulletin y el Caso resuelto por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7<sup>a</sup>) 187, 2003, de 27 de marzo (JUR 2003, 231405) donde la perjudicada sufre un resbalón en charco de agua cercano a máquina frigorífica y se hace referencia al Baremo de la LRCSCVM para cuantificar la

La utilización de índices en el proceso de valoración de los daños morales ha promovido mayor uniformidad de las determinaciones judiciales y la adopción de un sistema uniforme de clasificación de los daños. A esos efectos, presento brevemente la estructura adoptada en Francia y en la discusión de los daños morales permanentes se abundará sobre su aplicación en otras jurisdicciones estudiadas, incluyendo a España y a México.

### **3.3.4.1 Daños extraparimoniales –temporales- temporeros**

Anticipo que la distinción basada en la duración del daño es propia del sistema francés y no hay referencias de una estructura similar en España y México. La duración del perjuicio en las víctimas es tomada en consideración, pero usualmente en las determinaciones jurisprudenciales no se hace referencia al daño para establecer si es transitorio o permanente.

#### **3.3.4.1.1 El déficit funcional –temporal- temporero.**

Se denomina con esta denominación la pérdida de la calidad de vida y del disfrute de experiencias similares de la vida cotidiana. Se reconoce que la persona que tiene que recluírse en centros de salud, mientras se recupera, sufre al separarse de su entorno familiar y de amistades, así como de la privación de las actividades que usualmente realiza. El Tribunal de Casación de Francia lo definió como la incapacidad funcional total o parcial durante el tiempo de hospitalización, cirugía y/o recuperación.

También se extiende a la pérdida de calidad de vida y del disfrute de la vida durante la enfermedad traumática.<sup>200</sup> Este tipo de daño toma en consideración las actividades del diario vivir, de entretenimiento, así como las profesionales y las que naturalmente comprenden al ser humano, entre ellas la sexualidad que no pudieron ser realizadas por el estado de salud en el que se encontraba la víctima. Es por ello que los tribunales franceses compensan los daños sexuales y del placer (“d’agrément”) temporales dentro de la categoría de déficit funcional temporero y no con una clasificación independiente del mismo. La intensidad del sufrimiento es calificada en una escala del 1 -menos serio- hasta el 7 -más serio- y se denomina también como “préjudice de souffrance” o el *quantum doloris*. Los tribunales franceses han utilizado otros adjetivos para describirlo, entre los cuales se encuentran: “*l’incapacité traumatique temporaire à caractère personnel*” y “*le trouble dans les conditions de vie courante*”, todos los términos hacen referencia a daños transitorios que se superan con el paso del tiempo. Existe una tendencia a compensarlos cuando se trata de menores o de personas retiradas, en contraposición, se ignora cuando se trata de individuos productivos que reciben compensación por pérdida económica secundaria al daño moral.

### **3.3.4.2 Los sufrimientos acaecidos**

---

indemnización por el daño moral sufrido. Véase además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), 2, 2002 de 15 de febrero, (JUR 2002, 115145). En este caso se aplicó, por analogía, las cuantías establecidas en el Baremo de la LRCSCVM para los daños morales en casos de muerte, en un caso de homicidio doloso de un joven de 19 años.

<sup>200</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 mayo 2009, Bull. civ. II, No. 131

En esta categoría se incluyen los sufrimientos y dolores físicos que experimenta la víctima como consecuencia del daño sufrido, que a su vez enmarca dentro del concepto del “*pretium doloris*”. A este concepto hay que añadir el sufrimiento moral experimentado por los individuos tras experiencias traumáticas, consecuencia del estrés psicológico, angustia, estado depresivo, conciencia de la gravedad y la irreversibilidad de sus lesiones y/o la conciencia de su desahucio, en casos extremos. Bajo esta categoría solo se incluyen los sufrimientos experimentados durante la enfermedad traumática y está delimitado a un tiempo específico. Los dolores residuales, crónicos o recurrentes, posteriores a la consolidación serán tomados en cuenta cuando se evalúe el déficit funcional permanente como parte de los aspectos que afectarán la calidad de vida de la víctima en el futuro. A pesar de que se pueden distinguir los sufrimientos físicos de los morales, el Tribunal de Casación ha determinado que al momento de indemnizarlos se debe realizar conjuntamente, bajo el concepto del “precio del dolor” para evitar la duplicidad de compensaciones.<sup>201</sup> No perdamos de perspectiva que bajo esta categoría se analizarán las secuelas temporeras en las víctimas y se considerarán por separado las que resulten permanentes.

### **3.3.4.3 Los daños estéticos temporales**

Se trata de la incapacidad sufrida por una persona tras una alteración física que es pasajera. Dentro de esta categoría se encuentran, a guisa de ejemplo, los hematomas relacionados a los traumas sufridos, cicatrices, problemas del habla, uso de muletas o bastones, entre otros que habrán de superarse en el corto plazo. En un caso publicado por el TCF, se compenso a la víctima de una agresión por daños estéticos temporales, luego de que tuviera que someterse a varias cirugías estéticas correctivas por un periodo aproximado de seis años.<sup>202</sup> Lo que nos presenta este ejemplo es que el término temporal en los tribunales franceses está delimitado por un elemento de probabilidad de recuperación, más que un elemento de razonabilidad. En la medida que a los seis años quedó superado el perjuicio estético se calificó de temporero –temporal- y no permanente. Esto nos pone en perspectiva de que el análisis será la proyección de recuperación de la víctima, es decir, si se prevé que superará el daño estético o si aún con las intervenciones paliativas y restaurativas quedarán secuelas de carácter permanente.

### **3.3.4.4 Daños extraparimoniales permanentes**

Esta categoría se refiere a los eventos permanentes que trascienden el estado de recuperación de la víctima. Son las cicatrices físicas y emocionales que pueden quedar luego de un perjuicio y que han sido clasificadas en diferentes categorías que se discutirán adelante.

---

<sup>201</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 janvier 1994, Bull. civ. II, No. 15; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 9 décembre 2004, Resp. civ. et assur. 2005, om. No. 50; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 16 septembre 2010, No. 09-69433, Esp. civ. et assur. 2010, com. No. 20; D. 2011, p. 641, obs. H. ADIDA-CANAC y GRIGNON- DUMOULIN.

<sup>202</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 11 décembre 2014, 13-28.774, Publié au bulletin.

Se ha mostrado gran sensibilidad al cambio que ocurre en la vida de las víctimas como consecuencia del daño o perjuicio sufrido. Adelanto que en esta categoría no me limito a la estructura tradicional francesa, sino que también hemos incluido variantes de daños morales que se han ido introduciendo jurisprudencialmente y sus contrapartes en los otros sistemas de Derecho estudiados.

#### 3.3.4.4.1 Déficit funcional permanente

Es una reducción definitiva del potencial físico, psico-sensorial o intelectual, resultado del atentado a la integridad autónomo-fisiológica que puede ser constatada médicamente a los cuales se añaden los fenómenos dolorosos y las repercusiones psicológicas que pasan a formar parte de la vida cotidiana, que ordinariamente están relacionadas a ese tipo de atentado.

En España, se evalúa la incapacidad física y moral de la víctima y se compensa, sin necesariamente reconocer la misma categoría que en Francia. En la STS de 3 de noviembre (RJ 1995, 8353), el tribunal determinó que procedía la indemnización por concepto de daño moral a la víctima que como consecuencia de un evento culposo sufrió la amputación de una pierna, secuela permanente que le impedía desarrollar cualquier tipo de trabajo y varias actividades del diario vivir. Al igual que en las otras categorías, vemos como en España se procede con el resarcimiento del daño causado, ubicándolo bajo el apartado genérico de daño moral, pero al evaluar la justificación nos podemos percatar que se trata de un daño corporal de incapacidad permanente.<sup>203</sup>

Conforme a la doctrina y la jurisprudencia francesa, bajo esta categoría se incluyen los daños morales por concepto del impacto emocional acaecido junto a los perjuicios físicos permanentes que pueda experimentar la víctima, para evitar una doble compensación.<sup>204</sup> El reconocimiento de la dimensión extra patrimonial del daño funcional permanente fue confirmado mediante una sentencia del TCF el 28 de mayo de 2009.

En Francia, el proceso para valorar este tipo de daño se lleva a cabo en dos fases.

La primera consiste en realizar una evaluación clínica, una vez la víctima se estabiliza, para determinar el por ciento de incapacidad, denominado “*le taux de l’incapacité permanente partielle (IPP)*”. Para ello, los peritos hacen referencia al baremo Rousseau, un amplio documento en el que se desglosan las secuelas y se sugieren porcentajes de incapacidad. El documento es una referencia que goza de gran respeto dentro de la comunidad médico-forense, siendo reconocido por el más alto foro judicial francés. La segunda fase es la evaluación judicial de la valoración del daño. Para ello utilizan una metodología denominada “*le calcul au point*” y consiste en realizar un ejercicio aritmético con la puntuación adjudicada a la incapacidad. Se toma en consideración la incapacidad y la edad de la víctima, las cuales tienen una correlación inversa (a mayor incapacidad, mayor puntuación y a mayor edad,

---

<sup>203</sup> STS de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5212). En este caso se menciona que entre los daños morales 23/09/2017 compensados existe una incapacidad permanente de la víctima tras resultar sepultada tras derrumbe de su casa por obras en la finca colindante, pero no se hace referencia a qué incapacidad permanente tuvo.

<sup>204</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 septembre 2010, No. 09-69433, Resp. civ. et assur. 2010, com. no. 320.

menor puntuación). La lógica es que mientras más joven es la víctima más tiempo tendrá que soportar las consecuencias permanentes del daño y mientras mayor el grado de incapacidad, menos funcionalidad tendrá y por consiguiente mayor dependencia tendrá de terceras personas.

En México, específicamente en la legislación civil del Estado de Michoacán, de acuerdo con la teoría de la responsabilidad civil el que causa un daño a otro está obligado a repararlo.<sup>205</sup> Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. La reparación a los daños patrimoniales o materiales se demanda normalmente a través de la acción de responsabilidad civil por hechos ilícitos; existen otro tipo de afectaciones no pecuniarias a las cuales también se les ha otorgado derecho a la reparación, a éste tipo de lesiones se les ha llamado *daños morales*.

El daño al honor, o el daño a la parte social del patrimonio moral, como se le conoce en la doctrina,<sup>206</sup> se entienden como aquellas afectaciones a una persona en su vida privada, su honor o su propia imagen.<sup>207</sup>

Por último, los *daños a los sentimientos*, o a la parte afectiva del patrimonio moral, como se les ha denominado en la doctrina,<sup>208</sup> hieren a un individuo en sus afectos. Esta especie de daño moral se encuentra regulada en el multicitado numeral 1082. Como se verá, en el presente asunto la demanda de la reparación de un daño moral es de este tipo.

La reparación por daño moral puede demandarse como una acción autónoma a la reparación de los daños patrimoniales, debe partirse de que para la actualización del derecho a la indemnización debe acreditarse la responsabilidad de la parte demandada, la cual en términos del multicitado artículo 1082 puede ser de naturaleza subjetiva u objetiva.

El pluricitado Código Civil dispone que es ilícito el hecho contrario a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres. Por lo tanto, la conducta del

---

<sup>205</sup> Artículo 1076 Código Civil del Estado de Michoacán.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

<sup>206</sup> Mazeaud Henri y Mazeaud León, *Elementos de la Responsabilidad Civil. Perjuicio, Culpa y Relación de Causalidad*, Bogotá, Leyer Editorial, 2005, pp. 65-66 y Borja Soriano, *Ob. Cit.*, p. 371.

<sup>207</sup> Así pues, el derecho al respeto a la vida privada o intimidad, al honor e incluso a la imagen propia, son considerados ya como derechos humanos fundamentales, establecidos por diversos instrumentos internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 17 y 19), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículos 11 y 13), y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 16), instrumentos todos estos firmados y ratificados por nuestro país. Cabe señalar que también existen otros instrumentos que establecen este derecho como son: la Convención de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959, la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales aprobadas por el Parlamento Europeo y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 y de los que México no es parte.

<sup>208</sup> Mazeaud, *Ob. Cit.*, pp. 65-66 y Borja Soriano, *Ob. Cit.*, p. 371

responsable será ilícita cuando incumpla con alguna obligación legal a su cargo. Así, la ilicitud puede derivar de dos fuentes distintas: a) que la responsable haya incumplido con un deber genérico de cuidado que exige su actuar como funcionario público; o b) que la responsable haya estado obligada a actuar de acuerdo a alguna norma y que ésta haya incumplido con esa obligación legal.

En efecto, en la raíz de la responsabilidad se encuentra necesariamente una conducta humana, calificación que excluye los hechos naturales cuando son objetivamente incontrolables e independientes de cualquier voluntad humana. El pre citado Código Civil para el Estado de Michoacán prevé que el daño puede ser causado por hecho u omisión. El hecho debe ser comprendido como un comportamiento positivo, es decir, una acción. Las omisiones son comportamientos de carácter negativo y que consisten en no hacer alguna cosa o no llevar a cabo una determinada conducta. Se indica que, los hechos u omisiones sólo son fuente de responsabilidad cuando son ilícitos. Por lo tanto no cualquier hecho u omisión que cause un daño dará lugar a responsabilidad, sino que es necesario que además se configuren los demás elementos de la responsabilidad.

El Código Civil dispone que es ilícito el hecho contrario a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres. Por lo tanto, la conducta del responsable será ilícita cuando incumpla con alguna obligación legal a su cargo.

Así, la ilicitud puede derivar de dos fuentes distintas: a) que la responsable haya incumplido con un deber genérico de cuidado que exige su actuar como funcionario público; o b) que la responsable haya estado obligada a actuar de acuerdo a alguna norma y que ésta haya incumplido con esa obligación legal.

El tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante “La Convención Americana”- le da al debido proceso, está contemplado fundamentalmente en su artículo 8, el cual se debe relacionar con los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 7,5 el artículo 9,6 el artículo 10,7 el artículo 24,8 el artículo 25,9 y el 27,10 todos de la Convención Americana. La Convención Americana desarrolla algunos principios del debido proceso que en ella se anotan o se coligen y que son consecuencia del sistema penal y procesal penal actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un “garanticismo proteccionista” del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social. Es por ello necesaria la existencia de un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales adquieran sentido y actualidad al evitar la arbitrariedad e inseguridad que provocaría en la sociedad una carencia de reglas en la investigación policial y judicial en las que queden de lado los intereses del individuo para proteger el interés general de la averiguación de la verdad real y el éxito de la administración de justicia.

#### **3.3.4.4.2 Daño moral por pérdida de amenidad (“d’agrément”)<sup>209</sup>**

Este tipo de daño se incluía originalmente en la incapacidad permanente parcial en Francia, no es hasta la década de los años 1950 que comenzó a presentarse de manera

---

<sup>209</sup> También podría ser traducido como perjuicio de agrado o del placer

autónoma. Hasta los años 1970, se calificaba este tipo de daño como la incapacidad para llevar a cabo ciertas actividades de ocio (“*loisir*”), como por ejemplo, la práctica de algún deporte o alguna actividad artística. En su origen, se limitaba a las personas que tenían una destreza o habilidad particular y que experimentaban placer al ejecutar la misma, siendo más notable la ejecución en el plano artístico o en los deportes. No obstante, la evolución del concepto ha permitido a los jueces aplicar este tipo de daño en otros casos de privación de distracciones y satisfacciones producidas por las actividades de ocio en general, tanto en el ámbito cultural, deportivo y social, entre otras. Se trata de una reducción en la capacidad para experimentar satisfacciones o goces de la vida, tras ocurrir un daño. La evolución de este daño ha llegado al punto en que los tribunales europeos han adjudicado responsabilidad por la incapacidad de disfrutar de actividades de entretenimiento (“*hobbies*”) durante un periodo de convalecencia.<sup>210</sup> Ciertamente, esta compensación sería parte de un perjuicio de carácter temporal, previamente aludido, si se trata del tiempo de convalecencia no una secuela permanente.

En España, la pérdida de incentivo ha sido considerada en dos modalidades, la primera, los casos donde la persona está imposibilitada de realizar actividades sociales o recreativas –de ocio- y la segunda, en los casos donde se pierde el placer del disfrute de la vida. El concepto fue aplicado por el TSE en un caso criminal donde concedió compensación por concepto de daños morales y a esos efectos, lo presentó de la siguiente manera: “...sino que le ha privado para el resto de su vida de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo, en definitiva una situación de parcial desvalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia...”.<sup>211</sup> Son escasas las ocasiones en que el TSE se ha pronunciado adjudicando responsabilidad bajo esta modalidad de daño moral, ya que parece incluirlo en otras categorías de daño físico.

Existen legislaciones como en Italia y Alemania que prefieren encauzar el daño en la destrucción de la personalidad o “*zerstörung der persönlichkeit*”, como justificante para que nazca la obligación de reparar. En Italia se compensa, de manera consistente, a través del denominado “*danno alla salute*”, al cual réferi con antelación.<sup>212</sup>

En Francia, el Tribunal de Casación determinó que el estado vegetativo crónico de un ser humano no excluye su derecho a ser indemnizado en todas las esferas, en atención a sus derechos y dignidad como ser humano.<sup>213</sup> El Tribunal realizó un análisis donde equipara

---

<sup>210</sup> Paris, 23/01/1979, Gaz. Pal. 1980, I Somm. 90.

<sup>211</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 décembre 1978, n<sup>o</sup> 77-12.013, Bull. Civ. II, n<sup>o</sup> 269. AUBRY, C., [et al.], *Droit civil français: Responsabilité délictuelle*, 8<sup>a</sup> ed., Paris: Librairies Techniques, 1989, vol. 6, p. 85.

<sup>212</sup> BUSNELLI, F.D. y COMANDÉ, G., op. cit., p. 143.

<sup>213</sup> Cass., Civ.1<sup>e</sup>, 22 février 1995, n<sup>os</sup> 92-18.731 et 93-12.644, Bulletin civil, II, n<sup>o</sup>61, Dalloz 1995, p :69, note Y. CHARTIER, JCP, 1995, I, 3853, observations G. VINEY, D.1996, 233, observations D. MAZEAUD, RTD civ., 1995, :629, observations P.JOURDAIN ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 juin 1995, n<sup>o</sup> 93-18.465, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 224.

la víctima con las personas que comúnmente se encuentran en posición de expresar su voluntad.<sup>214</sup> En España, aunque pocas, no faltan Sentencias que recogen la postura jurisprudencial del tema. En la STS 30 de enero de 1990, (RJ 1990, 74), se impuso la obligación de indemnizar a una víctima que tras un acto de negligencia médica quedó clínicamente muerta. En Italia y Alemania se ha vinculado el estado vegetativo o comatoso, producto de un daño, como un daño biológico susceptible de reparación, independiente del estado de conciencia de la víctima. En Bélgica, por el contrario, se requiere que la víctima sea capaz de experimentar dolor y sufrimiento para poder reclamar el daño moral sufrido. Aún en esta jurisdicción que parecía tener claro el supuesto, se han reportado casos donde se pone en duda la capacidad de la víctima a sentir dolor, luego de observar cambios clínicos que apuntan a una mejoría y un grado de sensibilidad subyacente.<sup>215</sup>

Los países de España, Francia, Austria, Alemania e Italia son algunas naciones cuyos tribunales han determinado que se debe indemnizar a las víctimas que quedan en estado vegetativo o en coma. La dignidad del ser humano ha sido utilizada como argumento principal para equiparar el daño de aquellos que poseen sus capacidades cognitivas y sensoriales sustancialmente limitadas como consecuencia de un acto u omisión dañoso. Aún en aquellos países donde no se admite la posibilidad de resarcir un daño moral cuando la víctima está en algún estado de presunta inconciencia, como la coma o estado vegetativo, han encontrado excepciones a su posición. En Bélgica, por ejemplo, la existencia de un daño inmaterial está sujeto a la percepción del dolor y sufrimiento que experimenta la víctima, razón por la cual de ordinario se niegan a reconocer daños morales a una persona que no está consciente del dolor o agravio que ha sufrido. Cousy y Droshout nos señalan que los tribunales belgas han comenzado a reconocer que las personas que se encontraban en coma o estado vegetativo deben ser resarcidas mientras se encontraban en dicho estatus clínico.<sup>216</sup>

La definición provista por el TSE en la Sentencia de 7 de mayo de 1987, (RJ 1987, 3022) parece ser amplia al manifestar que consiste en la privación de *“la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo en definitiva una situación de parcial desvalimiento.”* Pero más inclusiva y general es la provista por Viney al describirlo como *“la pérdida de los goces ordinarios de la vida cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.”*<sup>217</sup>

El Profesor Richard B. Cappalli, hace una exposición de este tipo de daño al distinguir la pérdida de la capacidad para gozar la vida de las angustias físicas y mentales. Establece que la primera es una pérdida de algo que ya tenemos en nuestro ser, la capacidad para ser felices, gozar y disfrutar la vida en contraposición con las angustias físicas o mentales

---

<sup>214</sup> Cour d'Appel Bordeaux, 18 avril 1991, Gaz. Pal, 1993, p. 216.

<sup>215</sup> COUSY, H., DROSHOUT, D., “Non-Pecuniary Loss Under Belgian Law”. *Tort and Insurance Law*. W. Horton Rogers y H. Koziol (eds.) Austria: Springer Wien New York. 2001, p. 38.

<sup>216</sup> COUSY, H., DROSHOUT, op. cit., p. 37-38.

<sup>217</sup> VINEY, G., “La responsabilité: effets”, *Revue Internationale de droit compare*, 1988, citado por BARRIENTOS ZAMORANO, M., op. cit., p. 75.

que son pesares añadidos a la naturaleza humana.<sup>218</sup> Propone además, que bajo este raciocinio debería ser más fácil establecer la existencia del daño por pérdida de capacidad para el disfrute de la vida que en los casos donde se alegan daños por angustias físicas y/o mentales.

#### 3.3.4.4.3 Daño estético permanente

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptó en el artículo 11 de la Resolución 75-7 el 14 de marzo de 1975 con el propósito de reducir las diferencias en las posturas legislativas y jurisprudenciales de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el tema de la reparación de daños en casos de lesiones corporales y de muertes. A esos efectos, aportó una definición general del daño y esbozó el sentir de la comunidad europea sobre el daño estético al plantear lo siguiente: “*La víctima debe ser indemnizada del perjuicio estético, de los dolores físicos y de los sufrimientos psíquicos. Esta última categoría incluye con respecto a la víctima, diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentido de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado*”.<sup>219</sup>

El daño estético permanente pretende indemnizar las alteraciones físicas que son definitivas en la persona luego de su recuperación, tales como cicatrices, amputaciones, anomalías al caminar, entre otras. Como se advierte, este tipo de daño no se circunscribe a lesiones en el rostro de un individuo, sino que se extiende a cualquier parte del cuerpo que haya sido alterada de manera permanente. Se trata de manera independiente de aquellos daños funcionales relacionados con las actividades profesionales. En la actualidad no existe en Francia una escala médico-legal que permita la apreciación objetiva de este tipo de daño.

En Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 9 octubre 2014, 13-23.345, Inédit, el TCF confirmó una determinación de los foros inferiores donde reconocían a un empleado que sufrió una enfermedad pulmonar secundaria a la exposición al asbesto en su lugar de trabajo, indemnización por concepto de daño estético por la cicatriz que quedó luego de que tuvieron que practicarle una lobectomía superior izquierda.<sup>220</sup> La cicatriz tenía aproximadamente veinte centímetros y estaba ubicada en el dorso lateral izquierdo. En otro caso reciente, el TCF confirmó una sentencia en contra de un menor y sus padres por las secuelas que el menor dejó a otro menor, al cual quemó con alcohol en el cuello, cara y pecho, en un quince por ciento (15%) de la superficie corporal.<sup>221</sup> El tribunal concedió indemnización por concepto del daño estético temporero –temporal- y permanente.

La STS del 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919) establece que la deformidad tiene que poseer carácter permanente para que sea compensada bajo esta modalidad del daño moral. Esto con independencia a los remedios paliativos que la ciencia pueda aportar para

---

<sup>218</sup> CAPPALLI, R. B., “Tort Damages in Puerto Rico”, 46 *Rev. Jur. U.P.R.* 241, 271 (1977).

<sup>219</sup> Conseil de l’Europe, Comité des Ministres, *Résolution (75) 7, Relative à la Réparation des Dommages en cas de Lésions Corporelles et de Décès, le 14 mars 1975*, [en línea]. [Consulta: 7 de julio de 2014]. Disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1390297&SecMode=1&DocId=651102&Usage=2>.

<sup>220</sup> La lobectomía es un término que se utiliza en neurocirugía para referirse a la ablación.

<sup>221</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 11 septembre 2014, 13-16.897, Publié au bulletin.

mejorar la lesión, como lo sería el caso de cirugías estéticas correctivas. Se reconoce que la secuela puede ser somática, física o de ambas naturalezas.

El CPE de 1848 requería que para que procediera una indemnización por daño estético, el ofendido quedase “notablemente deforme” y de esta manera se configurara un perjuicio estético por deformidad. No obstante, el TSE reconoció en la Sentencia de 30 de mayo de 1988 (RJ 1998, 4111) que “*la morfología humana tiene consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e, incluso, psiquiátrico de la persona.*” Basado en ese argumento cambió el estándar requerido para que una víctima tenga derecho a ser indemnizada por daño estético y lo calificó diciendo que solo es necesario “*que la deformidad sea sentida por el sujeto que la sufre*”.<sup>222</sup> La valoración del daño no se estima a base de factores subjetivos de belleza, sino de secuelas visibles que afectan la estética del agraviado. El Tribunal para ilustrar la subjetividad del particular hace referencia a la pregunta de Pascal “*¿qué curso hubiera seguido la historia del mundo si la nariz de Cleopatra hubiera sido más corta?*” y la oposición al famoso refrán del oso en el cual se reclama “*El hombre y el oso, cuanto más feo, más hermoso*”.<sup>223</sup> Este factor ha sido claramente internalizado por las empresas y profesionales de la publicidad quienes han cambiado los estándares de belleza del vaquero del viejo oeste americano al concepto inglés del metrosexual, hombre del siglo XXI que se caracteriza por su gran preocupación por su imagen que lo llevan a trascender las barreras del cuidado personal y la imagen. Vemos una reciente tendencia en las pasarelas de ser más inclusivos en la selección de modelos que representan los contornos sociales optando por modelos con discapacidades físicas e intelectuales.<sup>224</sup>

#### 3.3.4.4 Daño moral sexual

Desde la década de los años 1970 los tribunales franceses reconocen el perjuicio sexual como una modalidad del daño moral, independiente de las otras.<sup>225</sup> Se trata de la alteración o privación de funciones sexuales del individuo, incluyendo la libido y la reproducción.<sup>226</sup> En una determinación del 17 de junio de 2010, el TCF le definió, a base de

---

<sup>222</sup> Sentencias que confirman esa posición en España: SSTs de 15 de junio de 2001 (RJ 2001, 6558); y 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394), por citar algunas.

<sup>223</sup> Centro Virtual Cervantes, *El hombre y el oso, cuanto más feo, más hermoso*, [en línea]. [Consulta: 27 de junio de 2014]. Disponible en: <http://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=58616&Lng=0>. El refrán alude a la belleza masculina y establece que la misma no es importante para su virilidad y atractivo.

<sup>224</sup> Lo apuntamos como un fenómeno y estrategia de los medios y lo denominamos como tendencia ya que en diferentes países se ha observado el particular. Winnie Harlow, modelo con vitíligo de la compañía Desigual, Aimee Mullins no posee piernas, Heather Kuzmich con síndrome de Asperger, Debbie Van Der Patten, quien perdió el brazo derecho a los 19 años en un accidente automovilístico, Melanie Gaydos, quien padece de displasia ectodérmica y Jack Eyers, veterano de guerra que perdió una pierna, son algunos de los múltiples modelos que han llegado a pasarelas de renombre internacional y han roto con los paradigmas de la belleza.

<sup>225</sup> BOURRIÉ-QUENILLET, M., “Le préjudice sexuel: preuve, nature juridique et indemnisation”, *JCP.G* 1996, I, n<sup>o</sup> 3986; GROUDEL, H., “Les facettes de l’autonomie du préjudice sexuel”, *Resp. civ. et assur.* 1993, chr. N<sup>o</sup> 7; MELENNEC, L., “Le préjudice sexuel”, *Gaz. Pal.* 1977, 2, p. 255.

<sup>226</sup> También se alude al término como ‘pretium voluptatis’ que es la pérdida de la libido en un paciente que presenta una depresión post-traumática.

la nomenclatura Dintilhac, el daño sexual indicando que incluye todos los perjuicios relacionados a la esfera sexual, a saber: el perjuicio morfológico relacionado a los atentados a los órganos sexuales primarios y secundarios resultantes en una disfunción permanente; el perjuicio relacionado al acto sexual, en sí mismo, que consiste en la pérdida del placer al sostener relaciones sexuales y la pérdida del deseo también referido como libido; y la pérdida de la capacidad física para realizar el acto sexual o la pérdida de la capacidad de experimentar placer y el perjuicio relacionado a la imposibilidad o dificultad para procrear. Los tribunales franceses han extendido el reconocimiento de este daño no sólo a la persona que siente una disminución o pérdida en el interés sexual, sino en la pareja que indirectamente sufre la privación de una vida sexual ordinaria. En el 1978, el Tribunal de Châlons-Sur-Marne determinó que se debía compensar a una mujer cuyo esposo se negó a consumar el matrimonio durante dos meses y medio como consecuencia del daño sexual sufrido.<sup>227</sup> Prácticamente todos los tribunales europeos reconocen la necesidad de reparar o compensar a los perjudicados de ataques o abusos sexuales, toda vez resulta evidente que constituyen un ataque a la dignidad que crea un daño moral.

El TCF distinguió la necesidad de evaluar este daño de manera independiente al déficit funcional objetivo, toda vez que las secuelas genito-sexuales varían de una persona a otra dependiendo de su edad, género, situación familiar, las prácticas sexuales anteriores, entre otros factores y existen factores que dificultan el proceso de cuantificar el daño y de integrarlo al baremo establecido para la compensación de los Atentados a la Integridad Física y Psicológica (AIPP, por sus siglas en Francés).<sup>228</sup> Originalmente, este daño moral se incluía en la compensación por perjuicios por pérdida de placer, pero paulatinamente se le fue reconociendo autonomía a la figura.<sup>229</sup> La excepción continúa siendo los casos laborales donde se compensa dicho daño a través de la pérdida del placer, toda vez que la ley que regula dicha área del derecho reconoce expresamente el daño de la pérdida del placer y no así el daño sexual.<sup>230</sup>

El TSE ha tenido ante su consideración casos de naturaleza civil donde se reclaman daños morales por secuelas relacionadas a la disfunción sexual de demandantes tras un accidente laboral. En la STS de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988, 771), el tribunal reiteró su

---

<sup>227</sup> Trib. Gr. Inst. Châlons-Sur-Marne, Res. 16 de marzo de 1978, Gaz. Pal. 1978, II, Somm. 399.

<sup>228</sup> El baremo para la determinación de la compensación de perjuicios en casos físicos y psicológicos es denominado "Atteinte Permanente à l'Intégrité Physique ou Psychique", AIPP, por sus siglas en francés. La evaluación realizada por un perito en medicina, certificado en la reparación de perjuicios corporales, en una escala de 0 a 100, tomando en consideración la edad de la víctima y mediante la comparación de casos similares.

<sup>229</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 18 juin 1997, Resp. civ. et assur. 1997, com. no. 288; Civ. 2<sup>e</sup>, 12 mai 2005, Bull. civ. II no. 122; Resp. civ. et assur. 2005, com. no. 212 obs. H. Groutel.

<sup>230</sup> L. 452-3 del Código de Seguridad Social de Francia. El Texto del artículo, creado al amparo del decreto 85-1353 1985-12-17 art. 1 JORF 21 de diciembre de 1985, en lo pertinente, establece que: "...la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, de ses préjudices esthétiques et d'agrément ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de promotion professionnelle..." (Énfasis suplido). En la medida que no se utiliza el término perjuicio sexual, los tribunales adjudican dichas controversias utilizando la figura del perjuicio de pérdida del placer.

posición con relación a la procedencia de daños morales por el impacto en los sentimientos afectivos elementales del ser humano. La mayor parte de los atentados contra la integridad sexual se ventilan en las salas penales de los tribunales españoles donde se proveen remedios de daños morales en caso de ser aplicable. En otra instancia, vemos como el tribunal toma conocimiento del relato de una menor de edad con discapacidad intelectual moderada que fue víctima de violación por parte de tres jóvenes en varias ocasiones y concede daño moral derivado por los episodios vividos, en ausencia de testimonio pericial que sustentara algún tipo de secuela grave, dado su condición de déficit en el desarrollo.<sup>231</sup> Es interesante la STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275) donde el TSE reitera la procedencia de los daños morales tras un evento de agresión sexual y dispone que por su propia naturaleza es imposible una determinación precisa en términos monetarios. *“El daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza de la misma y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico.”*<sup>232</sup> Vista la justificación del TSE podríamos colegir que en los casos de agresión sexual en España la concesión de daños morales representa una multa civil análoga a la que se impone en la jurisdicción norteamericana a través de los daños punitivos.

En la STS de 3 de enero de 2001 (RJ 2001, 14) el tribunal tuvo ante su consideración un recurso donde se alegó que se concedieron daños morales a un menor que fue abusado sexualmente por su padre, sin que el menor presentara secuelas y ninguna de las partes acusadoras solicitara indemnización por ese daño. El TSE rechazó el recurso argumentando que a pesar de que no se utilizó el término “daño moral” si se solicitó indemnización y resulta claro que se refería a los daños morales causados como consecuencia de la agresión sexual. También se trató de impugnar la indemnización concedida por concepto de daños por posibles secuelas, bajo el fundamento de que no se había revelado alteración psicológica alguna. El tribunal determinó que procedía la indemnización porque los *“hechos son de tal crudeza que pudieran acarrear secuelas con el desarrollo de su personalidad.”* Tomó conocimiento de que en algún momento de su desarrollo, el evento le afectará y por consiguiente procedió a indemnizarle por ello.

#### **3.3.4.4.5 El daño de incapacidad de contraer nupcias (“d’*établissement*”)**

Este daño consiste en la pérdida de una oportunidad de establecerse en un proyecto de vida familia normal a causa de la gravedad de la incapacidad sobrevenida como consecuencia del daño. Es la pérdida de la oportunidad de casarse, de formar una familia, de tener hijos y otros aspectos que obligan a la víctima a realizar adaptaciones y resignaciones sobre el plano familiar. Aunque no está claro para muchas personas si este daño debe considerarse como parte del perjuicio por pérdida del placer o del perjuicio sexual, los tribunales franceses le han reconocido su autonomía.<sup>233</sup> La posición jurisprudencial ha sido defender la figura y ha reiterado su posición de distinguirlo del daño sexual y del que hemos

---

<sup>231</sup> STS de 4 de junio de 2014 (RJ 2014, 4509).

<sup>232</sup> El TSE cita casos previos donde sostuvo igual determinación: SSTS de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8703); 18 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7862), entre otras.

<sup>233</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 30 juin 2005, Resp. civ. et assur. 2005, com. no. 316.

definido para efectos de este trabajo como daño de amenidad o “*préjudice d’agrément*”.<sup>234</sup> Más reciente aún, ha reiterado su identidad en contraposición con la figura del daño excepcionalmente permanente en la decisión del 13 de enero de 2012, donde el TCF vuelve a definir de la siguiente manera: “*Le préjudice d’établissement consiste en la perte d’espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap.*”, Cass. 2e civ. 13 janvier 2012, n° 11-10224.

En España y México no se ha planteado la existencia de un daño moral por incapacidad para contraer nupcias, independiente de las otras categorías del daño moral que puedan estar relacionadas con el evento dañoso que impide el matrimonio.

Un tema que hemos atendido en las diferentes modalidades de daño discutidas en este trabajo, es la tendencia de cónyuges que se demandan entre sí alegando daños morales. Esta tendencia es relativamente moderna porque en los países de Europa continental con tradición romano-canónica imperaba la mentalidad patriarcal que posicionaba al marido como jefe de familia, estableciendo un tipo de inmunidad contra reclamaciones que no se relacionaran a la nulidad matrimonial u otras previstas en la codificación vigente en la época. En Italia, por ejemplo, la mentalidad antes de la reforma del Código Civil de 1942 era que la cabeza de la familia era el esposo y le correspondía decidir sobre todos los aspectos relacionados con la vida matrimonial y las relaciones filiales. Se le reconocía además, el poder de control sobre su mujer, incluyendo la capacidad de limitar toda actividad que a su juicio resultara incompatible con sus deberes familiares.<sup>235</sup> No fue hasta la consagración del principio de igualdad en la Constitución Italiana, en su art. 29 y la aprobación de la reforma del Derecho de familia en el año 1975, que se comenzó a reconocer la posibilidad de que ambos cónyuges reclamaran ante el foro judicial cualquier tipo de daño contra terceros o entre ellos.<sup>236</sup>

En Francia, con la adopción de la Ley de reforma del divorcio, Ley 75-617 de 1975 de 11 de julio, se reconoció el derecho del cónyuge a ser resarcido por las consecuencias dañosas, que le haya ocasionado el divorcio.<sup>237</sup> Nótese que el lenguaje del CCF habla en términos generales de los daños e intereses ocasionados por el divorcio, contemplando la posibilidad de reclamaciones por concepto de daño moral. En Portugal, el art. 1792 del Código Civil contempla expresamente la posibilidad de que un cónyuge reclame al otro, en el proceso de divorcio, indemnización por daños no patrimoniales.<sup>238</sup>

---

<sup>234</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 mai 2011, n° 10-17148. También lo había establecido en Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 2005, n° 03-19817.

<sup>235</sup> CATTANEO, G., “Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali”, *Diritto e Procedura Civile*, 2003, p. 2291-2299.

<sup>236</sup> La reforma en el Derecho de familia se realizó mediante la adopción de la Ley 151- 1975 de 19 de mayo.

<sup>237</sup> El Artículo 266 del Código Civil Francés dispone que “*Sans préjudice de l’application de l’article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu’il était défendeur à un divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu’à l’occasion de l’action en divorce*”.

<sup>238</sup> Artigo 1792º: (Reparação de danos não patrimoniais): 1. O cônjuge declarado único ou principal

Hay quienes plantean que la democratización de la institución familiar y los tres principios que actualmente rigen el Derecho de familia: desarrollo de la personalidad, autonomía del sujeto familiar y la igualdad entre cónyuges, son los que han abierto las puertas a la posibilidad de la aplicación del Derecho de daños en el Derecho de familia.<sup>239</sup> En España, se han ventilado casos en el más alto foro judicial donde se ha condenado a una de las partes a indemnizar al otro cónyuge por daños morales ocasionados por su comportamiento doloso, tras contraer matrimonio para satisfacer sus apetencias sexuales e incurrir en infidelidad, abandonando eventualmente el hogar.<sup>240</sup>

#### 3.3.4.4.6 El daño excepcional permanente

Es un daño específico y atípico relacionado a sucesos excepcionales que pueden, a su vez, estar relacionados a situaciones particulares o a la personalidad de la víctima. Es una clasificación general que se creó en la nomenclatura Dintilhac con el propósito de atender los daños que no están previstos en los otros supuestos y que no pueden obtener una reparación bajo otra categoría. La figura no tiene análogos en las otras legislaciones sujetas a estudio.

En determinación de la Segunda Sala Civil del TCF de 11 de septiembre de 2014, se determinó que no procede la compensación bajo el daño excepcional permanente si ya ha sido concedido bajo otro supuesto. En este caso se había resarcido el daño bajo la figura del déficit funcional permanente. Los hechos del caso se relacionan con una tentativa de asesinato contra una joven que recibió varias heridas punzantes con un arma blanca por parte de su amigo íntimo.<sup>241</sup> El tribunal inferior entendió que el sufrimiento experimentado por la víctima al ser agredida por una persona tan íntimamente relacionada a ella no estaba previsto en la indemnización concedida bajo el apartado de daño temporal por sufrimientos experimentados. El TCF estimó que se duplicó la indemnización y que no procedía la aplicación del daño excepcionalmente permanente porque ya el tribunal había concedido un remedio.

En la Sentencia emitida por la misma sala, el TCF determinó que la víctima de una mutilación, cuya secuela fue la ceguera del ojo izquierdo, fue compensada doblemente por el tribunal inferior en contravención con el art. 706-3 del código de procedimiento criminal.<sup>242</sup> El tribunal de instancia había concedido una indemnización por los daños extra patrimoniales y el informe del perito judicial hacía referencia al impacto psicológico de las secuelas sobre la vida afectiva y familiar de la víctima. No surgían elementos distintos a los

---

*culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.*” El art. 1781, inciso c, establece que puede constituir la causa de ruptura de vida en común la alteración de las facultades mentales de uno de los cónyuges cuando dure más de tres años y la gravedad comprometa la posibilidad de vida en común.

<sup>239</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, Daños en el Derecho de Familia, De Verda y Beamonte (coord.), Valencia: Aranzadi, 2006, p. 149-177.

<sup>240</sup> STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5901).

<sup>241</sup> Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 11 septembre 2014, n<sup>o</sup> 13-24.344, Inédit.

<sup>242</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 16 janvier 2014, n<sup>o</sup> 13-10.566.

compensados por el déficit funcional permanente y daño estético, que justificaran la concesión de esta indemnización especial. El TCF recalcó el carácter excepcional de este daño y lo expresó de la siguiente manera: *“Le poste des préjudices permanents exceptionnels indemnise des préjudices extrapatrimoniaux atypiques, directement liés au handicap permanent qui prend une résonance particulière pour certaines victimes en raison soit de leur personne, soit des circonstances et de la nature du fait dommageable, notamment de son caractère collectif pouvant exister lors de catastrophes naturelles ou industrielles ou d’attentats.”*

En España, las lesiones permanentes se estiman a base de la tabla –baremo- adoptado mediante la LRCSCVM en los casos donde resulta aplicable, como un factor de corrección o complementario. En los casos donde no aplica el baremo por no tratarse de accidentes con vehículos de motor, el TSE ha utilizado los baremos como referencia para valorar los daños.<sup>243</sup>

En México tampoco existe una modalidad de daño moral exclusiva para las lesiones de carácter permanente, sino que se toma en consideración al momento de valorar los daños.

### **3.3.4.5 Daños extra patrimoniales evolutivos**

#### **3.3.4.5.1 El daño específico por contaminación**

Comprende las patologías que son evolutivas, según definidas por el informe Dintilhac, que no poseen cura y por tanto no se resuelven a través del tiempo. La aplicación típica es tras la contaminación por un agente exógeno de origen biológico, químico o físico que produce la aparición de una patología que pone en riesgo el pronóstico de vida. Este es el caso de las personas contaminadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), en cualquiera de sus etapas. En el año 1991, se creó en Francia un fondo de indemnización para las personas contaminadas por el VIH tras recibir transfusiones sanguíneas o derivados de sangre. La creación fue mediante la adopción de la Ley Núm. 91-1406, de 31 de diciembre de 1991. En la misma se definió el daño de contaminación como: *“un préjudice personnel et non économique recouvrant l’ensemble de troubles dans les conditions d’existence entraînées par la séropositivité puis, s’il y a lieu, par la survenance de la maladie déclarée”*.<sup>244</sup> El tribunal ha establecido que las repercusiones morales sobre la víctima en las diferentes etapas seropositivas son distinguibles y por consiguiente [fáciles] de compensar.<sup>245</sup> Algunos elementos tomados en consideración en la fase inicial de la enfermedad son el déficit funcional, privación del placer, dolor físico, daño estético

---

<sup>243</sup> Véase STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514) que a su vez cita varias sentencias previas, incluyendo la del 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 674). Expresa el TSE que *“...el baremo, como criterio de cuantificación, tiene valor orientador en cuestiones ajenas a la circulación, lo que permite dotar de certidumbre y seguridad jurídica a las indemnizaciones.”*

<sup>244</sup> Ministère de l’emploi et de la solidarité, Secrétariat d’Etat à la santé et à l’action sociale, Rapport annuel sur le dispositif d’indemnisation des hémophiles et transfusés contaminés par le virus de l’immunodéficience humaine (V.I.H.), La Documentation française, 1999, p 6.

<sup>245</sup> VINEY, G., JOURDAIN, P., op. cit., p. 325.

significativo, sufrimientos morales y psicológicos, reducción de la expectativa de vida, incertidumbre sobre el futuro y la perturbación de la vida familiar. Posteriormente, en la etapa más avanzada de la enfermedad se evalúan los déficits funcionales, frustraciones, daño de la pérdida del placer, dolores físicos y daños estéticos que justifican por sí la reevaluación de la compensación ofrecida. La literatura sobre el tema proliferó en la década de los años 1990, con el desarrollo de los casos de SIDA, la etapa terminal de la mortal enfermedad.<sup>246</sup> La reparación de este daño contempla todos los efectos psicológicos y fisiológicos del perjudicado. El TCF ha indicado que los miedos y angustias de las víctimas son tomados en consideración en la valoración del daño.<sup>247</sup> En la valoración del daño, el TCF ha establecido que no está incluido el déficit funcional, ya sea temporero o permanente, por lo que debe ser valorado y compensado de manera separada.<sup>248</sup>

En la jurisdicción francesa, el TCF ha establecido otras enfermedades de carácter crónico y terminal como condiciones que ameritan indemnización por concepto de daños morales cuando ha ocurrido una contaminación. Ejemplo de ello son las personas contaminadas con el virus de Hepatitis C, tras una transfusión sanguínea.<sup>249</sup>

En España, el TSE tuvo ante su consideración un caso donde los padres y hermana de dos niños que contrajeron hepatitis C y VIH tras recibir transfusiones de sangre para tratamiento de hemofilia que padecían, reclamaron daños morales. La controversia versaba sobre el alcance de la compensación concedida por concepto de daño moral a los reclamantes. El TSE, por vía de excepción, no solo validó la cuantía, sino que la aumentó para contemplar los sufrimientos acaecidos al experimentar el deterioro en la salud de los dos niños, uno de los cuales había fallecido al momento de ventilarse el proceso judicial y el otro se encontraba grave en etapa terminal.<sup>328</sup>

La Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª), emitió Sentencia el 20 de marzo de 1998, donde condenó a dos instituciones sanitarias y a la Agencia de Seguros a indemnizar a los demandantes por la contaminación con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a su hijo de 16 años de edad, tras un tratamiento con fibrinógeno contaminado, teniendo como secuela la muerte eventual del joven. En el Tribunal Supremo esta tendencia se reiteró en los casos de SSTS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169), 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 933) y 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 2406). La Audiencia Provincial de Madrid, reconoció a una dama el sufrimiento de daños morales tras la angustia de pensar si su esposo le había contagiado el VIH, ya que éste sabía que era seropositivo antes de contraer matrimonio y sostuvo relaciones sexuales con ella sin protección y sin advertirle del particular. El tribunal

---

<sup>246</sup> BESSIÈRES-ROQUES, I., "Le préjudice spécifique de contamination: un nouveau préjudice?" *RFDC* 1993, p. 79; LAMBERT-FAIVRE, Y., "L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida, hier, aujourd'hui et demain", *RTD Civ.* 1993, p. 1.

<sup>247</sup> Cass. 1<sup>e</sup>, Civ., 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 01-00.575: Bull. civ. 2003, I, n° 95 (VHC); CA. Rennes, 5 mai 2004, n°02/01879 (VIH).

<sup>248</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-17241; 19 novembre 2009, n° 08-11622, 08-16172 y 08-15853; 25 février 2010, n° 08-20942.

<sup>249</sup> Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 9 juill. 1996, n° 94-12.868: Bull. civ. 1996, I, n° 306; Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 1 avr. 2003, n° 01-00.575: Bull. civ. 2003, I, n° 95.

concedió indemnización a la peticionaria, arguyendo que a pesar de que no se había confirmado la existencia de la enfermedad en ella, se encontraban presentes los elementos del daño moral por el sufrimiento psíquico, zozobra, angustia, ansiedad, sensación anímica de inquietud y otras características que han sido reiteradas en la jurisprudencia española.<sup>250</sup>

Entre otras condiciones de salud compensadas bajo esta modalidad de daño moral en España se encuentran, el virus de Hepatitis C, aunque la tendencia en la compensación ha sido menor que en los casos donde la infección es con el patógeno del VIH, esto por las secuelas sociales y clínicas de la enfermedad.<sup>251</sup> Algunos expertos entienden que también podrían incluirse los supuestos de cáncer, secundario a la inhalación de asbestos, tema que abordaremos más adelante, el padecimiento de la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob causada por las hormonas de crecimiento, o la variante humana de la enfermedad de las vacas locas, tras la ingestión de carne contaminada con el prión.

### 3.3.4.5.2 El caso particular de la contaminación por asbestos en Francia:

Según anticipamos, discutimos el caso particular de las personas contaminadas con asbestos, toda vez que los tribunales franceses han creado una categoría de daño moral específica para este tipo de supuesto. Lo han denominado daño por ansiedad y fue definido por el TCF como una situación de inquietud permanente ante el riesgo de padecer de una enfermedad, Cass. soc., 11 mai 2010, n°. 09-42241. En este caso, el TCF reconoció el derecho de los trabajadores expuestos al asbestos a ser indemnizados por sus patronos, basándose en la ansiedad constante que viven al ver compañeros de labores que han enfermado y muerto de una condición de salud terminal, denominando este tipo de estado como daño por ansiedad.<sup>252</sup> Por lo general, es invocado en los casos laborales de exposición a los asbestos y se han reportado casos en tribunales de primera instancia por reclamaciones de exposición en centrales nucleares. El parámetro para definir ansiedad es la codificación que hace la Organización Mundial de la Salud.<sup>253</sup> A pesar de que este caso específico ha sido atendido con una perspectiva de seguridad social laboral y se ha requerido por ley la adopción de un registro de compañías e individuos que estuvieron trabajando en condiciones donde había asbestos presente, la aplicación del daño no es automática y se han documentado

---

<sup>250</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAPM) de 10 de julio de 2007 (AC 2007, 1899).

<sup>251</sup> SSTS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1998, 1240); 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8055).

<sup>252</sup> Ya en el año 2002, el Tribunal de Apelaciones de Paris había reparado, por primera ocasión, el daño moral denominado perjuicio por ansiedad: CA. Paris, 14 fév. 2002, n° 2002/168616 et n° 2002/168613. Se hace notar que en las últimas determinaciones judiciales, también utilizan el término perjuicio de angustia para referirse al mismo tema. La creatividad de los tribunales de instancia y apelativos había promovido el uso del término "*préjudice d'angoisse*" a otro tipo de supuesto donde se reconocía a víctimas y terceros daños sujetos a resarcimientos cuando se encontraban en situaciones donde quedaban convencidos de que vivían los últimos instantes de su vida, como ocurrió en el caso de una balacera. Cabe señalar, que esta modalidad de daño moral no ha sido considerada por el TCF como un daño moral independiente.

<sup>253</sup> OMS- Organización Mundial de la Salud, ubica la ansiedad bajo las clasificaciones F40 (fobias) y F41 (otros trastornos de ansiedad). El TCF, Sala Social, hace referencia en sus Sentencias relacionados a casos de trabajadores expuestos a contaminación por asbestos, al trastorno de ansiedad generalizada (F41.1) y al trastorno de ansiedad no específica (F41.9). Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-20.136, Inédit.

casos donde se ha denegado el daño por ansiedad por falta de prueba suficiente o por haber sido reparados de alguna otra manera contemplada en la legislación laboral.<sup>254</sup>

La controversia sobre la procedencia del daño por ansiedad en lugar del perjuicio específico por contaminación es algo que fue ponderado por el TCF, presentando su argumentación en sentencia publicada en Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 20 juill. 1993, n°92-06.001: Bull. civ. 1993, II, n° 274. El tribunal inició su argumentación haciendo una distinción entre el daño causado por la contaminación del virus de inmunodeficiencia humana en contraposición con el estadio terminal de la condición, SIDA. En ambos casos, aunque haya diferencias en cuanto a los efectos de la enfermedad, se puede corroborar la existencia de la misma mediante pruebas diagnósticas. Por el contrario, la presencia de fibras de asbestos en los pulmones no se puede detectar en sus primeras etapas de desarrollo, cuando el ser humano aún está asintomático. Atribuye el tribunal la distinción en el hecho de que compensa una ansiedad fundada en los hechos de exposición al material contaminante, sin que necesariamente se haya corroborado su presencia, toda vez que el diagnóstico se realiza una vez se comienzan a experimentar síntomas en una etapa avanzada de la condición. Por esta razón, concluye el TCF que no se puede reparar la agonía de las personas expuestas al asbesto mediante el daño específico de contaminación el cual han reservado prácticamente para casos de contaminación con el VIH y Hepatitis y lo hace mediante la creación del perjuicio por ansiedad.

### 3.3.4.6 Daños a víctimas indirectas

La doctrina francesa denomina esta modalidad como “*préjudice par ricochet*”, que literalmente se traduce como daño por rebote. El mismo puede manifestarse en daños físicos y morales sobre personas que no son el objeto directo del daño, pero también sufren las consecuencias. A guisa de ejemplo, hijo producto de un acto incestuoso que al descubrir que su padre es también su abuelo sufre de un daño psicológico grave.<sup>255</sup> En ese caso la víctima del atentado sexual fue su madre, pero el menor una vez tiene uso de razón y toma conocimiento del particular sufre el daño. Este no es el típico caso de daño por rebote, ya que por lo general se manifiesta contemporáneo al evento y no a posteriori como el ejemplo que se presentó.

El TSF determinó que procede la indemnización, por concepto de daños morales por rebote, a dos hijos menores de un hombre que perdió el brazo izquierdo en un accidente.<sup>256</sup> La relación y las actividades que se desarrollan luego del daño no tendrán el mismo alcance, ya sea por el estado emocional en el que se encontraba el padre luego del accidente o por la limitación física que no le permitirá realizar ciertas actividades de ocio con sus hijos. En el Derecho francés la primera determinación judicial que reconoció el derecho de los hijos a ser compensados por el daño moral relacionado con la pérdida de un padre se remonta al 1923

---

<sup>254</sup> Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-21.109, Inédit.

<sup>255</sup> Cass. crim. 4 février 1998, Dalloz, 445 et seq., note D. Bourgault-Coudeville.

<sup>256</sup> Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 23 octobre 2003, 02-15.424, Inédit; en un caso similar, véase Cass., civ., 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, 00-18.794 y 00-20.065.

en el caso de *Lejars c. Consorts Templier*.<sup>257</sup> En Francia, esta modalidad de daño moral ha sido severamente criticada porque la aplicación jurisprudencial ha sido muy dadivosa, extendiendo la legitimación a familiares que no son parte del núcleo inmediato de la víctima y llegando a reconocer hasta diez (10) familiares con derecho a indemnización por este concepto en un solo caso.<sup>258</sup>

En el Derecho Español se reconoce en el Código Penal, artículo 113, la posibilidad de reparación del daño moral cuando tienen lugar como consecuencia de un delito. Así también el TSE se ha pronunciado en varias instancias donde se valida el principio de reparación del daño.<sup>259</sup> Uno de los casos donde se puede apreciar con mayor facilidad es el de las víctimas de atentados terroristas en lugares públicos. En aquellos casos donde los atentados no van dirigidos a la víctima en particular, los criminales no conocen las víctimas, pero sus acciones ocasionan lesiones, traumas físicos y psíquicos, daños permanentes o incluso la muerte por el mero hecho de estar presentes en el lugar de los hechos, convirtiéndose en una víctima indirecta del atentado. El 17 de julio de 2008, el TSE emitió Sentencia en la sala de lo penal, Sección 1ª, donde se cuestionaba que las cantidades concedidas por concepto de daños era excesiva, incluyendo la atribuida por concepto de daños morales. El tribunal explicó que era razonable porque en la misma se incluía: “*el quantum destinado a paliar el perjuicio moral de los familiares directos de la joven por la durísima situación permanente en que la misma se encuentra, la cantidad que a ella misma se atribuye como perjudicada y aquella otra cantidad que se destina al cuidado en un futuro...*”

#### 3.3.4.6.1 Daño por ausencia

Denominado en francés como “*préjudice d’accompagnement*” se configura, según la nomenclatura Dintilhac, cuando las personas cercanas a una víctima que ha fallecido experimentan desconcierto, horror, trastornos y otros sentimientos de desamparo luego de la muerte. En las modalidades donde el difunto sufrió una larga enfermedad también se consideran esas etapas terminales, aunque la denominación de daño por ausencia no se ajuste a dicha experiencia. Un elemento indispensable es establecer la cercanía afectiva o íntima que posee la persona con la víctima fallecida. La Corte de Casación en Francia estableció, mediante Sentencia de 2 de febrero de 1931 (D. 1931.1.38 y ponencia de Pilon; S. 1931.1.123), que en estos casos se requiere que al reclamante poseer “*un interés afectivo, nacido de un vínculo de parentesco carnal o por afinidad*”, extendiendo el término afinidad a los que sostenían una relación de noviazgo. El TCF ha sido consistente en el reconocimiento de este tipo de daño.<sup>260</sup>

---

<sup>257</sup> Cass. civ., 13 février 1923, *Dalloz périodique et critique* (D.C.), 1, 52, note H. Lalou.

<sup>258</sup> GALAND-CARVAL, S., *Non-pecuniary loss under french law*, in W. HORTON ROGERS, & H. KOZIOL (eds.), *Tort and Insurance Law*, Austria: Springer Wien New York, vol. 2, p. 93, citando un estudio realizado por la Comisión Bellet. En el mismo informe, se argumenta que en el 1979 hubo un aumento en el número de familiares compensados en casos de víctimas de accidentes fatales, quedando en una media de 5,3 para el año 1979.

<sup>259</sup> SSTs de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3953) y 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 5018).

<sup>260</sup> Véase, Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 18 juin 2014, n° 13-13.471, *Publié au bulletin*; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 novembre 2013,

El TSE ha concedido daños morales por la pérdida en el orden afectivo y educativo a una niña que perdió a su padre y hermano en un accidente, STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7682) y por la pérdida del esposo y padre, respectivamente en la STS de 30 de julio de 2008 (RJ 2008, 4640). Al igual que en otros casos reseñados, el TSE ha optado por describir el fundamento mediante el cual adjudica la indemnización por concepto de daño moral, sin crear una categoría especial para reparar la ausencia causada por la muerte de una persona cercana.

En México, el daño por ausencia tampoco reconoce como una causa de acción separada de las angustias mentales que haya podido experimentar la víctima que ha perdido a un ser querido. Incluso, se ha debatido la capacidad del reclamante para experimentar el daño.

#### **3.3.4.6.2 Daño por pérdida de afecto**

Esta pesadumbre moral nace del sufrimiento por la lesión o muerte de un ser querido, independientemente de las relaciones de derecho o de hecho. En Francia, se hace referencia al trauma que pueden experimentar los familiares de personas que fallecen, especialmente bajo circunstancias inesperadas y trágicas y se reconoce el derecho a indemnización de las víctimas por rebote en casos de fallecimiento de familiares.<sup>261</sup>

La adjudicación de daños bajo esta categoría opera de manera automática prácticamente. Se ha reconocido una presunción de daño a los familiares la cual puede ser rebatida.<sup>262</sup> En España y en Francia se han superado las controversias relacionadas con el estado civil o la orientación sexual de los demandantes. Se ha reconocido legitimación activa de las parejas sobrevivientes en instancias donde se mantenía una relación de hecho, independientemente se tratara de parejas heterosexuales u homosexuales, estableciéndose como discriminatorio el desestimar reclamaciones por el hecho de que el reclamante mantuviese una relación homosexual con la víctima.<sup>263</sup>

En México no se ha reconocido esta modalidad del daño moral como una independiente a las angustias mentales y en cualquier tipo de modalidad, no se reconoce legitimación activa a parejas homosexuales que reclaman daño moral. Los elementos para establecer este tipo de daño son difíciles de definir y por consiguiente ponderar por parte de los juzgados. Criterios, tales como la cohabitación con la víctima, modificación de las relaciones interpersonales causadas por el difunto, así como factores socioeconómicos del demandante han sido tomados en consideración en la valoración del daño lo que resulta ajeno a la intensidad del dolor experimentado por la persona que hace la reclamación.

---

nº 12-28.168, Publié au bulletin.

<sup>261</sup> Cass. 1<sup>e</sup>, civ., 28 octobre 2003, n<sup>os</sup> 00-18.794 y 00-20.065.

<sup>262</sup> La presunción puede ser rebatida. En el caso Cass. 1<sup>e</sup> civ., 7 octobre 1992, *Responsabilité Civile et Assurance (Resp. Civ. et Ass.)*, 434, se reclamaban daños para la esposa por el perjuicio sufrido por su esposo, que fueron eventualmente desestimados porque se rebatió la presunción demostrando que había intenciones de divorcio al momento que ocurrió el daño.

<sup>263</sup> Audiencia Provincial de Sevilla, (ARP 2004, 480) de 6 de septiembre.

En los casos donde la víctima sobrevive, también se puede configurar el daño al afecto por la dificultad que causa el ver al ser querido incapacitado e impedido de realizar actividades rutinarias de manera independiente. La extensión de este daño ha sido reconocida en Francia a tíos y tías del perjudicado, lo que ha sido criticado por la doctrina francesa por considerarla muy amplia.<sup>264</sup>

La jurisprudencia gala reconoció por primera ocasión este tipo de daño el 2 de febrero de 1931, mediante una determinación de la Corte de Casación. En ese caso, el tribunal determinó que la indemnización del daño al afecto estaba limitado a familiares cercanos.<sup>265</sup> Según ha evolucionado el concepto, los tribunales franceses han extendido la protección del daño al afecto a personas que no son parte del núcleo familiar tradicional, concediendo indemnizaciones por este concepto a hermanos, hijos ilegítimos, abuelos, nietos, novios, sobrinos, hijos de crianza, esposos en proceso de divorcio y concubinos que no estuviesen en adulterio.<sup>266</sup> En el caso de los nietos, los tribunales franceses han determinado que se toma en consideración la edad a la cual el infante puede experimentar este tipo de daño. Basado en esto, se registró una sentencia donde se reconoció a un niño de cuatro años que perdió a su hermano en un accidente automovilístico, el derecho a reparación del daño moral por la pérdida de afecto y se valoró la misma en 20,000 francos.<sup>267</sup>

La indemnización de este daño ha sido producto de grandes controversias en Francia, pero los tribunales han sido consistentes en la protección y reconocimiento de la figura.<sup>268</sup> En principio, las controversias giran en torno a la dificultad inherente al proceso de valoración del sufrimiento del perjudicado o lo que se requerirá para satisfacer o compensar su dolor. La aplicación de esta modalidad ha sido extendida por los tribunales a individuos que han perdido la compañía de un animal por la intervención de un tercero. Ejemplo de este tipo de reconocimiento se remonta al año 1962 cuando se emitió en Francia una sentencia por la muerte de un caballo de carreras. En la misma, se reconoció al dueño del caballo de carreras Lunus, el derecho a recibir una compensación por el daño moral sufrido tras la muerte del equino mientras se encontraba en un espacio provisto por un tercero.<sup>269</sup> En determinaciones posteriores, los tribunales de Francia y España han reconocido el sufrimiento de personas que han perdido sus mascotas en eventos intensos como lo son el ataque en manos de otro animal y la muerte de la mascota tras una agonía de cinco días como

---

<sup>264</sup> Cass. Civ. 16 de abril de 1996, D. 1996 IR 135.

<sup>265</sup> Cass. Req. 2 de febrero de 1931, DH 1931.113, JCP 1931.II.41, S. 1931.1.123, DP 1931.1.38, rapp. Pilon).

<sup>266</sup> Hermanos, ver Cass. Req. 16 de diciembre de 2010, 10-11.628, Inédit; Concubina, ver Cass. Chambre Mixte, 27 de febrero de 1970, 68-10.276, Publié au bulletin; Abuela, ver Cass., Chambre Civile 2, 28 de febrero de 2013, 11-25.446 11-25.927, Publié au bulletin; Sobrinos e hijos de crianza, ver Cass., Chambre criminelle, 27 de enero 2004, 03-87.778, Inédit.

<sup>267</sup> Bouges, 3 juin 1996, Semaine Juridique 1997, IV, 1486.

<sup>268</sup> VINEY, G., JOURDAIN, P., op. cit., p. 340-341.

<sup>269</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 16 janvier 1962, D. 1962, jur., p. 199. En otros casos similares, Cass. 1<sup>e</sup> civ., 27 janvier 1982, n<sup>o</sup> 80-15.947.

consecuencia de un accidente causado por un conductor irreverente.<sup>270</sup>

### 3.3.4.7 Daño moral por pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad es un tipo de reclamación que ha ido en aumento en las últimas décadas por la inconformidad de las víctimas y el fácil acceso al mecanismo judicial. El TSE reconoce que la tendencia jurisprudencial ha sido a compensar la pérdida de oportunidad como un daño moral a pesar de que hay instancias en las que se puede identificar un daño patrimonial o daño material.<sup>271</sup>

Ocasionalmente se advierte a clientes reclamando a profesionales -abogados y notarios- por la pérdida de la oportunidad de instar reclamaciones por no orientar adecuadamente sobre términos perentorios y de estricto cumplimiento, así como casos donde se expiden escrituras que adolecen de elementos constitutivos y son declaradas nulas ab initio y no pueden ejercitarse derechos posteriormente. En estos casos, se hace una distinción entre el daño moral, en su modalidad de pérdida de oportunidad del lucro cesante. En los casos donde se ha compensado bajo el daño moral, la justificación gira en torno a la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado en los casos donde se demanda a los abogados o procuradores.<sup>272</sup> Para clarificar las instancias donde se puede imputar como un daño moral la pérdida de oportunidad, el TSE estableció en STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) que *“Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones y, desde luego, en el caso enjuiciado, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza.”* Esta posición ha sido reiterada en Sentencias posteriores del mismo tribunal.<sup>273</sup> Aun cuando la pérdida de oportunidad se califica como un daño material patrimonial, se discute la dificultad que representa valorarlo ante la incertidumbre que cerca el evento, toda vez que se compensa lo que pudo ser y no fue, basado en la probabilidad de la ocurrencia de un evento que no se materializó por

<sup>270</sup> Tribunal de Rouen, 16 de septiembre de 1992, Gaz. Pal., 1993, p. 22; de igual manera la AP de Burgos (Sección 2a) emitió Sentencia núm. 573/2005 de 23 de diciembre donde reconoce daño moral al dueño de un perro que murió tras ser agredida fieramente por otro perro, (JUR 2006, 135610); la AP de Barcelona (Sección 17ª) emitió sentencia número 479, 2012) de 26 de septiembre, con igual reconocimiento, (JUR 2013, 15805). Véase el caso de 23 de diciembre de 2014 (AC 2014, 2359) donde se impone responsabilidad al veterinario por no supervisar adecuadamente una mascota que comió huesos y falleció.

<sup>271</sup> STS de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971). Véase además las SSTS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587).

<sup>272</sup> Cass. 1<sup>e</sup>, civ., 9 novembre 1999, n<sup>o</sup> 98-17.369.

<sup>273</sup> SSTS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792); 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919); 3 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 582); 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971); 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3690) y 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 52932).

la acción u omisión de otro.

En Francia, también se ha reconocido el daño por pérdida de oportunidad contra profesionales de la salud. En estos casos, puede que el daño sufrido por la víctima trascienda el daño moral y se compense también por la pérdida económica sufrida, Cass. 1<sup>o</sup> civ., 29 juin 1999, n<sup>o</sup> 97-14.254. También se ha compensado a pacientes que no han recibido toda la información por parte de los médicos, viciándose el consentimiento de los pacientes para someterse a procedimientos y por consiguiente la pérdida de oportunidad de emitir un juicio informado.<sup>274</sup>

En Italia, este tipo de perjuicio moral es rechazado porque no se pueden establecer los requisitos de certeza y realidad requeridos en dicho país para que el perjuicio se pueda reparar.<sup>275</sup>

### 3.3.4.8 Daño moral o lesión al honor

Existen estudiosos del derecho que consideran que en los casos donde se realiza un agravio al honor o la imagen personal, se podría considerar una reparación puramente moral, excluyendo la compensación monetaria como parte del remedio.<sup>276</sup> El Código Civil Español no contempla la posibilidad de resarcimiento como remedio para la reparación del daño moral. Como hemos mencionado ya, el CPE en su art. 113, sí contempla la posibilidad de resarcimiento a las víctimas, familiares y terceros como remedio al daño material o moral acaecido como consecuencia del delito.

El derecho al honor está garantizado, de manera expresa, en la Constitución Española (CE) en el Título I, Capítulo segundo, Sección 1<sup>a</sup>, artículo 18.<sup>277</sup> Posteriormente, el 5 de mayo de 1982, se adoptó en España la Ley Orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La legislación tiene el propósito de viabilizar la protección, en el ámbito civil, de los derechos inalienables esbozados en la Constitución de España. El derecho al honor es reconocido como parte de los derechos de la personalidad, inherentes a la dignidad de la persona. Se puede asociar con la reputación, fama, prestigio personal y dignidad. Está íntimamente vinculado a la propia imagen y la dignidad del ser humano. Esta integración permea a través del art. 10.1 de la CE. En el ámbito internacional, el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos

---

<sup>274</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 6 décembre 2007, n<sup>o</sup> 06-19.301. En estos casos también se hace referencia al artículo R. 4127-36 del Código de Salud Pública y al artículo 1382 del Código Civil. Véase además Cass. 1<sup>o</sup> civ., 3 juin 2010, n<sup>o</sup> 09-13.591. En esta reitera que la falta de informar al paciente información para la toma de decisiones ocasiona un perjuicio que el Juez no puede dejar de reparar.

<sup>275</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 131.

<sup>276</sup> SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166 y siguientes.

<sup>277</sup> CE, Art. 18, "1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen." En la CELAPR no aparece de manera expresa una referencia al honor, sino que el principio se encuentra enmarcado en los artículos 2 y 8 de la Sección 1, donde establece que "La dignidad del ser humano es inviolable..." y "Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra a su reputación y a su vida privada o familiar."

Humanos consagra este principio al prohibir los ataques contra la honra y la reputación y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se codificó un lenguaje similar en el Artículo 11.

Desde el punto de vista de lesión moral, el ataque a la honra de un individuo afecta su autoestima, la afección a otros y la referencia social que posee. La sociedad está basada en principios que promueven la igualdad del ser humano y repudian los ataques al honor. En la filosofía de Kant se promulgaba que “[L]os seres humanos constituyen fines en sí mismos y no pueden ser utilizados solamente como medios de otras personas.” Cualquier intento dirigido a utilizar a otro ser humano para adelantar intereses personales es vedado y se puede considerar como una lesión a su honor. A través de los siglos se ha buscado promover la obligación del hombre al respeto ajeno.

El marco de referencia para estimar el honor se ve directamente afectado por la idiosincrasia y la cultura, el conjunto de normas, valores e ideas que van cambiando a lo largo de la evolución del pueblo. Así lo reconoció el TCE en una Sentencia del año 1989 (RJ 1989, 185).

La intimidad personal y familiar es otro de los derechos consagrados de manera expresa en la CE. Los Tribunales españoles han sido enfáticos en la protección de este derecho de rango constitucional, denominando los atentados contra la intimidad personal como “*intromisión ilegítima*”. También se han registrado eventos donde la intromisión ilegítima se configura mediante la divulgación de información falsa e insidiosa que no ha sido corroborada y cuyo efecto en la víctima resulta detrimental.<sup>278</sup> El atentado al derecho a la intimidad personal y familiar está directamente relacionado a la dignidad del individuo y va dirigido a preservar un estándar mínimo de calidad en la vida humana.<sup>279</sup>

En México, igual que en España, se consagra en la constitución que “[T]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar.”

Se ha reconocido el daño al honor, bajo la rúbrica de daños a la reputación causada por una conducta ilícita. También se pueden encontrar sentencias donde se ha reconocido daño moral en otro tipo de violaciones constitucionales que se relacionan con el honor del individuo, en particular el arresto y la detención ilegal por parte de un funcionario público a un ciudadano sin existir causa para ello y persecución maliciosa, como consecuencia de acusaciones penales infundadas y por vía de excepción en casos civiles instadas con malicia. Para que se configure una acción civil por lesión a la honra, la reputación y la intimidad, se requiere que exista culpa y negligencia del actor. El elemento de malicia tiene que estar

---

<sup>278</sup> SSTs de 27 de enero de 1998, RJ (1998, 551); STS de 27 de febrero de 1991, RJ (1991, 2441); STS de 29 de abril de 1994, RJ (1994, 2979); STS de 30 de diciembre de 1996, RJ (1996, 9511). Las STSS más recientes sobre el tema están relacionadas con la intervención de medios noticiosos y su asertividad en la difusión de información. STS de 23 de febrero de 2015 (JUR 2015, 393), 25 de febrero de 2015 (JUR 2015, 73935) y 26 de febrero de 2015 (JUR 2015, 88226).

<sup>279</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de STC de 2 de diciembre de 1988 (1988, 231).

presente en el caso de las figuras públicas y en el caso de particulares, se requiere que se pruebe la existencia de culpa o negligencia.<sup>280</sup> Los daños que podrá recobrar la víctima de un caso de difamación estarán basados en un criterio objetivo de la pérdida de reputación y honra de la persona ante la sociedad.

A diferencia de las Constituciones de España y México, la Constitución de Francia no manifiesta de manera expresa la protección de los ciudadanos contra ataques a la honra, vida privada o propia imagen. Se hace una referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre, cuyo artículo 4 establece “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (...)*”. El CCF fue enmendado el 17 de julio de 1990 para introducir en su artículo 9 una disposición que atiende esta necesidad y que lee como sigue: “*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à la vie privée; ces mesures peuvent, s’il y a urgence, être ordonnées en référé.*” En el CPF se contempla como delito, en el artículo 226-1, el atentado a la vida privada que se puede configurar de dos maneras: mediante la grabación o emisión, sin consentimiento del autor, de expresiones privadas o la fijación, grabación, transmisión de una imagen de la persona sin su consentimiento. La ley no define el derecho a la privacidad, pero jurisprudencialmente se ha extendido a la vida sentimental, estado de salud, la imagen, la práctica religiosa y las relaciones personales y familiares. A parte de esta disposición legal, los franceses hacen referencia a la Convención europea de derechos del hombre y libertades fundamentales, la cual contempla en su artículo 8 la protección a la vida privada y a la intimidad. Por otro lado, el artículo 29 de la ley de 29 de julio de 1881 establece lo siguiente: “*toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation.*” El TCF reconoce el atentado al honor, a la vida privada personal y familiar como fuentes de responsabilidad sujetas a resarcimiento por daño

En adición a los principios aplicables a la protección del honor y el derecho a la intimidad, el Derecho francés ha introducido una modalidad de daño al honor específica a los casos donde existe infidelidad conyugal. La Corte de Amiéns emitió una Sentencia con fecha de 5 de mayo de 1949 (Gaz. Pal., 1949. 2. 159) donde reconoció un daño moral a un cónyuge engañado. Como resultado, condenó a la persona que causó la ruptura matrimonial y que mantuvo una relación adúltera con el otro, la obligación de compensar al cónyuge engañado por el daño al honor infligido con su conducta. Aunque no se trata de un caso de adulterio, el TSE también reconoció el derecho al honor de la esposa cuya imagen quedó lesionada tras anularse el matrimonio por petición de su esposo, quien instó la solicitud de anulación matrimonial por el miedo que tenía a su madre.

### **3.3.4.9 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción**

El equiparar el evento de nacimiento con un daño constituiría una antítesis a los

---

<sup>280</sup> Chico Ramos v. Editorial Ponce, Inc., supra; Maldonado v. Marrero, 121 D.P.R. 705 (1988); Torres Silva v. El Mundo, Inc., 106 D.P.R. 415, 420 (1977); González Martínez v. López, 118 D.P.R. 190 (1987).

principios naturales y de derechos humanos que imperan en nuestra sociedad. Los tribunales en las diferentes jurisdicciones estudiadas han reconocido ciertas excepciones, previo se debe distinguir diferentes contextos ante los cuales podríamos enfrentarnos.

El primero, el nacimiento de un infante no planificado, ni potencialmente esperado, porque los padres se habían sometido a un procedimiento médico de esterilización o estaban bajo tratamiento con contraceptivos para evitar el embarazo. Esta situación es denominada por los norteamericanos como *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*. La acción culposa del facultativo médico en este caso consiste en un aspecto técnico al haber fallado el procedimiento quirúrgico dirigido a esterilizar a uno de los padres. Los padres pueden reclamar daños morales por la falta en el ejercicio de la profesión del médico y si la criatura tiene condiciones médicas o discapacidades, también podrían incluirlas como otra causa de acción separada. En otro escenario, es el caso de padres que al no querer concebir, solicitan asistencia médica para interrumpir un embarazo y de igual manera, el facultativo médico incurre en una falta en el ejercicio de la profesión y no logra interrumpir el mismo. De igual manera, nacerá una criatura no planificada ni deseada por sus padres, generando en algunas jurisdicciones una causa de acción por nacimiento ilícito o *wrongful birth*, como lo denominan los norteamericanos. Cuando la criatura nace con condiciones clínicas o congénitas que le incapacitan para llevar una vida dentro de los parámetros de la normalidad, suelen instar una reclamación por dicho particular. Diferente es el caso donde existiendo un riesgo previsible en el embarazo deseado de concebir una criatura con problemas clínicos o discapacidades, el médico no advierte del particular y no permite que los padres realicen un ejercicio de voluntad sobre su derecho a tener o no su hijo(a). A pesar de que en estos casos la falta del médico estriba en no informar y en el consentimiento viciado de proseguir un embarazo con riesgos no deseados, el efecto neto en materia de daño moral es el mismo, una reclamación al facultativo médico por las condiciones en las que nace la criatura.

En Francia, se ventiló un renombrado caso donde se reconoció el derecho de un menor incapacitado a demandar por las condiciones de salud con las que vino al mundo porque oportunamente el personal sanitario no dio la opción a sus padres de interrumpir el embarazo.<sup>281</sup> En este caso, la madre expresó al médico que si había posibilidad de que su hijo naciera con impedimentos, prefería interrumpir el embarazo, ya que había sufrido rubeola en una etapa determinante del embarazo y era una consecuencia previsible. La prueba inicial resultó negativa, pero posteriormente hubo pruebas positivas a rubeola y la prueba confirmatoria no dejó lugar a dudas, a pesar de ello el médico aseguró que no habría problemas. El tribunal estableció que no solo los padres son acreedores de un derecho a indemnización por los daños morales experimentados, sino el menor impedido tiene una causa de acción independiente. Este caso resultó polémico, toda vez que sus detractores manifestaban indignación al ver cómo se compensaba el hecho de nacer y lo calificaban como un daño. Las críticas llegaron al punto de impulsar una ley anti-Perruche que adoptó el artículo L. 114-5 del código social y que dispone que no es posible ser indemnizado por “el perjuicio de haber nacido”, aunque distingue el derecho de las personas discapacitadas a obtener una indemnización suficiente para atender sus cuidados. Algunos entienden que esta

---

<sup>281</sup> El caso es conocido como el Caso Perruche, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 mars 1996, 94-11.791, 94- 14.158.

última parte del artículo es letra muerta. Tres años después, se reconoce, como resultado de un caso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el derecho de los discapacitados a ser compensados. El artículo 2 de la Ley francesa Núm. 102/2005, del 11 de febrero, relacionada con los discapacitados y la igualdad de oportunidad, reconoce que tienen derecho a ser indemnizados por las consecuencias de su discapacidad, independientemente de cuales sean, toda vez que va dirigida a mejorar las condiciones de vida del ser humano. A diferencia de la Sentencia en el caso de Perruche, la ley no concede una reparación integral del daño moral relacionado con el hecho de nacer, sino un remedio para la búsqueda de una mejor calidad de vida del ser humano con discapacidad.

En España, la posición de los tribunales ha sido diametralmente opuesta al establecer que el facultativo médico responde por una mala práctica de su profesión cuando no realiza la interrupción del embarazo, según encomendado por la paciente. STS de 15 de febrero de 2013 (AC 2013, 2036). A pesar de que hay expresiones previas del Tribunal en la STS de 16 de junio de 1994 (AC 1994, 994) a los efectos de establecer que el nacimiento de un niño no produce un daño a sus padres, se plantea las consecuencias económicas y de toda índole en la vida doméstica y laboral, procediendo a considerar como daños el cambio en la vida que produce la llegada de un hijo no deseado. También se reconoció el daño moral en el caso de un hombre que habiéndose sometido a un procedimiento de vasectomía, produce un embarazo y posteriormente deciden abortar la criatura. STS 3 de abril de 2000 (AC 2000, 1596).

### **3.3.5 Reparación jurídica del daño moral**

Unos de los temas culminantes en lo concerniente al daño moral es su valoración y la forma de repararlo. Las áreas de conflicto en la valoración de los daños no patrimoniales o morales giran en torno a los siguientes aspectos: (1) si los daños son susceptibles de reparación; (2) en caso afirmativo, si la reparación es una verdadera reparación o es más bien una satisfacción al ofendido sin que sea equivalente; (3) si la satisfacción al ofendido debe determinarse atendiendo criterios de expiación y pena para el agente, además de procurar aquella satisfacción; (4) cuál es el fundamento de la reparación de los daños morales; (5) si es posible atender los criterios de indemnización, satisfacción y pena o expiación al mismo tiempo que se efectúa la reparación de los daños morales.<sup>282</sup>

Mucho se ha debatido sobre la manera en que se deben reparar los daños morales en el derecho civil. Un sector de la doctrina argumenta que no se debe resarcir el daño moral bajo ninguna circunstancia. Su argumento principal es que al ser estar delineado en un marco abstracto, subjetivo e intangible es imposible su valoración económica con objetividad, provocando en muchos casos inequidad de la justicia. Santos Briz, propone que esta debe ser la norma en los casos donde se materialicen daños puramente morales con efectos económicos por lesiones al honor, la reparación debe ser la reivindicación del sujeto. En la medida que desaparece la mala fama creada por el delito, el efecto económico adverso irá

---

<sup>282</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 155-156.

desapareciendo.<sup>283</sup> A partir de ese ejemplo, propone que, en muchos casos, la reparación moral simple será suficiente desde la perspectiva del agraviado, pero esa posibilidad no está contemplada en la legislación española actualmente. Esta teoría cobra mayor sentido cuando se considera la relación inversa que existe entre la capacidad económica del agraviado y la eficacia del resarcimiento económico para generar satisfacción, aludida anteriormente. Es decir, mientras más bienes y dinero posea el agraviado, menos efectivo será el remedio económico, toda vez que ya cuenta con los recursos monetarios para procurarse una satisfacción e incluso podría tomar como un insulto la pretensión de compensar el daño moral sufrido. En estos casos, resultaría pertinente conocer la expectativa de la víctima en el proceso judicial y el remedio solicitado para conocer cuál es su concepción de vindicación.

Existen legislaciones donde el resarcimiento por daños morales, no patrimoniales, solo se puede configurar cuando está previsto en una ley. Así, por ejemplo, el sistema alemán y el italiano, no contemplan la posibilidad de una compensación monetaria en los casos donde se prueba la existencia de un daño no patrimonial.<sup>284</sup> Incluso, hay fuertes tendencias doctrinales en esas jurisdicciones que sostienen que el dolor no puede valorarse en dinero y que es suficiente para el lesionado el resarcimiento moral que la sentencia condenatoria que emita el Tribunal Penal.<sup>285</sup> Otra vertiente doctrinal sugiere una visión más pragmática y funcional del problema. La postura es que se debe compensar por el daño moral acaecido, con el fin de brindar los medios para que la persona pueda procurar medios que le permitan compensar o paliar el daño que sufre como consecuencia del agravio infligido. El TCF ha adoptado una visión objetiva de la pérdida y el daño sufrido. A esos efectos ha expresado que la indemnización de un daño no se valora en función de la percepción de la víctima sobre el daño, sino de una evaluación objetiva realizada por el tribunal.<sup>286</sup>

La posición de la doctrina en los países estudiados ha variado. Inicialmente, era incompatible la posibilidad de hablar de daño moral y reparación, basado en una conceptualización conservadora; por ejemplo, encontramos que Josserand, haciendo eco de la corriente doctrinal de su época, argumentaba que no se debía compensar con dinero el interés moral porque ello implicaría la fijación arbitraria del *pretium doloris*, eliminando el carácter compensatorio de la acción.<sup>287</sup> Según ha ido evolucionando la discusión del tema de los daños morales, ha cambiado la postura sobre este particular. Actualmente, la doctrina y los tribunales han reconocido el principio de que todo daño y perjuicio debe ser reparado *in natura* o se debe proporcionar un resarcimiento en casos donde esa alternativa no sea viable.<sup>288</sup> Basados en este principio y al hecho de que los artículos de los respectivos códigos civiles relacionados a los daños son tan generales que admiten la reparación del daño moral, en España, Francia y México argumentan, sin espacio a la duda, que los daños morales tienen que ser reparados. Equiparan el derecho a la reparación del daño patrimonial con el extra

---

<sup>283</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166.

<sup>284</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 150.

<sup>285</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 151.

<sup>286</sup> Cass. crim., 3 avril 1978, *Juris Classeur périodique (J.C.P.)*, II, 19168, note S. Brousseau.

<sup>287</sup> JOSSERAND, L., *Cours de Droit Civil Positif français*, Paris: Sirey, 1930, II, p. 215.

<sup>288</sup> BACACHE-GIBEILI, M., *Les obligations: la responsabilité civile extracontractuelle*, Larroumet, Christian (dir.), 2<sup>a</sup> ed., Paris: Economica, 2012, p. 453.

patrimonial. Es decir, este será el estándar a menos que una legislación especial lo prohíba. Posición opuesta a la italiana y la alemana antes mencionada.

La casuística española y francesa no adoptaron la corriente doctrinal en contra del resarcimiento económico del daño moral, sino que acogieron la postura de que debe ser compensada en metálico. La mayor parte de la doctrina, parece coincidir en que si bien es cierto que no es posible restituir el daño moral in natura o *restitutio in integrum*, lo propio sería conceder una compensación económica que sirva de paliativo al agraviado que buscara la manera de procurarse satisfacciones que de alguna manera compensen el dolor que experimenta. El TSE asumió dicha posición en la STS de 7 de febrero de 1962 cuando expresó que “...el dinero no puede aquí cumplir una 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 gastos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral.” El TCF y la doctrina francesa han reiterado que la función de compensar las víctimas de daños morales es un reconocimiento social de lo que denominan la eminente dignidad del ser humano o “*l'éminente dignité de la personne humaine*.”<sup>289</sup>

El remedio más utilizado es la compensación monetaria, pero nada se ha estudiado sobre el efecto que tiene la compensación en las víctimas y si logran disipar, con la compra de satisfacciones, el sufrimiento causado por el perjuicio experimentado por el daño moral. No es posible curar una enfermedad terminal en los casos de daño por contaminación, sustituir un miembro del cuerpo perdido sin disminuir la funcionabilidad del individuo, traer a la vida a un familiar o mascota perdida, en fin, atender todas las instancias de daño moral mediante una compensación económica. No se podrá alcanzar en estos supuesto un verdadero *restitutio in integrum*. Pintos decía que “*una transferencia bancaria es un anestésico imperfecto*” para referirse a la eficacia del dinero en la reparación del daño moral.<sup>290</sup> A pesar de la falta de equivalencia, el dinero resulta ser el símbolo utilizado por el sistema judicial para darle objetividad a la vindicación de la víctima en la sociedad y resultaría de mucha pertinencia evaluar la efectividad del remedio concedido para fines de ponderar alternativas que confieran mayor uniformidad, relevancia y confiabilidad a los procesos de valoración.

La jurisprudencia italiana, la cual tiene las peculiaridades antes discutidas, considera los siguientes elementos al ponderar el *pretium doloris*: (1) la gravedad de la ofensa; (2) el grado de sensibilidad del ofendido; (3) las relaciones de parentesco, edad y sexo del perjudicado; (4) la situación económica del obligado a indemnizado y del perjudicado; (5) proporcionalidad entre la cuantía del resarcimiento del daño no patrimonial y la entidad del daño económico patrimonial sufrido por el damnificado.

El primer paso en el proceso de reparación del daño moral es determinar la naturaleza

---

<sup>289</sup> GALAND-CARVAL, S., op. cit., p. 92-93

<sup>290</sup> PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y derecho de daños, Instituto Universitario de Derecho y Economía*, Madrid: Civitas, 2000, p. 91.

del resarcimiento, es decir si tendrá carácter punitivo o compensatorio. La posición del Tribunal Supremo Español no ha sido consistente en este sentido. Tan temprano como el 13 denoviembre de 1916, el TSE distinguió entre una pena y una indemnización como remedio viable ante un daño moral. En esa ocasión, clarificó que con la imposición de una pena, el Estado pretende que se repare el derecho social que ha sido perturbado, mientras que la indemnización es el ejercicio de la acción civil, privada, que tiene un carácter compensatorio. Posteriormente, en la Sentencia de 27 de enero de 1957, clasificó la compensación monetaria por daños morales como dual, es decir que se reconocieron elementos punitivos e indemnizatorios en la misma. Con esta clasificación se reconoció la posibilidad de coexistencia de ambos tipos de reparación. A pesar de ello, la doctrina y el TSE ha mantenido su posición de que la compensación económica adjudicada en los casos de daños morales tiene un fin resarcitorio y no punitivo. Las determinaciones judiciales no siempre están claras y como observamos en los casos de daños sexuales, la postura parece inclinarse a la búsqueda de una reivindicación social y un castigo al actor del daño y no a la reparación del daño moral y físico experimentado por la víctima.

### 3.3.5.1 Formas de reparación

Como se ha precisado con antelación, hay una vertiente doctrinal que apoya la posición de la incapacidad económica como mecanismo resarcitorio para los daños morales, en particular los daños morales puros.<sup>291</sup> Los argumentos presentados son que: (1) es imposible asignar un valor a conceptos puramente abstractos, que no guardan relación alguna con el dinero. Ejemplo de ello serían las preocupaciones, disgustos, dolores físicos, entre otros. En la medida que son heterogéneos, no se puede ponderar su valor de manera uniforme; (2) aceptado el supuesto anterior, se promovería la radicación de demandas injustas en el ámbito civil y fomentaría provocaciones por parte de la víctima al conocer la posibilidad de un resarcimiento por el daño recibido, en el ámbito penal; (3) indemnizar daños morales puros provocaría un escenario lleno de galimatías ya que toda violación de derechos conlleva un impacto moral subjetivo, que no siempre alcanza niveles que requieran la reparación del daño o conllevan el nacimiento de una causa de acción; (4) se crearía una confusión que naturalmente emana de los conceptos de pena e indemnización del daño moral. Esto, podría llevar a los tribunales a utilizar conceptos penales, tales como la gravedad del hecho y la intensidad de la culpa, para ponderar la magnitud del daño y su compensación; (5) al no existir un principio esbozado en una legislación que permita la reparación de los daños morales, los tribunales usurparían los quehaceres de la rama legislativa si adoptan posiciones mediante la jurisprudencia.<sup>292</sup> Tan temprano como la STS de 6 de diciembre de 1912 se comenzaron los ataques en esta dirección y el Tribunal se defendió inmediatamente precisando que estaba interpretando el concepto de daño en todas sus manifestaciones y no creando una figura

---

<sup>291</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 156-157; DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., La Habana: Temis, 1945, vol. II, p. 54 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY: "La responsabilidad por daño moral", op. cit., p. 81-116; BATTLE VÁZQUEZ: "La evaluación del daño en las personas", en *Centenario de la Ley del Notariado*, 1962, vol. II, p. 469 y ss.; GARCÍA SERRANO: "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *ADC*, 1972, p. 799 y ss. BACACHE-GIBEILI, M., op. cit., p. 454.

<sup>292</sup> SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 157.

En la doctrina francesa, se hizo también una fuerte crítica a la inacción legislativa al no establecer parámetros objetivos que delimiten la valoración de los daños morales, dejando en manos de los jueces la difícil obligación de valorar los daños morales, llegando a calificar a estos últimos de ‘*Ministros de Equidad*’.<sup>294</sup> Los tribunales han suplido el vacío que existe en la ley sobre la existencia, alcance y manejo del daño Moral. Es una de las áreas grises que promueven el uso de la equidad como remedio legal, cerrando la brecha procesal que existe entre el sistema de derecho común y el derecho civil sobre esta materia.

Hernández-Gil plantea que las obligaciones no tienen que tener su base en el ámbito patrimonial y que en los supuestos donde se encuentra fuera de la misma es posible su valoración.<sup>295</sup> Dando por sentada la posibilidad de una valoración de los daños morales, el autor atribuye un rango de principio general de Derecho con vigencia universal.

La valoración de los daños puramente morales no puede realizarse de la misma manera que se valoran los daños patrimoniales. En primer término, porque en los daños patrimoniales se busca un *restituto in integrum*, que en los daños morales puros es imposible lograr, razón por la cual se busca una compensación monetaria en su sustitución. Sobre la compensación monetaria en satisfacción por el daño moral sufrido, existen tres vertientes: (1) la indemnización consiste en la suma de dinero que es necesaria para proporcionar una compensación al lesionado por los disgustos sufridos y la pérdida de la satisfacción de vivir, devolviendo en la forma posible el optimismo a su existencia. No obstante, esta teoría ha sido criticada porque existe la posibilidad de que el agraviado se gestione un estilo de vida superior al que tenía a través de la compensación, situación que no está contemplada dentro de los parámetros de razonabilidad en estos casos. Por otro lado, podríamos tener el caso de la víctima que ha quedado en estado vegetativo o con un impedimento sustancial para experimentar las actividades del diario vivir y las actividades de ocio de las que derivaba placer. Incluso, la limitación es mayor al no poder comunicarse con el mundo exterior que les rodea y su estado de salud resulta irreversible. En estos casos, aun cuando se le adjudique una suma importante de dinero no se borraría el daño que le impide disfrutar de la vida como lo hacía antes del evento dañoso; (2) otra teoría supone que la reparación del daño es puramente indemnizatorio y no posee carácter penal alguno. Sin embargo, esta postura

---

<sup>293</sup> El Tribunal expresó: “...al someter el daño moral a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería necesario que se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo; cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de la equidad se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos ya preexistentes, que definen el daño en sus diferentes manifestaciones, para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por la acción civil o penal, una indemnización económica, que si nunca es bastante como reparación absoluta de ofensas tan graves, al fin es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven perjudicada, y que llevan consigo, natural y lógicamente, otros daños, esto es, los materiales y sociales...”, STS de 6 de diciembre de 1912, J. Civ., tomo 125, 1912-3, núm. 95.

<sup>294</sup> MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civile*, op. cit., p. 73.

<sup>295</sup> HERNÁNDEZ-GIL, A., “El problema de la patrimonialidad de la prestación”, *Rev. Der. Priv.*, 1960, p. 272-278.

también posee sus debilidades, especialmente cuando se entra en el área de la valoración del daño sufrido, tarea que resultará imposible de realizar si no se tiene en cuenta el patrimonio del agente y el grado de culpa del mismo; (3) por último, existe una posición que propone la compensación de la aflicción y la ofensa sufrida. Bajo esta teoría no solo se compensa en el *pecunia doloris* o el menoscabo sufrido, sino que se introduce un concepto de compensación por daño punitivo, es decir se compensa la actuación del dañador y se reprocha su proceder. Para materializar la compensación bajo este supuesto es necesario conocer la situación económica del causante del daño.

Según Castán, se deben reparar los daños morales mediante compensación. No obstante, reconoce que la evaluación de la magnitud de un daño moral, producto de un daño material, es más laxa que cuando se trata de un daño moral puro.<sup>296</sup> Igual tratamiento surge en la evaluación del nexo causal entre el daño y el causante del mismo. Los tribunales poseen amplio arbitrio para la ponderación del daño y su valoración. Para viabilizar el resarcimiento económico del daño moral se hace referencia a los artículos 1902 del CCE, 1106 y 1107, en los cuales no se excluye de modo absoluto su reparación.

Una posición menos favorecida, pero latente en las jurisdicciones estudiadas es que se debe eliminar la posibilidad de resarcir la víctima por el daño sufrido y en su lugar se debe imponer una pena privada como sanción a su comportamiento.<sup>297</sup>

La discreción judicial en la valoración de la indemnización es tal, que en la Sentencia de 6 de octubre de 1912 se dice que la misma no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en el litigio, sino en el reconocimiento prudente prestado en la reclamación y la discusión. Los tribunales han sido consistentes y celosos protectores de la discreción judicial dentro del proceso de adjudicación y valoración de los daños morales en todos los países estudiados.

La valoración de los daños morales constituye un reto que ha sido atendido de manera diferente en las jurisdicciones estudiadas. El denominador común en todas ellas es que han reconocido la difícil tarea de adjudicar valor a derechos de naturaleza extra patrimonial, porque la vivencia y el elemento humano hacen diferente la experiencia del daño sufrido para cada individuo y su habilidad para proyectar la magnitud del perjuicio. Por otro lado, las determinaciones de los peritos y adjudicadores sobre los daños morales está directamente afectada por percepciones y ponderaciones, que, en lugar de abonar a una estructuración del proceso, provoca contornos amorfos que causan mayor confusión.

### 3.3.5.2 Estimación de los daños morales

La valoración de los daños morales tiene tanta importancia como la determinación judicial sobre la existencia o no del acto ilícito y de las consecuencias ocurridas. La subestimación de la valoración económica del daño, así como la imposición de una suma

---

<sup>296</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral. Derecho de Obligaciones. las particulares relaciones obligatorias*, op. cit., p. 192 y ss.

<sup>297</sup> RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris: L.G.D.J., 1949, p. 183.

exorbitante tiene implicaciones fácticas en el proceso de resarcimiento. Si se asigna una suma menor a la debida, tendría el efecto práctico de aminorar la responsabilidad civil, mientras que la adjudicación excesiva podría considerarse como una acción punitiva contra el actor del daño.

Culminada la controversia relacionada con la procedencia de la traducción monetaria de los daños morales, los ordenamientos europeos han recurrido a la adopción de –tablas de comparación- baremos con el ánimo de uniformar el proceso de adjudicar valor a un daño no económico. Los baremos –tablas- son publicaciones, revisadas anualmente, que proporcionan una guía sobre los montos indemnizatorios que aplican a casos específicos de daños morales. Una crítica que se hace al sistema es que en muchas instancias los organismos públicos adoptan y difunden los baremos con el auspicio de compañías de seguros. Otras limitaciones apuntadas son: el uso de gradaciones del daño que no corresponden a la nomenclatura médica; los baremos contienen marcos de referencia de las modalidades de daños morales más comunes que han sido ventilados ante los tribunales y la numeración no es exhaustiva; y que existen brechas que se ven afectadas no solo por las vivencias de la víctima, sino por las del juzgador también, resultando en compensaciones heterogéneas en casos similares. Parte de la doctrina critica el instrumento por no ser perfecto, comenzando por su fin compensatorio y no buscar el resarcimiento integral de la víctima. Hoya Coromina, los denomina como un mal necesario. Concluye que no son buenos, pero ayudan a determinar y fijar la cuantía que compensará el daño moral infligido, lo que constituye un “mal menor”.<sup>298</sup>

A pesar de las imperfecciones y limitaciones señaladas a los baremos adoptados en los países de corte civil, representan una guía que siempre estará sujeta a la discreción judicial. Corresponde al juzgador, como hemos apuntado antes, ponderar el caso ante su consideración y luego de concluir que los elementos constitutivos de la reclamación por daños y perjuicios se configura, adjudicar la cuantía que estima justa para compensar el daño infligido a la víctima. Aunque existen críticas relacionadas con la falta de parámetros objetivos para la adjudicación de cuantías compensatorias en los casos ajenos a la LRCSCVM, el TSE ha reiterado la importancia de conservar la discreción judicial en el proceso adjudicativo y resarcitorio. En la STS de 26 de marzo de 1997, RJ (280, 1997) el tribunal expresó que “[L]a cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consisten en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto.” Los foros apelativos han otorgado gran deferencia a las determinaciones judiciales en foros inferiores en los procesos de adjudicación de cuantías indemnizatorias.

Con excepción a la escala para la compensación de accidentes de tránsito adoptado en España en el año 1995, los baremos no son vinculantes para el juzgador y se postula que el

---

<sup>298</sup> HOYA COROMINA, J., “La valoración del daño corporal”, en J. A. Moreno Martínez, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Madrid: Dikynson, 2000. p. 263.

imponer su aplicación sería contrario a derecho porque atentaría contra el principio cardinal de la evaluación *in concreto*. Este principio, conlleva la consideración de los elementos constitutivos de la vida de la víctima antes del accidente, ejercicio que se debe realizar en el proceso de valorización de los perjuicios acaecidos como consecuencia del daño. Sobre este particular, el Tribunal Supremo de España, dispuso en la STS de 26 de marzo (RJ 2257, 1997), que “[La] cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente y, por lo mismo, escapa al control de casación... [La] existencia de numerosos baremos que adoptan la forma Orden, Decreto e incluso de Ley y que tienen la pretensión de servir de elemento normativo en los más variados campos de la responsabilidad civil y laboral, y concretamente en el sector de los daños producidos en accidente de tráfico, obliga a examinar el alcance que puede darse a tales baremos a la hora de formar el criterio judicial valorativo de los daños a indemnizar.” Aluden, en la Sentencia, a la doctrina jurisprudencial que establece que “...la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales.”

La doctrina jurisprudencial francesa sigue la misma línea de pensamiento que la española y permea en las determinaciones del Tribunal de Casación. En Francia reiteradamente se ha planteado que los jueces poseen un poder soberano para evaluar el monto del daño, utilizando el método que a su juicio resulta idóneo.<sup>299</sup>

A partir del año 1995, España adoptó un baremo para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y el mismo contempla los daños corporales, incluyendo los morales, que pueden experimentar las víctimas.<sup>300</sup> A partir de esta enmienda, la ley resulta vinculante en los casos de accidentes de circulación.

En Francia, se realizó un esfuerzo por parte del sistema judicial, con participación multisectorial, donde se analizó el problema y se adoptó una terminología o nomenclatura de los daños corporales que están basados en la distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales, realizando una distinción basada en la temporalidad del daño, es decir, si son de carácter temporero o permanente.<sup>301</sup> El esfuerzo realizado por los franceses surgió como parte de un programa de acción adoptado por el Consejo de Ministros el 29 de septiembre de 2004 con el fin de promover el derecho de las víctimas de daños corporales a una justa

---

<sup>299</sup> Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 6 octobre 1976: Bulletin civil II, n<sup>o</sup> 273. El texto de la determinación judicial es: “ (*le juge*) use de son pouvoir souverain pour évaluer, d’après la méthode de calcul lui ayant paru la mieux appropriée, le montant du préjudice “

<sup>300</sup> La Ley 30/1995 adoptó el sistema de valoración de daños aplicable a los accidentes de circulación y cada año se actualizan y publican a través del Boletín Oficial del Estado (BOE). Mediante la Resolución de 5 de marzo de 2014, se publicaron las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación. La ley fue enmendada y ahora se denomina Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM). Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. BOE, Núm. 64, 15 de marzo de 2014, págs. 23432-23437.

<sup>301</sup> *Rapport du groupe de travail chargé d’élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, DINTILHAC, J.P. (dir.), Francia: Ministerio de Justicia. Marzo 2006.

indemnización. Los franceses adoptaron baremos de capitalización que utilizan diferentes marcos de referencia, dependiendo del caso. Los principales son los siguientes: baremo adoptado mediante decreto del 8 de agosto de 1986 y publicado como anejo de la Ley del 5 de julio de 1985; baremo fiscal establecido por la Dirección General de Impuestos en el año 1993; baremo de capitalización para la indemnización de víctimas por aseguradoras; baremo del Artículo A 331-10 del Código de Seguros; y el baremo de la revista *Gazette du Palais* (GdP) publicado inicialmente el 7 y 9 de noviembre de 2004. A pesar de que el 4 y 5 de mayo de 2011 GdP publicó unas tablas de capitalización, hay resistencia al uso del mismo y hay quienes argumentan que se deben seguir utilizando los anteriores. Los nuevos baremos utilizan como referencia las tablas de expectativa de vida publicadas cada dos años por el Instituto Nacional de Estadística y los Estudios Económicos (INSEE, por sus siglas en francés). Los baremos están basados en el porcentaje de discapacidad que sufra la víctima, la edad, el sexo y la profesión.

En Bélgica, se adoptó en el año 1998 una tabla que sirve de guía en la valoración del daño sufrido por una víctima. La misma es denominada “*Tableau Indicatif*” y ha sido actualizada en más de seis ocasiones por la Federación Nacional de Magistrados en las Cortes de Primera Instancia y la Real Federación de Justicia de Paz y las Cortes Policiales. Las críticas no han faltado, llegando a cuestionar la selección del panel de profesionales, ya que en versiones recientes solo participaron jueces con menos experiencia que los creadores originales. Se plantea además que la adopción del documento debe ser con el fin de proveer una referencia y existe resistencia a que el mismo se convierta en vinculante en esa jurisdicción, ya que atenta contra la discreción judicial y el contenido ha sido cuestionado.

En México no existen índices que provean referencia en el proceso de valorar los daños corporales y daños morales, descansando la determinación en el pleno ejercicio de discreción que realiza el juzgador de los hechos. También incidirá, como en todas la demás jurisdicciones, la calidad de la prueba pericial desfilada y las pericias del letrado que presente el caso ante el tribunal.

### 3.3.5.3 Teoría general del daño en el Derecho común norteamericano

En este tema presento un adelanto de la descripción del sistema de Derecho común norteamericano con relación al manejo de los ilícitos análogos a los que hemos visto en este Capítulo. En los Estados Unidos de América (EUA), se clasifican los daños en tres categorías: económicos, no económicos y punitivos. Las primeras dos categorías de daños constituyen lo que se conoce como *daños compensatorios*, cuyo propósito es revertir al demandante al lugar o condición en la que se encontraba previo a la ocurrencia del daño o, de esto no ser posible, compensar por la pérdida y corregir los males o daños causados por el demandado.

Los *daños económicos* se refieren a los gastos incurridos por el demandante como resultado de la ocurrencia del daño. Estas pérdidas incluyen ingresos pasados y futuros, gastos médicos pasados y futuros, salarios perdidos, servicios en el hogar, etc. En teoría, estas pérdidas deben ser de fácil cuantificación puesto que tienen equivalentes directos en el mercado. Los cálculos deben tomar en consideración los pronósticos sobre necesidades de cuidado médico, disponibilidad de oportunidades de trabajo y expectativa de vida.<sup>302</sup> El

---

<sup>302</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards”, 6

paralelo en el Derecho civil son el lucro cesante y el daño emergente.

Los *daños no económicos*, por su parte, son concedidos para compensar el daño corporal del demandante, incluyendo dolor y desfiguramiento; angustias mentales incluyendo temor, ansiedad y depresión; y pérdida del disfrute de la vida incluyendo limitaciones a opciones de estilos de vida. La clasificación más significativa cuantitativamente dentro de la categoría de daños no económicos es la que conocemos como “dolor y sufrimiento”. A diferencia de los daños económicos, los daños no económicos no tienen equivalentes en el mercado, por lo que no pueden ser cuantificados mediante el intercambio de valores.<sup>303</sup>

Una de las principales características del sistema de Derecho común norteamericano es que concede el derecho al demandante a solicitar que el juicio sea celebrado frente a un jurado compuesto por ciudadanos imparciales, residentes del distrito y Estado en el que haya ocurrido el daño. El derecho a juicio por jurado se reconoce en la Carta de Derechos consagrada en la Séptima Enmienda de la Constitución Federal de EUA.<sup>304</sup> Para el año 2007, el treinta y un por ciento (31%) de los casos civiles se ventilaron ante jurado, es decir, cerca de 46,200 casos por Estado y 2,100 casos adicionales en los foros federales en cada jurisdicción.<sup>305</sup> A diferencia de otras disposiciones consagradas en la Carta de Derechos, que han sido extendidas a los Estados al amparo de la Decimocuarta Enmienda, el Derecho a juicio por jurado en casos civiles no ha sido extendido. No obstante, un gran número de Estados de la nación han adoptado el derecho a juicio por jurado en casos civiles y la relación de jurados en casos criminales en contraposición a casos civiles es de tres a dos (3:2). La excepción es en el Estado de New York y de Connecticut cuya proporción se invierte y se celebran casos civiles con jurado cinco veces más de criminales.<sup>306</sup>

Si el juez o los miembros del jurado determinan en un caso civil que el demandado es responsable, éste es tiene que compensar al demandante por su pérdida.<sup>307</sup> La compensación, al igual que en los países de corte civil, se hace mediante el resarcimiento monetario a base del valor de la pérdida experimentada.

---

*Public Policy and Law*, 2000, p. 745; —, “Determining Damages: The Psychology of Jury Awards”, *American Psychological Association*, 2003, p. 12; SHAPO, M.S., *Principles of Tort Law*, 2<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: Thomson West 2003, p. 407.

<sup>303</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance”, op. cit., p. 745; —, *Determining Damages*, op. cit., p. 13; SHAPO, M.S., op. cit., p., 407.

<sup>304</sup> El texto de la Constitution es el siguiente: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*” shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.”

<sup>305</sup> MIZE, G.E., HANNAFORD-AGOR, P., WALTERS, N.L., “State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts”, *National Center for State Courts*, 2007, p. 7.

<sup>306</sup> *Civil Jury Trials in State and Federal Courts, Civil Action*, National Center for State Courts, vol. 6, no. 1, Summer 2007, p. 1.

<sup>307</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance”, op. cit., p. 744.

El Derecho común norteamericano conserva, en algunas instancias, el carácter punitivo de la norma que regula la obligación de restituir el daño causado por culpa o negligencia. Esto se debe a que en su proceso evolutivo, el Derecho anglosajón derivó del Derecho romano y por consiguiente de la Ley Aquilia, sin el impacto de la doctrina iusnaturalista tuvo en las codificaciones civiles. Conforme a Kemelmajer, los tribunales norteamericanos admiten la aplicación de los daños punitivos con mayor extensión que los de corte inglés y los mismos se pueden agrupar en tres grandes categorías, a saber<sup>308</sup>:

Cuando el presunto autor de la acción ilícita estime que el resarcimiento que debe al perjudicado es inferior a las ganancias obtenidas por él. 1) Cuando el riesgo de que la conducta dañosa sea sancionada por vía judicial es baja dado a que no es común el reconocimiento de responsabilidad en ese tipo de conducta, el daño particular es modesto en relación al costo total del proceso, o, porque el presunto autor del ilícito no está intimidado con el resultado final del proceso resarcitorio. 2) Cuando el sujeto causante del daño actúa con el fin de causar daño, independientemente del resultado o las consecuencias de sus acciones.

Los daños punitivos tuvieron su origen en los tribunales ingleses durante el siglo XVII y siguieron su evolución, siendo adoptados por los Estados Unidos de América, con pocas excepciones.<sup>309</sup> La compensación concedida por este concepto no es una indemnización por los daños sufridos, sino una multa privada. El propósito es disuadir y castigar al culpable de una conducta ilícita. Fueron diseñados para castigar al demandado por su conducta reprochable, ofensiva, excesiva o indignante. Es una conducta que se distancia diametralmente de la esperada del “*hombre prudente y razonable*” o el “*buen padre de familia*”. Dobbs, los define como las sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, como castigo o disuasivo impuesto contra un demandado encontrado culpable.<sup>310</sup> Prosser y Keeton siguen la misma línea al establecer que es una compensación por encima de la reparación de los daños, con el propósito de castigar al demandado, de darle una lección para que no vuelva a ocurrir y enviar un mensaje a otros para disuadirlos de ese tipo de conducta.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, n° 31, 1993.

<sup>309</sup> En Inglaterra, los primeros casos registrados donde se concedieron daños punitivos fueron los de *Wilkes v. Wood*, 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763) y *Hucke v. Money*, 2 Wils KB 205, 95 Eng. Rep. 768 (1763).

<sup>310</sup> DOBBS, D.B., *Law of remedies*, 2ª ed., 1993, St. Paul, MN: West Publishing Co., p. 312.

<sup>311</sup> PROSSER, W.L., KEETON, W.P., *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, MN: West Publishing Co., 1984, p. 9.

## **PARTE III**

### **SITUACIÓN ACTUAL**

#### **CAPÍTULO IV**

### **NOCIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL, FRANCÉS Y MEXICANO.**

#### **4.1 Reflexiones preliminares**

En los países de Europa continental, en especial los que se han tomado como base para el desarrollo de este trabajo, el tema de los daños morales se ha abordado de manera diferente. España se caracteriza por tener una visión aplicada del daño moral; al decir esto me refiero a que existe una conciencia sobre la existencia y la importancia del daño moral en el sistema de responsabilidad civil y se han dirigido a establecer mecanismos para garantizar su protección. A pesar de que el articulado del CCE permanece inalterado y no hace referencia expresa al daño moral, vemos como se han adoptado legislaciones sobre otros temas, como la seguridad en el tránsito y la protección en entornos laborales y sociales donde se ha introducido el concepto de la responsabilidad por daño moral. La jurisprudencia, al igual que en Francia, ha tenido un rol determinante en el desarrollo de la figura, interpretando la disposición legal general de responsabilidad y aplicándolos a todos los casos que tiene ante su consideración. El sector doctrinal ha producido innumerables estudios sobre el tema, destacándose el manejo del resarcimiento por ser un área sensible y de difícil manejo.

Francia, se caracteriza por dirigir sus esfuerzos a sistematizar la responsabilidad civil extracontractual asumiendo una posición liberal en la tipificación de los daños morales. A pesar que no se ha modificado la legislación del CCF, vemos como igual que en España, se han adoptado legislaciones que reconocen la figura legal en áreas específicas y se han abierto las puertas para su discusión en diferentes foros judiciales. Incluso, el sistema judicial ha promovido el raciocinio de la figura mediante la discusión del tema en grupos interdisciplinarios para lograr concretar los conceptos y proveer guías que sirvan de referencia a los magistrados que de manera cotidiana se enfrentan a las controversias relacionadas a los daños morales.

Italia y Alemania, aunque no son objeto de estudio profundo en nuestro estudio, muestran una posición más restrictiva a la concesión de los daños morales y solo los conceden cuando una ley así los reconoce.

México, ha utilizado como referencia el progreso jurisprudencial relacionado al daño moral en España, Francia y Estados Unidos, aunque con esta última legislación no exista perfecta equivalencia en los términos. También ha recurrido a dicha legislación para establecer paralelos entre las figuras del daño moral y el derecho común, como lo hizo al comparar los daños morales por pérdida de amenidad con los daños hedónicos del *common law* norteamericano. Aunque esto refleja un problema de conocimiento y enfoque de la figura, los sistemas no son infalibles y muestran en ciertas instancias sus debilidades. Se ha reconocido, al igual que las jurisdicciones de Europa continental, la gran discreción que tiene el juez para conceder un remedio en equidad, basado en su sentido de justicia, experiencia y realidad.

A nivel legislativo, no han surgido esfuerzos en España, Francia y México por regular la figura y proveerle los matices que permitan el desarrollo de su personalidad dentro de la responsabilidad civil extracontractual, con clara independencia de su contraparte, el daño patrimonial. En contraposición, los países que utilizamos comoreferencia, Alemania, Italia, Bélgica y Portugal, han incluido un lenguaje expreso en sus artículos relacionados a la responsabilidad civil extracontractual donde utilizan el término daño moral o uno similar.

En el Capítulo precedente presentamos el marco conceptual del daño moral y las diferentes categorías que han sido creadas mediante la intervención de los tribunales. En este Capítulo presentamos la evolución del daño moral haciendo referencia a los procesos mentales que surgieron de manera incidental para el desarrollo de la figura en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

#### **4.2 Evolución del Derecho positivo**

La evolución de la figura del daño moral en el Derecho civil es similar en los diferentes países estudiados, aunque la rapidez del proceso evolutivo es distinguible entre ellos. Se identifican tres fases dentro del proceso evolutivo del daño moral en estas jurisdicciones:

**Primera Fase:** daño moral no compensable. Mazeaud atribuye la negativa de reconocer la posibilidad de resarcimiento del daño moral a una mala interpretación de los textos del Derecho romano.<sup>312</sup> En España se advierte en las primeras determinaciones judiciales sobre el tema una negativa patente a la posibilidad de aceptar el daño moral. En la Sentencia del TSE de 10 de julio de 1928 la posición fue que “*en tanto no se concreten en la realidad otras relaciones...que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral, que es inaplicable, per se, en el orden económico.*” En la medida que no se concebía la valoración del daño espiritual, no se otorgaba un remedio económico a la lesión sufrida. En Francia, se pueden observar varias determinaciones judiciales donde se negaba la compensación resarcitoria en este primer período. Se cita como ejemplo, la determinación del Consejo de Estado, pleno, 29 de octubre de 1954, *Bondurand*: D. 1954, J. 767, conclusiones de Fougères y nota de Laubardère; Gaz. Pal., 1954, quienes determinaron que “*el dolor moral, por no ser apreciable en dinero, no constituye un daño susceptible de dar lugar a reparación*”. Este primer periodo se caracterizó por influencias filosóficas restrictivas en lo

---

<sup>312</sup> MAZEAUD, H., *Lecciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 68.

concerniente a la reparación de perjuicios causados. El TSE desestimó una reclamación de daños morales en la STS de 11 de marzo de 1899 porque “*los disgustos no son indemnizables*”. Aún en esta etapa permeaba la máxima romana contenida en el Digesto 7, 9,3: “*cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recepit aestimationem*”. En la doctrina francesa, también hubo fuertes críticas a las intenciones de reclamar compensación monetaria por daños morales, llegando a calificar tal pretensión de indecente.<sup>313</sup> **Segunda Fase:** El daño moral solo se compensaba cuando repercutía en el patrimonio de la víctima. Es un periodo de transición donde el TSE reconoció la figura del daño moral, pero no la indemnizaba a menos que se pudiese justificar la reparación de un interés pecuniario afectado real o potencialmente. En síntesis, a menos que no hubiese un daño tangible en el peculio del agraviado, no se procedía con la reparación del daño moral. Igual periodo evolutivo tuvieron Francia y México. **Tercera Fase:** Admisión de la indemnización de daños morales puros, independientemente de si tienen o no impacto en el patrimonio. En esta etapa, comienzan a surgir los problemas conceptuales y prácticos relacionados con la prueba y valoración de los daños morales. A principios de esta fase, se observa que el Tribunal aún descansa en los daños físicos para resarcir el agravio, mostrándose tímido en la argumentación, apreciación de los otros componentes del daño moral. Posteriormente, reconoce el impacto puramente moral y espiritual del “dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a una víctima” y reconoce la legitimación de los parientes de la víctima a ser indemnizados por los perjuicios experimentados.<sup>314</sup> Se clarifica que ante la concurrencia de daño moral físico y puro, solo se compensa por los hechos acaecidos y no se duplica la indemnización.

Una revisión de la evolución legislativa, jurisprudencial y doctrinal de los países objeto de la tesis nos permitirá visualizar los avances en la conceptualización del término y cuán claro está en cada una de las jurisdicciones el concepto del daño moral.

## 4.3 ESPAÑA

### 4.3.1 Base legal

Hemos argumentado a lo largo de nuestro trabajo, que los países con tradición civil en Europa continental han sido pasivos en la evaluación y adopción de legislación sobre el daño moral. Los esfuerzos legislativos han sido dirigidos a áreas específicas del Derecho y fueron adoptadas en época moderna, como lo veremos más adelante. Se hace referencia a la legislación antigua en el Derecho español como origen de la figura del daño moral, aunque el ánimo de buscar la identidad en los orígenes del Derecho no tiene límites y se atribuyen a legislaciones antiguas intenciones que no fueron contempladas en su época, dinámica similar a la que encontramos con el análisis del origen del concepto en Derecho romano. El origen de la legislación aludida recogía el legítimo interés de proteger los intereses extra patrimoniales

---

<sup>313</sup> JOSSERAND, L., *La personne humaine dans le commerce juridique*: D.H. 1932, chron. 1, de G. RIPERT, *Le prix de la douleur*: Dalloz, 1948, chron. 1, et P. ESMEIN, *La commercialisation de la douleur morales*: Dalloz, 1954, p. 113.

<sup>314</sup> SSTs de 17 de febrero de 1956 y 28 de febrero de 1964, respectivamente.

y proveer remedios a los agravios experimentados en esa esfera, pero lo hacía de manera indirecta; es decir, la razón por la cual se adopta la legislación de la época antigua no era para equiparar el remedio civil patrimonial al extra patrimonial, concediendo una reparación pecuniaria, sino imponer una multa privada o una pena; la conceptualización misma del daño moral aún no había nacido, pero los asuntos atendidos mediante la legislación antigua protegían intereses que en la época moderna se consideran propios de los intereses extra patrimoniales. Con el magnífico ejercicio de retrospectiva, se identifican trazados homogéneos entre la legislación de las Partidas y los daños morales que hoy conocemos.

En el Derecho Español, se reseña la fuente del daño moral en la tipificación realizada a través de la Partida Núm. VII, Ley XXI del Título IX, durante el reinado de Alfonso X, entre los años 1252 y 1284. La misma establecía que *«cualquiera que reciba tuerto o desonra, que pueda demandar enmienda della en una de estas dos maneras, qual mas quisiere. La primera que paga el que lo desonre enmienda de pecho de dineros. La otra es una manera de acusación, pidiendo que el que lo hizo el tuerto, que sea escarmentado por ello... De un yerro no debe ome recibir dos penas»*.<sup>315</sup> Hay autores, como García López, que sostienen que ya desde las Partidas se reconocía por escrito la posibilidad del daño moral cuando se define el concepto de daño en la Partida VII, Ley XV, Título I, como *“empeoramiento o menoscabo, o destuyamiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro”*.<sup>316</sup> La contención del autor es que se debe entender el *«daño en sí mismo»* como sinónimo de daño moral; para abonar a la teoría de la existencia de una conceptualización rudimentaria, o al menos de la base para justificar el posterior nacimiento jurisprudencial del daño moral, se reconoce en la Partida VII, Título XV el tratamiento que se daría a los daños, causados por hombres y animales a terceros, independientemente de su naturaleza. Al utilizar un lenguaje tan amplio al referirse al daño se entiende que no solo aplica a los daños patrimoniales, sino también a los daños extra patrimoniales o morales.

El sistema legal adoptado en las Partidas fue preservado en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro Duodécimo, Título XXV.<sup>317</sup> También se reseñaba en éstas, el uso del lenguaje “pechar”, “pagar” y “resarcir” como parte de la nomenclatura utilizada en la época para corregir o reparar el daño causado a otro. El análisis del alcance del lenguaje

---

<sup>315</sup> El texto íntegro de la legislación establece que un hombre no debe ser expuesto a recibir dos penas por la misma causa de acción, razón por la cual concluimos que la intención legislativa no era resarcitoria, sino penal. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, una de las concepciones del término *tuerto* es *«Agravio que se hace a alguien»*, mientras que la *Deshonra* está relacionada con la falta de respeto que se realiza al juzgar de indecente y ajeno a la forma de ser o vivir de una persona. Al examinar el término *Honra* encontramos que se refiere a *«Estima y respeto de la dignidad propia.»*, *«Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito.»*, *«Demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito.»*, o *«Pudor, honestidad y recato de las mujeres.»* GARCÍA LÓPEZ, R., Rubio Torrano, E., Responsabilidad Civil por daño moral, Barcelona, Bosch, 1990, p. 34.

<sup>316</sup> GARCÍA LÓPEZ, R., Rubio Torrano, E., Responsabilidad Civil por daño moral, Barcelona, Bosch, 1990, p. 34.

<sup>317</sup> Novísima Recopilación de las Leyes de España, Tomo V. Libros X. XI. y XII., [en línea]. [Consulta: 13 de noviembre de 2013]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde//ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf>. El Título XXV es sobre injurias, denuestos y palabras obscenas. También se señalan los Títulos XXI y XVI como fuentes de responsabilidad con lenguaje reparador.

de las Partidas y la Novísima Recopilación se realizó retrospectivamente, toda vez que la interpretación de la época estaba más relacionada con la visión romana. Es decir, que no admitían valoración al cuerpo o la integridad física del hombre libre y solo se contemplaba una sanción pública como medio de indemnización al daño sufrido. De Castro, hace mención al hecho de que en época antigua los daños eran castigados mediante ofensas físicas y morales infligidas a las personas y era usual recurrir a la tortura como remedio.<sup>318</sup> No obstante, vemos cómo dicha concepción se va transformando con el paso del tiempo y con la adopción de la Constitución *Criminalis Carolina*, en sus artículos XX y XXI, el Emperador Carlos V reconoció que si un ciudadano era torturado de manera injusta, tendría derecho a ser resarcido. La aludida Constitución contemplaba la tortura como un remedio excepcional que solo se justificaba en casos necesarios.<sup>319</sup>

A pesar de que el alcance del término *daño moral* en esta antigua legislación no posee el mismo alcance que en la actualidad, se reseña por escrito, por primera ocasión, la posibilidad de que el sujeto que recibe un agravio o una deshonra pueda instar una demanda. Mediante este recurso legal, se le ofrecía a la víctima la posibilidad de ser indemnizado económicamente o que el juzgador impusiera un castigo, multa o pena por el daño causado.<sup>320</sup> Se codificó en una sola legislación la posibilidad de escoger un remedio en el ámbito penal, con la salvedad de que sólo se podía imponer uno de los dos y no ambos, en la medida que el causante del daño no debía ser expuesto a recibir dos penas.

El Derecho de daños o responsabilidad civil española a finales del siglo XIX se circunscribía a una acción de una de tres fuentes posibles: la acción penal, que permitía la reclamación por responsabilidad civil siempre y cuando el acto dañoso estuviese tipificado como delito o falta, amparo de los Artículos 123 y 124 del Código Penal de España (CPE) de 1870; la responsabilidad que emanaba del incumplimiento de una obligación contractual, conforme a los artículos 1101 y siguientes del CCE; o la responsabilidad que surgía al amparo de los artículos de responsabilidad general, 1902 y siguientes del CCE. Para esa época, sin embargo, aún no se admitía la posibilidad de compensar daños morales al amparo de los artículos de responsabilidad extracontractual, sino que eran susceptibles de resarcimiento los daños patrimoniales solamente. Tampoco se reconocía el derecho de transmisión de la causa de acción a los familiares, en casos donde la víctima fallecía.<sup>321</sup> Todavía la influencia romanística imperaba y se consideraba un *actio personalis moritur cum persona*.

La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 consagró el derecho a la integridad física y moral al mismo rango que el derecho a la vida. El Artículo 15 de la CE

---

<sup>318</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil* 12, 1959, p. 1240.

<sup>319</sup> WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, traducción de Fadda y Bensa, Turín, 1930, p. 764. Hace referencia que a los jueces que ordenaban tortura a un sospechoso sin tener elementos suficientes se le obligaba a resarcirle por concepto de gastos y daños.

<sup>320</sup> En el texto de las XII Partidas se utiliza el vocablo *Escarmiento* que conforme a la Real Academia Española puede significar «Castigo, multa o pena.», también se puede entender del «Desengaño, aviso y cautela, adquiridos con la advertencia o experiencia del daño, error o perjuicio que alguien ha reconocido en sus acciones o en las ajenas.»

<sup>321</sup> STS de 14 de noviembre de 1894.

establece que “*Todos tienen derecho a la vida y la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra.*” (Énfasis suplido). La interrogante es sobre el alcance del concepto de integridad moral que se esboza en la Constitución.

Los padres de la Constitución Española defendieron la posición de garantizar a todos los ciudadanos la “*integridad moral*”, añadiéndolo al texto original que ya preveía la integridad física. Luego de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, países europeos cambiaron sus respectivas constituciones para garantizar la integridad física y moral de sus ciudadanos.<sup>322</sup> Los constituyentes españoles quisieron ampliar los derechos personales, que hasta ese momento se limitaban al ámbito físico. El término “integridad física y moral” fue interpretado por algunos como “incolumidad”, como lo hace la Constitución Alemana al utilizar el término “*Unversehrtheit*”.<sup>323</sup> El alcance del término nos refiere a un ciudadano sano, sin lesión ni menoscabo físico o moral. Según nos presenta Rodríguez Murillo, la CE posee una pluralidad de derechos dentro de esa frase, a saber, el derecho a la integridad física, derecho a la salud física y mental, derecho al bienestar corporal y psíquico y el derecho a la apariencia personal.

El Tribunal Constitucional Español expresó que el artículo 15 de la CE “*garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular.*” STC de 28 de junio de 1990 (RJ 1990, 120). En este caso, el TCE tuvo ante sí una controversia noble relacionada a la aplicación del derecho a la integridad física y moral en su dimensión de exclusión de toda intervención exterior no consentida en el cuerpo o espíritu de una persona en contraposición con el derecho a la vida garantizado en el mismo artículo. Por un lado, se encontraban reclusos en huelga de hambre que arriesgaban su propia vida a morir por inanición. Del otro lado, el Estado quería preservar su vida mediante la alimentación asistida para evitar su muerte. El Tribunal hizo un balance de intereses y determinó que la alimentación forzosa era un medio imprescindible para evitar la pérdida de la vida que sólo se puede realizar cuando exista un riesgo real e inminente de perder la vida. De esta manera garantizaba a los reclusos su derecho a la voluntad propia y a la integridad física y moral.

No se ha actualizado en la legislación civil española el concepto de daño moral para atemperarlo a los avances doctrinales y jurisprudenciales. No obstante, se pretende atender el particular, paradójicamente, con la introducción del Código Penal del año 1944. En el mismo, se regulaba la responsabilidad civil que procede de los delitos o faltas y prohibir toda conducta que cause un daño moral por la infracción de delitos contra el honor, calumnia,

---

<sup>322</sup> La Constitución italiana de 1947 lo recogió en sus artículos 13.4º, 27.3º y 4º; la alemana del 1949 en los artículos 2.2º, 102 y 104.1. Posteriormente y más cercana a la española, la Constitución griega de 1975 lo preservó en sus artículos 7.2º y 3º y la portuguesa de 1976 en sus artículos 25 y 26.

<sup>323</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española*, [consulta: 1 de abril de 2013], Disponible en: VLEX: <http://vlex.com/vid/articulo-15-derecho-vida-331377>.

injurias y difamación.<sup>324</sup> El artículo 104 del Código Penal, ahora numerado como artículo 113, contempla la indemnización de los daños morales, no solo al agraviado, sino a familiares y terceros que por razón del delito se hubiesen visto afectados, lo que la doctrina actualmente ha denominado como daño por rebote.<sup>325</sup> El antiguo Código Penal no hacía distinción en el tipo de daño moral o su gradación al establecer su norma.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el art. 9.3 extiende la indemnización por la intromisión ilegítima en estos derechos al daño moral. Su texto es el siguiente: “[L]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”<sup>326</sup>

La STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 4349) ponderó los hechos del caso y los catalogó de intromisión ilegítima, extendiendo el alcance de la indemnización para compensar los perjuicios morales acaecidos.<sup>327</sup>

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El art. 128, de la ley contempla la protección a los daños causados por productos y servicios defectuosos. No se refleja que se protejan los intereses morales del individuo, sino que quedan excluidos del ámbito de protección. El art. 9 de la directiva establece que los perjuicios que surjan como consecuencia del bien o servicio defectuoso serán indemnizados de acuerdo a la legislación civil general.<sup>328</sup>

La legislación adoptada para la valoración de daños corporales sufridos en accidentes de circulación, Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre la Ordenación y Supervisión de Seguros Privados dispone el mecanismo para compensar daños morales derivados del accidente. No obstante, se puede apreciar que se menciona la partida indemnizatoria en el art. 1.2 del Anexo de la Disposición Adicional 8ª, pero se hace como parte de una reparación básica en el proceso de adjudicación en los casos de lesiones corporales permanentes. Un examen de las Tablas I y III que incluyen indemnizaciones por concepto de fallecimiento y

---

<sup>324</sup> Originalmente se encontraba en el artículo 104 del antiguo Código Penal y posteriormente en el artículo 113. Véase además las SSTS de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3953) y 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 5018).

<sup>325</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 164.

<sup>326</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, BOE Núm. 115, de 14 de mayo de 1982, p. 2548.

<sup>327</sup> VICENTE DOMINGO, E., *El daño*, en Tratado de Responsabilidad Civil de REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.), 4ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 341-347.

<sup>328</sup> BERCOVITZ, R., “La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux dans le Droit Espagnol: l’adaptation à la directive 85/374/CE”, *Revue Européenne de droit privé*, 1994, vol. 2, núm. 2, p. 233 y ss.

lesiones permanentes, son suficientes para ver que el daño moral está incluido en la compensación y no figura como un elemento independiente, susceptible de indemnización por sí mismo. Lo que refleja la legislación es una visión vetusta de la reparación del daño. Al igual que en época antigua, solo se compensará, como norma general, el daño moral en presencia de una consecuencia física y no de manera independiente. Sólo en los casos donde se pueda ponderar el daño moral como un factor de corrección en la indemnización básica, será permitida su consideración en ausencia de un efecto físico.

En materia de propiedad intelectual, los daños morales se pueden compensar, conforme al artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, Ley 22/2011, de 11 de noviembre, según enmendada. En la mencionada ley se reconoce a la víctima o perjudicado el derecho a elegir entre reclamar el beneficio presumiblemente obtenido, en aquellos casos donde no se haya materializado la explotación ilícita, o el resultado que en efecto se produjo de la explotación. No se requiere demostrar perjuicio económico para que proceda la compensación del daño moral. Solo se requiere que la víctima demuestre que se vulneraron sus facultades que estaban protegidas y se reconocerá el perjuicio moral relacionado al mismo.<sup>329</sup> Al igual que en las otras instancias de valoración y resarcimiento del daño moral, se reconoce la amplia discreción judicial para determinar la justa compensación del daño sufrido.

Otra modalidad de daño moral que está protegida mediante legislación especial es la relacionada como la contaminación acústica o por ruidos. El artículo 1908 del CCE sirve de base para el desarrollo de este tipo de daños. La trascendencia del reconocimiento de este daño moral ha alcanzado niveles internacionales, cuando en el caso del aeropuerto de Heathrow, el TEDH consideró el caso el 2 de octubre de 2001/567 (TEDH 2001, 567). Posteriormente, en un caso instado por una ciudadana de Valencia ante el mismo tribunal, se alegó que los ruidos de establecimientos nocturnos le hacían sentir asediada y perturbada. El TEDH decidió el 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004, 68) en el caso de Moreno Gómez que se le violentó el derecho a la reclamante y sufrió un daño moral indemnizable por el ruido al que estaba expuesta.

En España se han adoptado otras leyes especiales que expresamente han incluido en su lenguaje la protección a los derechos morales de los individuos. Ese es el caso de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. En el Art. 9.3 extiende la indemnización por la intromisión ilegítima en estos derechos al daño moral. Se contempla además, para su valoración, el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.<sup>330</sup>

La Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, establece en el artículo 10.2 que los daños morales que surjan como consecuencia del perjuicio material o corporal causado por el producto defectuoso, serán indemnizables conforme a la legislación civil general de acuerdo con el artículo 9 de la Directiva. Finalmente, la Ley 30/1995, de 4 de noviembre, sobre la Ordenación y Supervisión de los Seguros

---

<sup>329</sup> Véase STS de 19 de abril de 2007 (RJ 2007, 2071).

<sup>330</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; STS 19 de Julio de 2004 (RJ 2004, 4349).

Privados, hace mención de que los daños morales son resarcidos en el artículo 1.2 de la disposición legal, pero indica que los mismos están incluidos en la “indemnización básica”, negado la posibilidad de que se establezca su valor conforme a la gravedad del daño causado.

La valoración del daño moral es una de las áreas donde se ha experimentado la mayor proliferación de escritos. Se atienden en los mismos las inconsistencias judiciales en la adjudicación de daños morales, ausencia de suficiente especificidad para identificar el concepto que está siendo reparado y la arbitrariedad en la determinación de cuantías indemnizatorias. Una de las formas de uniformar las valoraciones y adjudicaciones es a través del uso de baremos. España, ha incluido en diferentes baremos existentes, los daños morales compensables y usualmente los tribunales hacen referencia a los mismos para basar sus determinaciones. Se han adoptado baremos –tablas- para los casos de daños acaecidos como consecuencias de accidentes automovilísticos, atentados terroristas, accidentes en el transporte público, accidentes de caza, accidentes en el entorno laboral, entre otros. Incluso, se utilizan como referencia en España algunos baremos adoptados en el extranjero.<sup>331</sup>

El CCE no hace referencia expresa al daño moral y su reparación, pero hay quienes opinan que la naturaleza de una norma no depende del cuerpo legal en que se halla encuadrada, sino de la esfera jurídica donde se producen sus efectos.<sup>332</sup> En síntesis, lo propuesto por Santos Briz, es que aun cuando la responsabilidad por daños morales está enmarcada en el código penal español, en efecto es una regulación con impacto en la esfera civil.

#### 4.3.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal

Como se enunció en las caviles preliminares de este Capítulo, en el desarrollo jurisprudencial del daño moral se identifican tres fases. La primera distinguida por una negación al reconocimiento de la figura basada en fijar suma dineraria a una ofensa de carácter extra patrimonial. Durante el siglo pasado, el Tribunal Supremo se negó al resarcimiento de los daños morales, justificando su decisión en el hecho de que no podían cuantificar económicamente bienes o valores de esta naturaleza. Esta posición prevaleció por un periodo aproximado de tres décadas. En la STS de 6 de diciembre de 1882, el Tribunal expresó que “[N]o siendo valorable el honor, en los delitos cometidos contra él no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio ni imponer al delincuente, como responsabilidad civil consiguiente a la criminal que haya contraído, la de pagar una indemnización al ofendido.” Las expresiones del TSE en los años 1882-1899 recogen el sentir de la época al establecer en las SSTS de 6 de diciembre de 1882 que el daño moral no es indemnizable porque no se puede valorar y de 11 de marzo de 1899 en la que afirmó que “no son indemnizables los disgustos.” Por otra parte, también denominó el tribunal en ese entonces el honor en sí mismo como un “derecho ideal, sin práctica realidad”.

---

<sup>331</sup> Sobre este particular, véase compilación de “Baremos utilizados en valoración médica del daño corporal” realizada por el Dr. Francisco de la Puente Álvarez y publicada por José Ramón Aguilar & Juan José Lara en el portal <http://www.medynet.com/>.

<sup>332</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166-167.

De igual manera, la doctrina española negaba la posibilidad de una compensación económica, siendo uno de sus exponentes Gayoso Arias, postulaba este letrado que la reparación del daño moral era imposible en la medida que no existen elementos objetivos para valorar la vida, la igualdad, la fama, entre otros, y sería arbitrario la imposición de un valor económico, lo que es excluyente de la igualdad *inter rem et rem*.<sup>333</sup>

El punto de partida jurisprudencial de la figura del daño moral resarcible comienza en España con la Sentencia del 6 de diciembre de 1912 donde se demandó al Periódico El Liberal por una publicación titulada “*Fraile, raptor y suicida*”. La controversia que tuvo ante sí el TSE se relacionaba con el ataque a determinaciones de los tribunales inferiores que concedieron al Alcalde de Totana, indemnización por el daño causados al honor y buena fama de su hija tras publicarse una noticia en un rotativo donde le imputaban estar íntimamente vinculada a un fraile capuchino y haberse escapado con él. La noticia resultó ser falsa y los tribunales concedieron la indemnización solicitada y una publicar la sentencia condenatoria en la primera página del diario, así como en dos periódicos en Madrid. Las expresiones del TSE confirmaban la protección en casos de daño moral: “...*la honra y fama, constituyen bienes sociales cuyo daño, en especial respecto de la mujer, es uno de los más graves, en cuanto significa total expoliación de la dignidad personal, familiar y social, de quien es acreedora a la estimación pública.*” Hasta entonces, el Tribunal Supremo Español había negado la posibilidad de resarcir el daño moral, incluyendo la modalidad del perjuicio al honor.<sup>334</sup>

El remedio económico concedido por el tribunal fue clasificado por un sector de la doctrina como “daños patrimoniales indirectos”. Se trató de la compensación de los daños morales que han tenido repercusiones patrimoniales. El tribunal adoptó una posición que sirvió de base para la evolución del resarcimiento del daño moral y estableció que “*la indemnización pecuniaria, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves... es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados...*”

El pronunciamiento rudimentario del Tribunal Supremo sobre la obligación de compensar la víctima en 1912 dejó muchas interrogantes sobre el proceso. La determinación judicial no abunda sobre los elementos que tomó en consideración el juzgador para determinar que la víctima sufrió un daño. No se estableció si fue un proceso automático de imputación de responsabilidad ni el quantum probatorio exigido. No se abundó en el proceso de valoración del daño, si se consideró o no la secuela psicológica y/o física experimentada por la víctima del agravio. Factores exógenos al proceso, como el impacto social y la credibilidad ofrecida a la noticia tampoco fueron aludidos para justificar la indemnización concedida. Independientemente de las lagunas procesales y sustantivas de la Sentencia, el evento constituyó un hito en la valoración y adjudicación de daños morales y a partir del mismo se comenzó la evolución de la figura jurídica que se ha extendido hasta el presente.

Los fundamentos esbozados por el Tribunal Supremo para confirmar los tribunales de

---

<sup>333</sup> GAYOSO ARIAS, R.: “La reparación del llamado daño moral en el llamado Derecho natural y en el Derecho positivo”, R.D.P., Tomo V, N° 60, p. 328.

<sup>334</sup> Véase SSTs de 6 de diciembre de 1882 y 11 de marzo de 1899.

menor jerarquía fueron los siguientes: 1) La sentencia fue cónsona con el rol de la mujer de la época y para ponernos en el contexto social citamos al tribunal cuando dice “*la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los fines del hogar doméstico.*”; 2) Indica el tribunal que la inacción ante la ofensa perpetrada tendría un efecto posterior en los bienes de orden temporal para la perjudicada, es decir, que se vería afectado su patrimonio al no poder contraer un matrimonio que le resulte ventajoso; 3) El tribunal hace una distinción con la STS del 6 de diciembre de 1882 y clarifica que en aquél momento se trataba de una violación al honor en sí mismo, sin una realidad práctica a diferencia del caso que tenían ante su consideración en el cual estimaron que la violación al honor de la joven tendría un impacto directo en su capacidad para contraer matrimonio de manera adecuada; 4) Ante el argumento de la parte demandada de que el tribunal estaba impedido de resolver el particular en ausencia de legislación o norma que así lo justificara, el tribunal planteó que sí existe una normativa que definen el daño de manera general y que los juzgados aplicaron las reglas de equidad, que constituyen máximas elementales de justicia universal e incluso hacen referencia los principios jurídicos existentes en Las Partidas, como reseñamos anteriormente; 5) Finalmente, el tribunal por primera ocasión reconoce que aunque la compensación concedida no puede compensar el daño ocasionado, por estar el bien lesionado sobre el comercio de los hombres, realizaron un ejercicio de aproximación y estimación de los daños que directamente le causaron a la joven. Justificaron la determinación pecuniaria en ausencia de elementos objetivos en la discreción que posee el tribunal atendiendo las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social.

Luego de la STS del 6 de diciembre de 1912, el TSE continuó su evolución en el tema de los daños morales y las sentencias posteriores expresamente distinguieron la indemnización de los daños morales en sí mismos y no las consecuencias patrimoniales del daño a los bienes morales del perjudicado. En la STS de 13 de noviembre de 1916, el TSE se enfrenta a un alegato relacionado con una ofensa al honor y la fama de un Catedrático por parte de un compañero quien proponía la apertura de un expediente administrativo con fundamentos difamatorios. El Tribunal lo desestimó por falta de prueba para sustentar la acción y expresó: “*Que las responsabilidades derivadas, conforme a los artículos 1092 y 1903 del Código Civil, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vía civil, no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se justifique o surja la certeza de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero, pues una cosa es el castigo impuesto por la ley, en su caso, para la reparación del derecho social perturbado, y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógicamente y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales antes citados...*”.

Posteriormente, las SSTS de 14 de diciembre de 1917, donde compensan a un médico por lesiones a su honor y reputación; 7 de noviembre de 1919 y 12 de marzo de 1928, donde se indemniza a víctimas de difamación por parte de medio escrito y televisivo, respectivamente; 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949, 1463), donde el tribunal concede

indemnización por daños relacionados a la pérdida de la facultad sexual; 21 de enero de 1957 (RJ 1957, 1133), donde se compensa a una mujer que tuvo problemas para contraer nuevo matrimonio al declararse nulo el anterior por el miedo que tenía su marido hacia su madre; y la STS de 11 de mayo de 1977 (RJ 1977, 2047), donde el tribunal compensó a una mujer tras una publicación de su fotografía en una enciclopedia médica que divulgó detalles relacionados a la enfermedad incurable que ésta tenía y que aún no sabía.

Hasta la época de la Codificación, no se habían desarrollado en España los derechos de la personalidad, lo que dificultaba la extensión del concepto del daño moral a los supuestos donde se violaban derechos fundamentales de las víctimas.<sup>335</sup> Se concretiza en el proceso el valor de derechos intangibles de carácter extra patrimonial, tales como derechos fundamentales al honor, la dignidad y la imagen propia. Conforme a lo propuesto por De Castro, fue precisamente el pensamiento esbozado en las Siete Partidas lo que llevó al Tribunal a establecer el precedente jurisprudencial sobre el tema.<sup>336</sup> Los representantes de la doctrina española tuvieron un rol prominente en el reconocimiento de los derechos de personalidad. Así pues, Beltrán Heredia, sostenía que *“es indudable que carece de sentido el llamado derecho genérico de la personalidad. En verdad, lo que con él se quiere indicar no es sino la capacidad jurídica en su amplio significado de aptitud para ser sujeto de derechos, de toda clase de derechos y por sí sólo no constituye un derecho subjetivo independiente.”*<sup>337</sup> Con ello, se establece que el término genérico está compuesto por diferentes derechos de personalidad que impactan al individuo y que por medio jurisprudencial se estaban definiendo. Cabe señalar que los derechos de personalidad, también son llamados derechos fundamentales y según Rogel Vide, se trata de lo mismo, visto desde la perspectiva del Derecho privado y el Derecho público, respectivamente.<sup>338</sup>

En la STS del TSE de 14 de noviembre de 1934, se reitera la determinación jurisprudencial de resarcir económicamente los daños morales puros al establecer que *“La responsabilidad civil comprende los daños morales, entendiéndose por tales, tanto aquellos que aminorando la actividad personal debilitan la capacidad para obtener riquezas, es decir, los daños morales indirectamente económicos, como los constituidos por el simple dolor moral, aunque no trascienda a la esfera patrimonial...”* Dicha tendencia jurisprudencial prevalece al día de hoy, reconociéndose la posibilidad de resarcir económicamente todas las modalidades del daño moral.

---

<sup>335</sup> Conforme a ROGEL VIDE, C., el derecho de la personalidad es en el derecho privado lo mismo que los derechos fundamentales y libertades públicas en el derecho constitucional. ROGEL VIDE, C., *“Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas”*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, Publicación Real Colegio de España en Bolonia, 1985, p. 48 y ss.

<sup>336</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., Los llamados derechos de la personalidad, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 1268.

<sup>337</sup> BELTRÁN DE HEREDIA, J., Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, p. 33.

<sup>338</sup> ROGEL VIDE, C., Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, Publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1985, p. 48.

Con relación a la conceptualización del término *daño moral*, el tribunal ha mostrado una clara evolución. En las Sentencias de 21 de enero de 1957 y 28 de febrero de 1959 se define y amplía el concepto al indicar que el mismo está constituido “*por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos*”. Esta definición jurisprudencial se acerca más a la propuesta de algunos tratadistas modernos que establecen que en ninguna instancia el daño puede extenderse al ámbito patrimonial, sino que se trata exclusivamente de los daños a los derechos inmateriales o espirituales del individuo.<sup>339</sup>

En cuanto a la forma de compensar el daño moral, el TSE justificó la compensación económica del mismo al establecer que la víctima del perjuicio moral padece de dolores y se pretende mediante la reparación económica lograr un equilibrio. A través del resarcimiento económico, la víctima se procura sensaciones agradables que puedan compensar aquellas causadas por el daño sufrido. Para la década de los años 1990 y con la fuerte influencia de la jurisprudencia francesa e italiana, los españoles comenzaron a aplicar el concepto del daño corporal, distinguiéndolo del daño pecuniario y no pecuniario.<sup>340</sup>

Luego de casi un siglo, el Tribunal Supremo Español continúa elaborando el concepto del daño moral y su relación con los daños extra patrimoniales. En la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242), el Tribunal realizó un análisis sobre el daño moral, acogiendo el modelo de clasificación del daño que lo despliega en tres dimensiones, el daño personal o corporal, el material y el moral. En la misma Sentencia se realiza una exposición sobre la conceptualización del daño moral, sus manifestaciones y el requerimiento de prueba para sostenerlo. En su proceso evolutivo, el TSE reconoció que terceras personas pueden ser acreedoras de resarcimiento por concepto de daño moral cuando existen vínculos afectivos o parentales y como consecuencia del acto ilícito sufren, mostrando manifestaciones psicológicas.<sup>341</sup>

Es mediante la jurisprudencia que se ha ventilado la batalla de las diferentes posturas a favor y en contra de la compensación económica de daños morales. En la Sentencia de 9 de diciembre de 1949 se descarta la tesis de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente. La base racional para descartar la tesis es que no existe precepto legal ni doctrina jurídica que lo autorice.

En los casos de ofensas morales puras, es decir que no poseen impacto alguno sobre

---

<sup>339</sup> SANTOS BRIZ, J. es uno de los tratadistas que considera la posibilidad de varias modalidades del daño moral, cuando lo califica de: Puro, Impropio y Secundario al daño Patrimonial. Para él la diferencia de una y otra modalidad es el alcance del daño causado, es decir, si se queda en la dimensión espiritual, si surge como consecuencia de un daño patrimonial o si por el contrario se origina de un daño moral y extrapola sus consecuencias a un daño patrimonial.

<sup>340</sup> MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J., SOLÉ, J., *Non-pecuniary Loss Under Spanish Law*, in W. HORTON ROGERS, & H. KOZIOL (Eds.), *Tort and Insurance Law*, Austria: Springer Wien New York, vol. 2, p. 193.

<sup>341</sup> SSTs 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6164); 31 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2956); y 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145).

el patrimonio del agraviado, es al juzgador a quien le corresponde la valoración económica del resarcimiento a concederse y no es permisible la falta de resarcimiento económico bajo el argumento de que no se puede determinar económicamente.<sup>342</sup> En estos casos la discreción que posee el juzgador al valorar es completa, tomando en consideración las circunstancias y necesidades del caso concreto y en ausencia de elementos o pruebas objetivas.<sup>343</sup> El rol del foro judicial en materia de daño moral en el Derecho español ha sido determinante como hemos constatado.

#### 4.4 FRANCIA

La influencia de la doctrina canónica en los antecedentes del Código Civil Francés (CCF) permean en la redacción de sus artículos. Al igual que sucedió posteriormente en España y otros países europeos, la concepción de la acción penal de origen romano mediante el cual se atendían los agravios a la persona fue evolucionando tras la influencia del Derecho canónico para convertirse eventualmente en una pena privada con visos reparadores. Descamps, hace una excelente exposición de la influencia canónica y religiosa en su tratado sobre los orígenes de la responsabilidad.<sup>344</sup> Presenta como ejemplo de la influencia religiosa, que en la Edad Media, los reyes concedían indultos como ejemplo de la misericordia que tenían hacia sus súbditos, especialmente en la época de Pascuas. Se mezclan voluntades en esta época donde despunta la corrección al daño causado a otro, como un ejercicio de reivindicación hacia Dios y hacia los demás.

El estado de derecho previo a la aprobación del Código Civil Francés, en la época napoleónica, ya disponía que la responsabilidad penal conllevaba responsabilidad civil que podía o no ser instada dentro del proceso penal.<sup>345</sup> Los padres del Código Napoleónico entrelazaron la responsabilidad civil a la moral social enfatizando el deber de reparar el mal causado al semejante. En particular, Mazeaud y Tunc plantean que la gran aportación de Domat y Pothier al Derecho civil francés fue la separación de la responsabilidad civil de la penal.<sup>346</sup>

Una vez superada la bifurcación del tratamiento de la ofensa civil, inicia el proceso de descubrir el alcance de la reparación del perjuicio causado. El articulado no especifica su alcance y las controversias relacionadas con aspectos patrimoniales y no patrimoniales comienzan a presentarse ante los foros judiciales. A raíz de la evolución que se hace más patente a comienzos del siglo XIX, se comienza a dar forma a la figura jurídica del daño moral en Francia y a través de toda Europa. Como planteamos al comienzo de este Capítulo, hubo

---

<sup>342</sup> Véase Sentencias de 19 de mayo de 1934, 2 de febrero de 1940, 24 de diciembre de 1941 y 24 de mayo de 1947.

<sup>343</sup> Véase Sentencias de 2 de diciembre de 1946 y 5 de julio de 1972.

<sup>344</sup> DESCAMPS, O., *op. cit.*, p. 183 y ss.

<sup>345</sup> AMADEO-MURGA, A.J., *El valor de los daños en la responsabilidad civil*, España, Bosch, 2da Ed., 2012, p. 7.

<sup>346</sup> MAZEAUD, H. y L.; TUNC, A., *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, *op. cit.*, p. 58.

tres fases, que podemos denominar como periodo de negación, transición y aceptación. Como parte del proceso de descubrimiento de la figura se busca en el articulado vigente un soporte para justificar la misma. El lenguaje existente no reconoce expresamente la existencia de un perjuicio extra patrimonial, pero tampoco lo niega. Díez Picazo, por ejemplo, indica que los principios contenidos en el *Code Civil* sobre el daño son tan generales que permiten que se configure tanto el daño material como el moral.<sup>347</sup> Comienzan a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial a dar base al daño moral como lo conocemos hoy.

#### 4.4.1 Base legal

El artículo 1382 del CCF determina la responsabilidad por actuaciones dolosas y culposas, al disponer lo siguiente: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*». El lenguaje de la disposición legal es lacónico y no hace distinción entre el daño pecuniario y el moral. No obstante, por vía jurisprudencial, la ciencia jurídica francesa reconoció el derecho a la protección civil por daños morales y la compensación económica como remedio.<sup>348</sup> La aplicación del artículo 1382 a los casos de daños morales era de naturaleza discrecional, reportándose casos donde no hubo uniformidad en la aplicación del precepto.<sup>349</sup> Vicente Domingo, nos reseña también que la influencia del pandectismo alemán se extendió en la interpretación del artículo 1382 del CCF, aplicándose de forma restrictiva y fue a través de la jurisprudencia que se le fue concediendo elasticidad a la interpretación y aplicación, dando espacio a la compensación del daño moral.<sup>350</sup>

La comunidad jurídica también argumenta que el artículo 1384 también contempla la protección general contra perjuicios morales, al disponer:

«*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*». Se ha reconocido que dentro del concepto «*dommage*», incluido en el Código, se cubren los daños patrimoniales y morales.<sup>351</sup>

A través del tiempo, hemos observado como los legisladores han integrado el concepto del daño moral a normas legales específicas, como lo son: (1) el artículo 3, párrafo 2 del Código de Procedimiento Penal que establece lo siguiente: “*l'action civile sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite*.” En esta acción, al igual que en España, la víctima puede solicitar al Tribunal que provea un remedio por el daño moral que ha sufrido como consecuencia del acto criminal.

En materia de divorcio, el legislador francés también reconoció el derecho de un cónyuge de reclamar al otro los daños morales causados en el proceso de divorcio. Se consagró en el Art. 266, párrafo 1º el derecho de la siguiente manera: “*quand le divorce est*

---

<sup>347</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 2000, p. 95.

<sup>348</sup> COING, H., *op. cit.*, Vol. 2, p. 638.

<sup>349</sup> Cfr. Aubry et Rau, IV, §445, nota 8. Por el contrario, el tribunal imperial en RGZ 7, 295 rechazó la aplicación del artículo 1382 en daños inmateriales.

<sup>350</sup> VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>351</sup> SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 146.

*prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.*"

El daño moral también se ha reconocido de manera indirecta en la legislación francesa; el artículo 31 de la Ley n<sup>o</sup> 86-677, de 5 de julio de 1985, mejor conocida como la Ley Badinter, regula las reclamaciones instadas por personas que pagan compensaciones por concepto de daño moral o físico. En la misma se permiten las reclamaciones, pero se excluyen las compensaciones por concepto de daños morales y físicos a víctimas y familiares cuando hayan desplegado algún grado de culpa. La ley también promueve los acuerdos amistosos entre las partes, pero fue altamente criticada por abordar el tema de las indemnizaciones y sus cuantías.

La obligación de poseer un seguro de circulación fue impuesta en Francia a través de la Ley 27/1958, de 27 de febrero, hoy codificada en el art. L211-1 del Código de Seguros francés. En el año 1982 el TCF decidió el caso Desmares, en el cual realizó una fuerte crítica a las determinaciones judiciales previas donde se aceptaban eximentes de responsabilidad para el conductor y los limitó al caso de fuerza mayor.<sup>352</sup>

La ley n<sup>o</sup> 1985-1353, de 17 de diciembre de 1985, relacionada con la seguridad social, creó el art. L. 452-3 del Código de Seguridad Social francés bajo el apartado de falta inexcusable o intencional del patrono. En este artículo, se establece que independientemente de la compensación que se otorgue por concepto de un accidente laboral, la víctima tendrá derecho a demandar y obtener reparación del perjuicio causado por los sufrimientos físicos y morales que ha tenido que soportar, los perjuicios estéticos y de amenidad, así como el perjuicio de la pérdida o disminución de sus posibilidades de ascenso o promoción profesional. A partir de la adopción del lenguaje que permite la reclamación de daños morales, son múltiples las controversias que se ventilan en el TCF sobre la materia.<sup>353</sup> Un ejemplo, de un fuerte movimiento laboral en Francia se reseñó en el Capítulo sobre el Entorno Conceptual; la presente alusión es a los casos donde empleados reclaman a sus patronos al amparo de esta legislación por los perjuicios morales sufridos por exposición a asbestos.

De manera más reciente, los legisladores franceses enmendaron el artículo 16 del CCF como resultado de la adopción de la Ley 1994-653, del 29 de julio, sobre Bioética. En la codificación legal se reconoció la primacía de la persona, prohibiendo todo atentado a su dignidad y garantizando el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida.<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 21 juillet 1982, 1982.449.

<sup>353</sup> Véase: Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 18 décembre 2014, 13-26.692, Inédit; Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 9 octobre 2014, 13-23.345, Inédit; Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 23 septembre 2014, 13-18.509, Inédit; Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 28 mai 2014, 13-18.509, Inédit; Cass., civ., 2<sup>e</sup>, 13 mars 2014, 13-18.509, Inédit.

<sup>354</sup> El texto original dice "*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.*"; JORF n<sup>o</sup> 175 du 30

La evolución legislativa de la legislación francesa ha sido lenta y al igual que España y México, han optado por dejar de manera íntegra los artículos del Código Civil que se refieren a la responsabilidad civil extracontractual, toda vez que no prohíben la figura y la concesión de remedios. No obstante, se observa en los procesos legislativos posteriores, que está presente la figura y su inminencia en la vida cotidiana de esas sociedades, en la medida que se integran de manera expresa protecciones a los ciudadanos contra los daños morales.

#### 4.4.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal

La primera decisión del Tribunal de Casación de Francia que reconoce la posibilidad de indemnizar económicamente el daño moral, denominado como «*dommage moral*», se remonta al 5 de junio de 1833.<sup>355</sup> En esta ocasión, el TCF reconoció a dos químicos el derecho a reclamar daños morales de un demandado que resultó convicto por la venta ilegal de drogas. El Procurador General, Dupin, señaló que constituía un error capital argumentar que los daños sólo procedían cuando existían daños pecuniarios, “*l’erreur capitale dans toute cette affaire, c’est de croire qu’il n’y ait qu’un préjudice matériel et d’argent qui puisse donner lieu à une action en dommages et intérêts*”. El reclamo fue inicialmente denegado en apelación y posteriormente el TCF dejó sin efecto la determinación apelativa ya que no era razón suficiente el plantear que es sumamente difícil la apreciación y valoración de los daños no patrimoniales. A partir de esta Sentencia se evidencian determinaciones jurisprudenciales, como la del 16 de junio de 1858 donde el Tribunal de la Seine, condenó a una dibujante al pago de 5,000 francos porque publicó la fotografía de un difunto en el lecho de muerte, cuando la misma había sido creada sólo para la familia. El fundamento esbozado por el tribunal para sostener su posición fue el siguiente:

*«Attendu que nul ne peut sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d’une personne sur son lit de mort, quelle qu’ait été la célébrité de cette personne...»*

*Attendu que le droit de s’opposer à cette reproduction est absolu qu’il a son principe dans le respect que commande la douleur des familles, et qu’il ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature et de la piété domestique...»*

En otros casos se reconoció la existencia de un daño moral en los casos de adulterio. Esto ha sido enmarcado en la ciencia jurídica francesa de actualidad como parte de los derechos de la personalidad.<sup>356</sup>

A partir del 1961, se reconoció a la jurisdicción administrativa la competencia para entender en casos donde se reclama perjuicio moral. Esta decisión jurisprudencial, conocida como *Letisserand*, fue emitida por el Consejo de Estado el 24 de noviembre de 1961, n<sup>o</sup> 48841, publicado en Lebon. La determinación se realiza ante una situación de hechos donde un hombre y su hijo, que viajaban en motocicleta fallecieron tras ser impactados por un

---

juillet 1994, p. 11056.

<sup>355</sup> Cass. Chambres réunis, 15.06.1833, [1833] Sirey (S.), 1, 458, conclusions Dupin.

<sup>356</sup> COING, H., vol. II, p. 369.

camión perteneciente al Estado, comunidad de Allier. Se concedió una compensación monetaria a la viuda y a sus hijos menores a través del foro administrativo y desde entonces, dicha jurisdicción ejerce su capacidad para ventilar reclamos por perjuicios morales.

En la doctrina francesa, la evolución del daño moral fue similar a la de España, ya que el perjuicio moral o extra patrimonial no fue reconocido desde sus comienzos. Aún a finales del siglo XIX y comienzo del XX se encontraban grandes críticas al movimiento doctrinal que postulaba la necesidad de compensar económicamente los daños morales. Las críticas más fuertes, dentro de la doctrina francesa, estaban dirigidas al intento de compensar económicamente el sufrimiento y la tristeza, calificando de inmoral la pretensión de poner precio a las lágrimas del dolor.<sup>357</sup> Esta mentalidad no prevaleció y a pesar de que está claro que el ser humano no puede objetivamente establecer el valor del sufrimiento de otro, actualmente no resulta reprochable y es ampliamente reconocido por la jurisprudencia.

Los primeros estudiosos de la figura negaron la posibilidad de resarcimiento, basados en la naturaleza del bien afectado por el daño. Baudry-Lacantiniere y Barde, hicieron tres objeciones al resarcimiento del daño moral a principios del pasado siglo.<sup>358</sup> Los fundamentos eran, en esencia, que: 1) sólo se puede resarcir o restablecer mediante el uso del dinero los daños ocasionados al patrimonio, por tanto es un error hablar de reparación monetaria cuando el patrimonio no ha sido injustamente disminuido; 2) no era correcto el ventilar los derechos al honor, aspectos sagrados o los dolores más íntimos en el entorno judicial, ya que siempre permea un ambiente litigioso donde se impondrá una de las partes; 3) la apreciación del daño moral sería siempre una apreciación arbitraria. Fuertes críticos, como Esmein, calificaban el daño moral de perjuicio de coartada, que permitía disponer de controversias que no estaban relacionadas con su propia naturaleza, haciendo referencia a la dicotomía de la compensación pecuniaria de un daño ajeno al patrimonio.<sup>359</sup> La frase utilizada por él para describir, lo que a su juicio era una desacertada acción de compensar los daños morales era: *“la douleur, certes, peut être profonde, mais on l’avilít en la monnayant.”* Morange, por su parte, criticaba a los tribunales de Francia, acusándolos de ceder ante una corriente doctrinal con unos serios problemas de bajos parámetros morales y ajenos a los valores de la civilización occidental.<sup>360</sup> Todas las posturas antes mencionadas son cosa del pasado y tanto los tribunales como los proponentes de la doctrina moderna de daños morales reconocen la posibilidad de reparar el daño moral, mediante la adjudicación monetaria.<sup>361</sup>

#### 4.5. Perspectiva Europea

---

<sup>357</sup> BRUN, P., *Responsabilité Civile Extracontractuelle*, Paris: Litec 2009, p. 138.

<sup>358</sup> BAUDRY-LACANTINIERE, G., BARDE, L.J., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil- Des Obligations*, 2<sup>a</sup> ed., Paris: Larose et Tenin, p. 451 et ss.

<sup>359</sup> Citado en obra: *Cour de Cassation, Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation, et autres, Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, p. 396.

<sup>360</sup> MORANGE, G., “À propos d’un revirement de jurisprudence. La réparation de la douleur morale para le Conseil d’État”, *D.* 1962, chron. 15, spec. p. 16.

<sup>361</sup> Citado en obra: *Cour de Cassation, Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation, et autres, Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, p. 396.

En el año 1992 un grupo de académicos de diferentes países europeos se unieron para formar lo que originalmente se denominó como el “Tilburg Group” y posteriormente se llamó “European Group on Tort Law” (EGTL). Dicho grupo redactó los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, presentados mediante conferencia pública en el año 2005. La coalición tiene como propósito contribuir al mejoramiento y armonización del Derecho europeo en materia de responsabilidad civil y a esos efectos analizan el proceso evolutivo del derecho en los diferentes países participantes. Al definir los presupuestos generales de la responsabilidad y el daño, manifiestan que “[L]a vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.” Este movimiento, que cuenta con la participación de países más conservadores, reconoce la existencia y evolución del daño moral, aunque no haya consenso sobre la manera de reparar los mismos.

## **4.6 MÉXICO**

### **4.6.1 Base legal**

Tomamos como partida la evolución del daño moral a partir de finales del siglo XIX, toda vez que el sistema jurídico era idéntico al español para la misma época. La influencia del Derecho español era tal, que las determinaciones judiciales en nuestro país y las doctrinas estudiadas eran las que surgían de España. Todavía México no había desarrollado un criterio independiente y autónomo el promulgado en España y la legislación civil y penal se copió *ad verbatim*.

En México, De conformidad con la teoría de la responsabilidad civil el que causa un daño a otro está obligado a repararlo.<sup>362</sup> Este daño puede ser originado por el incumplimiento de un contrato o por la violación del deber genérico de toda persona de no dañar a otra. La reparación a los daños patrimoniales o materiales se demanda normalmente a través de la acción de responsabilidad civil por hechos ilícitos. Sin embargo, existen otro tipo de afectaciones no pecuniarias a las cuales también se les ha otorgado derecho a la reparación. A éste tipo de lesiones se les ha llamado *daños morales*.

### **4.6.2 Artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán.**

El artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán indica que:

“ . . . Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo con independencia de que se haya causado daño material, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva. . . ”

---

<sup>362</sup> Artículo 1076 Código Civil del Estado de Michoacán.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Como se advierte de la lectura del citado numeral, en su párrafo segundo, la responsabilidad de índole civil en sentido amplio puede dar lugar a daños tanto materiales como extra patrimoniales, y éstos últimos también merecen reparación pecuniaria.

El daño moral se encuentra en los textos del ordinal 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán, el cual precisa:

*“Artículo 1082. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus afectos, creencias, honor, reputación, vida privada, y apariencia física, o bien en la consideración que de ella hagan los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.*

*Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1079, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1094 y 1095, todos ellos del presente Código.*

*La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.*

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

*Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original”.*

En el transcrito ordinal 1082 se señala que independientemente de los daños y perjuicios patrimoniales, el juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito, una indemnización equitativa, a título de reparación moral.

En el último párrafo del numeral en comentario se indica de *afectaciones a los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que tienen los demás sobre la persona*. Tales intereses si bien pueden provenir de la vulneración a derechos no patrimoniales, no necesariamente se identifican con éstos. Así, la conceptualización del daño moral centra su objeto y contenido en los intereses no patrimoniales o espirituales que pueden verse afectados.<sup>363</sup> En tal sentido, las angustias, las aflicciones, las humillaciones, el padecimiento o el dolor constituyen daños a la moral en tanto son afectaciones a intereses no patrimoniales.

---

<sup>363</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 34.

El daño moral consiste en la lesión a un interés de carácter extra patrimonial, que es a su vez presupuesto de un derecho.<sup>364</sup> Así, resulta adecuado definir al daño moral como **la lesión a un derecho o interés no patrimonial (o espiritual) que es presupuesto de un derecho subjetivo**. De modo que, en nuestro ordenamiento jurídico se plantea una distinción del tratamiento de la responsabilidad por daño al patrimonio moral, dependiendo de su carácter.<sup>365</sup> En efecto se puede sostener que el daño moral es un género el cual a su vez se divide en tres especies, a saber: (a) daño al honor; (b) daños estéticos; y (c) daños a los sentimientos.

El daño al honor, o el daño a la parte social del patrimonio moral, como se le conoce en la doctrina,<sup>366</sup> se entienden como aquellas afectaciones a una persona en su vida privada, su honor o su propia imagen.<sup>367</sup> De igual forma, el pluricitado ordinal 1082 del Código Civil establece que existirá daño moral cuando se afecte la configuración y aspectos físicos de las personas; así el daño estético causa un daño moral al damnificado, mortificándolo, como consecuencia de la pérdida de su normalidad y armonía corporal.

Por último, los *daños a los sentimientos*, o a la parte afectiva del patrimonio moral, como se les ha denominado en la doctrina,<sup>368</sup> hieren a un individuo en sus afectos. Esta

---

<sup>364</sup> Se Adhieren a esta idea central, aunque con importantes matices diferenciales: De Cupis, *El daño*, trad. de la 2ª edición italiana por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975. Alpa, Guido, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Milán, Feltrinelli, 1992. Perfetti, M., *Prospettive di una interpretazione dell'art. 2059 C.C.*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1978. Visitine, Giovanna, *il danno ingiusto*, en "Rivista Critica di Diritto Privato", nov. 1987. Zannoni, Eduardo A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1987. Bueres, Alberto J., *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general*, "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, n°1. Vázquez Ferreyra, Roberto "Los presupuestos de la responsabilidad profesional", en *La responsabilidades profesionales*, La Plata, Platense, 1992. Stiglitz, Gabriel, Echevesti, Carlos A., en *Responsabilidad civil*, Mosset Iturraspe (dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

<sup>365</sup> *Amparo Directo 8/2012*, resuelto el 4 de julio de 2012, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de cuatro votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente). El Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia votó en contra, p. 27.

<sup>366</sup> Mazeaud Henri y Mazeaud León, *Elementos de la Responsabilidad Civil. Perjuicio, Culpa y Relación de Causalidad*, Bogotá, Leyer Editorial, 2005, pp. 65-66 y Borja Soriano, *Ob. Cit.*, p. 371.

<sup>367</sup> Así pues, el derecho al respeto a la vida privada o intimidad, al honor e incluso a la imagen propia, son considerados ya como derechos humanos fundamentales, establecidos por diversos instrumentos internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (artículo 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 17 y 19), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículos 11 y 13), y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 16), instrumentos todos estos firmados y ratificados por nuestro país. Cabe señalar que también existen otros instrumentos que establecen este derecho como son: la Convención de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959, la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales aprobadas por el Parlamento Europeo y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 y de los que México no es parte.

<sup>368</sup> Mazeaud, *Ob. Cit.*, pp. 65-66 y Borja Soriano, *Ob. Cit.*, p. 371

especie de daño moral se encuentra regulada en el multicitado numeral 1082. Como se verá, en el presente asunto la demanda de la reparación de un daño moral es de este tipo.

La reparación por daño moral puede demandarse como una acción autónoma a la reparación de los daños patrimoniales, debe partirse de que para la actualización del derecho a la indemnización debe acreditarse la responsabilidad de la parte demandada, la cual en términos del multicitado artículo 1082 puede ser de naturaleza subjetiva u objetiva.

En efecto, dicho precepto señala que:

*“Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva. . . ”*

#### **4.6.3 Las responsabilidades subjetiva y objetiva.**

Las responsabilidades subjetiva y objetiva se encuentran reguladas, respectivamente, en los artículos 1076 y 1095 del Código Civil para el Estado de Michoacán.<sup>369</sup> Como se observa, dichas normatividades entienden por responsabilidad subjetiva a aquel deber de reparar el daño ocasionado a un tercero cuando *“una persona sufre en sus afectos, creencias, honor, reputación, vida privada, y apariencia física, o bien en la consideración que de ella hagan los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”*. Mientras que la responsabilidad de índole objetiva es aquella derivada del daño generado por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones encomendadas. La diferencia entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva es que en la segunda no se tiene que mostrar el elemento subjetivo de la conducta, esto es, la culpa o negligencia de la demandada.

**Se debe acreditar la responsabilidad subjetiva del funcionario público a quien se demande.** Como presupuesto necesario para que pueda existir responsabilidad por daño moral, el multiferido ordinal 1802 del Código Civil, en su segundo párrafo, establece que exista un hecho u omisión.<sup>370</sup> Aparecen de este modo, como requisitos de la responsabilidad

---

<sup>369</sup> Artículo 1076.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1095. El Estado tiene obligación de responder del pago de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos con motivo del ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad será solidaria tratándose de hechos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos, en los que sólo podrá hacerse efectiva en contra del Estado cuando el servidor público directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder de los daños y perjuicios causados por sus servidores públicos.

<sup>370</sup> Artículo 1802.- [...] Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1079, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1094 y 1095, todos

civil de índole subjetivo, el comportamiento negligente de la persona obligada a indemnizar y la producción de un daño como resultado de este comportamiento.<sup>371</sup>

En efecto, en la raíz de la responsabilidad se encuentra necesariamente una conducta humana, calificación que excluye los hechos naturales cuando son objetivamente incontrolables e independientes de cualquier voluntad humana.<sup>372</sup> El Código Civil para el Estado de Michoacán prevé que el daño puede ser causado por hecho u omisión. El hecho debe ser comprendido como un comportamiento positivo, es decir, una acción. Las omisiones son comportamientos de carácter negativo y que consisten en no hacer alguna cosa o no llevar a cabo una determinada conducta.<sup>373</sup> Se indica que, los hechos u omisiones sólo son fuente de responsabilidad cuando son ilícitos. Por lo tanto no cualquier hecho u omisión que cause un daño dará lugar a responsabilidad, sino que es necesario que además se configuren los demás elementos de la responsabilidad.

El Código Civil dispone que es ilícito el hecho contrario a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres.<sup>374</sup> Por lo tanto, la conducta del responsable será ilícita cuando incumpla con alguna obligación legal a su cargo. Así, la ilicitud puede derivar de dos fuentes distintas: a) que la responsable haya incumplido con un deber genérico de cuidado que exige su actuar como funcionario público; o b) que la responsable haya estado obligada a actuar de acuerdo a alguna norma y que ésta haya incumplido con esa obligación legal.

En efecto, en la raíz de la responsabilidad se encuentra necesariamente una conducta humana, calificación que excluye los hechos naturales cuando son objetivamente incontrolables e independientes de cualquier voluntad humana.<sup>375</sup> El Código Civil para el Estado de Michoacán prevé que el daño puede ser causado por hecho u omisión. El hecho debe ser comprendido como un comportamiento positivo, es decir, una acción. Las omisiones son comportamientos de carácter negativo y que consisten en no hacer alguna cosa o no llevar a cabo una determinada conducta.<sup>376</sup> Se indica que, los hechos u omisiones sólo son fuente de responsabilidad cuando son ilícitos. Por lo tanto no cualquier hecho u omisión que cause un daño dará lugar a responsabilidad, sino que es necesario que además se configuren los demás elementos de la responsabilidad.

El Código Civil dispone que es ilícito el hecho contrario a las disposiciones de orden público y a las buenas costumbres.<sup>377</sup> Por lo tanto, la conducta del responsable será ilícita cuando incumpla con alguna obligación legal a su cargo.

Así, la ilicitud puede derivar de dos fuentes distintas: a) que la responsable haya incumplido con un deber genérico de cuidado que exige su actuar como funcionario público;

---

ellos del presente Código. (el énfasis es añadido)

<sup>371</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, p. 287.

<sup>372</sup> *Íbidem*.

<sup>373</sup> *Íbidem*.

<sup>374</sup> Artículo 1830 Código Civil para el Estado de Michoacán.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

<sup>375</sup> *Íbidem*.

<sup>376</sup> *Íbidem*.

<sup>377</sup> Artículo 1830 Código Civil para el Estado de Michoacán.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

o b) que la responsable haya estado obligada a actuar de acuerdo a alguna norma y que ésta haya incumplido con esa obligación legal.

#### **4.6.4 Incumplimiento de obligaciones legales a cargo del servidor público.**

Se hace necesario puntualizar que, el Enjuiciamiento Civil Local establece que sólo los hechos deben ser probados,<sup>378</sup> lo cual implica que las partes no están obligadas a probar el derecho ni a citar todas las leyes aplicables al caso. Lo anterior debido a que los ministerios públicos son peritos en derecho por lo que sólo es necesario que las partes le aporten los hechos para que ellos decidan el derecho aplicable.

Luego, el derecho a un debido proceso legal<sup>379</sup> es el derecho humano más comúnmente infringido por los Estados y la forma más usual en que los operadores del sistema de procuración de justicia hacen incurrir al Estado en responsabilidad. Ello por cuanto el debido proceso, o como lo llama la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el derecho de defensa procesal” es una garantía procesal que debe estar presente en toda clase de procesos, no sólo en aquellos de orden penal, sino de tipo civil, administrativo o de cualquier otro.<sup>380</sup> El derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendido este como “*aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto*”.<sup>381</sup> Es también lógico -al ser el proceso penal el medio por el cual se investigan hechos delictivos- que para garantizar el resultado del mismo y su acervo probatorio, se permita establecer algunas restricciones a la libertad del procesado, pero dentro de ciertos límites previamente establecidos por la ley y teniendo siempre en mente el respeto al derecho a la libertad a partir del principio de presunción de inocencia. Ello ha justificado que se hayan establecido, para el proceso penal, una serie de garantías más amplias que para otro tipo de procesos en los que, por su propia naturaleza, no le serían aplicables.

El tratamiento que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) le da al debido proceso, está contemplado fundamentalmente en su artículo 8, el cual se debe relacionar con los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 7,5 el artículo 9,6 el artículo 10,7 el artículo 24,8 el artículo 25,9 y el 27,10 todos de la Convención Americana. La Convención Americana desarrolla algunos principios del debido proceso que en ella se anotan o se coligen y que son consecuencia del sistema penal y procesal penal

---

<sup>378</sup> Artículo 346. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia.

<sup>379</sup> Entendido éste como “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera”, tal y como lo dispone el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cf. Corte I.D.H. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, párr. 74.

<sup>380</sup> Doctrina que se colige del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>381</sup> Arazi (Roland), Derecho procesal civil y comercial, 2da. edición, Bs. As., Astrea, 1995, p. 111.

actualmente en vigencia. Dichos principios apuntan hacia un “garanticismo proteccionista” del ciudadano frente a un poder casi ilimitado y más fuerte que él: el del Estado que realiza la función de investigar los actos que afectan la normal y armónica convivencia social. Es por ello necesaria la existencia de un justo equilibrio entre el ciudadano y el Estado, donde las garantías procesales adquieran sentido y actualidad al evitar la arbitrariedad e inseguridad que provocaría en la sociedad una carencia de reglas en la investigación policial y judicial en las que queden de lado los intereses del individuo para proteger el interés general de la averiguación de la verdad real y el éxito de la administración de justicia.<sup>382</sup>

**4.6.4.1 Negligencia.** Sería irrazonable exigir que todas las personas tuvieran que evitar siempre y a toda costa que se le cause un daño a otra persona. Es decir, no en todos los casos en los que la conducta cause un daño, se generará responsabilidad subjetiva extracontractual, sino que además es necesario que en dicho actuar haya mediado culpa o negligencia.

La negligencia se da en aquellos casos en los que el responsable no deseaba la realización del perjuicio, no obstante, causa un daño incumpliendo con una obligación a su cargo.<sup>383</sup> Por lo tanto, para que exista responsabilidad es necesario que el daño ocasionado esté acompañado de un deber del responsable en el ejercicio de sus atribuciones como agente del ministerio público.

**4.6.4.2 Daño.** Para que exista responsabilidad además de una conducta ilícita es necesario que exista un daño. El daño moral, consiste en las lesiones a derechos o intereses de carácter extra patrimonial generado por los diferentes tipos de responsabilidad. El daño debe ser cierto. Es decir, constatable su existencia desde un aspecto cualitativo, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias.<sup>384</sup> Debe decirse que el daño moral, por regla general, debe ser probado ya que se trata de un elemento constitutivo de la pretensión de los actores.<sup>385</sup> Asimismo, el daño puede acreditarse indirectamente, es decir, el juez puede inferir, a través de los hechos probados, el daño causado a las víctimas. En efecto, el Enjuiciamiento Civil para el Estado de Michoacán permite la prueba indirecta a través de las presunciones humanas.<sup>386</sup>

La doctrina reconoce que el sistema de presunciones es adecuado para tener por acreditado los daños de difícil acreditación.<sup>387</sup> La Corte Interamericana de Derechos

---

<sup>382</sup> Al considerar los elementos anteriores “se pone de manifiesto la importancia trascendental que tiene el proceso, ya que su propia institucionalidad representa el influjo de muchas corrientes de pensamiento que tienen su idea central en el respeto y vigencia de los Derechos Humanos...”. Thompson (José), *Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos*, ILANUD, San José, Costa Rica, 1991, pág. 63.

<sup>383</sup> Mazeaud, *Ob. Cit.*, p. 115.

<sup>384</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, pp. 122-123.

<sup>385</sup> Artículo 343. El que afirma está obligado a probar; en consecuencia, el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus defensas o excepciones.

<sup>386</sup> Artículo 506. Hay presunción legal: I. Cuando la ley la establece expresamente; y, II. Cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley. Artículo 507. Hay presunción humana cuando de un hecho debidamente comprobado se deduce otro como consecuencia lógica de aquél.

<sup>387</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, pp. 625-627.

Humanos también es participe de esta idea.<sup>388</sup> En esa misma línea la multireferida Primera Sala también ha determinado que es posible invertir la carga de la prueba cuando el demandado cuenta con mayor facilidad de probar que actuó con la diligencia debida.<sup>389</sup>

Tal racionalidad puede trasladarse a la acreditación del daño moral en los sentimientos, en tanto es sumamente complicado probar este tipo de afectación. Así, de acuerdo al legislador basta probar el evento lesivo y el carácter del actor para que opere la presunción legal y éste se tenga por probado.<sup>390</sup> Por lo que en los casos en que opere la presunción será el demandado quien deberá desahogar pruebas para revertir la presunción de la existencia del daño.<sup>391</sup>

**4.6.4.3 Nexo Causal.** Por último, es necesario demostrar el nexo causal entre la conducta del demandado y el daño causado al actor. Es decir, es necesario que el daño experimentado sea consecuencia de la conducta del agente.<sup>392</sup> Es notorio que el problema causal se plantea de manera especialmente aguda cuando se reconoce o se puede establecer que, como es normal en la vida social, todo hecho, y por consiguiente también los hechos dañosos, son consecuencia de la concurrencia de una extraordinaria pluralidad de circunstancias. Se plantea así el problema de fijar límites oportunos a la responsabilidad, el principal de los cuales es el de la selección de las consecuencias dañosas, cuya finalidad consiste en afirmar la responsabilidad en alguno de los casos y negarla en otros.<sup>393</sup>

#### **4.6.5 El monto de la compensación derivado del daño moral.**

##### **4.6.5.1 El derecho a la justa indemnización y la reparación del daño moral.**

Una vez establecido que se afectaron los sentimientos y afectos del suscrito actor de manera ilícita, se considera que el daño moral está relacionado con el derecho a la *justa indemnización*.

---

<sup>388</sup> Aunque generalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos asigna la carga de la prueba a la parte que alega los hechos, hay circunstancias sin embargo, en que la carga de la prueba es revertida y recae en la parte que niega los hechos. Ello ocurre cuando existe una presunción de que la violación ha ocurrido (categorías sospechosas, casos de discriminación institucionalizada, cuando el Estado pudo prevenir la violación), y cuando es el Estado quien se encuentra en mejor posición probatoria. Ver casos *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*, párr. 132, *Velásquez Rodríguez v. Honduras par. 123*, entre muchos otros.

<sup>389</sup> Así en la *Contradicción de Tesis 93/2011*, se manifestó: "Debido a la dificultad que representa para la víctima probar la culpa del médico anesthesiologo se posibilita un desplazamiento de la carga de la prueba para que sea el médico el que demuestre que la aplicación de la anestesia se realizó de acuerdo a los cuidados establecidos en la normatividad de la materia y al deber de diligencia que le exige la profesión. Así, el personal médico deberá demostrar que tuvo el cuidado debido en cada una de las etapas que involucra el procedimiento anestésico."

<sup>390</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 626.

<sup>391</sup> Artículo 344. El que niega sólo está obligado a probar: I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho; II. Cuando por la negación se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante; III. Cuando se desconozca la capacidad; y, IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción. se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;

<sup>392</sup> Mazeaud, *Ob. Cit.*, p. 455.

<sup>393</sup> Díez-Picazo, *Ob. Cit.*, p 331-332.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en diversas ocasiones que los derechos fundamentales tienen vigencia en relaciones entre particulares.<sup>394</sup> Así en el *Amparo Directo en Revisión* 1621/2010, la pluricitada Primera Sala afirmó que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (**función subjetiva**), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (**función objetiva**). Así en dicho precedente se afirmó que, **la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos constituye la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares frente al Estado.**

La reparación al daño moral que se fije deberá analizarse desde el derecho a la justa indemnización, el cual se encuentra consagrado en los artículos 1° constitucional y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>395</sup>

Este derecho ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho tribunal en diversos precedentes ha establecido que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.<sup>396</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que los daños inmateriales también deben de ser indemnizados. Sobre los daños inmateriales en el caso *Cantoral Benavides Vs. Perú* manifestó:

53. *La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son*

---

<sup>394</sup> Tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, tomo 2, p. 798, de rubro: "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES".

<sup>395</sup> Artículo 1.- [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Artículo 63.1.- Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

<sup>396</sup> Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 156. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25. Caso *Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 395. Caso *Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 404.

*susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.*<sup>397</sup>

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana ya ha sido aplicada por la multireferida Primera Sala.<sup>398</sup> De lo que se sigue, el derecho a recibir una “justa indemnización”, para determinar la debida compensación en tratándose de los daños ocasionados en los sentimientos de las personas ya que mediante la compensación se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos.<sup>399</sup> Así, mediante la compensación la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable.

La compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas lo que prevendrá conductas ilícitas futuras.<sup>400</sup> Dicha medida cumple una doble función: ya que las personas evitaran causar daños para evitar tener que pagar una indemnización, por otra parte, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para que evitar causar daños a otras personas.<sup>401</sup> A dicha faceta del derecho de daños se le conoce en la doctrina como “daños punitivos”<sup>402</sup> y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización”. En efecto, mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar

<sup>397</sup> **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 53.**

<sup>398</sup> Así, en el **Amparo Directo en Revisión 1068/2011**<sup>398</sup> se sostuvo que una “justa indemnización” o “indemnización integral” implica volver las cosas al estado en que se encontraban, el restablecimiento de la situación anterior y de no ser esto posible, establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados al surgir el deber de reparar.

<sup>399</sup> Owen, David W. *Punitive damages in products liability litigation*, “Michigan Law Review”, 1976, june, vol. 74, n°7, p. 1279.

<sup>400</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 532.

<sup>401</sup> Owen, David G., *Ob. Cit.*, p. 1285.

<sup>402</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, pp. 521-552; Owen, David G., *Ob. Cit.*, Owen, David G., *The Moral Foundations of Punitive Damages*, “Alabama Law Review”, 1988, 40, p. 705; Morgan, *The evolution of punitive damages in product liability litigation for unprincipled marketing behavior*, “Journal de Public Policy & Marketing”, 1989n n° 8, p. 279; O'Donnell, *Punitive damages in Florida negligence cases: How much negligence is enough?*, “University of Miami Law Review”, n° 42, p. 803.

legalmente.<sup>403</sup> Es decir, la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece.<sup>404</sup>

El limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el presunto ofendido se enriqueciera a costa de su víctima. Lo anterior en tanto las conductas negligentes, en muchas situaciones, pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley, como los deberes generales de conducta. Dichos daños tienen el objeto de prevenir hechos similares en el futuro. Se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida, sobretodo en tratándose de funcionarios públicos que tienen como deberes el proteger y fomentar el Estado de Derecho. A través de dichas sanciones ejemplares se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real.

Por otro lado, una indemnización insuficiente, provoca que las víctimas sientan que sus anhelos de justicia son ignorados o burlados por la autoridad, por lo que, se le acrecienta el daño (no reparado) y se acaba revictimizando a la víctima, violándose de esta forma el derecho a una “justa indemnización”.

Se considera que el carácter punitivo de la reparación del daño moral también puede derivarse desde una interpretación literal y teleológica del artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán. El referido ordinal 1082 dispone que: “*Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero*” y que para determinar el monto de la indemnización se debe tomar en cuenta: “*los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso (el énfasis es agregado)*”.

Por lo tanto, **dicho artículo establece el derecho a recibir una indemnización por el daño moral resentido.** Pero, por otro lado, **obliga a que en la determinación de la “indemnización”, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable.**

La consideración de dichos elementos persigue el compensar a la víctima de manera justa. En tal sentido, se justifica que se determine el monto de la compensación atendiendo al bien jurídico lesionado y a la gravedad de la conducta de los demandados. Es decir, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quantum de la indemnización.

Como se advierte, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima,<sup>405</sup> sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño.

---

<sup>403</sup> *Íbid.*, p. 1281

<sup>404</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 532.

<sup>405</sup> En este sentido hay doctrinarios que sostienen que si el daño es dolor físico o psicológico, la indemnización debe limitarse a contribuir a sobrellevar tal dolor, sin ir más allá. Por lo tanto, en su

Finalmente, una indemnización que tenga en cuenta además del daño sufrido, el grado de responsabilidad del causante, no enriquece injustamente a la víctima. En efecto, el enriquecimiento ilegítimo tiene como presupuesto que no exista alguna causa legítima para enriquecerse,<sup>406</sup> siendo que en el caso la compensación se encuentra plenamente justificada a partir del derecho a una justa indemnización. Dicho derecho ordena que todas las personas que sufran daños sean resarcidas integralmente, por lo tanto, si al tomar en cuenta el grado de responsabilidad del causante se busca resarcir plenamente a la víctima, dicha indemnización se encontrará plenamente justificada. Siendo que, por otra parte, mediante la indemnización se logren fines sociales deseables.

*El monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta de la servidora público y el Poder Ejecutivo.*

#### **4.6.5.2 Parámetros de cuantificación del monto de la compensación del daño moral.**

Como se precisó, la compensación que se fije debe ser justa, por lo que para lograr dicho fin es necesario establecer parámetros que auxilien al juzgador a resarcir el daño causado. Lo anterior, atendiendo por un lado a tal derecho fundamental y, por otro, a la naturaleza de la institución del daño moral.

La valoración del daño moral y la cuantificación de su compensación pecuniaria constituyen motivos de auténtica preocupación en el derecho comparado y en la doctrina especializada. En efecto, sin duda alguna, resulta particularmente difícil establecer los parámetros que deberán tomarse en cuenta a la hora de fijar el quantum de la reparación. Su determinación oscila entre el margen de discrecionalidad que debe tener el juzgador para ponderar todos aquellos elementos subjetivos que intervienen en la calificación del daño, sus consecuencias y en lo que efectivamente debe ser compensado; y la arbitrariedad que puede generarse al momento de fijar dicha reparación sin explicitar los elementos que conducen al juzgador a arribar a dicha conclusión.

Conviene asimismo, no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la compensación que le corresponde. Se trata de dos operaciones distintas, donde si bien interviene el tipo de daño causado, y la valoración de su gravedad, la compensación puede responder a factores que van más allá de la afectación cualitativa que resintió la víctima. En efecto, valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, es decir establecer el tipo de derecho o interés moral lesionado, así como el grado de afectación que se produce a partir del mismo o, lo que es igual, “esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras”.<sup>407</sup>

---

critério, no deberían tomarse en cuenta ampliaciones a la indemnización del daño, como lo serían el lucro cesante, la pérdida de los placeres de la vida, el daño de disfrute u otros criterios similares. Ver Díez-Picazo, *Ob. Cit.*, p. 240.

<sup>406</sup> Artículo 1048.- El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

<sup>407</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p.419 nota al pie 3.

Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, esto es, determinar cuánto se debe pagar, **para alcanzar una justa indemnización que atienda a los fines de la institución prevista en el artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo**. Asimismo, si bien los intereses extra patrimoniales no tienen una exacta traducción económica, ello no debe dar lugar a dejar sin reparación al afectado. Existen diferentes formas de valorar el quantum indemnizatorio. Ciertamente en nuestro derecho se ha evolucionado de aquella que imponía en la reparación del daño límites bien tasados o establecidos a través de fórmulas fijas,<sup>408</sup> a la necesidad de su reparación justa e integral.<sup>409</sup> En esta evolución jurisprudencial, se inscribe el presente caso. Así, puede afirmarse que el régimen de ponderación del quantum compensatorio depende de la conceptualización del derecho a una justa indemnización, de la visión que nuestra tradición jurídica adopta de la responsabilidad civil y, en particular, del deber de mitigar los efectos derivados del daño moral.

En la presente exposición se ha puntualizado que el daño moral tiene repercusiones tanto patrimoniales como extra patrimoniales, las cuales a su vez pueden ser presentes o futuras. Se ha afirmado asimismo, que el carácter compensatorio del daño moral implica, por un lado el valorar el tipo de derecho o interés lesionado, esto es, ponderar el aspecto cualitativo del daño, y por otro, cuantificar sus consecuencias patrimoniales. A su vez, atendiendo a la literalidad del precepto ahora analizado y a la intención del legislador, **en la determinación del quantum compensatorio también deberá valorarse el grado de responsabilidad de la parte demandada, así como el aspecto social del daño causado, esto es, la relevancia o implicaciones sociales que pueda tener el hecho ilícito.**

Así, en la cuantificación del daño moral deben ponderarse los siguientes factores, los cuales a su vez pueden calificarse de acuerdo a su nivel intensidad, entre leve, medio o alto. Dichos modalizadores permitirán establecer el quantum de la indemnización.

#### **4.6.5.2.1 Respeto a la Víctima:**

**El aspecto cualitativo del daño o daño moral en sentido estricto:** Estos elementos deberán ser valorados prudencialmente por el juez, atendiendo a; 1) el tipo de derecho o interés lesionado, así como, 2) la existencia de un daño y la gravedad del mismo. **1) El tipo de derecho o interés lesionado.** El daño moral se determina en función de la entidad que el derecho o interés lesionado, así como en la pluralidad de los intereses lesionados. Aunque no es posible señalar que los derechos o intereses extra patrimoniales tienen mayor o menor valor, sí es posible determinar la importancia del valor o interés afectado. En ese sentido, puede asignarse como cuantificador de este aspecto del daño una afectación **leve, media o severa**. A su vez, la entidad del daño puede incrementarse debido a la pluralidad de intereses o derechos lesionados.<sup>410</sup> **2) La existencia del daño y su nivel gravedad.** Como se afirmó

---

<sup>408</sup> *Amparo en Revisión 75/2009*, resuelto el 18 de marzo de 2009, por mayoría de cuatro votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz (ponente), Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Sergio A. Valls Hernández, contra el emitido por el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

<sup>409</sup> *Amparo Directo en Revisión 1068/2011*, resuelto el 19 de octubre de 2011, por unanimidad de cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo (ponente), José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

<sup>410</sup> "Señala con razón Zavala de Gonzales que "...no es igual un hecho que únicamente lesiona la intimidad

anteriormente en todos aquellos casos en los que se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, la existencia del daño moral deberá presumirse, siendo que en el caso concreto estamos en dicho supuesto. No obstante en el resto de los casos el daño moral deberá ser probado. **Como elemento ponderador de la intensidad del daño resentido, debe valorarse su gravedad.** Es decir, el grado de la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima.<sup>411</sup> **La gravedad del daño puede calificarse de normal, media o grave.** Normalmente una persona que experimenta la pérdida de un ser querido, tiene una etapa que puede definirse un duelo “normal”, en el que la persona a pesar de sufrimiento, prosigue durante este período llevando una vida normal y no abandona sus responsabilidades laborales, sociales, familiares y personales. No obstante puede acreditarse un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como sucede en aquellos casos en que se pretende privar de la libertad por una orden de aprehensión injusta afecta profundamente la vida familiar y social. **2.1) Aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral:** En este aspecto el juez deberá valorar: a) **los gastos devengados derivados del daño moral**, estos pueden ser los gastos médicos derivados de las afectaciones a los sentimientos y psique de la víctima, si se demuestra que tal daño generó consecuencias médicas; y b) **los gastos por devengar.** En este rubro pueden ubicarse aquellos daños futuros (costo del tratamiento médico futuro, por ejemplo el costo de las terapias psicológicas durante el tiempo recomendado por el médico) o ganancias no recibidas derivadas de la afectación a los derechos y bienes morales, (por ejemplo, si derivado de una fuerte depresión la víctima se ve imposibilitada a trabajar). En tanto estos elementos tienen un aspecto patrimonial, el cual puede ser medible o cuantificable, no es necesario establecer moduladores al grado de afectación a este aspecto del daño.

#### **4.6.5.2.2. Respecto al servidor público y el Poder Ejecutivo:**

**El grado de responsabilidad.** Como se mencionó en otro apartado, la reparación del daño debe ser justa y además cumplir los fines propios del daño moral. Por lo tanto, la gravedad de la culpa debe ser tomada en cuenta, para disuadir el tipo de conductas que causan daños morales y cumplir con los demás fines sociales de la reparación. Así, a mayor gravedad de la conducta deberá establecerse una indemnización mayor. Esto es, **puede modalizarse la intensidad de la gravedad en leve, media y alta.** Para ello deberá ponderarse: *el bien puesto en riesgo por la conducta negligente; el grado de negligencia y sus agravantes; la importancia social de los deberes incumplidos a la luz del tipo de actividad que desempeña la parte responsable; entre otros factores.* En efecto, debe valorarse el **tipo de bien o derecho puesto en riesgo**; así como el número de personas que podrían haberse visto afectadas por los actos negligentes. Para calificar el **grado de negligencia**, deben valorarse sus **agravantes**, esto es, la maliciad, omisión, mala fe, intencionalidad, o si se trató de una

---

que si también menoscaba la reputación, ni la sola afectación estética que la acompañada con una efectiva perturbación síquica con ribetes patológicos, etcétera”, en Resarcimiento de daños, t.4, “Presupuestos y funciones del Derecho de daños”, Vol. 112, p.510.”

<sup>411</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p.428. “Se ha ponderado: la personalidad del damnificado, su edad, sexo, condición social, si el damnificado es directo o indirecto, entre muchas otras circunstancias concretas.”

actitud negligente.<sup>412</sup>

Por otro lado, es necesario observar la **relevancia social del hecho**, esto es, la importancia de generar una cultura de responsabilidad, a la luz del tipo de actividades que realiza la responsable. Esto es, el evaluar la necesidad de colocar incentivos que logren disuadir tales conductas. Los aspectos anteriores **deben analizarse a la luz de los deberes legales incumplidos, los deberes genéricos de responsabilidad del desarrollo de la actividad que generó el daño** y por supuesto, basarse en material probatorio.

**Situación económica.** En tanto la reparación por daño moral tiene una faceta punitiva y resarcitoria, debe valorarse la capacidad de pago de la responsable para efectivamente disuadirla a cometer actos parecidos en el futuro. Aunque la situación económica de la responsable no es definitoria el quantum compensatorio derivado del daño moral, es un elemento que debe valorarse, especialmente en aquellos casos, como en este, en los que la responsable obtiene un beneficio o lucro por la actividad que originó el daño. Así, también debe tomarse en cuenta si la parte responsable recibe un beneficio económico por la actividad que afectó los derechos e intereses de la víctima.

Lo que se persigue es no desconocer **que la naturaleza y fines del daño moral “no permite una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resulta de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado al que se arriba”**.<sup>413</sup> La suma que se imponga debe ser razonable, cumplir con el objeto de reparar pero también de disuadir.

#### **4.6.6 Determinación del monto de la compensación derivada del daño moral.**

Referente a los *parámetros de cuantificación del monto de la compensación del daño moral*, se destacaron ya una serie de componentes que deben ser considerados por el juzgador con el fin de lograr una justa indemnización. Se señaló así, que debería ponderarse, respecto a la víctima: a) El aspecto cualitativo del daño o daño moral en sentido estricto, el cual se compone a su vez de la valoración de: 1) el tipo de derecho o interés lesionado, 2) la existencia del daño y 3) la gravedad de la lesión o daño. b) El aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral. En este aspecto el juez deberá valorar: 1) los gastos devengados derivados del daño moral, y 2) los gastos por devengar. En cuanto a la parte demandada: 1) su grado de responsabilidad y 2) su situación económica.

De igual forma, se estableció que puede calificarse la intensidad a la afectación de dichos factores como baja, media y alta. Si bien tales modalizadores no pueden traducirse en sumas de dinero específicas, sí pueden ayudar a discernir con mayor objetividad el grado de daño sufrido, así como su justa retribución.

##### **4.6.6.1 En la víctima:**

---

<sup>412</sup> Díez Picazo, *Ob. Cit.*, p. 529.

<sup>413</sup> En similares términos resolvió el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en la sentencia “Marshall, Daniel A.”, TS Córdoba, Sala Penal, 22/3/84, JA, 1985-I-215.

**Aspecto cualitativo:**

**a) El tipo de derecho o interés lesionado.** En el sumario se acreditará la afectación a los sentimientos, afectos e integridad psíquica, ante la conducta indebida por parte del servidor público. A su vez, dichos derechos tienen una entidad o importancia **elevada**, dado que se trata de un acto ilícito en mi contra.

**b) La existencia del daño y su gravedad.** Ahora bien, por lo que hace a la existencia del daño y su nivel de gravedad, se señaló que esta consiste en el grado de la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima.

Se considera una conducta ilícita por parte del Agente de Ministerio Público que ejercito la acción penal y de reparación del daño, puesto que se estima que existió ignorancia, omisión, impericia o negligencia al integrar la averiguación previa e incluso al consignar y ejercer acción penal; lo anterior es así habida cuenta que violenta con ello el artículo 21 constitucional que consagra una garantía para la protección de varios derechos fundamentales, entre ellos, la libertad personal y el debido proceso. Con el actuar del agente del ministerio público, se contravienen los Derechos Humanos atendiendo que de conformidad con lo estatuido en el ordinal 20, apartados A, y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el objetivo primordial es garantizar que el poder punitivo del Estado sea mediante un proceso justo, lo que implique la integridad los derechos fundamentales de los indiciados como el de no declarar, no auto incriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura, no ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención; asimismo, entraña una prohibición para el Estado de no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado. Lo anterior en concordancia con los numerales 7, 8 y 25<sup>414</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9, numerales 1 y 4<sup>415</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en lo medular refieren que nadie puede ser privado de su libertad personal -salvo por las causas y en las condiciones estipuladas por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas, así como las garantías judiciales y protección judicial de que goza toda persona; y atento al principio pro persona-; luego entonces la omisión del Ministerio Público de analizar que habían sido ofrecidas probaturas en la indagatoria y que estas no fueron desahogadas por causa imputable al mismo, contraviene los derechos de defensa adecuada y debido proceso, los cuales son de especial atención, prerrogativas que como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.

Máxime que, de conformidad con el artículo 14 en relación con el 20, apartado B,

---

<sup>414</sup> Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. Artículo 8. Garantías Judiciales. Artículo 25. Protección Judicial.

<sup>415</sup> ARTÍCULO 9 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

fracción VIII,<sup>416</sup> ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tutelan el derecho al debido proceso, el cual lleva inmerso el de adecuada defensa que implica el derecho de las partes a comparecer en la averiguación previa a ejercer su defensa, antes de que sea modificada su esfera jurídica, lo que implica que debe tratarse al individuo como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como un objeto de éste; en un juicio de ponderación entre el derecho humano de defensa adecuada, reconocido en el citado artículo 20 constitucional, respecto de la prerrogativa que le asiste al indiciado de ofrecer y desahogar pruebas durante la fase de averiguación previa. Lo anterior, toda vez que como prevén los artículos 35 y 36 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán, la averiguación previa a la consignación a los tribunales -que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejerce o no la acción penal-, constituye parte del procedimiento penal, de manera que durante ésta debe tutelarse efectivamente el derecho fundamental de defensa adecuada del inculpado, en virtud de que la investigación del delito y del delincuente debe operar sistemáticamente con aquellas normas que dan estructura, organización y funcionalidad a la impartición de justicia, lo que obliga a las autoridades a armonizar y ponderar tanto los derechos de la víctima u ofendido, como los de los justiciables; por lo que desde la averiguación previa debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la condición de inocente que se reconoce a todo inculpado; por ello, la necesidad de tutela efectiva a su derecho humano de adecuada defensa, implica obtener aquellos medios probatorios que ofrece el inculpado para desvirtuar el hecho atribuido.

**Aspecto patrimonial:** Como se señaló, en este rubro deberán computarse los gastos efectuados al momento de dictarse sentencia y los gastos futuros esperados derivados del daño moral.

#### 4.6.6.2 En la parte demandada:

**1) El grado de responsabilidad.** Del resumen de hechos, así como de las pruebas con base en las copias certificadas exhibidas –así como con las probaturas que se desahoguen en el sumario- se evidencia la negligencia de la hoy parte demandada, con lo cual se acredita

---

<sup>416</sup> Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho. Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. B. De los derechos de toda persona imputada: VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

un **alto grado responsabilidad**. En efecto, a la luz de los deberes legales, que debían observar, se considera que se afectó la vida, no sólo de Víctima, se acreditó una conducta negligente grave; y que los hechos que dieron lugar a los daños causados deben tener repercusión social. En efecto, como se acreditó en la parte referente a la acreditación de la responsabilidad subjetiva, la parte demandada incurrió en una serie de **conductas ilícitas**, las cuales además, se pueden calificar de **graves**. Debe ponderarse la **alta relevancia social** de las conductas y omisiones antes descritas. Es de la mayor importancia que la función pública sea cuidadosa en cumplir con los deberes legales a su cargo. Al reprocharse severamente su negligencia, se persigue un fin social y se colocan incentivos tendentes a proteger los derechos e intereses de todo ciudadano.

**2) Su situación económica.** Se considera que si bien el servidor público pudiera no tener una situación económica alta, ya que adolece de bienes inmuebles registrados a su favor, lo mismo no acontece con el Poder Ejecutivo del Estado ya que cuenta con una **situación económica alta, deducida de los ingresos que percibe en la recaudación de impuestos y de las aportaciones federales que percibe.**

#### **4.6.6.3 Respetto del Poder Ejecutivo del Estado.**

Se considera que su grado de **responsabilidad es grave**, puesto que por conducto de la hoy denominada Fiscalía General de Justicia omitió la capacitación del servidor público para el debido desempeño de sus atribuciones y que genero la consignación de la indagatoria y el libramiento de una orden de aprehensión en contra del suscrito de manera ilegal.

En tal sentido, **dada la grave afectación a los derechos de la víctima, el alto grado de responsabilidad de Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo y su alta capacidad económica, el quantum de la indemnización debe ser igualmente severo**, lo que así deberá ser determinado en la sentencia que a exprofeso sea dictada; lo anterior considerando que los intereses extraparimoniales no tienen una exacta traducción económica, que no debe dar lugar a dejar sin reparación a la parte afectada y, al contrario, el juzgador civil, a fin de no dejar de lado su obligación del ejercicio de la jurisdicción, debe atender a la afectación producida, el grado de responsabilidad del activo, la situación económica del responsable y la de la víctima para efecto de determinar, en un supuesto, las consecuencias patrimoniales del daño moral, así como las demás consecuencias o circunstancias que aprecie del caso, pero no abstenerse de hacer el pronunciamiento respectivo, acorde con el cúmulo probatorio y esto evidentemente a pesar de la falta de demostración del monto concreto reclamado.

*El Estado de Michoacán de Ocampo, se encuentra obligado a responder del pago de los daños y perjuicios causados por su servidor público, ya que con motivo del ejercicio de sus atribuciones que le encomendó tiene responsabilidad solidaria por tratarse de hechos ilícitos dolosos, y subsidiaria en los demás casos; de lo que se sigue, que dicha responsabilidad será efectiva en contra del Estado en el escenario que el servidor público no tenga bienes o los que tenga no fuesen suficientes para responder de los daños y*

***perjuicios causados por su servidor público. Lo anterior de conformidad con lo estatuido por el ordinal 1095 del Código Civil para el Estado de Michoacán.***

En la especie es dable la observancia del siguiente criterio que a la letra reza: **RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO. PARA DETERMINARLA ES SUFICIENTE ATENDER A LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE LA ENTIDAD INVOLUCRADA Y EL SERVIDOR PÚBLICO DIRECTAMENTE RESPONSABLE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).**<sup>417</sup> *No es correcto absolver a una entidad del poder público respecto de daños y perjuicios causados por sus servidores públicos en ejercicio de las atribuciones que tengan encomendadas, basándose en el hecho de que la conducta, en sus vertientes de acción u omisión, no haya sido cometida directamente por alguna dependencia, organismo o por la propia organización estadual centralizada. Así es, porque la responsabilidad del Estado por actos de sus servidores públicos está inscrita, conforme a la legislación sustantiva civil para el Distrito Federal, en el más amplio sistema de responsabilidad por hecho ajeno, en el que dicha responsabilidad se atribuye por ostentar determinada condición, o sea, persona moral, titular de la patria potestad, tutor, patrón o Estado, entendido como el ente que ejerce el poder central de dominio dentro de la organización del mismo nombre integrada también por territorio y población. Sin embargo, mientras la responsabilidad indirecta de las personas físicas obligadas a satisfacer el pago de daños y perjuicios es de carácter subjetivo, al apoyarse en la culpa, ya sea in educando, in vigilando o in eligendo, y esa culpa, de acuerdo con los artículos 1918, 1919, 1920, 1921, 1923, 1924 y 1925 del Código Civil para el Distrito Federal, se presume iuris tantum, por lo que existe una inversión de la carga probatoria para los obligados a la responsabilidad por hecho ajeno o indirecta a fin de que demuestren que fue imposible evitar los daños y perjuicios, o bien que ninguna culpa o negligencia se les puede imputar; tratándose de personas morales, y en específico del Estado, el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal prevé una responsabilidad indirecta análoga a la que deriva de hecho ajeno o proveniente de tercero, porque la condena al pago de la reparación al ente obligado depende de que esté demostrada la responsabilidad del servidor público, y de demostrarse operará la condena en forma subsidiaria, si es que el patrimonio de éste no basta para responder de la condena, por lo que se funda en una responsabilidad subjetiva, que se apoya en la culpa, en cuanto que debe probarse la culpa del servidor público, esto es, de forma adicional, tiene que demostrarse que es el directamente responsable, por haber causado el daño en ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, o sea, por hecho ilícito en ejercicio de las atribuciones que les estén encomendadas, y será una responsabilidad solidaria tratándose de actos ilícitos dolosos y subsidiaria si no se demuestra el dolo del servidor público. De manera que, para determinar la responsabilidad del Distrito Federal como entidad pública involucrada es suficiente con atender a la relación de dependencia entre ella y el servidor público que directamente llevó a cabo la conducta contraria a las características del servicio público. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 758/2006. Enriqueta Solórzano Robles. 11 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl*

<sup>417</sup> **Época: Novena Época. Registro: 172915. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Marzo de 2007. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.602 C. Página: 1774.**

#### 4.6.7 Aplicación jurisprudencial y doctrinal

En vía de orientación es dable la observancia de las Tesis pronunciadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los rubros y textos siguientes:

*DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS.*<sup>418</sup> *Mediante la compensación del daño se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Así, dicha medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evitar tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas. A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como "daños punitivos" y se inscribe dentro del derecho a una "justa indemnización". Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo 31/2013. Admivac, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.*

*DAÑOS PUNITIVOS. ENCUENTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.*<sup>419</sup> *El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la "indemnización", se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el cuántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal conclusión*

---

<sup>418</sup> Época: Décima Época. Registro: 2006958. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.). Página: 142.

<sup>419</sup> Época: Décima Época. Registro: 2006959. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCLXXI/2014 (10a.). Página: 143.

*también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982. Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo 31/2013. Admivac, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.*

## CAPÍTULO V

### EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMÚN NORTE AMERICANO

#### 5.1. Panorámica de la teoría general del daño

El reconocimiento de daños en el Derecho común norteamericano surge como una materia con identidad propia en el año 1859, con la publicación del primer tratado sobre actos ilícitos, denominados *torts*, seguido por la publicación del primer libro de casuística relacionada al tema en el año 1874.<sup>420</sup> Los *torts* en los Estados Unidos tienen como base legal el *common law*, tanto a nivel federal como a nivel estatal y tratan las lesiones a los derechos privados e individuales del ser humano, mientras que los delitos atienden las ofensas que atentan contra intereses públicos. El sistema judicial norteamericano es complejo en la medida que cada uno de los cincuenta Estados y los territorios cuentan con gobiernos independientes, con sus respectivas Constituciones y la capacidad de legislar y establecer estructuras judiciales independientes. Para armonizar todos esos intereses, existe el gobierno federal, con una Constitución federal y un congreso y un sistema de justicia que impera sobre las jurisdicciones estatales. En cada uno de los niveles, federal y estatal, los jueces poseen un rol importante en la definición de lo que constituyen actuaciones ilícitas y la forma en que se reparan. Esto, sin detrimento de los principios esbozados en la Constitución o legislaciones especiales que tipifican conductas legalmente erróneas o injustas.<sup>421</sup> En el sistema de Derecho común norteamericano, existen disposiciones legales, algunas de rango constitucional, que contemplan parámetros relacionados con la concesión de daños en materias específicas, los que resultan vinculantes para los jueces, pero esto es la excepción y no la norma.

El sistema norteamericano de tipicidad de los daños consiste en un trinomio de actos ilícitos basados en: (1) actos culposos donde media negligencia, *negligent torts*; (2) actos culposos donde hay intención, *intentional torts*; o (3) supuestos de responsabilidad objetiva, también denominado *strict liability*.

Las determinaciones judiciales en los casos de daños pueden ir dirigidas a vindicar los perjuicios y en ocasiones dar un escarmiento al demandado para desalentar conductas inadecuadas. A esos efectos, las sentencias pueden ir dirigidas a vindicar bienes patrimoniales, extra patrimoniales y/o a imponer daños punitivos, tema sobre el cual abundaremos más adelante. El propósito u objetivo del Derecho de daños, en el sistema norteamericano, es la reparación del perjuicio causado a las víctimas y disuadir a los ciudadanos de incurrir en conductas indeseables. De igual manera, algunos tratadistas insisten que otro de los propósitos principales es conseguir justicia social correctiva entre los

---

<sup>420</sup> SHAPO, M., SHAPO, M., *Principles of Tort Law*, Vol. 3, 2d Ed., West, 2003, p. 4.

<sup>421</sup> DOBBS, D.B., *The Law of Torts*, Saint Paul, MN: West Group, 2000, p. 1.

individuos, seguido por la necesidad de responder a la naturaleza dinámica de tecnología cada vez más sofisticada, el deseo de proveer estándares de conducta relativamente claros, proteger expectativas, reducir costos administrativos en el sistema de justicia, mantener la certeza y predictibilidad de la ley.<sup>422</sup>

Por su parte, la sección 901 del *Restatement (Second) of Torts*, dispone que los objetivos de las acciones en daños son los siguientes: (1) compensar, indemnizar o restituir por el sufrimiento experimentado como consecuencia de los daños; (2) determinar derechos; (3) castigar al causante del daño a la vez que se desarraiga la conducta injusta o dañina; y (4) vindicar a las partes, otorgando un remedio para disuadirlos de incurrir en represalias, violencia o tomar la justicia por sus propias manos. Con relación al sistema de clasificación de los daños, encontramos que se trata de un sistema más limitado que el conocido en las jurisdicciones de Derecho civil estudiadas. Los daños están predeterminados por el trinomio y aunque los tribunales tienen la capacidad de reconocer nuevas categorías en su ejercicio jurisprudencial, la visión ha resultado más limitada de lo que podríamos esperar de una jurisdicción de Derecho común.

## 5.2 Clasificación de los *torts*

El primer asunto del que me ocupo, en el ejercicio de clasificación, es la terminología utilizada para el manejo de los daños no económicos o morales en Los Estados Unidos de América y cómo comparan los mismos con los utilizados en el Derecho civil y que ya hemos enumerado. La acción en daños y perjuicios en el Derecho común, se denomina *torts*, palabra acuñada del léxico francés para denominar daño, perjuicio, falta, conducta deshonesto y torcida. El *tort* se define como un evento, un ilícito civil, distinto del incumplimiento contractual, que surge como consecuencia de la acción u omisión de una persona que, como resultado final, causa daños al cuerpo humano, a la personalidad, a la propiedad o afecta intereses económicos, o no económicos de otro. También se le llama “*torts*” a las compensaciones económicas que recibe el demandante o la víctima como resultado de la acción judicial de responsabilidad civil llevada a cabo.<sup>423</sup>

La ley establece que se debe adjudicar responsabilidad civil y requerir compensación por parte de la persona que ha causado el daño en las circunstancias donde se pruebe la misma.<sup>424</sup> Los tribunales, por su parte, han determinado que la función principal de la ley de *torts* es compensar a los demandantes por los daños sufridos ilegalmente en manos de otros.<sup>425</sup> Conforme al Black’s Law Dictionary, la figura del *torts* es el ilícito civil, no relacionado con el incumplimiento de contrato, que puede generar un remedio que se obtiene mediante una reclamación de daños y perjuicios. Es el quebranto de un obligación o deber que la ley impone hacia los demás. Dentro de esta modalidad podemos encontrar la violación a la *lex artis* cuando los profesionales se alejan de los deberes impuestos por profesiones reguladas, como

---

<sup>422</sup> HARPER, F.; JAMES, F. Jr., *The Law of Torts*, Boston: Little Brown & Co. sec. 25.5A, p. 7-9.

<sup>423</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, op. cit., p. 90.

<sup>424</sup> Restatement Second, Torts §902; DOBBS, D.B., op. cit., p. 1-45.

<sup>425</sup> *Coats v. Dish Network, L.L.C.*, 303 P.3d 147 (2013); *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (1979).

la medicina, el derecho, la ingeniería, entre otros. Al igual que en el Derecho civil, para que prospere una acción de Daños y perjuicios o “*torts*”, tiene que existir una violación de un deber al demandante, que no tiene que estar expresamente reservado en la ley. El mal u ofensa puede surgir dentro del marco extracontractual, afectando individuos, intereses o propiedades. Pudiera ser (1) una invasión directa de algún derecho legal del individuo, (2) la infracción de un deber público para el cual el individuo devenga daños especiales, o (3) la violación de alguna obligación privada para el cual el individuo devenga daños similares.<sup>426</sup> Los tribunales han definido el término como un daño civil que puede ser reparado con una concesión monetaria.<sup>427</sup> Al igual que sucede con los daños morales en las jurisdicciones civiles, los tratadistas norteamericanos han intentado definir un *tort* por sí mismo, pero existe la tendencia a decir lo que no es. Conforme a PROSSER y KEETON, el *tort* no es un delito o crimen penal, tampoco es un incumplimiento contractual.<sup>428</sup> Esto no quiere decir que no se puedan generar daños o *torts* como consecuencia de actos criminales o incumplimientos contractuales.<sup>429</sup> Según WRIGHT, el objeto de los *torts* es proveer una compensación por las pérdidas que se generan en las actividades cotidianas de una sociedad que ha evolucionado y que se caracteriza por la competitividad y el ejercicio de derechos que de alguna manera u otra pueden afectar a otros.<sup>430</sup>

El Derecho común norteamericano clasifica los daños relacionados al *Torts* en tres categorías generales: daños intencionales, daños por negligencia y daños por responsabilidad absoluta.<sup>431</sup> A pesar de que el estudio de los *torts* se divide en estas grandes categorías, hay quienes afirman que no existen clasificaciones reales, sino múltiples supuestos no relacionados entre sí donde se configuran los *torts*.<sup>432</sup> Con el fin de mantener uniformidad con la doctrina que impera en los EUA, pasamos a discutir las tres categorías principales de los *torts*.

### 5.2.1 *Torts* intencionales<sup>433</sup>

Los daños intencionales son aquellos donde el demandado sabía o debía saber que ocurrirían como consecuencia de sus actos. El daño acaecido surge como consecuencia de la conducta culposa e intencional del demandado y se podría configurar, por ejemplo, cuando una persona golpea a otra de manera deliberada, causando un perjuicio que puede trascender a la esfera patrimonial o extra patrimonial de la víctima. Para que prospere una causa de acción por *torts* intencionales, el demandante tiene que establecer el elemento de intención.

---

<sup>426</sup> GARNER, B.A., op. cit., 10<sup>a</sup> ed., p. 1717-1718; MARTIN, E.A., *A Dictionary of Law*, 5<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 2002, p. 500 y ss.

<sup>427</sup> *Smith v. United States*, 507 U.S. 197 (1993).

<sup>428</sup> PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 2.

<sup>429</sup> LEE, R.W., “Torts and Delicts”, *The Yale Law Journal*, vol. 27, n<sup>o</sup> 6, April 1918, p. 721 y ss.

<sup>430</sup> WRIGHT, C.A., “Introduction to the law of torts”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 8, n<sup>o</sup> 3, 1944, p. 238 y ss.

<sup>431</sup> Cornell University of Law, Legal Information Institute, 19 de agosto de 2014, <http://www.law.cornell.edu/wex/tort>.

<sup>432</sup> GOODHEART, A.L., “The foundation of Tortious Liability”, *The Modern Law Review*, vol. 2, n<sup>o</sup> 1, junio 1938, p. 1 y ss.

<sup>433</sup> También se les conoce como “*intentional tort, willful tort*”.

Entre los perjuicios reconocidos en esta categoría se encuentran: a) **“Battery”**, traducido como lesiones personales, se define como un acto intencional mediante el cual se entra en contacto con otra persona con el fin de causarle daño, ofenderla o con el propósito de realizar una aprehensión inminente. Se puede manifestar también cuando se aplica fuerza a otra persona sin su consentimiento.<sup>434</sup> El contacto físico puede ser con cualquier pieza u objeto que tenga la persona, independientemente del grado de fuerza que se emplee la misma causa una ofensa o insulto a la víctima.<sup>435</sup> El elemento de la ausencia de consentimiento es tan importante como la intención del demandado en incurrir en la conducta para que se configure este tipo de daño. El contacto puede ser a la parte perjudicada o a cualquier pertenencia o cosa que se considere conectada de alguna forma a ésta, por ejemplo, el bolso de una dama, el vehículo donde se encuentra la parte perjudicada, la vestimenta que lleva puesta, entre otros. En esta causa de acción también se pueden generar daños por rebote si se lesiona a una persona a quien no iba dirigido el ataque. b) **“Assault”** o asalto, es la acción de intimidar a otra con inferirle una agresión inmediata y que la víctima sienta temor razonable de que sufrirá un daño físico inminente.<sup>436</sup> La acción no se tiene que concretar para que se configure, es decir, se manifiesta aunque falle el intento, siempre que la víctima sienta un miedo racional. La referencia para determinar si se configura el ilícito es la figura de la *persona prudente y razonable*. Debe existir un acto manifiesto que unido a expresiones puedan causar aprensión a la parte afectada.

1. **“False Imprisonment”** es la detención ilegal, que se configura cuando una persona tiene la intención de limitar el movimiento de otra y para lograrlo la confina a un espacio. La víctima ha de estar consciente del estado de privación de libertad en el que se encuentra en contra de su consentimiento y del daño que ha sufrido. Por lo general se amenaza con infligir daño a la víctima, o una persona cercana, si se marcha o trata de evadirse. 2. **“Intentional Infliction of Emotional Distress”** es la imposición intencional de angustia emocional, que se configura al participar de una conducta extrema o escandalosamente indignante que previsiblemente causará daño o perjuicio a la víctima.<sup>437</sup> Están presentes los elementos de imprudencia crasa, deseo y conocimiento. En algunas jurisdicciones se requiere que haya manifestaciones físicas en la víctima para reconocerla, como lo sería desmayos, vómitos, sudoración, entre otras. Para que se considere un daño, la ofensa tiene que ser de tal grado que afectaría al hombre prudente y razonable de sensibilidades ordinarias.<sup>438</sup> 3. **“Trespass to Land”** o entrada ilegal a la propiedad ajena, se configura cuando voluntariamente y a sabiendas se entra, sin autorización, a la propiedad de otro o se autoriza la entrada a un tercero.<sup>439</sup> Para que se configure tiene que haber intromisión o uso de la propiedad ajena sin que medie autorización del dueño, aunque sea de manera temporera. 4. **“Trespass to Chattel”**

<sup>434</sup> GARNER, B.A., op. cit., 10<sup>a</sup> ed., p. 182; MARTIN, E.A., op. cit., p. 46.

<sup>435</sup> PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 39-41.

<sup>436</sup> GARNER, B.A., op. cit., 10<sup>a</sup> ed., p. 137; MARTIN, E.A., op. cit., p. 34. Sobre el temor, hay individuos que consideran que no es un elemento requerido para que se configure el *tort*, pero los tribunales han manifestado una tendencia a requerir la presencia del temor de la víctima para reconocer el daño.

<sup>437</sup> GARNER, B.A., op. cit., 7a ed., p. 542.

<sup>438</sup> PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 63.

<sup>439</sup> GARNER, B.A., op. cit., 10<sup>a</sup> Ed., p. 1733-1735.

o transgresión de bienes muebles, se manifiesta cuando la actuación va dirigida a despojar al dueño legítimo de un bien mueble de su propiedad, utilizar la misma sin autorización. Se toma en consideración el tiempo en el que se privó de la propiedad mueble a su dueño, el efecto del tiempo sobre el bien mueble, los daños físicos que se hayan podido ocasionar al dueño. Cuando se pierde la utilidad del bien mueble o el control absoluto del mismo, se utiliza el término “*conversion*” para denominar el daño causado.<sup>440</sup> 5. “*Conversion*”, consiste en la apropiación ilícita de bienes muebles, tratándolo como propio. La diferencia entre este ilícito y el anterior es que la interferencia sobre el bien mueble es a tal grado que tiene el efecto de despojar al dueño original del bien. Al igual que los otros ilícitos intencionales, la conducta del demandado tiene que ser la causa directa o indirecta del daño. 6. “*Defamation*” o difamación que va dirigida a proteger las personas contra publicaciones calumniosas y libelosas, pero con la peculiaridad de que cada Estado define los términos y podrían encontrarse diferencias en la valoración de la figura. Los ciudadanos norteamericanos poseen una protección de rango constitucional, consagrada en la Primera Enmienda de la Constitución Federal de los EUA. 1. “*Libel*” o libelo es una afirmación difamatoria que se expresa por escrito, imágenes, signos o cualquier otro medio impreso. No requiere que se verbalice la ofensa, sino que basta con la prueba de la publicación. 2. “*Slander*” traducido como calumnia es una afirmación verbal que resulta difamatoria realizada por medios verbales, gestos o cualquier otra forma permanente. En los casos de difamación, el estado de derecho vigente requiere que el demandante establezca los siguientes elementos: (a) un mensaje difamatorio, (b) generalmente acerca de la persona del demandante, (c) publicación del mensaje difamatorio y (d) que una tercera persona entienda el mensaje. Estos elementos, a su vez, están sujetos a consideraciones constitucionales como: (1) naturaleza del demandante (figura pública o privada), (2) naturaleza del mensaje difamatorio (asunto público o privado) y (3) la intención del demandado con respecto a la publicación del mensaje. 3. “*Nuisance*”, es definido como molestia, inconveniente o estorbo causado por la interferencia de una persona con la propiedad de otro o sobre la propiedad de otro, afectando el uso y disfrute pacífico de la misma. Puede ser de carácter público si se lesiona un derecho común de la sociedad o privado si los intereses lesionados son exclusivamente privados.

Los elementos del caso de molestia pública son: (1) una interferencia irrazonable (2) con un derecho común del público en general. Por otro lado, los elementos de la causa de acción por molestia privada son: (1) interferencia sustancial e irrazonable por parte del demandado (2) con el uso y disfrute de la propiedad del demandante. Vemos que en los dos casos hay que probar que el demandado está ejerciendo cierta clase de interferencia que afecta derechos del demandante. Como en todo caso de daños, es necesario establecer el nexo causal entre la interferencia y el daño. El agravio causado no puede ser una mera molestia pasajera, sino que tiene que ser de tal magnitud que impida el uso y disfrute del bien afectado.

El *nuisance* público ha tomado auge en los EUA por varios casos notorios donde se atacó las compañías que emiten gases, alegando que contribuyen al calentamiento global. El más reciente y notorio es el caso en el que varios Estados instaron una reclamación contra una

---

<sup>440</sup> GARNER, B.A., op. cit., 7<sup>a</sup> ed., p. 333; MARTIN, E.A., op. cit., p. 116.

empresa generadora de energía porque se alegaba que al quemar el carbón para producir energía se contaminaba el ambiente y producía un estorbo público.<sup>441</sup> El Circuito de Apelaciones permitió que el caso continuara bajo una denominación creada por el tribunal y llamada “*the federal common law of nuisance*”, pero el TSEUA lo desestimó por un aspecto jurisdiccional, ya que al amparo de la Ley de Aire Limpio, *Clean Air Act*, la entidad para ventilar ese tipo de asuntos es la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés). De igual manera se han demandado por esta causa de acción compañías manufactureras de armas, de pinturas a base de plomo, gasolina con aditivo MTBE, entre otros.<sup>442</sup> Cuando hablamos de *nuisance* privado el daño se limita a una persona privada o un grupo limitado. Por ejemplo, en *Rose v. Chaikin*, 187 N.J. Super. 210 (1982), se determinó que el ruido puede constituir una molestia privada si afecta la salud y la comodidad de personas comunes en la vecindad y resulta objetivamente irrazonable. Para que prospere la causa de acción, las circunstancias tienen que probarse de manera clara y convincente.

Los elementos de una causa de acción por *daños intencionales* son: (1) un acto voluntario, (2) intención (la intención puede ser demostrada por el deseo de que el acto cause el daño o el saber que el daño con toda certeza, puede suceder), (3) relación causal, (4) el sufrimiento de un daño y (5) la ausencia de un privilegio o defensa que permita al demandado realizar el acto causante del daño.

### 5.2.2 *Torts* de responsabilidad absoluta

Los daños de responsabilidad absoluta surgen cuando una acción en particular causa un daño, independientemente del grado de cuidado o la intención del demandado y está legalmente determinado que constituye una responsabilidad de carácter absoluto. Puede configurarse cuando el proveedor comercial de bienes o productos es responsable por perjuicios causados por un producto que resulta irrazonablemente peligroso. En EUA se consideran dentro de esta categoría los daños relacionados con: (1) *strict product liability* o la venta de productos que se son defectuosos en su manufactura, diseño o mercadeo, así como productos altamente contaminantes, como lo podrían ser productos radiactivos, dinamita o químicos, entre otros; (2) daños en el ejercicio de actividades de peligro excepcional; (3) daños causados por animales salvajes en áreas domésticas. En estos casos el demandado es responsable por los daños ocasionados al demandante independientemente de su nivel de cuidado. Con relación a ciertas actividades, la política pública es la de imponer responsabilidad independientemente del cuidado ejercido por el demandado; y (4) responsabilidad indirecta o *vicarious liability*, cuando así la ley lo dispone.

En los casos de responsabilidad absoluta por productos defectuosos, denominado en inglés *strict products liability*, una vez establecido que los demandantes y los demandados son los apropiados, el demandante tiene que establecer los siguientes elementos de la causa de acción para poder prevalecer; (1) existencia de un defecto; el defecto puede darse en una

---

<sup>441</sup> *Connecticut v. American Electric Power Co.*, 406 F.Supp. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005); 131S.Ct. 813 (2010).

<sup>442</sup> *City of Chicago v. Beretta USA*, 821 N.E.2d 1136 (Ill 2004); *Ganim v. Smith & Wesson Corp.*, 780 A.2d 98 (Conn. 2001) en el caso de armas; *Gramlin v. Mallett*, 285 Wis.2d 236 (Wis. 2005), *Gibson v. American Cyanamid Co.*, 07-C-864 (E.D. WI) y *Statev. Lead Industries Assn.*, 951 A.2d 428 (RI 2008) en el caso de pintura de plomo.

de tres maneras, a saber: defectos de manufactura, defectos en el diseño o ausencia de advertencias, (2) relación causal entre el defecto y el daño y (3) el sufrimiento de un daño.

Otra vertiente de la responsabilidad por productos defectuosos es la teoría de negligencia por productos defectuosos (*products liability on a negligence theory*). Bajo la teoría de negligencia, el demandante tiene que establecer un mayor grado personal de culpa por parte del demandado. Los elementos de esta causa de acción son: (1) la existencia de un deber; este deber aplica sólo hacia demandantes previsibles y no requiere una relación contractual entre el demandante y el demandado; (2) el incumplimiento con el deber impuesto. Es importante destacar que el hecho de que un producto sea defectuoso no establece de forma automática que cada demandante en la cadena de distribución incumplió con su deber; el demandante tiene que establecer que cada demandado actuó sin el debido cuidado; (3) Relación causal entre el incumplimiento del deber y el daño; y (4) el sufrimiento de un daño real.

La legislación relacionada con productos defectuosos también permite que se insten reclamaciones cuando los productos defectuosos son el resultado de actos negligentes o intencionales, cuando se incumple una garantía de manera implícita y explícita. La primera, está relacionada con las garantías que extiende el manufacturero y el cumplimiento de las mismas, mientras que la segunda, está basada en las representaciones que hacen al cliente al momento de la venta y las aseveraciones sobre las garantías del producto. En el Derecho común, estas manifestaciones del vendedor son vinculantes y pueden ser base para el reclamo de responsabilidad. No se pueden confundir las expresiones del vendedor sobre los términos de la garantía con la tergiversación, que es otra modalidad dentro de la responsabilidad por productos defectuosos. Esta se configura cuando se hace al consumidor una representación sobre los atributos, funciones y características esenciales del producto y esta es la base racional para la adquisición del producto.

Las actividades de peligro excepcional son aquellas que se caracterizan por ser extremadamente arriesgadas y ponen por consiguiente a las personas o propiedades cercanas a ellas en riesgo patente de sufrir un daño. Este tipo de actividad por lo general no es habitual en el área donde se desarrolla.

La responsabilidad por daños causados por animales salvajes en áreas domésticas se ha extendido a animales domésticos cuando su conducta es agresiva y pone en riesgo a otros. Hay Estados, Municipios y Condados que han establecido regulaciones donde se impone responsabilidad absoluta a los dueños de perros que son agresivos, independientemente de si se conocía o no si el animal era propenso a una conducta agresiva hacia los demás.

La responsabilidad indirecta o *vicarious liability* es análoga a la que contiene el art. 1903 del CCE al imponer responsabilidad por las personas de quienes se debe responder.

En EUA se aplica en determinados casos, el principio legal de *res ipsa loquitur* cuya traducción literal es '*la cosa habla por sí sola*'. Conforme al *Restatement (Second) of Torts*, §328D, para que se configure la responsabilidad absoluta en estos casos hay que inicialmente evaluar si el evento es usualmente causado por un acto negligente y luego determinar si el demandante tenía control absoluto sobre las circunstancias que causan el accidente. Por

último, tiene que existir un deber del demandado hacia el demandante que está relacionado con el evento. Este principio se ha utilizado, por ejemplo, en accidentes de aviones comerciales, trenes y en algunos Estados, lo han extendido a casos de mala práctica médica.

**5.2.3 Torts por negligencia** Por su parte, los daños negligentes ocurren cuando el demandado, no se adhiere al estándar de conducta esperado de una persona razonable y prudente en la misma situación.<sup>443</sup> Es una conducta ilícita, en este caso sin mediar intención, por no observar el cuidado requerido que tiene la consecuencia de causar un daño a otro. Al igual que la responsabilidad civil extracontractual, se requiere el deber de cuidado, la violación del deber, un nexo causal entre la conducta y el daño y la existencia de un daño real. Un ejemplo de un *tort* negligente sería el caso donde no se obedecen las reglas de tránsito, causando un accidente con consecuencias negativas para las víctimas, por la mala práctica profesional, entre otros. Bajo esta categoría general, se ventila la responsabilidad por terceras personas, como ocurre en el caso de invitados, menores y empleados. Se incluye además la responsabilidad que emana de la práctica de una profesión y del deber de socorrer a terceros.

Una de las principales clasificaciones dentro de los *torts* negligentes es la de sufrimientos y angustias mentales o *pain and suffering*, al grado de que la doctrina suele utilizarla para denominar en términos genéricos los daños no económicos o lo que sería análogo a los daños morales en el Derecho civil, como lo hemos expuesto anteriormente. Esta denominación no es correcta, toda vez que en todas las categorías de los *torts* intencionales se pueden configurar potencialmente daños no patrimoniales y como cuestión de hecho, en los casos de libelo y calumnia, son esencialmente morales. La clasificación de los daños de acuerdo a la esfera que impacta lo trataremos más adelante.

Los elementos que se requieren para establecer el *tort* negligente son la existencia de un deber de actuar por parte del demandado. Para prevalecer, el demandante debe establecer: (1) que el demandado tenía un deber de actuar conforme a cierto estándar de conducta para la protección de otros contra riesgos irrazonables, (2) incumplimiento del deber, (3) el sufrimiento de un daño y (4) la relación causal entre el incumplimiento del deber y el daño sufrido.

He dejado la discusión de los daños negligentes para el final de la discusión de la clasificación de los *torts* porque en ellos se encuentran la mayor parte de las categorías donde se configuran los daños morales, con o sin impacto en el patrimonio de las víctimas. Para seguir una secuencia lógica, sin alterar el sistema de Derecho norteamericano, presentamos la discusión de los daños a base de su impacto en el patrimonio, catalogándolos en compensables o no compensables. Dentro de los daños no compensables, utilizamos el sistema de clasificación de daños morales propuestos en la doctrina francesa para tener un parámetro de comparación que nos permita evaluar cómo se manejan estos supuestos en el Derecho común norteamericano y para fines ilustrativos, ya que estas categorías son ajenas y desconocidas en este sistema legal.

---

<sup>443</sup> GARNER, B.A., *op. cit.*, 10<sup>a</sup> ed., p. 1718 y bajo el concepto de *negligence*, véase p. 1196-1198; PROSSER, W.L., KEETON, W., *op. cit.*, p. 160 y ss. Esta responsabilidad está basada en el *duty of care* o deber de cuidado a los demás de la doctrina anglosajona o el incumplimiento de un deber.

### 5.3 Daños compensables

Los daños compensables son aquellos utilizados para indemnizar al demandante por el daño sufrido, de modo que se revindique o remplace la pérdida causada por daño sufrido. En la materia de *torts*, los daños compensatorios o compensables son, junto al tema de la responsabilidad civil, los de mayor relevancia y los que generan más controversias en los tribunales.<sup>444</sup> El razonamiento que yace detrás de la otorgación de daños compensables es que se debe devolver o restaurar a la persona que ha sufrido un daño al lugar o posición en la que se encontraba antes de la ocurrencia del evento. Esta visión resarcitoria coincide con el principio del Derecho de daños de la tradición civil. Los daños en el Derecho común norteamericano pueden ser generales o especiales. Los daños generales son el resultado natural, necesario y usual del acto dañino o su ocurrencia.

Los daños especiales son el resultado natural del acto dañino, mas no son el resultado necesario e inevitable de dicho acto. En la determinación de daños compensables, el demandante tiene el peso de la prueba para demostrar daños presentes y futuros por preponderancia de prueba.<sup>445</sup>

A grandes rasgos, entre algunos de los propósitos de los daños compensables en el sistema de derecho común norteamericano, encontramos las siguientes: 1) Justicia correctiva. Este objetivo enmarca la justicia entre los individuos que componen la sociedad. Un concepto de justicia correctiva, es que cuando alguien ha perdido algo porque otra persona le ha causado un daño, el causante debe darle la ganancia que obtuvo como consecuencia de su conducta, de forma que compense por la pérdida sufrida por la víctima. 2) Reparación. Se sugiere que el causante del daño debe hacer enmiendas por el daño que ha causado para balancear las escalas morales en favor de la persona que resultó agraviada por la inobservancia de un deber. Este concepto de reparación connota la expiación del mal hecho a la víctima del daño. Los tribunales norteamericanos típicamente no articulan de manera expresa este concepto en las decisiones de daños, aunque sí lo toman en consideración al adjudicar los hechos. 3) Restauración. Este acercamiento a la compensación se enfoca en restaurar a la víctima, todo lo más posible, a la situación en la que se encontraba antes del daño. 4) Disuasión. Esta justificación propone que el causante del daño debe pagar los verdaderos costos sociales de sus actividades riesgosas porque esto le proveerá incentivos para hacer de su comportamiento uno más eficiente. En torno a esta justificación ha surgido cierto debate en cuanto a su validez. Una de las visiones es que resulta inapropiado argumentarle a un jurado que la disuasión es un objetivo de los daños compensables, por su carácter punitivo. Otros sostienen que el propósito ordinario de los daños, a diferencia de los daños punitivos, es de compensar y disuadir. En la práctica, la dualidad de propósitos son los más utilizados por los tribunales.<sup>446</sup>

---

<sup>444</sup> SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., *The American Law of Torts*, St. Paul, MN: Thomson Reuters, vol. 2, p. 660.

<sup>445</sup> SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., *op. cit.*, p. 1047.

<sup>446</sup> SHAPO, M., *Principles of Tort Law*, 2<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: West Group., vol. 2, p. 410- 414. *Damage Awards*, 6 *Public Policy and Law*, 743, 2000, p. 745; — *Determining Damages: The Psychology of*

### 5.3.1. Daños económicos

Los daños económicos se refieren a los perjuicios experimentados por la víctima que se traducen en un impacto patrimonial, en su modalidad de daño emergente o lucro cesante. Aunque en el Derecho común norteamericano no se utilizan los conceptos daño emergente y lucro cesante para denominarlos, se incluyen dentro de esta categoría la pérdida de ingresos presente o futura, el gasto incurrido en evitar que el perjuicio incremente o en el tratamiento médico para restaurar su estado de salud, entre otros supuestos que perfectamente configuran en la estructura utilizada en el Derecho civil para definir los daños pecuniarios. En teoría, estas pérdidas deben ser de fácil cuantificación puesto que tienen equivalentes monetarios directos en el mercado. Los cálculos toman en consideración los pronósticos sobre necesidades de cuidado médico, disponibilidad de oportunidades de trabajo y expectativa de vida, dependiendo de los hechos de cada caso.<sup>447</sup> Su estructura es similar a la aplicada en el Derecho civil continental en el manejo de los daños patrimoniales. No abundaremos sobre el tema por no ser objeto de nuestro estudio.

### 5.3.2 Daños no económicos

Los daños no-económicos son concedidos para compensar el daño moral del demandante, estando la gran mayoría clasificadas en las siguientes categorías: dolor y sufrimiento, pérdida social, angustia emocional, pérdida de consorcio, desfiguramiento, pérdida de capacidad reproductiva, pérdida de tutela parental, pérdida del placer de la vida, entre otras. Aunque a primera vista parezcan categorías análogas a las que encontramos en el Derecho civil continental europeo, las clasificaciones de daños morales es más limitada y son parte de un sistema tipificado donde solo se reconoce la compensación a los daños que taxativamente están previstos. Por otro lado, existen controversias que los distinguen de las jurisdicciones de Derecho civil como discutiremos en breve. Los norteamericanos no utilizan el concepto del daño moral, sino que prestan más atención al daño corporal como componente de esta categoría. La clasificación que más se utiliza en las adjudicaciones jurisprudenciales y que representa la cuantificación monetaria mayor, es la que hemos optado por traducir literalmente como “*dolor y sufrimiento*”, al grado que en muchas instancias se utiliza para denominar de manera genérica los daños no económicos. A diferencia de los daños económicos, los daños no económicos no tienen equivalentes dinerarios en el mercado, por lo que no pueden ser cuantificados mediante el intercambio de valores.<sup>448</sup> Al igual que en el Derecho civil, se recurre a baremos diseñados para cuantificar o monetizar el daño moral. En los EUA, estos parámetros, en lugar de ser baremos adoptados a base de un raciocinio científico, están estructurados como compilaciones de sentencias en casos similares que proveen una referencia del historial jurisprudencial en casos similares.

El Derecho común norteamericano utiliza el término adjudicaciones no-económicas

---

*Jury Awards*, American Psychological Association, 2003, p. 12; SHAPO, M., op. cit., p. 407.

<sup>447</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards”, 6 *Public Policy and Law*, 743, 2000, p. 745; — *Determining Damages: The Psychology of Jury Awards*, American Psychological Association, 2003, p. 12; SHAPO, M., op. cit., p. 407

<sup>448</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance...”, op. cit., *ibid.*; — *Determining Damages*, op. cit., p. 13; SHAPO, M., *ibid.*

o “*non-economic awards*” para hacer referencia al resarcimiento económico concedido en los casos de daños morales. En términos generales, los profesionales del Derecho experimentan problemas similares a los que existen en el ámbito civil, especialmente lo relacionado a los elementos probatorios, la clasificación y valoración de los daños, así como su reparación. La existencia de elementos adicionales, tales como la posibilidad de tener un jurado en los casos civiles, así como la capacidad de imponer compensaciones nominales y daños punitivos, ciertamente traen al ruedo controversias adicionales en el proceso de conceptualización del daño moral, extrañas a la doctrina civil moderna.

En lo sucesivo menciono los términos acuñados en el Derecho civil, en particular las categorías que tome de referencia en el Derecho francés, para ilustrar cómo se trabajan los daños morales en el Derecho común norteamericano. A pesar de que estas clasificaciones no existen en el sistema norteamericano, utilizo las categorías para tener referencias o concordancias clasificatorias que nos faciliten el proceso comparativo y de análisis.

### 5.3.2.1 Dolor y sufrimiento (*pain and suffering*)

Los tribunales de los diferentes Estados de la nación norteamericana se mostraban reacios y negativos a considerar la posibilidad de resarcir daños de naturaleza emocional durante el siglo XIX. Su posición estaba fundamentada en la imposibilidad de asignar valor al dolor emocional, la ansiedad, el temor y otras manifestaciones inmateriales, consideradas en esa época manifestaciones metafísicas.<sup>449</sup> Posteriormente, se fue aceptando la posibilidad de compensar los sufrimientos y padecimientos emocionales, siempre que estuviesen acompañados de manifestaciones físicas.<sup>450</sup>

La noción de conceder una compensación por dolor y sufrimiento y angustias mentales hizo su primera aparición en el caso *Scott v. Shephard* del 1773. En este caso, el demandado había lanzado un petardo en un mercado lleno de gente. Como consecuencia, el demandante sufrió quemaduras y perdió la visión. De acuerdo con sus alegaciones, el demandante sufrió dolores terribles y tormentos, por lo que recibió 100 libras esterlinas en compensación por sus daños.<sup>451</sup>

Luego de largos años de evolución, los norteamericanos definieron el concepto del dolor y sufrimiento, dando unas guías homogéneas a todas las jurisdicciones. La sección 905 del *Restatement (Second) of Torts*, incluye la compensación por dolor y sufrimientos entre los daños compensables que pueden ser concedidos sin la necesidad de probar pérdida pecuniaria. El *Restatement* en sus comentarios define “*dolor*” como cualquier impedimento

---

<sup>449</sup> SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., op. cit., vol. 4A, p. 519-520.

<sup>450</sup> *Paz v. Brush Engineered Materials, Inc.*, 949 So.2d 1 (Miss. 2007); *Hagen v. Gibbons*, 177 N.W.2d 83 (1970). Incluso, hay jurisdicciones que requieren que la manifestación física sea contemporánea: *Armstrong v. Brookdale University Hospital and Medical Center*, 425 F.3d 126 (2d Cir. 2005); *Allinger v. Kell*, 302 N.W.2d 576 (1981). Hay otras jurisdicciones que han establecido que el requisito de manifestación física no es necesario: *Farm Bureau Ins. Co. of Nebraska v. Martinsen*, 659 N.W.2d 823 (2003); *Gamble v. Dollar General Corp.*, 852 So.2d 5 (Miss. 2003); *Culbert v. Sampson's Supermarkets, inc.*, 444 A.2d 433 (Me. 1982).

<sup>451</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 6-7.

de la condición física del cuerpo, incluyendo una enfermedad o dolor físico; mientras que define “sufrimiento” como emociones desagradables, humillación, temor, ansiedad y pérdida de compañía o libertad. Toda la presentación del concepto de dolor y sufrimiento contenido en el *Restatement (Second) of Torts* los equipara a los daños no pecuniarios del Derecho civil, según Greene y Borstein.<sup>452</sup>

Sin embargo, los componentes de la pérdida no económica varían ampliamente por jurisdicción, al extremo que no es completamente certero el utilizar los términos “daños no económicos” y “dolor y sufrimientos” como sinónimos. En algunas jurisdicciones los términos son sinónimos y se refieren a todas las pérdidas no pecuniarias, mientras que en otras, sin embargo, “dolor y sufrimientos” es solamente un elemento de los daños no económicos. Otras categorías de daños no económicos son la pérdida del disfrute de la vida, la expectativa de vida acortada, el daño a la reputación profesional y la pérdida de la salud. Actualmente, esta categoría de daños es la más utilizada en los EUA y bajo la cual se conceden mayores cuantías de daños.

Los diferentes Estados de la nación norteamericana reparan los daños morales en sus diferentes vertientes, aunque aún hay jurisdicciones que mantienen una visión limitada del daño moral, circunscribiéndola a lo que tradicionalmente se incluía en el concepto de dolor y sufrimiento. Las jurisdicciones que han asumido una visión más amplia y han evolucionado el concepto del daño moral conciben, bajo esta categoría, otras modalidades del daño extra patrimonial y la han ido ampliando paulatinamente, según se presentan las controversias ante su consideración. En California y Kansas, por ejemplo, se conceden daños bajo esta clasificación por concepto de dolor físico, miedo, nerviosismo, luto, ansiedad, preocupación, mortificación, humillación, indignación, bochorno, aprensión, terror y tribulación.<sup>453</sup> En el Estado de Tennessee se reconocen además, las siguientes causas de acción: incapacidad permanente, desfiguración y pérdida del placer en la vida como modalidades dentro de esta categoría con identidad propia.<sup>454</sup>

Los elementos que toma en consideración el tribunal en la evaluación de dolor y sufrimiento incluyen: (1) el tiempo que se proyecta la duración del dolor y el sufrimiento; (2) la intensidad de la angustia; (3) el impacto que tiene el dolor y el sufrimiento en la productividad y estilo de vida de la víctima; (4) si se utilizaron medicación y sedantes para el manejo del dolor y el sufrimiento, junto a una evaluación de la efectividad de los fármacos; por último, se evalúa (5) si el sufrimiento fue el producto de la ansiedad creada al pensar que posiblemente enfrentaba la muerte.<sup>455</sup> La compensación por daño moral permanente,

---

<sup>452</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 109-110.

<sup>453</sup> *Sánchez v. U.S.*, 803 F. Supp.2d 1066 (C.D. Cal. 2011); *Kansas City Southern Ry. Co., Inc. v. Johnson*, 798 So.2d 374 (Miss. 2001).

<sup>454</sup> *Champion v. CLC of Dyersburg, LLC*, 359 S.W.3d 161 (Tenn. Ct. App. 2011).

<sup>455</sup> *Elk v. US*, 87 Fed. Cl. 70 (2009). Ya en el año 2006, el Tribunal de Apelaciones de British Columbia había establecido requisitos similares para evaluar los casos de daños no económicos: edad del demandante, naturaleza del daño, severidad y duración del dolor, incapacidad, sufrimiento emocional, pérdida del disfrute de la vida, incapacidad para relacionarse en familia o dentro del matrimonio, incapacidad física o mental, pérdida de estilo de vida o el estoicismo del demandante. *Stapley v. Hejslet*, 2006 BCCA 34.

proyectando una lesión que durará en el futuro, se puede adjudicar si se presenta evidencia razonable de la certeza de su ocurrencia.<sup>456</sup> La equiparación de los conceptos daño moral con el concepto de dolor y sufrimiento del Derecho común norteamericano no es correcta porque tiene el efecto de limitar las modalidades que se pueden encontrar en los daños morales, aspecto que ya han planteado algunos expertos en el área, levantando controversias sobre el particular, según veremos más adelante. Cuando no existe controversia sobre la ocurrencia de un daño bajo la categoría de dolor y sufrimiento, la misma puede ser compensada por el periodo que la víctima se sintió asustada y adolorida, aunque eventualmente se descarte médicamente que se trate de una situación seria o que en efecto la persona estuvo expuesta al dolor.<sup>457</sup>

El Tribunal Supremo de Missouri, recogió en una de sus sentencias, una descripción acertada de la dificultad que representa para los jurados la determinación y valoración de los daños morales, en particular del dolor y el sufrimiento ajeno. En la determinación explican que la medida para determinar dolor y sufrimiento es y será lo que se considera justo y razonable. No existen tablas, medidas fijas o cualquier otra referencia que permita al jurado evaluar este tipo de daños en EUA. Sus palabras textuales fueron las siguientes “[F]or time immemorial, the judicial measure of damages for pain and suffering has been fair and reasonable compensation.”<sup>458</sup>

Uno de los problemas que enfrentaban los tribunales es que carecían de un sistema para medir el dolor y no aplicaban el concepto de manera uniforme en los foros administrativos y judiciales. A esos efectos, el gobierno de los EUA promovió, a través de la Ley del Seguro Social, Ley Pública 1984-98-460, la discusión sobre la evaluación del dolor. El propósito fue determinar si se podían adoptar parámetros objetivos para la evaluación del dolor, ya que en la década de 1980 hubo un aumento vertiginoso en las reclamaciones judiciales de incapacidad ocupacional donde se atacaba la política de la Administración del Seguro Social relacionada con la evaluación del dolor y la determinación de incapacidad.

Para atender la situación, se creó la Comisión para la Evaluación del Dolor, compuesta por un grupo multisectorial que incluía profesionales de la salud, políticos y juristas. La Comisión definió el dolor como una experiencia compleja que abarca aspectos físicos, mentales, sociales y conductuales que tienen un impacto en la calidad de vida del individuo.<sup>459</sup>

---

<sup>456</sup> *Clement v. Citron*, 115 So.3d 1260 (La. Ct. App.3d Cir. 2013); *Turner v. Heston*, 303 S.E.2d 718 (1983);

*Willis v. Noble Drilling (US), Inc.*, 105 So.3d 828 (La. Ct. App. 5<sup>th</sup> Cir. 2012). En este caso se definió daños por incapacidad como reclamaciones generales que consisten en incapacidad permanente secundaria a un accidente, considerándose “*disability*” la inhabilidad de llevar a cabo ciertas funciones o en su lugar una valoración objetiva de una incapacidad, física o mental, mientras que “*impairment*” fue definido como estar maltrecho-“*damaged*”, debilitado-“*weakened*” o disminuido-“*diminished*”. Hemos dejado los términos en inglés porque algunas palabras podrían considerarse sinónimos en español.

<sup>457</sup> *Enright v. Goodman Distribution, Inc.*, 330 S.W.3d 392 (Tex. App. Houston 14<sup>th</sup> Dist. 2010).

<sup>458</sup> *Graeff v. Baptist Temple of Springfield*, 576 S.W.2d 291, 301 (Mo. 1978).

<sup>459</sup> *Report of the Commission on the Evaluation of Pain*, Social Security Bulletin, January 1987, vol. 50,

Se hace la distinción de dos gradaciones del dolor, la aguda y la crónica.

También se concluyó que es un reto el tratar de valorar el dolor en dinero, ya que es una experiencia subjetiva que solo el que la experimenta la puede valorar en términos de intensidad e incapacidad. Esta Comisión expresó que como la ciencia no ha desarrollado exámenes de laboratorio para identificar y medir el dolor, el único sustituto disponible es la observación cuidadosa de un amplio número de comportamientos. Al buscar establecer principios para la revisión de compensaciones por dolor, los tribunales deben establecer un balance entre la confiabilidad de los informes periciales sobre comportamiento y reconocimiento de la subjetividad inherente al hecho de que el dolor es altamente individualizado e inobservable.<sup>460</sup>

El dolor y el sufrimiento tienden a evocar comportamientos virtualmente idénticos y las decisiones judiciales, invariablemente, ven estos dos conceptos como inseparables, cuando técnicamente son conceptos distintos. El sufrimiento está asociado a situaciones en las que la persona percibe el dolor como una amenaza a su existencia, no meramente a su vida, sino que abarca su integridad como persona. Por el contrario, la gente pudiera tolerar gran dolor sin reportar sufrimiento, especialmente, cuando saben que el dolor puede ser aliviado y es de carácter pasajero.<sup>461</sup> Las compensaciones en daños globalizan el dolor y sufrimiento, situación que encontramos también en muchas sentencias de tribunales de tradición civil, los cuales adolecen de especificidad al desglosar las compensaciones concedidas. En la medida que el sufrimiento es intenso o prolongado, el efecto es que se añade valor a la compensación total calculada por este concepto.<sup>462</sup>

El temor, reconocido como una modalidad del sufrimiento, se determina mediante la formulación de una pregunta de derecho sustantivo. Se cuestiona si el demandado tenía un deber hacia el demandante respecto a la posibilidad de que la conducta ilícita causara temor.<sup>463</sup> Una persona pudiera recibir una compensación en daños por el sentimiento de ansiedad, no sólo por uno mismo sino también por otros, si esta ansiedad es un resultado que puede esperarse como consecuencia de la acción ilícita del demandado o si el demandado tenía la intención de que su acción tuviera este resultado. El grado de responsabilidad que se impondrá por el temor causado dependerá de la conducta del demandado, es decir, si fue temeraria o negligente, así como el efecto que tuvo en el demandante. Los daños por dolor y sufrimiento casi inevitablemente están acompañados por daños físicos serios. Aun cuando existe un debate sobre si se debe compensar a los demandantes por todos los dolores y angustias mentales, se reconoce casi universalmente algún grado de compensación por los daños psicológicos.<sup>464</sup>

---

n<sup>o</sup> 1, p. 14.

<sup>460</sup> SHAPO, M., op. cit., p. 420.

<sup>461</sup> SHAPO, M., op. cit., p. 420-421.

<sup>462</sup> Ibid.

<sup>463</sup> Vetri, D., Levine, L.C., Vogel J., Finley, L., *Tort Law and Practice*. 2<sup>a</sup> ed., Newark: LexisNexis, 2002, p. 610.

<sup>464</sup> GREENE, E. BORNSTEIN, B.H., op. cit., p. 107-108.

Por su propia naturaleza, resulta difícil estimar las pérdidas no económicas pasadas y futuras. En esencia, el derecho de daños requiere la monetización de un “producto” (dolor y angustias mentales) para el cual no existe un mercado y, por ende, para el que no existe un precio en el mercado. Por tanto, es lógico esperar que la concesión de daños por concepto de dolor y angustias mentales sea altamente variable, toda vez que se trata de daños que, en comparación con los daños económicos, son más difíciles de cuantificar.<sup>465</sup>

Un factor importante al momento de considerar la cuantía de daños por concepto de daños emocionales es, si éstos están acompañados por daños físicos. Todas las jurisdicciones de los Estados Unidos aparentan permitir la compensación por dolor y sufrimiento que surgen como consecuencia de un daño físico: sensación física de dolor y la inconveniencia, dolor y sentimiento de pérdida que puede sobrevenir por el daño físico. Asimismo, la mayoría de las jurisdicciones parece permitir el recibir compensación en daños por el sufrimiento de la imposición de angustias mentales aun en la ausencia de daño físico: terror ante un daño o lesión que está por ocurrir, ansiedad, histeria, etc. Este es el escenario cuando el demandante puede probar que la imposición de angustias mentales fue intencional.<sup>466</sup> Como excepción a esta tendencia, todavía hay jurisdicciones que no permiten la concesión de remedios económicos en las reclamaciones por temor y ansiedad en ausencia de daños físicos.<sup>467</sup>

Un tema que cubrimos en el desarrollo del daño moral en los países civilistas es el tratamiento de las personas incapaces. En Estados Unidos de América también se ha reconocido tal derecho a los menores de edad, incluyendo recién nacidos que sufren angustias mentales o la pérdida de un ser querido.<sup>468</sup>

Los daños compensables por daños físicos, sentimientos o reputación que se encuentren razonablemente proporcionados a la intensidad y duración del evento, pueden ser otorgados sin la necesidad de prueba sobre la cuantía. En estos casos, sólo bastará con proveer evidencia de la naturaleza del daño. No se puede identificar en estos casos la existencia de una concordancia o equivalencia directa entre el dinero y los daños al cuerpo, sentimientos o reputación. En la valoración del daño, se toman en consideración los siguientes elementos: sexo, edad, condición de vida y otros factores que indiquen la susceptibilidad de la víctima a este tipo de daño.<sup>469</sup>

El juzgador tendrá la discreción de determinar la cantidad de la compensación. Para ello hará uso de su discreción, utilizando como único estándar la apreciación que tendría una persona razonable sobre una compensación justa en un caso similar. No resulta extraño, en casos análogos, que se conceda una compensación sustancial por los efectos que surgen del daño, aun sin prueba específica de su existencia.

El testimonio por parte de peritos puede atender el asunto del dolor, pero frecuentemente el propio daño físico y la clase de atención médica recibida, permite una

---

<sup>465</sup> *Ibid*

<sup>466</sup> GREENE, E. BORNSTEIN, B.H., *op. cit.*, p 111; DOBBS, D.B., *op. cit.*, p. 1051-1052.

<sup>467</sup> Restatement (Second) of Torts § 905.

<sup>468</sup> Capelouto v. Kaiser Foundation Hospital, 500 P.2d 880 (1972).

<sup>469</sup> Restatement (Second) of Torts §§ 905 y 912.

inferencia de que el demandante sufrió física o emocionalmente. No existen criterios objetivos para cuantificar la concesión de daños por concepto de dolor.<sup>470</sup>

### 5.3.2.2 Sufrimientos acaecidos

En esta clasificación general de daños, mediante el cual se compensan sufrimientos emocionales tras experimentar daño físico, como lo sería una depresión posterior a un daño cerebral o el estrés post-traumático sufrido por una persona tras una violación.<sup>471</sup> También incluye el sufrimiento experimentado físicamente.<sup>472</sup> El sufrimiento y el dolor compensables pueden ser de carácter temporero, como ocurren en los procesos de recuperación tras un accidente.<sup>473</sup> Como se puede apreciar, el sistema español, francés y puertorriqueño indemnizan estos daños en diferentes categorías, como sería el daño sexual, daño excepcional permanente, u otros que conllevan una lesión corporal.

### 5.3.2.3 Daños estéticos

Bajo este apartado, se compensan lesiones estéticas y desfiguramiento aunque no sean visibles a los demás.<sup>474</sup> Las lesiones no tienen que ser de carácter permanente para que sean compensables, incluso hay jurisdicciones que han compensado víctimas en ausencia de documentación que valide el daño estético. Para justificar la compensación, sin evidencia sobre la magnitud del daño, el Tribunal manifestó que en el lenguaje de un hombre lego, desfigurar significa hacer menos competente, perfecto o bello en apariencia o carácter.<sup>475</sup> La protección se extiende al sufrimiento y el dolor experimentado como consecuencia de la pérdida de algún miembro del cuerpo, función corporal, la angustia emocional que emana al experimentar las lesiones sufridas e incluso el terror que se experimenta cuando se está próximo a sufrir una lesión corporal.<sup>476</sup>

El análisis que se hace para justificar la causa de acción de daño por desfiguramiento o daño estético, está basada en la humillación y bochorno que sufre la víctima, lo que resulta

---

<sup>470</sup> DOBBS, D.B., *op. cit.*, p. 1051.

<sup>471</sup> Wood v. Mobil Chemical Co., 50 Ill. App.3d 465 (1977) en el caso de la depresión; Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans, 413 So.2d 982 (La.Ct.App. 1982) en el caso del estrés post-traumático.

<sup>472</sup> En Sears, Roebuck & Co. v. Hartley, 160 F.2d 1019 (9<sup>th</sup> Cir. 1947) se compensó por el dolor sufrido en el pasado y el que experimentaba al recordar la experiencia dolorosa.

<sup>473</sup> Abrams v. City of Mattoon, 148 Ill.App.3d 657 (1986) donde compensaron por los efectos secundarios que causaban los medicamentos prescritos para manejar el dolor. En el caso de Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans, *supra*, también se compensó a un paciente mental que se mutiló tras sufrir una violación, por temor a ser violada nuevamente.

<sup>474</sup> Jones v. Wal-Mart Stores, Inc., 870 F.2d 982 (5<sup>th</sup> Cir. 1989).

<sup>475</sup> US v. Cook, 462 F.2d 301, 304 (D.C. Cir. 1972); Dombrowski v. Fafnir Bearing Co., 167 A.2d 458, (1961).

<sup>476</sup> Sobre este particular, véase: Mileski v. Long Island R.R., 499 F.2d 1169 (2d Cir. 1974); Kenton v. Hyatt Hotels Corp., 693 S.W.2d 83 (Mo. 1985); Boryla v. Pash, 960 P.2d 123 (Colo. 1998); Blum v. Airport Terminal Services, Inc., 762 S.W.2d 67 (Mo.Ct.App. 1988); Yowell v. Piper Aircraft Corp., 703 S.W.2d 640 (Tex. 1986).

más amplia que la conceptualización en el Derecho civil.<sup>477</sup> Incluso, vemos como bajo esta categoría se confunden las clasificaciones de daño moral estético, daño temporero y permanente dentro del Derecho civil.

#### 5.3.2.4 Déficit funcional permanente

Algunos tribunales han distinguido esta categoría de daño del dolor y sufrimientos, requiriendo una prueba mayor para determinar su existencia.<sup>478</sup> El Tribunal de Colorado determinó que un caso donde una conductora de un camión sufrió una caída en un establecimiento donde había aceite en el piso tenía derecho a una compensación de \$5.5 millones de dólares por los daños permanentes que sufrió. La víctima tuvo ruptura de los discos, sufría de dolor crónico, experimentó cambios en personalidad secundarios al dolor constante que vivía, depresión, pérdida de sueño, dificultad para concentrarse, pérdida de independencia, del placer que le derivaba conducir su camión, se caía con frecuencia, padecía de incontinencia y tenía problemas para ejercer tareas del diario vivir que le incapacitaban de manera permanente para trabajar en el futuro.<sup>479</sup> A pesar de este ejemplo, no existen en la jurisdicción norteamericana una tendencia de casos que reconozcan esta causa de acción. En efecto, este es uno de los pocos casos que abordan el tema y que dan un tratamiento similar al daño excepcional permanente que conocemos en el entorno del Derecho civil en Europa continental.

#### 5.3.2.5 Daño por pérdida de amenidad

Bajo el esquema de daños en el Derecho común norteamericano, existen diversas causas de acción, intencionales o negligentes, que pueden dar lugar a una reclamación de daños por la pérdida de amenidad, como se denomina en el Derecho francés y el inglés. En EUA se ha denominado como la pérdida del placer de la vida, incapacidad para llevar a cabo una vida normal o daños hedónicos. Consiste en la incapacidad para experimentar placer de las tareas ordinarias que realiza el ser humano, tales como disfrute del entorno familiar, realizar deportes, juegos, pasatiempos, destrezas vocacionales, entre otras.<sup>480</sup>

Los daños hedónicos son concedidos por la pérdida del disfrute de la vida o por el valor de la vida propia, de acuerdo al valor económico productivo que la persona que sufrió daño o murió a consecuencia del daño. Si alguien es privado de la habilidad de disfrutar cualquiera de los placeres de la vida, esa persona ha sufrido un daño.<sup>481</sup> Muchas jurisdicciones, sin embargo, sostienen que esta pérdida está incluida en los daños por incapacidad o por dolor y sufrimiento.<sup>482</sup>

---

<sup>477</sup> *Gillingham v. Consol Energy, Inc.*, 51 A.3d 841 (2012); *Ferguson & Wheeler Land, Lumber & Handle Co. v. Good*, 165 S.W. 628 (1914); *Ceco Corp. v. Coleman*, 441 A.2d 940 (D.C. 1982).

<sup>478</sup> *Pretre v. US*, 531 F.Supp. 931 (E.D. Mo. 1981).

<sup>479</sup> *Averyt v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 265 P.3d 456 (Colo. 2011).

<sup>480</sup> SPEISER, S.M., KRAUSE, C.E., GANS, A.W., *op. cit.*, vol. 2, p. 819.

<sup>481</sup> BAKER, G.W., SECK, M.K., *op. cit.*, p. 190-191.

<sup>482</sup> GARNER, B.A., *op. cit.*, 10<sup>a</sup> ed., p. 472. En *McGee v. AC and S, Inc.*, 933 So.2d 770 (La. 2006), se reconoció el derecho a los herederos para demandar por daños hedónicos por la pérdida de su

Las reglas que permiten la compensación por sufrimiento son lo suficientemente amplias para permitir la compensación por las reacciones del demandante ante el dolor y por su sentido de pérdida. Si el demandante ya no puede apreciar un atardecer, escuchar música, obtener o aspirar a carrera profesional, se considera que está sufriendo, aun cuando no tenga sensación de dolor. Casi sin excepción, la pérdida del disfrute de la vida es tan compensable como cualquier otro estado emocional.<sup>483</sup>

El Tribunal Supremo de West Virginia decretó que la pérdida de la capacidad de disfrutar la vida no es una función del dolor y sufrimiento en el sentido tradicional de esas palabras, ya que uno puede perder la visión o una extremidad sin experimentar dolor físico. El Tribunal añadió que, de la misma manera en que el jurado puede considerar la naturaleza, efecto y severidad del dolor cuando fija la compensación por daño físico, o puede considerar las angustias mentales causadas por cicatrices y desfiguramiento, de igual forma se puede considerar la pérdida del disfrute de la vida.<sup>484</sup>

Hay tres componentes en la estimación de daños hedónicos: (1) el establecimiento del valor estadístico de la vida, (2) el grado de sufrimiento impuesto en la parte que ha sufrido el daño, según determinado por un psicólogo y (3) la combinación de los primeros dos componentes por parte de un economista.<sup>485</sup>

El economista trata de estimar el valor de la vida a través de diferentes métodos. Estos métodos incluyen estudios sobre la “disposición de pagar”, los cuales a su vez están divididos en las siguientes categorías: (1) estudios de riesgos basados en salarios o “*wage risk*”; (2) estudios de valuación contingente; y (3) estudios de mercado del consumidor. Un segundo método para estimar los daños hedónicos utiliza los ingresos al momento del accidente.<sup>486</sup>

Si una persona está incapacitada, entonces es necesario determinar hasta qué grado la persona ha resultado incapacitada. Esta responsabilidad recae en el psicólogo quien, mediante pruebas, es capaz de cualificar el grado al que la persona es capaz de funcionar. La víctima del daño, es evaluada dentro de cuatro áreas: funcionamiento práctico, funcionamiento emocional o psicológico, funcionamiento social y funcionamiento

---

padre quien murió por los efectos de exponerse a material contaminado con asbestos. La inconsistencia de las diferentes jurisdicciones de considerar esta clasificación como una independiente de la categoría de dolor-sufrimiento se ve manifestada en *McGee v. AC and S, Inc.*, supra; en *City Southern Ry.Co., Inc. v. Johnson*, supra, donde se reconoció como una categoría independiente, mientras que en *Banks v. Sunrise Hosp.*, 102 P.3d 52 (2004) y en *Smallwood v. Bradford*, 720 A.2d 586 (1998), se consideró como una modalidad de la categoría dolor-sufrimiento.

<sup>483</sup> DOBBS, D.B., op. cit., p. 1052.

<sup>484</sup> SHAPO, M., op. cit., p. 422.

<sup>485</sup> BAKER, G.W., SECK, M.K., *Determining Economic Loss in Injury and Death Cases*, 2<sup>nd</sup> ed., Saint Paul, MN: Thomson Reuters, 1993, vol. 2, p. 192.

<sup>486</sup> BAKER, G.W., SECK, M.K., op. cit., p. 193. La métrica denominada “*wage risk*” toma en consideración escenarios de riesgo en los entornos laborales en los Estados Unidos y se utilizan como mecanismo de comparación cuando se computan daños hedónicos.

ocupacional.<sup>487</sup> Además, se compara su estilo de vida previo al daño en contraposición con su estilo de vida posterior al daño.<sup>488</sup>

Los grados de incapacidad están recogidos en una escala de siete puntos conocida como *Lost of Pleasure of Life Scale*. Estos grados de incapacidad establecidos por el psicólogo son incorporados en el análisis económico realizado por el economista.<sup>489</sup>

A diferencia del Derecho civil americano y el Derecho Mexicano, los norteamericanos no conceden daños morales a las víctimas que están en estado de coma, a pesar de que objetivamente se les ha privado del derecho al disfrute de la vida. La racional para negar la posibilidad del resarcimiento en estos casos es que no se puede demostrar objetivamente que sufrieron dolor. En el caso de *Williams v. City of New York*, 169 A.D.2D 713 (1991), el tribunal se enfrentó a un caso donde la víctima fue impactada por un vehículo de la ciudad que ocasionó grave daño corporal a la víctima dejándolo inconsciente. La persona fue operada sin anestesia y la única reacción fue que abrió un ojo, señal que los peritos no consideraron un síntoma de dolor. Estuvo por diecisiete (17) horas inconsciente antes de morir. El Tribunal determinó que en la medida que no se pudo establecer que la víctima experimentó dolor durante su estado de inconciencia, el juez no debió permitir que presentaran al jurado información relacionada a la causa de acción de dolor y sufrimiento, desestimándola eventualmente.<sup>490</sup> Cabe señalar que el dinero concedido fue por concepto de daños no económicos, excluyendo el hecho de que estuvo en estado vegetativo, y se le adjudicaron \$5 millones adicionales por los daños físicos sufridos, como una categoría independiente. No

---

<sup>487</sup> ***Funcionamiento práctico*** – El funcionamiento práctico se refiere a la extensión o magnitud en la que las actividades diarias de la persona han cambiado como consecuencia del daño. Esta área incluye cualquier tipo de actividades que la persona típicamente realiza como parte integral de su vida diaria, tales como leer, aseo, comer, dormir, ir de compras, viajar, hacer trabajos en el hogar y crianza.

***Funcionamiento emocional/psicológico*** – El funcionamiento emocional/psicológico se refiere a la habilidad de la persona de vivir diariamente libre de problemas emocionales debilitantes que reducen su capacidad para disfrutar la vida y que comprometen el sentido de valor propio, dignidad e integridad.

***Funcionamiento social*** – El funcionamiento social se refiere a la capacidad de la persona de recibir placer mediante la interacción con otras personas, como por ejemplo: interacciones familiares, actividades atléticas, eventos sociales, pasatiempos, etcétera.

***Funcionamiento ocupacional*** – El funcionamiento ocupacional se refiere a la habilidad de la persona de escoger una carrera o vocación de su gusto y de derivar placer de su identidad ocupacional independiente de cualquier compensación económica.

<sup>488</sup> BERLA, E.P., BROOKSHIRE, M.L., SMITH, S.V., "Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach", *Journal of Forensic Economics*, vol. 3, n<sup>o</sup> 1, Diciembre 1989, p. 2-3.

<sup>489</sup> BAKER, G.W., SECK, M.K., op. cit., p. 200.

<sup>490</sup> Véase los casos de *Poyzer v. McGraw*, 360 N.W.2d 748 (Iowa 1985); *McDougald v. Garber*, 73 N.Y.2d 246 (1989). En el caso de *Eyoma v. Falco*, 247 N.J. Super 435, 589 A.2d 653 (App.Div. 1991) la persona permaneció en coma por más de un año tras haberse privado de oxígeno durante una operación. No se permitió la concesión de compensación económica bajo la categoría de dolor y sufrimientos, pero sí bajo la categoría de daños por la pérdida del disfrute de la vida o daños hedónicos. Esto creó gran controversia porque esta figura está generalmente reconocida como parte de la categoría de dolor y sufrimientos y no como una independiente.

se tomaron en consideración los aspectos económicos de la pérdida de capacidad productiva para la adjudicación monetaria de las sumas concedidas.

La pérdida del disfrute de la vida, compensado en el Derecho civil bajo el concepto de daño moral por pérdida de amenidad, es compensada en el Derecho común norteamericano bajo el concepto de dolor y sufrimientos.<sup>491</sup> Al igual que en el Derecho civil, se contempla en esta categoría la incapacidad de disfrutar de actividades cotidianas de ocio, tales como escuchar música, ver un espectáculo o deporte favorito, ejercer un oficio, entre otros. La tendencia doctrinal y jurisprudencial con relación a esta categoría de daños es variada. En términos generales, todas las jurisdicciones clasifican los daños en tres categorías: pérdida de la capacidad para generar ingresos, gastos incidentales y dolor y sufrimiento.<sup>492</sup> Al menos la mitad de las jurisdicciones norteamericanas reconocen la pérdida del disfrute de la vida como una causa de acción susceptible de reparación. Hay tres posiciones con relación a la figura jurídica. Una minoría reconoce la figura en sus respectivas jurisdicciones. La mayoría la reconoce como un componente de la categoría de dolor y sufrimiento, mientras que el remanente piensa que debe ser una categoría independiente de cualquier otra. Entre los argumentos para negar la integración de la pérdida del disfrute de la vida a la categoría de dolor y sufrimiento está que una persona puede perder algún miembro de su cuerpo, sin sentir dolor y ello le puede incapacitar sustancialmente su experiencia y disfrute de la vida. El Tribunal de Virginia Occidental determinó en *Flannery v. United States*, 297 S.E.2d 433 (W.Va. 1982) que el grado de consciencia es inmaterial para la adjudicación de daños hedónicos o por pérdida del disfrute de la vida. El daño objetivo que representa la lesión permanente no depende de la intensidad del dolor o consciencia de la víctima al momento de ocurrir el evento. El Tribunal hizo una comparación con el caso de los infantes que experimentan igual pérdida y a los cuales se les compensa, independientemente del grado de consciencia que tienen sobre el daño sufrido.

### 5.3.2.6 Daño sexual

Los tribunales norteamericanos no han establecido una categoría de daño moral exclusiva para la compensación de perjuicios a la sexualidad humana porque generalmente los incluyen dentro de reclamaciones generales, tales como dolor y sufrimiento. No obstante, se han registrado casos donde se ha compensado por angustias mentales que han desembocado en neurosis traumática que provoca impotencia sexual.<sup>493</sup>

### 5.3.2.7 Incapacidad para contraer matrimonio

En el Derecho común norteamericano no existe esta causa de acción de daños. Ni siquiera en los casos donde se han reportado abusos sexuales o atentados contra la integridad

---

<sup>491</sup> *Elk v. US*, *supra*; *Thompson v National Railroad Passenger Corp.*, 621 F.2d 814 (6<sup>th</sup> Cir. 1980); *McAlister v. Carl*, 233 Md. 446 (1964). Sobre la pérdida del disfrute de un deporte- *Kenton v. Hyatt Hotels Corp.*, *supra*.

<sup>492</sup> VETRI, D., LEVINE, L.C., VOGEL, J., FINLEY, L. *op. cit.*, p. 610.

<sup>493</sup> *Gurley v. St. Louis Public Services Co.*, 256 S.W.2d 755 (Mo. 1953).

corporal se han levantado controversias sobre la incapacidad para contraer matrimonio.

### 5.3.2.8 Daño por contaminación

La causa de acción bajo la cual se reclaman daños por contaminación es la de “*emotional distress*”. No obstante, los tribunales han determinado que a menos que haya síntomas o daño corporal que evidencie la exposición a patógenos o agentes tóxicos no procede la reparación económica.<sup>494</sup> A pesar de que hay jurisdicciones que requieren que se establezca que la exposición fue real y que hubo un riesgo de contaminación, vemos que en algunas circunstancias la prueba requerida es prácticamente la certeza de una relación causal entre el sujeto u objeto contaminado y la víctima. En un caso donde una demandante alegó “*emotional distress*” tras exponerse al virus del VIH cuando su ginecólogo, quien era seropositivo le examinó y éste tenía lesiones en sus manos y antebrazos, el tribunal denegó la concesión del remedio solicitado.<sup>495</sup> El fundamento fue que la demandante no demostró exposición real, ya que el facultativo médico utilizaba guantes durante sus evaluaciones. Los tribunales no han sido consistentes en la compensación a víctimas que son mal diagnosticadas con condiciones crónicas que pueden resultar fatales, como lo es el VIH. En algunas jurisdicciones se han negado a compensar la víctima de un mal diagnóstico porque el error no generó un peligro real de tener la enfermedad.<sup>496</sup> En otras jurisdicciones, han asumido una posición más protectora y han reconocido el impacto emocional que genera el error de diagnóstico y la situación vivida por la víctima durante el periodo que estuvo convencida de que tenía la enfermedad.<sup>497</sup>

Cuando el contagio con patógenos que generan enfermedades crónicas, como la Hepatitis o el VIH se produce por el manejo de sangre o sus derivados que están contaminados y es producida por la negligencia de una entidad, se aplica la doctrina de responsabilidad

---

<sup>494</sup> **Vosburg v. Cenex-Land O’Lakes Agronomy Co.**, 245 Neb. 485 (1994); en **Metro- North Commuter R.R. Co. v. Buckley**, 521 US 424 (1997) el tribunal denegó reclamación a exposición a asbestos porque no se habían presentado síntomas nocivos a pesar de que no había dudas sobre la exposición per se. Vemos cómo se distancia la posición norteamericana a la europea en la protección de las víctimas a exposición a patógenos o materiales contaminantes. En **Cantrell v. GAF Corp.**, 999 F.2d 1007 (6<sup>th</sup> Cir. 1993) la posición del tribunal fue permitir la compensación a dos trabajadores de una fábrica de asbestos que desarrollaron cáncer, pero no por la posibilidad de desarrollar la enfermedad, sino por el sufrimiento que enfrentaban día a día, uno por haberle removido las cuerdas vocales como consecuencia de una asbestosis y haber perdido la facultad de hablar y el otro porque el médico lo mantenía constantemente bajo pruebas diagnósticas por la alta posibilidad de desarrollar cáncer de laringe. En **Lavelle v. Owens-Corning Fiberglas Corp.**, 30 Ohio Misc.2d 11, 507 N.E.2d 476 (1987), el tribunal determinó que no procede la compensación por la posibilidad de contraer cáncer en el futuro tras exposición al asbestos, pero sí permitió la compensación por el temor que en ese momento soportaba el demandante ante la probabilidad de enfrentar la enfermedad en el futuro. Es decir, se delimitó la reparación al espacio temporal en el que se ventilaba la reclamación y no lo extendió de manera indefinida.

<sup>495</sup> **K.A.C. v. Benson**, 527 N.W.2d 553 (Minn. 1995).

<sup>496</sup> **R.J. v. Humana of Florida, Inc.**, 652 So.2d 360 (Fla. 1995); **Heiner v. Moretuzzo**, 73 Ohio St.3d 80 (1995); **Majca v. Beekil**, 183 Ill. 2d 407 (1998).

<sup>497</sup> **Chizmar v. Mackie**, 896 P.2d 196 (Alaska, 1995); **Bramer v. Dotson**, 190 W.Va. 200 (1993).

absoluta “*strict liability*”.<sup>498</sup> Los tribunales norteamericanos han tenido ante su consideración múltiples reclamaciones por el contagio de Hepatitis C como resultado de la exposición a productos sanguíneos y sus derivados que han sido negligentemente manejados por empresas.<sup>499</sup>

El foro federal ha sido más analítico y ha adoptado la posición de que en ausencia de una violación por parte del demandado de un deber impuesto por ley, el demandante tiene que probar al tribunal que es más probable que sufrirá un daño como resultado de la exposición.<sup>500</sup>

En un caso donde un prisionero resultó expuesto al virus de tuberculosis y se demostró que tenía el bacilo en su cuerpo, el Tribunal le compensó por el temor real de que se pudiera activar en el futuro, aunque no tenía síntomas en el momento.<sup>501</sup> Con este ejemplo, confirmamos la inconsistencia de los tribunales norteamericanos al manejar estas causas de acción. Vemos como algunas jurisdicciones se niegan a compensar de manera categórica a menos que la enfermedad o contaminación esté acompañada de manifestaciones fisiológicas, mientras que en otras basta con probar la presencia del patógeno para reconocer diferentes grados de daños ante el temor real o especulativo de que se desarrollará en el futuro la enfermedad.

### 5.3.2.9 Daños a víctimas indirectas

El daño causado a terceros es una causa de acción contra el demandado.<sup>502</sup> No obstante, los tribunales norteamericanos utilizan esta figura para imponer responsabilidad a personas jurídicas que de manera indirecta han causado daño a uno o más ciudadanos. Todos los casos reportados están relacionados con contaminación del ambiente o de los demandados, quienes han desarrollado enfermedades que ponen en peligro su vida, condiciones crónicas o incapacitantes. La conceptualización que hemos visto en el derecho civil sobre el daño por rebote no está incluido dentro del manejo que ofrecen en los EUA al daño moral.

### 5.3.2.10 Daño por pérdida de afecto

El Derecho común norteamericano denomina esta pérdida como pérdida de consorcio, figura que también se puede comparar con el daño causado por la ausencia de un ser querido. Se define como un daño emocional que ocurre cuando un miembro de la familia sufre una

---

<sup>498</sup> Doe v. Miles Laboratories, Inc., 675 F.Supp. 1466 (DC Md. 1987).

<sup>499</sup> Belle Bonfils Memorial Blood Bank v. Hansen, 579 P.2d 1158 (1978). El tribunal entró en un análisis procesal para determinar la responsabilidad del manufacturero y del hospital, considerando si hubo una compra del producto o no. Para fines de nuestra discusión no abundaremos en este particular en la medida que reseñamos la procedencia de la causa de acción por daño moral basado en el evento de la contaminación.

<sup>500</sup> Abuan v. General Electric Co., 3 F.3d 329 (9<sup>th</sup> Cir. 1993); Sterling v. Velsicol Chemical Corp., 55 F.2d 1188 (6<sup>th</sup> Cir. 1988); Dartez v. Fibreboard Corp., 765 F.2d 456 (5<sup>th</sup> Cir. 1985).

<sup>501</sup> Contrast Plummer v. United States, 580 F.2d 72 (3d Cir. 1978).

<sup>502</sup> Singer v. Marx, 301 P.2d440 (1956); Talmage v. Smith, 59 N.W. 656 (1894); Carnes v. Thompson, 48 S.W.2d 903 (Mo. 1932); Manning v. Gimsley, 643 F.2d 20 (1<sup>st</sup> Cir. 1981).

lesión o muerte.<sup>503</sup> Hubo un cambio vertiginoso en la postura de los tribunales norteamericanos en la década de los años 1950 para reconocer el daño moral que surgió en un cónyuge al verse imposibilitado de compartir y disfrutar de la compañía y apoyo de su pareja.<sup>504</sup> Para que se configure tiene que existir un prolongado sentimiento de pérdida. En los casos donde se experimenta un estado temporero de pérdida la reclamación se realiza bajo el supuesto general de “*emotional distress*”. En principio, se trata de la pérdida de compañía, afecto, confort, apoyo, sociedad y sexualidad que son necesarias para el éxito del matrimonio.<sup>505</sup> Una variante de la causa de acción se configura cuando el daño surge con otro miembro de la familia, ya sea la pérdida de uno de los padres o de un hijo.<sup>506</sup> La extensión del derecho a otros familiares ha sido denegada por algunos tribunales.<sup>507</sup> De igual manera, la norma general es que no se reconoce el derecho a parejas de hecho, aunque se han reportado excepciones en algunas jurisdicciones.<sup>508</sup>

La pérdida del afecto y compañía de las mascotas tampoco ha sido considerada como un evento que genere el derecho a ser compensado por daño moral. Prácticamente, todos los casos de mascotas, animales domésticos y no domésticos se circunscriben a la concesión del valor justo en el mercado del animal perdido o lesionado y en exceptuadas ocasiones los gastos veterinarios incurridos en el evento.<sup>509</sup> En ninguna de las jurisdicciones se han reportado casos donde se compense la pérdida de compañía y afecto por la pérdida de una mascota.

---

<sup>503</sup> DOBBS, D.B., op. cit., p. 841-842.

<sup>504</sup> SPEISER, S.M., KRAUSE, C.E., GANS, A.W., op. cit., vol. 2, p. 825 y ss. Se cita el caso que introdujo el concepto en los tribunales norteamericanos, *Hitafer v. Argonne Co.*, 183 F.2d 811 (D.C. Cir. 1950). En esa ocasión se definió consorcio como “*conceptualistic unity*” que se compone de elementos sentimentales y utilitarios.

<sup>505</sup> *Wal-Mart Stores, Inc. v. Alexander*, 868 S.W.2d 322, 328 (Tex. 1993).

<sup>506</sup> El reconocimiento de la causa de acción de los hijos que pierden sus padres comenzó con el caso de *Ferriter v. Daniel O’Connell’s Sons, Inc.*, 413 N.E.2d 690 (1980), más reciente en *Boeken v. Philip Morris USA Inc...* En *Howard Frank, MD, PC v. Superior Court*, 722 P.2d 955 (1986) donde se reclamó por el daño cerebral severo que sufrió un hijo mayor de edad. Antes de esta fecha, no se reconocía el derecho de los hijos menores a reclamar por la pérdida de sus padres y no se consideraba una violación a los derechos constitucionales de los menores. *Crain v. Presbyterian Intercommunity Hosp.*, 652 P.2d 318 (1982). Cuando la pérdida es de un menor, no hay consistencia en la postura jurisprudencial, pero la tendencia ha sido a no reconocer la pérdida de consorcio a los padres. *Burks v. Abbott Laboratories*, 639 F. Supp.2d 1006 (D. Minn. 2009); *Jackson v. Tastykake, Inc.*, 648 A.2d 1214 (1994); *Tullai v. Homan*, 241 Cal. Rptr. 255 (2<sup>d</sup> Dist.1987).

<sup>507</sup> En *Ford Motor Corp. v. Miles*, 967 S.W.2d 377 (Tex. 1998) se negó el derecho a ser compensados al padrastro y hermanos. De igual manera se ha negado la posibilidad a los hijastros a recobrar por daños o muerte de padrastros o madrastras. *Mendoza v. B.L.H. Electronics*, 530 N.E.2d 349 (1988).

<sup>508</sup> DOBBS, D.B., op. cit., p. 842 citando a *Elden v. Sheldon*, 758 P.2d 582 (1988). Se reconoció el derecho a cohabitante que presenció la lesión sufrida por la víctima.

<sup>509</sup> *Irwin v. Degtiarov*, 8 N.E.3d 296 (2014); *Fuchser v. Jacobson*, 290 N.W.2d 449 (1980); *Hurtado v. Land O’Lakes, Inc.*, 278 P.3d 415 (2012).

### 5.3.2.11 Daño por pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad por la mala práctica profesional del abogado es un asunto sujeto a reparación del daño en el Derecho común de EUA. Se considera la pérdida de oportunidad cuando la representación legal no fue adecuada durante un litigio o cuando se pierde la oportunidad de recurrir en apelación porque no se advirtió de tal derecho oportunamente.<sup>510</sup> Existe poca casuística sobre el tema ya que en muchas instancias se enfoca la controversia con una visión limitada al incumplimiento de acuerdos contractuales o son enmarcados desde el punto de vista comercial.

### 5.3.2.12 Daño por engaño del cónyuge

Hace más de un siglo se reconoció en los EUA el derecho a reclamar por enajenación del afecto conyugal. Es decir, por intervenciones indebidas de terceros con uno de los cónyuges, para ello era necesario que el culpable supiera que la persona con la que interfiere era casada.<sup>511</sup> Incluso, bajo la legislación contenida en el *Restatement of Torts* §686, un padre o madre podían dar consejos a sus hijos sobre el matrimonio, pero sin tener la intención de afectar la relación sentimental. Una madre que trató agresivamente de persuadir su hijo para que dejara a su esposa, le dijo en nueve ocasiones que su matrimonio era una desgracia, lo que consideró el tribunal como un abuso de su privilegio, al amparo de la citada ley.<sup>512</sup> En un número sustancial de jurisdicciones se han aprobado leyes que eliminan la enajenación sentimental como causas de acción o simplemente nunca fueron aceptadas por los tribunales.<sup>513</sup>

La antigua doctrina de la inmunidad familiar ha caído en desuso en los tribunales norteamericanos donde se ha dado paso a reclamaciones de un cónyuge hacia el otro. Entre las reclamaciones registradas se encuentran los daños como resultado de la transmisión de enfermedades venéreas por parte del cónyuge infiel.<sup>514</sup> En otro caso inusual, una mujer demandó a su esposo por haberla penetrado durante el acto sexual sin haberle confesado que era infiel con otra mujer.<sup>515</sup> Su planteamiento fue que la falta de información vició su consentimiento a sostener la relación sexual con su esposo. El tribunal permitió la alegación e impartió instrucciones al jurado para que evaluara si hubo o no vicio en el consentimiento.

El adulterio como tal, no se ha reconocido como una causa de acción por daño moral

---

<sup>510</sup> *Bergin v. Grace*, 833 N.Y.S.2d 729 (3d Dep't 2007); *Genthon v. Kratville*, 701 N.W.2d 334 (2005); *Thomas v. Bethea*, 718 A.2d 1187 (1998); *Lieberman v. Eomployers Ins. of Wausau*, 419 A.2d 417 (1980); *Honeywell, Inc. v. American Standards Testing Bureau, Inc.*, 851 F.2d 652 (3<sup>rd</sup> Cir. 1988); *Scognamillo v. Olsen*, 795 P.2d 1357 (Colo.App. 1990).

<sup>511</sup> *Foot v. Card*, 58 Conn. 1 (1889).

<sup>512</sup> *Poulos v. Poulos*, 222 N.E.2d 887 (1967).

<sup>513</sup> El Código Civil de California establece en la §43.5 que no se considerará una causa de acción la enajenación de afecto; también lo extiende a los casos de padres sustitutos hacia los niños que están bajo su tutela en la §43.56. Otras jurisdicciones que han adoptado legislación son: Arizona, Ariz. Rev. Stat. Ann. §25-341; Colo. Rev. Stat. §13-20-202; Conn. Gen. Stat. Ann. §52-572b.

<sup>514</sup> *S.A.V. v. K.G.V.*, 708 S.W.2d 651 (Mo. 1986).

<sup>515</sup> *Neal v. Neal*, 873 P.2d 871 (1994).

en la jurisdicción norteamericana.<sup>516</sup> Incluso, se han negado daños morales en un caso donde la esposa tuvo hijos de otros hombres y lo ocultó a su esposo por un largo periodo de tiempo, permitiendo que se desarrollaran lazos afectivos entre su esposo y los hijos que no tenían relación consanguínea con él.<sup>517</sup>

### 5.3.2.13 Daño al honor

La protección a la intimidad y el honor son de carácter constitucional y celosamente protegidos en el Derecho común norteamericano. Hay casos donde se ha impuesto responsabilidad a religiosos que cometen difamación en su modalidad de libelo contra uno de sus feligreses.<sup>518</sup>

Las acusaciones maliciosas, también han sido objeto de reparación en la medida que atentan contra la imagen de la víctima y su reputación. Para que se configure el daño, el demandado tiene que haber instado una acción contra el demandante, o haber instigado a otro para que lo haga, utilizando información falsa para lograr su objetivo.<sup>519</sup>

En los casos de intromisión a la vida privada, el principio establecido, en el *Restatement of Torts* §652B, es que si la invasión resulta ofensiva a una persona razonable, entonces se entenderá como una ofensa a la víctima y estará sujeta a reparación. En estos casos, la persona que alega el agravio tiene que tener una expectativa razonable de privacidad.<sup>520</sup> La acción también se puede configurar contra oficiales del orden público cuando actúan *so color de autoridad*, es decir, haciendo uso de su posición oficial. Por ejemplo, se ha reconocido que los oficiales que invitan a la prensa a entrar a una casa privada mientras ejecutan una orden de allanamiento violan el derecho a la intimidad, de igual forma el oficial varón que observa mientras una fémina toma una muestra de orina para prueba de dopaje viola su derecho a la intimidad y el mostrar a otros la prueba en un caso criminal que consistía en un vídeo de actividades sexuales explícitas, violenta la intimidad de la persona acusada.<sup>521</sup>

Además de las causas de acción donde se infringe el honor al demandante, los EUA reconocen la protección de otros derechos constitucionales que dan paso a reclamaciones en daños y perjuicios cuando son violentadas. La Octava Enmienda de la CEUA protege a los ciudadanos contra castigos crueles e inusitados. Bajo este principio se han presentado casos donde daños donde se reclama el uso excesivo de fuerza por parte de oficiales

---

<sup>516</sup> *Whittington v. Whittington*, 766 S.W.2d 73 (Ky.App. 1989); *Ruprecht v. Ruprecht*, 599 A.2d 604 (1991); *Poston v. Poston*, 436 S.E.2d 854 (1993); *Nagy v. Nagy*, 258 Cal.Rptr. 787 (1989); *Weicker v. Weicker*, 237 N.E.2d 876 (1968).

<sup>517</sup> *Pickering v. Pickering*, 434 N.W.2d 758 (S.D. 1989).

<sup>518</sup> *Murphy v. Harty*, 393 P.2d 206 (1964) en un caso de libelo; *Hester v. Barnett*, 723 S.W.2d 544 (Mo.App. 1987) en un caso de difamación, invasión a la privacidad y enajenación afectiva.

<sup>519</sup> *Chapman v. Grimm & Grimm*, 638 N.E.2d 462 (Ind.Ct.App. 1994); *Matthews v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan*, 572 N.W.2d 603, 613 (1998).

<sup>520</sup> *Sanders v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 978 P.2d 67 (1999).

<sup>521</sup> Véase respectivamente los casos de: *Wilson v. Layne*, 526 US 603 (1999); *Sepúlveda v. Ramírez*, 967 F.2d 1413 (9<sup>th</sup> Cir. 1992); y *James v. City of Douglas, Ga.*, 941 F.2d 1539 (11<sup>th</sup> Cir.1991).

correccionales contra convictos encarcelados, condiciones inadecuadas de confinamiento y negativa a ofrecer servicios médicos a confinados y han prevalecido en su reclamo ante el Tribunal Supremo de los EUA.<sup>522</sup>

Los daños causados al difamar a una persona, pueden configurarse en las modalidades de libelo o calumnia y los datos que se publiquen no pueden ser conocidos por la sociedad.<sup>523</sup> Se puede configurar por expresiones verbales o escritas, incluyendo fotografías. En el caso de *Barber v. Time, Inc.*, 159 S.W.2d 291 (1942), unos periodistas entraron a un hospital y fotografiaron a la demandante, sin su consentimiento, y luego publicaron las fotos. En un caso muy interesante, los demandados hicieron una película donde narraron eventos verídicos y el nombre de una persona que fue acusada de asesinato.<sup>524</sup> El Tribunal determinó que podían utilizar la información que surgía de los récords públicos, pero el uso de su nombre en la película violaba el derecho a la intimidad de la demandante.

#### **5.3.2.14 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción.**

Los tribunales norteamericanos han sido muy juiciosos en la concesión de daños morales en estos casos. La visión va dirigida a una compensación pecuniaria del daño, descartando la posibilidad de un resarcimiento por el daño moral. Basamos nuestra opinión en la tendencia de los tribunales a conceder daños relacionados con los gastos médicos y de manera excepcional los gastos de educación, no así la afección que sufren los padres y en algunas instancias los hijos que nacen con problemas de salud por una intervención inadecuada del facultativo médico.

Los términos utilizados por el Derecho común norteamericano para denominar embarazos no planificados y no deseados son *wrongful conception* o *wrognful pregnancy* y por lo general están asociados con reclamaciones de mala práctica médica por fallas en procesos de esterilización, en contraposición a las reclamaciones denominadas *wrongful birth* donde se reclama por malformaciones o defectos en el infante que eran previsibles o se conocían y no fueron oportunamente advertido a los padres.<sup>525</sup>

---

<sup>522</sup> En *Johnson v. Summers*, 577 N.E.2D 301, 304 (1991); *Estelle v. Gamble*, 429 US 97 (1976)- se reconoció el derecho de los confinados a recibir tratamiento médico. El tribunal estableció que la indiferencia deliberada en la provisión de servicios médicos constituía una acción innecesaria de imposición de dolor a los demandantes. En *Pelfrey v. Chambers*, 43 F.3d 1034 (6<sup>th</sup> Cir. 1995) se estableció que un ataque injustificado de un oficial correccional constituye un castigo cruel e inusitado. En casos relacionados con la intimidad de los confinados, el Tribunal ha reconocido su derecho, aun cuando hay elementos de seguridad envueltos. Por ejemplo en *Rushing v. Wayne County*, 462 N.W.2d 23 (1990) se estableció que los registros al desnudo a confinados no pueden realizarse en áreas abiertas al público, mientras que en *Jordan v. Gardner*, 986 F.2d 1521 (9<sup>th</sup> Cir. 1993) se estableció que se violaba el derecho de un confinado transgénero que al ser registrado, en ausencia de sospecha o estado de emergencia, le agarraron sus partes íntimas, frotándolas con movimientos inapropiados.

<sup>523</sup> Restatement §652D.

<sup>524</sup> *Melvin v. Reid*, 112 Cal.App. 285 (1931).

<sup>525</sup> Véase *Provencio v. Wenrich*, 261 P.3d 1089 (2011); *Crawford v. Kirk*, 929 S.W.2d 633 (Tex. App. Texarkana 1996).

Con relación a la muerte antes del nacimiento del feto, la posición de los tribunales es que no existe derecho a reparación, pero hay una minoría de los Estados que han reconocido bajo ciertas circunstancias el derecho a compensación cuando se ocasiona un agravio mortal a un feto.<sup>526</sup> La compensación fue otorgada bajo la figura de muerte ilegal, causa de acción que no sigue la mayoría de los Estados y que no encontraría espacio en el Derecho civil en la medida que el nacimiento de la persona surge con el desprendimiento del seno materno. Algunas jurisdicciones han establecido límites a la cuantía que se puede adjudicar por concepto del dolor y sufrimiento experimentado por una víctima. Algunos han sido objeto de ataques constitucionales ante los tribunales estatales, como por ejemplo el caso de *Fein v. Permanente Medical Group*, 695 P.2d 665 (Cal. 1985), ya que en el Estado de California se estableció como tope, para esta categoría de daños, la cantidad de \$250,000. El tribunal confirmó que la ley que establecía la cuantía no violentaba la cláusula al debido proceso de ley de la CEUA.

### 5.3.3 Daños nominales

Los daños nominales son definidos como una compensación trivial que se le otorga al demandante en una acción en daños cuando no ha probado la existencia de una pérdida sustancial o daño susceptible de ser compensado.<sup>527</sup> Se configura en los casos donde se ha podido establecer una causa de acción porque la ley reconoce una invasión técnica a sus derechos, un incumplimiento con un deber del demandado o en casos donde se ha demostrado la existencia de un daño real, pero la evidencia del demandante falla en demostrar su cuantía.<sup>528</sup>

En casos de daños intencionales a la persona y propiedad, la conducta ilícita, *per se*, es considerada como perjudicial. El demandante siempre tiene derecho de recobrar, a los menos daños nominales, sin necesidad de tener que probar ningún daño o pérdida específica. Solo basta para que prospere la causa de acción probar que la conducta fue dañina. Por otro lado, en casos de daños por negligencia, el sufrimiento de un daño es un elemento esencial para la causa de acción del demandante. A menos que el demandante haya sufrido un daño legalmente reconocido, no tiene derecho a una reclamación por daños y no puede ni siquiera obtener daños nominales.<sup>529</sup> En el ámbito constitucional, la denegación del debido proceso de ley y el coartar el derecho a la libertad de expresión son causas de acción que se pueden ejercitar. Proceden aun cuando el demandante no haya sufrido daños tangibles, en cuyo caso, podrá dar paso a una compensación nominal.<sup>530</sup>

### 5.3.4 Daños punitivos<sup>531</sup>

---

<sup>526</sup> *Farley v. Sartin*, 466 S.E.2d 522 (W.Va. 1995).

<sup>527</sup> *Restatement Second, Torts §907. DUNCAN, M.L., TURNER, R., Torts: A Contemporary Approach*, Saint Paul, MN: West Thomson Reuters, 2010, p. 649.

<sup>528</sup> *GARNER, B.A., op. cit.*, 10<sup>a</sup> ed., p. 473; *Restatement § 907.*

<sup>529</sup> *DOBBS, D.B., op. cit.*, p. 1047.

<sup>530</sup> *DOBBS, D.B., op. cit.*, p. 1054.

<sup>531</sup> También son conocidos en la doctrina norteamericana como "*exemplary damages, vindictive damages, punitive damages, presumptive damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages, smart money y punies.*"

La figura jurídica que posiblemente tiene mayor protagonismo para fines de este Capítulo es la de daños punitivos, precisamente por ser extraña al Derecho civil contemporáneo y tener posturas antagónicas en la doctrina norteamericana.

El TSEUA reseñó en el caso de *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 128 S. Ct. 2605, 2620, 171 L. Ed. 2d 570, 660 (2008) el origen de los daños punitivos en el Derecho común norteamericano. La primera mención de daños punitivos, también denominados daños ejemplares (*exemplary damages*) proviene de un caso relacionado al allanamiento ilegal de una imprenta por parte de los ministros del rey. Como resultado se allanaron la imprenta y el hogar del dueño de la imprenta John Wilkes. La víctima reclamó judicialmente y solicitó que se triplicara la restitución de los daños para disuadir la conducta y el Tribunal concedió una amplia suma de dinero como daños punitivos. *Wilkes v. Wood*, 2 Wils KB 203, 95 Eng Rep 766 (1763). Como secuela del mismo caso, se ventiló un caso de detención ilegal iniciado por un impresor a jornal contra agentes del rey *Huckle v. Money*, 2 Wils KB 205, 95 Eng Rep 768 (1763). El jurado le concedió al impresor una compensación de 300 libras esterlinas. En apelación, el tribunal determinó que la compensación no era excesiva y estableció su renuencia a indagar o poner en tela de juicio la determinación hecha por los miembros del jurado.<sup>532</sup> Ya para el año 1850, existe evidencia de que los daños punitivos formaban parte del derecho común norteamericano. En el Estado de Massachusetts, un ciudadano que quiso separar dos perros que estaban peleando utilizó un palo y al levantarlo sobre sus hombros golpeó al dueño de uno de los perros en el rostro ocasionándole daño permanente. El Tribunal Supremo de Massachusetts determinó que el hombre incurrió en una acción negligente y aplicaron el estándar de responsabilidad sin culpa en el caso de *Brown v. Kendall*, 60 Mass. 292 (1850). En 1851, en el caso *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 363 (1851), el Tribunal Supremo afirmó que la doctrina de los daños punitivos estaba apoyada por reiteradas decisiones judiciales por más de cien años. Un siglo después, en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, el tamaño de las compensaciones en daños tuvo un aumento vertiginoso. Este aumento no era atribuible a cambios en la ley, sino a factores contextuales como los siguientes: una sociedad más afluente, el uso de técnicas novedosas y sofisticadas en el juicio por parte de los abogados de los demandantes y un aumento en el conocimiento por parte de los abogados y jueces de grandes veredictos en otras partes del país.<sup>533</sup>

La doctrina explicó el origen de los daños punitivos con el planteamiento de que los jurados eran ciudadanos de pequeñas comunidades a los que se les requería tener conocimiento de los hechos alegados y a emitir su opinión sobre las controversias. Dado el conocimiento personal que tenían de los hechos alegados en la demanda, los tribunales se mostraban renuentes a considerar apelaciones por la concesión excesiva de daños y en ausencia de una justificación racional para la cuantía se comenzaron a denominar daños punitivos.<sup>534</sup> Otra teoría, acuñada en el caso de *Stuart v. Western Union Tel. Co.*, 66 Tex. 580 (1885) sostiene que ante la negativa de los Tribunales en aceptar la protección legal

---

<sup>532</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., *Determining Damages*, op. cit., p. 6.

<sup>533</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., *Determining Damages*, op. cit., p. 7.

<sup>534</sup> KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., *Punitive Damages: Law and Practice*, St. Paul, MN: West, 2002, vol. 1, p. 4-6.

de algunos intereses lesionados, se comenzaron a conceder cuantías mayores a las requeridas para la reparación del daño, sin una justificación legal para ello. El tribunal lo explicó indicando que toda la doctrina de los daños punitivos o ejemplares tiene su fundamento en el fracaso de no reconocer como elementos constitutivos de compensación circunstancias que deben ser consideradas como daños que conceden al agraviado el derecho a ser compensado.<sup>535</sup>

Otra teoría es que existía la necesidad de tener una pena civil, argumentando que los daños punitivos cumplen una función social de gran relevancia.<sup>536</sup> El argumento sostiene que hay ofensas civiles que constituyen un agravio o atentado a la sociedad, como lo sería por ejemplo, el conocimiento de los dueños de una compañía de que su producto posee material tóxico que resultará en un daño permanente e irreparable a los consumidores, pero no hacen nada por retirarlo del mercado. Si no se procesan criminalmente, habría una conducta intencional y nociva que no sería sancionada y en muchos casos existiría una laguna donde resultarían impunes los infractores. Los detractores de la doctrina plantean que si no está previsto en la codificación penal, no debería tampoco castigarse su conducta civilmente.<sup>537</sup>

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América visitó la definición del daño punitivo en *Gertz v. Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974), indicando que eran multas privadas impuestas por jurados en el ámbito civil con el fin de castigar conductas reprochables y disuadir de tales conductas para el futuro.<sup>538</sup> El propósito principal de esta clase de daños es castigar. Para justificar tal compensación, el demandante debe demostrar que la conducta del demandado fue culpable y reprehensible.<sup>539</sup> Los daños punitivos pueden servir para disuadir a un demandado en particular de cualquier conducta futura similar a la que causó el daño y para disuadir a otros de incurrir en conducta del mismo tipo.<sup>540</sup> Al conceder daños punitivos, los tribunales persiguen dotar de contenido moral el pago de dinero adicional como una forma de hacerle claro a la comunidad que se ha hecho justicia a la víctima.<sup>541</sup>

La sección 908, inciso (a), del *Restatement of Torts* se definen los daños punitivos como aquellos daños, separados de los daños compensables o nominales, que son concedidos en contra de un demandado para castigarle por su conducta atroz y para disuadirle, y disuadir a otros, de incurrir en una conducta similar en el futuro.

---

<sup>535</sup> El texto original en inglés dice: “[T]he whole doctrine of punitive or exemplary damages has its foundation in a failure to recognize as elements upon which compensation may be given many things which ought to be classed as injuries entitling the injured person to compensation.”

<sup>536</sup> KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., p. 14. Véase el caso de *Wangen v. Ford Motor Co.*, 97 Wis. 2d 260, 279 (1980).

<sup>537</sup> KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., p. 16-17.

<sup>538</sup> Véase además: *Stermer v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 140 So.3d 879 (La. Ct. App. 3d Cir. 2014); *Tully v. McLean*, 948 N.E.2d 714 (1<sup>st</sup> Dist. 2011); *Cady v. IMC Mortg. Co.*, 862 A.2d 202 (R.I. 2004); *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 US 247 (1981); *Lee v. Delta Air Lines, Inc.*, 32 F.3d 566 (5<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>539</sup> SHAPO, M., op. cit., p. 429.

<sup>540</sup> SHAPO, M., op. cit., p. 430.

<sup>541</sup> *Ibid.*

En la gran mayoría de los Estados, la regla del *common law* permite, pero no requiere, a los jurados evaluar y conceder daños punitivos en casos especiales. Para ello, se deben enfocar en la conducta del demandado. Sin hacer referencia a las necesidades de la parte demandante, el jurado tiene que determinar qué cantidad de dinero servirá de castigo y disuasivo al demandado.<sup>542</sup> Los daños punitivos son daños a mayor escala, que se le conceden a la parte demandante y que van más allá de la cuantía necesaria para reparar el daño, cuando la ofensa o daño sufrido haya sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, conducta temeraria del demandado, y sean otorgados al demandante como consuelo por sus angustias mentales, laceración de sus sentimientos, vergüenza, degradación u otros agravantes, para castigar al demandado por su mal comportamiento o para hacer de él un ejemplo para los demás. El castigo no describe de forma adecuada los pasos para la concesión de daños, en ocasiones, estos daños son llamados daños extra-compensables.<sup>543</sup>

Es necesario aclarar que los daños punitivos están disponibles en casos de daños en los que medie voluntariedad, temeridad o conducta maliciosa. Estos daños, generalmente, no están disponibles para casos de daños por negligencia o en incumplimiento de contratos.<sup>544</sup>

El *Restatement of Torts*, en el inciso (b), de la sección 908, dispone las causales para imponer daños punitivos y los elementos que han de tomarse en consideración al valorar estos daños. Establece que los daños punitivos serán concedidos por conducta atroz, por el motivo malicioso del demandado o por su contumaz indiferencia para con los derechos de otros. En la valoración de los daños, el juez o jurado ha de tomar en consideración la conducta del demandado, la naturaleza y magnitud del daño que el demandado causó o intentó causarle al demandante. En la mayoría de las ocasiones se le instruye al jurado a valorar daños punitivos suficientes para castigar y disuadir, y que al así hacerlo también tomen en consideración la conducta y riquezas del demandado. Algunos tribunales suplementan estas instrucciones con criterios promulgados por sus foros judiciales apelativos en la fase de evaluación de daños posterior al juicio.<sup>545</sup>

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que la concesión de daños punitivos no debe violar la Octava Enmienda ni los requisitos del Debido Proceso de Ley consagrados en la CEUA. El debido proceso de ley requiere que se le provea al jurado una guía sobre el propósito retributivo o disuasivo de los daños punitivos, junto con una instrucción a los efectos de que los daños punitivos no son requeridos.

Asimismo, los tribunales deben proveer una revisión posterior al juicio de los daños punitivos.<sup>546</sup> Por ello, los tribunales ejercen por lo menos dos niveles de control sobre los

---

<sup>542</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., *Determining Damages*, op. cit., págs. 15-16.

<sup>543</sup> DOBBS, D.B., op. cit., p. 1062.

<sup>544</sup> *Lafarge North America, Inc. v. Nord*, 86 So.3d 326 (Ala. 2011); *Andrew Jackson Life Ins. Co. v. Williams*, 566 So.2d 1172 (Miss. 1990).

<sup>545</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., "Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards", op. cit., p. 746.

<sup>546</sup> DOBBS, D.B., op. cit., p. 1070

daños punitivos. Ellos deben decidir si correspondía conceder daños punitivos en un caso en particular y, de proceder la concesión de daños punitivos, si la cuantía de daños está justificada.<sup>547</sup> En los últimos años, los cuerpos judiciales y legislativos de los gobiernos estatales y el gobierno federal de los Estados Unidos, han asumido un rol activo en la restricción de los daños punitivos. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, los tribunales federales inferiores, los tribunales estatales, el Congreso de los Estados Unidos y las legislaturas estatales han formado parte del movimiento para reducir el número de las compensaciones en daños punitivos y las cuantías de estas compensaciones. Tanto el Congreso como las legislaturas estatales han adoptado leyes para limitar los daños punitivos que establecen límites de cuantía máxima o proporcionalidad.<sup>548</sup>

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos típicamente utiliza la cláusula constitucional del Debido Proceso de Ley para limitar los daños puramente punitivos que surgen de la discreción desenfadada de los jurados.<sup>549</sup> Veamos el desarrollo de esta materia a través de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo de los EUA: La ex-Jueza Asociada del Tribunal Supremo de los EUA, Hon. Sandra Day O'Connor, expresó como parte de su opinión en el caso *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 US 257 (1989), que los daños punitivos se estaban incrementando de manera vertiginosa. Sus manifestaciones fueron cónsonas con la postura de muchos miembros de la doctrina, que argumentaban que las concesiones de daños punitivos en cantidades multimillonarias eran un reflejo de que el remedio estaba descontrolado.<sup>550</sup> Los tribunales comenzaron a preocuparse por la proliferación en la concesión millonaria de daños punitivos y se comienzan a establecer controles que permitían determinar si los remedios concedidos violaban los derechos constitucionales de los demandados.

En el caso *Pacific Mutual Life Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1 (1991), la compensación impuesta por el jurado de \$1,040,000 (equivalentes a 814.390€) contenía un componente de daños punitivos no menor de \$840,000 (equivalentes a 657.776€). El Tribunal Supremo rechazó la noción de que los daños punitivos siempre violan el Debido Proceso de Ley y prosiguió a indagar si esta proporción de daños compensables a punitivos de 4:1 violaba los principios del Debido Proceso de Ley. El TSEUA razonó que no podía establecer una línea entre lo constitucionalmente aceptable y lo inaceptable que pudiera servir para cada caso. Concluyó que, en este caso, la cuantía no violaba el debido proceso y confirmó la misma.

En el caso de *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 US 443 (1993), que hubo daños compensables por la cantidad de \$19,000, equivalentes a 16.642€ y por concepto de daños punitivos otorgó la cantidad de \$10 millones, es decir, 8.759.414€, aproximadamente. La proporción del daño punitivo en este caso resultó en una cifra irreal,

---

<sup>547</sup> SHAPO, M.S., *op. cit.*, p. 73.

<sup>548</sup> BERCH, J., "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, n<sup>o</sup> 1, p. 62.

<sup>549</sup> En los casos donde se ataca la constitucionalidad de los daños punitivos, se debe realizar una evaluación *de novo*. *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U.S. 424 (2001).

<sup>550</sup> RUSTAD, M., KOENIG, T., "The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers", *American University Law Review*, vol. 42, n<sup>o</sup> 4 (Summer 1993): p. 1275-1276.

526:1, pero el TSEUA lo confirmó diciendo que hay casos donde la conducta es tan escandalosa que lo justifica. En los casos donde hay entes jurídicos, las adjudicaciones de daños punitivos han sido exponencialmente más alta. Por ejemplo, en el famoso caso de *Liebeck v. McDonald's Restaurants* (1994), una dama que sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en sus muslos, genitales y glúteos tras quemarse con un café y haber resultado infructuosos sus trámites para que la compañía le rembolsara \$20,000 de gastos médicos, demandó recibiendo una compensación de \$160,000 en daños compensables y \$480,000 por concepto de daños punitivos.<sup>551</sup> El caso fue por jurado y a pesar de que originalmente ella reclamaba a la compañía \$20,000 para cubrir los gastos médicos, el jurado originalmente otorgó \$200,000 y el tribunal lo ajustó a la cantidad de \$160,000. En esa partida compensatoria, por sí sola, se le concedió un remedio ocho (8) veces mayor al que la demandante reclamaba extrajudicialmente por concepto de los gastos médicos, excluyendo los daños punitivos que originalmente fueron concedidos por la cantidad de \$2.7 millones y luego el tribunal ajustó a \$480,000. Las determinaciones del jurado en este caso han sido altamente criticadas, al igual que la tímida acción del tribunal al ajustarlas partidas.

Ante la fuerte crítica sobre el castigo excesivo de las penas, el TSEUA se expresó para establecer aspectos de razonabilidad. El tribunal dispuso que una relación de 4:1 entre los daños punitivos y los compensables es lo suficientemente alto como para que se pueda iniciar un ataque de carácter constitucional. Cuando la proporción sobrepasa de 10:1, es prácticamente cierta la violación constitucional al debido proceso de ley, al amparo de las cláusulas quinta y decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos de América (CEUA), bajo circunstancias ordinarias.

En el caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003), el jurado concedió una compensación ascendente a \$2.6 millones en daños compensables y a \$145 millones en daños punitivos. Sin embargo, el Tribunal de Instancia ante el cual se ventilaba en el Estado de Utah, redujo la compensación a \$1 millón y \$25 millones respectivamente. El Tribunal Supremo de Utah restableció la compensación de \$145 millones en daños punitivos, lo cual fue confirmado ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, este cuerpo revisó la compensación en daños punitivos al palio del estándar *de novo* y los tres factores de *BMW of North America v. Gore*, supra, y concluyó que la proporción de 145:1 violaba el debido proceso. El TSEUA clarificó el segundo factor adoptado en el caso de *BMW of North America v. Gore*, supra. Explicó que en la práctica, sólo algunos casos en los que la proporción entre daños punitivos a daños excede números de un solo dígito estarán conforme a los requisitos del debido proceso de ley. Mediante este pronunciamiento, parece ser que el Tribunal estableció la línea matemática que permite analizar *prima facie* si una cuantía en daños punitivos es constitucionalmente permisible.

Las decisiones de los tribunales federales y estatales subyugaron las concesiones en daños punitivos a mayores limitaciones, como por ejemplo: 1) Autorización de ley: algunos

---

<sup>551</sup> No. CV-93-02419, 1995 (N.M. Dist., Aug. 18, 1994). Cuantía original otorgada por el jurado por concepto de daños compensables \$200,000 y luego el tribunal lo redujo a \$160,000, equivalentes a 141.471 €. Por concepto de daños punitivos el jurado otorgó originalmente la cantidad de \$2.7 millones y luego fue ajustada a \$480,000, equivalentes a 424.397 €.

Estados solamente reconocen los daños punitivos que han sido autorizados mediante legislación. Los tribunales en estas jurisdicciones no permiten los daños punitivos como una parte orgánica del *common law*, salvo que exista una autorización en ley que los reconozca. 2) Estándar de prueba para establecer la concesión de daños punitivos: tradicionalmente, los daños punitivos quedaban establecidos siguiendo el mismo estándar de prueba que en los casos civiles: preponderancia de la evidencia. Ahora, muchos tribunales requieren que los daños punitivos sean probados mediante prueba clara y convincente. El requerir autorización legislativa para el otorgamiento de daños punitivos y la imposición de un estándar de prueba más exigente para probar los daños punitivos tiende a restringir la frecuencia y cuantía de las compensaciones en daños punitivos. 3) Prueba de la condición financiera del demandado: una de las justificaciones de los daños punitivos es el castigar al demandado, por ello, argumentaban que la cuantía debía ajustarse de acuerdo a la condición financiera del demandado, cuantías modestas debían imponerse a los demandados con menos recursos, mientras que cuantías altas debían imponerse a los demandantes con mayores recursos económicos.<sup>552</sup>

Las legislaturas a nivel estatal y federal, han empleado varias metodologías para restringir la discreción del jurado, regular la cuantía del castigo y limitar las grandes compensaciones en daños punitivos. Mientras que algunas leyes no establecen restricciones, se pueden encontrar otras que prohíben la concesión de daños punitivos en cierta clase de casos o aquellos que definen las situaciones en las que una compensación en daños punitivos es apropiada. Los Estados que optan por legislar la concesión de daños punitivos lo han hecho de manera diferente. Se pueden clasificar las legislaciones por el efecto que tienen y básicamente existen dos posibilidades: las que tienen efecto multiplicador (*multiplier statutes*) y aquellas con cuantías máximas (*cap statutes*). Los primeros, requieren que la cuantía en daños compensables sea multiplicada por un factor en particular para entonces determinar la cuantía en daños punitivos. Los otros, establecen un tope a la compensación por concepto de daños punitivos; por ejemplo: no más de cinco veces la cuantía de daños compensables o \$350,000, la cantidad que resulte menor; en otros han establecido \$250,000 como el máximo.<sup>553</sup>

Para atender la necesidad de consistencia en el área de los daños punitivos, la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Uniformes Estatales (NCCUSL o la Conferencia) promulgó en el año 1996 una ley modelo para que los estados consideren al momento de formular sus propias leyes. Aun cuando esta ley modelo ha sido creada para ser utilizada como guía para la adopción de leyes estatales por cada legislatura, los criterios para la evaluación y determinación de daños son susceptibles de ser utilizados por los tribunales

---

<sup>552</sup> BERCH, J., op. cit., p. 70-72. En el caso de *Nickerson v. Stonebridge Life Insurance Company*, (B234271, Aug. 29, 2013) el Tribunal de Apelaciones del Estado de California limitó a 10:1 la proporción entre daños punitivos y compensatorios para conformarlo a los parámetros constitucionales del debido proceso de ley. Ya en *Amerigraphics, Inc. v. Mercury As. Co.*, 182 Cal. App. 4<sup>th</sup> 1538 (Cal. Ct. App., 2010) el tribunal había impuesto la misma proporción (10:1) como un parámetro constitucional razonable.

<sup>553</sup> BERCH, J., op. cit., p. 73-76.

como guías. No obstante, el mismo se limita a las determinaciones de daños punitivos.

El *Model State Punitive Act* refuerza los procedimientos mediante los cuales los daños punitivos son concedidos y revisados, mientras que al mismo tiempo le da al jurado amplia discreción para castigar a los causantes de daños. Esta ley modelo fue aprobada en un momento de lucha por parte del Congreso y algunos estados para limitar las concesiones de daños punitivos excesivas o inapropiadas. La ley permite que el juzgador de hechos conceda daños punitivos solamente si hay evidencia clara y convincente de que el demandado tenía la intención maliciosa de causar el daño o exhibía un menosprecio consciente y flagrante con relación a causarles daños a otras personas. Además, la ley provee nueve factores para ser considerados en el proceso de determinar la compensación punitiva, a saber: la naturaleza de la conducta del causante del daño y su efecto sobre el demandante y otros, la cantidad de daños compensables, cualesquiera multas, penalidades, daños o restitución pagada o que deba ser pagada por el demandado como consecuencia de la misma conducta ilícita, la condición financiera presente y futura del demandado y el efecto de la concesión de daños sobre cada condición, cualquier ingreso o ganancia obtenido por el demandado a través de su conducta, en exceso de la cantidad de la que será despojado por la acciones en su contra por daños compensables o restitución, cualquier efecto adverso que la concesión de los daños pueda tener sobre inocentes, cualquier medida remedial tomada o no tomada por el demandado a partir de su conducta, cumplimiento o no cumplimiento con cualquier estándar aplicable que haya sido promulgado por una agencia gubernamental o cualquier otra agencia u organización cuya función sea la de establecer estándares, cualquier factor agravante o mitigante relevante a la cantidad de la compensación.

Se sabe que en los casos donde el demandante no se reserva el derecho a solicitar juicio por jurado, el juez tiene plena facultad para conceder un remedio de daños punitivos dentro de su discreción judicial. Es una figura jurídica que se aplica con extrema cautela y de manera excepcional. A nivel estatal, los tribunales han utilizado adjetivos para demostrar el grado de desprecio que debe conllevar la acción que será castigada con el daño punitivo. Algunos adjetivos que describen los eventos sujetos a este tipo de multa civil son: malicioso, voluntario, intencional, temerario, indiferente deliberado, opresivo, fraudulento, violento, entre otros.<sup>554</sup>

La imposición de daños punitivos en casos donde se alega responsabilidad vicaria ha sido criticada, a nuestro parecer con fundamento. El argumento para oponerse es que no se cumple con el fin punitivo y disuasivo, toda vez que el castigo es absorbido por un tercero y no por el causante del daño. En el caso donde se imponen daños punitivos por las actuaciones de un funcionario público, donde el Estado responde bajo el principio de responsabilidad vicaria, es el erario público es el que paga de un fondo general donde se depositan las contribuciones de todos los ciudadanos, transfiriendo indirectamente el castigo a todos los contribuyentes. En el caso de los patronos que pagan por la negligencia de sus empleados, sin que hayan tenido conocimiento o participación, el propósito disuasivo no se configura. En la

---

<sup>554</sup> *Mid-States Homes, Inc. v. Johnson*, 311 So 2d 312, 317 (1975); *Kelsay v. Motorola, Inc.*, 74 Ill 2d 172, 384 NE 2d 353, 359; *Smith v. Executive Club, Ltd.*, 458 A. 2d 32, 35, 48 ALR 4<sup>th</sup> 147 (1983); *SHV Coal, Inc. v. Continental Grain Co.*, 587 A. 2d 702 (1991).

mayoría de los casos la responsabilidad económica no se transfiere al verdadero responsable. Otros argumentos en contra del uso del daño punitivo como multa civil para disuadir las conductas inapropiadas son: 1. Que la población general no conoce lo que constituye una conducta sancionable bajo el concepto de daño punitivo a menos que se haya expuesto a un jurado o un caso donde se discuta el particular. En contraposición a las reseñas de los casos criminales, se provee poca exposición en los medios de comunicación en los casos civiles. Las sentencias y noticias sobre daños punitivos que acaparan las primeras planas son las de compañías que son condenadas a pagar cuantías excesivas, casos y conductas con las que no se identifican los ciudadanos particulares y por ende el fin disuasivo desaparece. 2. A diferencia del Derecho penal donde existe una pena máxima establecida mediante legislación, en los daños punitivos no existe un máximo a menos que el tribunal determine que la cuantía impuesta por un jurado o un tribunal inferior es excesiva.<sup>555</sup> 3. La cuantía en daños punitivos puede exceder, y como cuestión de hechos, ha excedido en algunas instancias la multa contemplada en el Derecho penal para la misma conducta.<sup>556</sup> 4. Varios demandantes podrían recobrar daños punitivos del mismo demandado por la misma actuación. 4.1. En un caso criminal, se requiere que se pruebe más allá de duda razonable la culpabilidad del imputado, mientras que en los casos civiles, el peso de la prueba es menor.<sup>557</sup> 4.1.2. En los casos civiles se pueden imponer daños punitivos por responsabilidad vicaria y finalmente pagará la penalidad una persona que no fue quien incurrió en la conducta que se desea desalentar. Dependiendo de la efectividad del principal con relación a su agente o a la persona por la cual responde, se logrará el fin disuasivo de esta sanción civil.

Se ha creado gran controversia sobre la efectividad de los daños punitivos, generándose mitos y paradigmas relacionados con su uso, entre los cuales se encuentran: que son sumas excesivas que hacen el costo de llevar a cabo negocios en EUA irrazonablemente alto y que se promueve la litigación dirigida a demostrar la existencia de daños punitivos por lo que aumenta el número de reclamaciones. Un estudio realizado por profesores de Derecho y el Departamento de Justicia de los EUA, demostró que los daños punitivos se adjudican en un promedio de dos por ciento (2%) de los casos que llegan a la etapa de juicio y que la media en las adjudicaciones fluctúan entre \$38,000 y \$50,000, lo que equivale a un rango entre

---

<sup>555</sup> Hay Estados que han puesto un límite o tope a las condenas por daños punitivos: Alabama, Arkansas, Colorado, Connecticut, Florida, Georgia, Kansas, Montana, Nevada, Ohio, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas y Virginia. Otros han optado por requerir que una parte sea destinada al erario público, adoptando proporciones arbitrarias en su legislación. Los Estados que han optado por esta modalidad son: Georgia, Alaska, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon y Utah.

<sup>556</sup> En *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.*, 378 F.2d 832, 839 (2d Cir. 1967), el Tribunal advirtió que la multa máxima por la misma conducta en los casos criminales era de \$10,000 y el jurado impuso \$100,000, diez veces más que la cantidad prevista en los casos penales.

<sup>557</sup> Para tratar de subsanar este argumento, algunas jurisdicciones han legislado que el quantum de prueba requerido es uno intermedio entre la preponderancia de prueba y el quantum en casos criminales donde se requiere probar culpabilidad más allá de duda razonable. Se requiere prueba clara y convincente. Entre las jurisdicciones que han adoptado legislación sobre el quantum de prueba están: Alaska, Florida, Georgia, Indiana, Minnesota, Montana, South Carolina, Alabama, Oregon, Kentucky y Ohio.

Generalmente, a los miembros del jurado se les instruye que pueden conceder daños punitivos de encontrar que el demandado actuó de manera malévola, voluntaria, displicente, intencional, deliberada, en términos generales una actuación con desprecio total por los intereses de la otra persona.<sup>559</sup> A pesar de que se toma en consideración la conducta del demandado, el propósito es promover un bien colectivo y se impone una multa civil en beneficio social en la medida que disuade al actor de incurrir en la misma conducta en el futuro.<sup>560</sup>

Los daños punitivos son generalmente aceptados en el derecho común norteamericano. Sólo cinco jurisdicciones rechazan la concesión de dichos daños, Luisiana, Massachusetts, Nebraska, Nuevo Hampshire y Washington.<sup>561</sup> Para que se puedan considerar los daños punitivos en las cinco jurisdicciones antes mencionadas, tendrían que estar previstos en una legislación que así lo autorice.<sup>562</sup> Mientras que hay otros, que a pesar de reconocerlos, limitan su cuantía a los costos del litigio, como es el caso de Connecticut, Michigan y Texas, donde no se utiliza el término “*punitive damages*”, sino que se incluyen en la partida de “*compensatory damages*” cuando hay conducta maliciosa, fraudulenta u opresiva.<sup>563</sup> Connecticut, por ejemplo, estableció que la cuantía no debe exceder la cantidad de los gastos de litigio para el demandante, previa prueba sobre el particular. Ante la posición jurisprudencial, la legislatura del Estado aprobó una ley donde reconoce discreción al tribunal para imponer daños punitivos bajo la Ley de Prácticas Comerciales Desleales.<sup>564</sup> En Michigan, la posición jurisprudencial ha sido que por vía de excepción se podrían conceder daños punitivos o ejemplares, pero en la medida que se autorice la ampliación de los daños compensables y no sean considerados una suma adicional a manera de un castigo.<sup>565</sup> De igual forma, en Texas los daños punitivos solo se pueden imponer bajo los daños compensables con el fin de rembolsar pérdidas, resarcir inconvenientes en el demandante y

---

<sup>558</sup> LAYCOCK, D., *Modern American Remedies: Cases and Materials*, 3<sup>a</sup> ed., New York: Aspen, 2002, p. 732-736.

<sup>559</sup> GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance...”, p. 745; “Determining Damages...”, op. cit., p. 15. PROSSER, W.L., *Law of Torts, Handbook Series*, 4<sup>a</sup> ed., St. Paul, MN: West Publishing Co., 1971, p. 9-10. HARPER, F., JAMES, F. Jr., op. cit., p. 526.

<sup>560</sup> MORRIS, C., “Punitive Damages in Tort Cases”, 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1931). Véase además la determinación judicial en *Floyd v. Eastern Airlines*, 872 F.2d 1462, 1487 (1989).

<sup>561</sup> PROSSER, W.L., *supra*, p. 9, nota 61; KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., vol. 1, p. 18, 145-197.

<sup>562</sup> Louisiana, *McCoy v. Arkansas Natural Gas Co.*, 175 La. 487 (1932); Massachusetts, *City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co.*, 313 Mass. 257 (1943); Nebraska- *Abel v. Conover*, 170 Neb. 926 (1960); New Hampshire, N.H. Rev. Stat. Ann. §507:16; Washington, *Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler*, 2 Wash. 45 (1891).

<sup>563</sup> *Crowley v. Global Realty Inc.*, 474 A.2d 1056 (1984).

<sup>564</sup> Conn. Gen. Stat. §42-110g (a); 12 Conn. Practice Series §6.11, Punitive Damages.

<sup>565</sup> *Wise v. Daniel*, 221 Mich. 229 (1922); *Joba Const. Co, Inc. v. Burns & Roe, Inc.*, 121 Mich. App. 615 (1982). Los supuestos donde se ha autorizado la adjudicación monetaria en estos casos es cuando el demandante ha sufrido humillación, se ha sentido atropellado o indignado. También se han visto casos donde el demandado ha cometido fraude y debe ser reprendido.

gastos de abogado.<sup>566</sup> Para promover el fin disuasivo que persigue la pena civil, hay múltiples jurisdicciones de la nación norteamericana que no permiten cubiertas de seguros por concepto de daños punitivos.<sup>567</sup> La posición ha sido apoyada, ya que es totalmente cónsona con el propósito subyacente en los daños punitivos, no obstante, no ha sido emulada en otras jurisdicciones. Entre los argumentos para justificar la prohibición de seguros de daños punitivos están que algunas personas naturales, al igual que las jurídicas, utilizarían el seguro como una licencia para incurrir en una conducta inapropiada y ofensiva al bien social. Para algunos de ellos, se podría convertir en un asunto puramente económico, es decir, cuánto cuesta el riesgo en contraposición a cuánto se pueden ganar. Sería en época moderna lo que representaba la figura épica de Lucius Veratius en la época romana cuando caminaba por las calles abofeteando ciudadanos, con su esclavo tras él compensando el daño. Después de todo, las jurisdicciones que utilizan los daños punitivos como disuasivos de conducta intolerable, plantean la importancia del castigo directamente al ofensor y no a terceros que respondan por ellos.

El Estado de Hawaii por ejemplo, estableció que el efecto retributivo del daño punitivo debe imponerse completamente en los hombros del ofensor.<sup>568</sup> En el Estado de Montana, por su parte, no se autoriza que se ajusten los daños punitivos cuando hay negligencia comparada bajo el argumento de que estos daños van dirigidos a castigar al ofensor y no a compensar al demandante.<sup>569</sup>

En las instancias donde el tribunal adjudica daños punitivos, basándose en responsabilidad vicaria, se entiende que la persona a cargo tendrá un rol importante en la disuasión de conductas futuras por parte del actor. Este efecto parece ser más patente en los casos de grandes corporaciones a las que se le imponen altas sumas de dinero por concepto de daños punitivos, ya que el efecto es que se aseguran que todos los integrantes de la empresa son desalentados a incurrir en la conducta sancionada. Se adoptan políticas, las notificaciones son más formales y efectivas y con ello se logra el efecto disuasivo que persigue la sanción civil.<sup>570</sup> Para cumplir con el fin disuasivo a la comunidad general, hay que considerar la exposición que tiene el público general a la pena privada o multa civil impuesta a través de los daños punitivos. Como reseñamos anteriormente, los casos donde se imponen daños punitivos no tienen la misma exposición que los casos criminales en los medios de comunicación, a menos que la cuantía sea significativa. Aun cuando obtengan gran difusión a través de los medios, no existe garantía de que el público general se identifique con las partes sancionadas y que su conducta se verá afectada luego de aprender de la experiencia del sancionado. El gobierno federal de los EUA realizó un estudio sobre los

---

<sup>566</sup> *Hofer v. Lavender*, 679 S.W.2d 470 (Texas, 1984).

<sup>567</sup> McCLELLAN, F.M., *Medical Malpractice: Law, Tactics, and Ethics*, Philadelphia: Temple University Press, 1994; HASKELL, D., *Punitive Damages: The Public Policy and the Insurance Policy*, 58 Ill. B.J. 780 (1970); LONG, J.D., *Should Punitive Damages be Insured?* 44 *Journal of Risk and Insurance* 1 (1977).

<sup>568</sup> *Lauer v. Young Men's Christian Ass'n of Honolulu*, 557 P.2d 1334, 1342 (1976).

<sup>569</sup> *Shahrokhfar v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 27 A.L.R. 4<sup>th</sup> 309 (1981).

<sup>570</sup> CORBOY, *Should Punitive Damages Be Abolished? —A Statement for the Negative*, ABA Proceedings, Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, 292, 298 (1965).

accidentes fatales de circulación y encontró que el treinta y un por ciento (31%) eran causados por personas ebrias. A pesar de todas las campañas publicitarias y los efectos criminales, no se ha experimentado un descenso en la tasa de fatalidades por causa del alcohol, poniendo en entredicho la efectividad del efecto punitivo en el público general por la experiencia de los que son encausados criminalmente.<sup>571</sup>

La mayoría de los tribunales estatales y federales de los EUA han mantenido su posición de que múltiples reclamaciones basadas en un curso de acción no violentan los principios de doble exposición y que el demandado tiene que responder y ser castigado por cada daño causado.<sup>572</sup>

El TSEUA ha sostenido la constitucionalidad de los daños punitivos cuando se han levantado controversias relacionadas a los derechos a la libertad de expresión, la igual protección de las leyes, protección contra multas excesivas, derecho a la privacidad, imposición de condiciones onerosas para el comercio interestatal y violación de cláusulas contractuales, en adición a los argumentos constitucionales ya discutidos.<sup>573</sup>

El estado de derecho en España y Francia es que no se reconoce la concesión de daños punitivos.<sup>574</sup> En México, en las últimas décadas, la posición ha sido clara a los efectos de que el esquema de derecho civil está basado en un principio remediador, descartando la posibilidad de castigar la conducta torticera. La legislación vigente que contempla daños punitivos está prevista para casos de discrimen y los casos en el entorno laboral.

En los países de Europa continental encontramos tratadistas que argumentan que, de facto, hay tribunales europeos que adjudican daños punitivos al alejarse sustancialmente de las compensaciones tradicionalmente concedidas en casos análogos. Si lo miramos desde el principio de que “*el nombre no hace la cosa*”, podríamos considerar el argumento como uno válido. Sin embargo, No es suficiente para sostener que hoy día se utiliza el daño punitivo en los países de corte civil estudiados porque para ello habría que evaluar la valoración de la adjudicación realizada por el tribunal para descartar que en lugar de resarcir, el propósito sea desalentar o castigar.<sup>575</sup>

---

<sup>571</sup> KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., vol. 1, p. 33-34.

<sup>572</sup> *Wangen v. Ford Motor Co.*, 97 Wis. 2d 260 (1980); *Simpson v. Pittsburgh Corning Corp.*, 901 F.2d 277 (2<sup>d</sup> Cir. 1990); *Glasscock v. Armstrong Cork Co.*, 946 F.2d 1085 (5<sup>th</sup> Circ. 1991).

<sup>573</sup> *Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. American Coalition of Life Activists*, 945 F. Supp. 1355 (1996) en el caso de la libertad de expresión; *Texaco Inc. v. Pennzoil Co.*, 481 US 1 (1986); *Huff v. White Motor Corp.*, 609 F.2d 286 (1979), en el caso de igual protección de las leyes; y *Daugherty v. Firestone Tire and Rubber Co.*, 85 F.R.D. 693 (1980) en los casos de multas excesivas. Los argumentos relacionados al derecho a la privacidad por divulgación de información financiera fue ventilado en *Richards v. Superior Court*, 86 Cal. App. 3d 265, 150 (1978), imposición onerosa de comercio interestatal en *Daugherty v. Firestone Tire and Rubber Co.*, supra y en *Brotherton v. Celotex Corp.*, 202 N.J. Super. 148 (1985); y con relación a la violación de cláusulas contractuales en *Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie*, 475 US 813 (1986).

<sup>574</sup> MANRESA, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, Ed. Reus, 1931, vol. 8-1, p.152-153.

<sup>575</sup> La norma es que los tribunales reconozcan el fin resarcitorio de la reparación del daño moral. No obstante, hemos encontrado excepciones, como el caso STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275)

## 5.4 Juicio por jurado

Para los “padres fundadores” de lo que hoy conocemos como los Estados Unidos de América, el derecho a un juicio por jurado era una parte integral del sistema de justicia. La Constitución aprobada en el año 1787 garantizaba el derecho a un juicio por jurado solamente en casos criminales, pero preocupaciones por la ausencia de protecciones y salvaguardas constitucionales en los casos civiles, dieron paso a la adopción de la Séptima Enmienda: “*El derecho a que se ventilen ante un jurado los juicios sujetos al Common Law en que el valor que se controvierta exceda de 20 dólares, será garantizado, y ningún hecho de que haya conocido un jurado será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del Common Law.*”

Al igual que el *Common Law* británico, los jurados para los casos civiles en los Estados Unidos tenían la autoridad de conferir una compensación. Tan temprano como en el año 1797, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció que la tarea de determinar los daños era una apropiada para el jurado: “[c]uando las materias de hecho puedan ser separadas de las materias de derecho, se acuerda que será una práctica general y favorable, el asignarle la determinación de los daños al jurado.” (Brown v. Van Braam, 3 US 344 (1797)).<sup>576</sup>

En los Estados Unidos, durante el siglo XIX, a medida que la transportación se fue desarrollando y avanzando y el uso de los ferrocarriles aumentaba, así también fue incrementando dramáticamente la cantidad de casos por daños personales en los que se alegaba negligencia. En estos casos, la determinación de responsabilidad era meridianamente clara, no obstante, el único problema real, tanto a nivel de juicio en el foro de primera instancia, como a nivel apelativo, era la cantidad de la compensación por daños. En el año 1886, en el caso Barry v. Edmunds, 116 U.S. 550, el Tribunal Supremo reiteró su confianza en los jurados para tomar las decisiones sobre la cuantía de los daños, mientras que al mismo tiempo reconocía la existencia unas guías para regular la conducta de los miembros del jurado.<sup>577</sup>

La función principal del jurado es formular determinaciones de hechos que están en controversia. Esto significa, en parte, que el jurado será quien determine si un testigo está declarando verazmente y sin equivocaciones. Esto también significa que el jurado decidirá qué inferencias de derecho se pueden hacer basándose en la evidencia presentada y admitida y pasará juicio sobre la conducta que está en controversia. Por último, el jurado es el encargado de determinar la cantidad de compensación en daños que será otorgada a la víctima, sujeto a las instrucciones impartidas por el juez sobre las medidas legales a ser utilizadas. En muchos casos, los valores de la comunidad conforman la base social para el

---

donde el TSE hizo referencia al “*sentimiento social de reparación*” cuando justificó la concesión del remedio a una víctima de abuso sexual. Esto da un matiz de pena disuasiva, en lugar de una reparación del daño moral causado. No obstante, enfatizamos que es la excepción y no la norma.

<sup>576</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 7.

<sup>577</sup> Ibid.

juicio moral sobre la culpa y justificaciones de las partes envueltas. En esos casos, es altamente deseable un rol significativo por parte del jurado.<sup>578</sup> Existe una amplia percepción de que el jurado trata a las corporaciones y a los individuos (cuando ambos son los demandados) de forma distinta. Este fenómeno, que ha sido denominado el “efecto de los bolsillos profundos”, refleja la tendencia del jurado de hacer que los demandados con los bolsillos más profundos paguen más que aquellos demandados con menos dinero por los mismos actos. Esta percepción es tan prevalente que algunas jurisdicciones han desarrollado instrucciones al jurado para que éstos no permitan que el estatus corporativo de los litigantes influya en sus decisiones.<sup>579</sup>

De otra parte, varios estudios han encontrado que demandados que son corporaciones pagan compensaciones más altas que individuos que son demandados. Más aun, el efecto de los bolsillos profundos se ha percibido tanto en situaciones en las que el jurado delibera como un grupo y en situaciones en las que no es así. Esta tendencia de asignar mayor responsabilidad y mayores compensaciones cuando el demandado es una corporación es vista con mayor frecuencia en la otorgación de daños no económicos.<sup>580</sup>

Como un todo, el jurado responde a las características del demandado en una forma legalmente apropiada. En la concesión de daños punitivos, el jurado toma en consideración el único factor de mayor relevancia: la riqueza del demandado.<sup>581</sup> Al así hacerlo, los jurados se muestran sensibles a las características del daño que reflejan mayor severidad, como lo son la discapacidad y el sufrimiento. Esta sensibilidad cobra mayor relevancia cuando los jurados otorgan daños punitivos únicamente. Aun cuando existe evidencia que demuestra que los jurados conceden compensaciones en daños punitivos mayores a las víctimas severamente afectadas, esta tendencia parece estar limitada a casos de impericia médica. Más aun, a pesar de los reclamos que las compensaciones en daños son frecuentemente excesivas, algunas investigaciones tienden a indicar que si algún error están cometiendo los jurados al determinar y otorgar los daños, es que, en efecto, no están concediendo una compensación suficiente que permita al demandante a cubrir todos sus gastos actuales y proyectados.<sup>582</sup>

## 5.5 Valoración de los daños

Algunos métodos utilizados para valorar los daños no pecuniarios por los tribunales son:

a) Compensación basada en el perjuicio sufrido como consecuencia del daño. Se denomina en inglés como “compensation of the victim *ex post*”. Este método se limita a valorar el perjuicio sufrido por la víctima y a proveer una suma monetaria para procurar su reparación o compensación. Otro método dirigido a cuantificar el perjuicio acaecido, es el

---

<sup>578</sup> DOBBS, D. B., *op. cit.*, p. 33-35.

<sup>579</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 66.

<sup>580</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>581</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 77.

<sup>582</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 124-125.

cómputo del valor estadístico de la vida (VSL, por sus siglas en inglés). Es un método ampliamente utilizado para mirar al intercambio implícito entre el resigo de muerte asociado con el trabajo y el pago en la opción de ese trabajo. b) Cuantía necesaria para la disuasión; el propósito de este valor es establecer incentivos para aquellos quienes pueden tomar medidas para evitar un accidente. c) La cantidad de seguro— la gente trata de equiparar las utilidades marginales antes y después de un accidente. Toda vez que un accidente cambia la utilidad, es posible que el ingreso preferido después de un accidente sea menor al ingreso preferido anterior al accidente.

Un problema histórico en el sistema de derecho norteamericano es la disparidad e inconsistencia en la cuantía de los daños impuestos, la valoración de los daños por parte del jurado. Ello se debe a que en la mayoría de los casos las instrucciones que se le ofrecen al jurado previo a la deliberación son vagas y ambiguas. Sería incorrecto e injusto el calificar las compensaciones por concepto de daños basadas en decisiones de responsabilidad como arbitrarias y caprichosas sin previamente hacer un análisis de las razones por las cuales estas compensaciones suelen ser altas. Una explicación para estas compensaciones es la falta de información o insuficiencia en las guías ofrecidas por abogados y el tribunal a los jurados, así como la limitación de información a precedentes judiciales.<sup>583</sup> En el sistema de daños, a los jurados se les proveen instrucciones vagas para ‘compensar razonablemente’ al demandante por sus pérdidas no económicas. Son instruidos a que el único baremo real que pueden utilizar para valorar el daño es su “*conciencia colectiva ilustrada*.” Interesantemente, y en contra de la visión de muchos tratadistas, a los jurados no se les puede informar de patrones de compensaciones en daños en casos similares.<sup>584</sup>

Por otro lado, los jurados confrontan dificultad en la comprensión de las instrucciones ofrecidas por el juez sobre los criterios necesarios para la concesión de daños punitivos.<sup>585</sup>

---

<sup>583</sup> KAGEHIRO, D.K., MINICK, R.D. “How Juries Determine Damages Awards”, *For the Defense*, vol. 44, n<sup>o</sup> 7, July 2002.

<sup>584</sup> AVRAHAM, R., “Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique on the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change”, 100 *Nw. U. L. Rev.* 87 (2006), p. 90.

<sup>585</sup> KAGEHIRO, D.K., MINICK, R.D. op. cit. En *Browning-Ferris Industries, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989) el TSEUA criticó la vaguedad en las instrucciones ofrecidas al jurado, lo que desembocó en un pobre veredicto. La exposición recoge la importancia de ofrecer información mínima para que los jurados puedan hacer su trabajo: “*Without statutory (or at least common-law) standards for the determination of how large an award of punitive damages is appropriate in a given case, juries are left largely to themselves in making this important, and potentially devastating, decision. Indeed, the jury in this case was sent to the jury room with nothing more than the following terse instruction: "In determining the amount of punitive damages, you may take into account the character of the defendants, their financial standing, and the nature of their acts." App. 81. Guidance like this is scarcely better than no guidance at all. I do not suggest that the instruction itself was in error; indeed, it appears to have been a correct statement of Vermont law. The point is, rather, that the instruction reveals a deeper flaw: the fact that punitive damages are imposed by juries guided by little more than an admonition to do what they think is best. Because " [t]he touchstone of due process is protection of the individual against arbitrary action of government,' I for one would look longer and harder at an award of punitive damages based on such skeletal guidance than I would at one situated within a range of penalties as to which responsible officials had deliberated and then agreed.*”

En este caso, la doctrina parece coincidir en que los miembros del jurado no tienen la intención de desviarse de las directrices impartidas por el juez, sino que simplemente son incapaces de entenderlas. Cuando los jurados tienen real familiaridad con los hechos de la disputa, como sucede mayormente en los casos de daños a la persona, ellos aplican nociones de sentido común en las compensaciones. Por el contrario, las compensaciones pudieran desviarse del sentido común en un mayor grado, cuando los jurados carecen de analogías de la vida real o en los casos donde la ley se aleja de las nociones sociales de sentido común de otorgación de daños por parte de jueces y jurados.

Los Tribunales norteamericanos han enfrentado el mismo dilema que los europeos y en México al utilizar el dinero como medida de restitución a los daños extra patrimoniales. Así pues, en *Andrulonis v. U.S.*, 724 F.Supp. 421, 1524 (1989) el TSEUA resolvió lo siguiente: “*Recovery for non economic losses such as pain and suffering is based on the legal fiction that money damages can compensate for a victim’s injury. Although this device is as close as the law can come in its effort to right the wrong, it is still, nevertheless, a fiction, for money will not replace or repair the lost of broken limb or remove the liability caused.*”

Aun cuando la conducta del demandante es relevante en la toma de decisiones en cuanto a la valoración de los *daños compensables*, la conducta del demandado o causante del daño no lo es. Ello es debido a que la conducta del demandado es irrelevante en cuanto al grado en que el demandante debe ser compensado. La naturaleza y extensión de los daños sufridos por el demandante, y no la naturaleza del comportamiento del demandante, es la que guía la decisión.<sup>586</sup>

Por otro lado, la conducta del demandando es extremadamente relevante en la determinación de los *daños punitivos*, tanto para conferirlos como para su cuantificación. Sobre el particular, el *Restatement (Second) of Torts* dispone que:

“§908. *Punitive Damages ... Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant’s act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.*

En la concesión de daños punitivos, los tribunales aplican, de cierto modo, los mismo criterios esbozados en la sección 908 del *Restatement (Second) of Torts*, estimándolos apropiados cuando la conducta del demandado ha sido temeraria, reprobable, voluntaria, cruel o maliciosa.<sup>587</sup>

### 5.5.1 Referencias o baremos para la valoración de los daños

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, uno de los mayores escollos en el

---

<sup>587</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 134.

Derecho común norteamericano es la falta de guías o referencias estándares para la valoración de daños no económicos y daños punitivos. Sin embargo, como señalamos anteriormente sí existen unos parámetros establecidos jurisprudencialmente para asegurarse que las compensaciones por daños punitivos no violen derechos constitucionales. No obstante, las mismas funcionan en relación a una proporción establecida tomando como base la adjudicación realizada sobre los daños compensatorios. A esos efectos, si la valoración de los daños compensatorios, ya sean pecuniarios o no pecuniarios, es desacertada, la adjudicación de daños punitivos, utilizando la proporción recomendada por los tribunales estará mal estimada.

La Asociación Nacional de Comisionados de Seguros (NAIC, por sus siglas en inglés) ha publicado una escala de severidad del daño de nueve puntos que ha sido ampliamente utilizada para categorizar la seriedad del daño y para facilitar la valoración de los daños morales comprendidos en la categoría de ‘dolor y sufrimiento’, así como otros daños similares.<sup>588</sup> Los nueve puntos en la escala incluyen las siguientes categorías: 1. Daño Emocional únicamente: efectos psíquicos, tales como tristeza, temor, ansiedad. Excluye cualquier efecto físico. 2. Insignificante/temporero: se refiere a daños pasajeros y leves, tales como laceraciones, contusiones, cicatrices menores o sarpullido. Se materializa si no hay retraso en la recuperación. 3. Menor temporero: se refiere a infecciones, fracturas, traumas o eventos que requieran hospitalización por un corto periodo de tiempo o cualquier retraso de corta duración en la recuperación. 4. Mayor temporero: son eventos que a pesar de ser significativos, tienen una buena prognosis y expectativa de recuperación corta. Se presenta en casos de quemaduras, material quirúrgico dejado en el cuerpo, efectos secundarios de drogas o medicamentos, daño cerebral temporero. Se manifiesta un retraso en la recuperación. 5. Menor permanente: son cambios que no afectan la funcionalidad total del individuo, pero son de carácter permanente, tales como la pérdida de dedos, pérdida o daño a órganos. Incluye lesiones no incapacitantes. 6. Significativo permanente: daños irreversibles y sustanciales, tales como: sordera, pérdida de una extremidad, pérdida de ojo, pérdida de un riñón o pulmón. 7. Mayor permanente: en estos daños se afecta la funcionalidad del individuo, requiriendo asistencia para ejecutar tareas del diario vivir. Se observa en casos de paraplejia, ceguera, pérdida de ambas extremidades y daño cerebral, entre otros. 8. Grave permanente: se reserva esta clasificación para los casos donde la prognosis es reservada y las víctimas dependen totalmente de otra persona, como sería el caso de personas que tienen cuadriplejia, daño cerebral severo y requieren cuidado de por vida. 9. Muerte. A pesar de que la categorización antes mencionada parece brindar parámetros razonables en la categorización de condiciones físicas, los mismos no han sido adoptados por los sistemas judiciales de manera que resulten vinculantes. Por otro lado, observamos cómo para las manifestaciones físicas desglosan a base de la intensidad, al menos siete niveles de severidad, mientras que para los efectos emocionales o psíquicos solo reservan una categoría. La valoración basada en aspectos físicos, incluye los efectos psicológicos que posee el impedimento temporero o permanente en la persona. No obstante, en los casos donde solo se manifiesten efectos psicológicos, la valoración será equivalente a todos los casos respectivos si se trata de una angustia pasajera o de una secuela psíquica tras el acontecimiento de un evento traumático. Otra crítica previsible es el hecho de que son

---

<sup>588</sup> AVRAHAM, R., op. cit., p. 94.

compañías de seguros las que han confeccionado la guía y directamente tienen intereses económicos encontrados al diseñar la misma, razón por la cual no debe ser favorecida por el sistema judicial a menos que exista algún mecanismo de validación.

## 5.6 Caso particular del Estado de Luisiana

Luisiana es el único Estado anexado a los EUA que posee un sistema judicial combinado, es decir, concurren el derecho civil y el derecho común norteamericano, al igual que ocurre en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. El código civil de Luisiana del 1804, fue el primero que se aprobó en el continente americano y estuvo inspirado en el proyecto de 1800 del *Code Civil* conocido como el *Projet de l'an VIII*. Posteriormente, en el año 1825 se deroga el código existente y se reemplaza por el *Code Civil de l'État de la Louisianne*.

Aunque podríamos pensar que el Código Civil de Luisiana está totalmente desvinculado del Derecho continental europeo y el de Latinoamérica, por encontrarse encapsulado dentro de los Estados Unidos de América, es todo lo contrario. El origen y fundamento para la codificación Luisiana se encuentra en la codificación francesa, que llega a América a través de la influencia política durante la época colonial americana. Posteriormente, el Código Civil de Luisiana influyó en las diferentes codificaciones de Latinoamérica y de Quebec, incluso en el proyecto del Código Civil Español de 1952.<sup>589</sup> De los 1.992 artículos que contenía el proyecto del Código Civil Español, se hacía referencia al Código Civil de Luisiana en 1.103 de ellos. La codificación civil Luisiana provee la posibilidad de reparar daños no-económicos que surgen de incumplimientos contractuales, pero no existe un artículo donde expresamente se reconozca tal posibilidad en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Los tribunales han reconocido los daños morales, expresando que una vez se prueban las alegaciones de la demanda no debe existir diferencia basada en el objeto sobre el cual se generó el perjuicio, si es de naturaleza patrimonial o no-patrimonial. En *Meador v. Toyota of Jefferson, Inc.*, 332 So.2d 433, 437 (La. 1976), el tribunal expresó que un demandante solo necesita probar los hechos que justifican el remedio. En ese caso la demandante probó que sufrió inconvenientes, angustias y molestias como consecuencia del incumplimiento del deber mostrado por el demandado, razón por la cual debía recobrar del demandado, la

---

<sup>589</sup> KNÜTEL, R., "Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America", *Tulane Law Review*, Volumen 70, New Orleans, 1996, p. 1445. FABRE-SURVEYER, E., "The Civil Law in Quebec and Louisiana", *Louisiana Law Review*, vol. 1, Baton Rouge, 1938, p. 649; RICHERT, J.P., RICHERT, E.S., "The Impact of the Civil Code of Louisiana upon the Civil Code of Quebec of 1866", *Revue Juridique Themis n.s.*, vol. 8, 1973, p. 501. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo 14, Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial, 1952. ROYO MARTÍNEZ, M., "Influencia del código civil de Luisiana sobre el Vigente Código civil español", *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 5, 1948, p. 483-506. Sobre el mismo particular, también se puede ver CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., "Reciprocal Influences Between the Laws of Spain and Louisiana", *Louisiana Law Review*, vol. 42, 1982, p. 1.473; HERMAN, S. "Louisiana's Contribution to the 1852 Project of the Spanish Civil Code", *Louisiana Law Review*, vol. 42, 1982, p. 1.509.

compensación por el daño causado.<sup>590</sup> Ya para comienzos del pasado siglo se reconocía en los tribunales de Luisiana la posibilidad de compensar por daños a la reputación. En *Dugue v. Levy*, 114 La. 21, 37 So. 995 (1904) el demandado destruyó prácticamente un edificio del demandante, afectando su crédito, dañando su reputación comercial y causando sentimientos de humillación y sufrimiento emocional.

El tratamiento que el Estado de Luisiana le da a los daños punitivos refleja la existencia de un híbrido entre las tradiciones civilista y del *common law* en el derecho de Luisiana. A diferencia de lo que ocurre en jurisdicciones de los Estados Unidos, Luisiana no permite la adjudicación de daños punitivos excepto donde estén autorizados por ley. Sin embargo, las guías analíticas utilizadas por los tribunales de Luisiana para interpretar la concesión de daños punitivos, en aquellos casos donde estén autorizados por ley, sigue bien de cerca el modelo tradicional del *common law*.<sup>591</sup>

Los tribunales de Luisiana han sostenido que aun cuando un demandante ha sido exitoso en probar todos los elementos que le hacen acreedor de la concesión de daños punitivos, y por consiguiente ha satisfecho su peso de la prueba, un jurado puede denegar cualquier concesión de daños punitivos. Al jurado se le permite considerar una amplia gama de factores al tomar esta decisión, como por ejemplo: la cuantía necesaria para disuadir al demandante, y a otros como él, de realizar la conducta dañina, las riquezas del demandado, la severidad del perjuicio experimentado, los daños compensables concedidos, cuán reprensible es la conducta del demandado, la cuantía de cualesquiera otros daños punitivos que el demandado pudiera pagar, cualquier castigo criminal a que el demandado pudiera ser expuesto como resultado de la conducta que dio inicio al caso de daños.<sup>592</sup>

El Tribunal Supremo de Luisiana estableció que la determinación de la cuantía en daños es una basada en los hechos y pertenece al juzgador de los hechos. Como parte del análisis, el juzgador no sólo ha de considerar el hecho, sino que también ha de tomar en consideración las circunstancias alrededor del hecho, incluyendo la extensión del daño o del potencial daño causado por la conducta del demandado, si el demandado actuó de buena fe, si la conducta fue un caso aislado o si formaba parte de un patrón, si el demandado actuó maliciosa y temerariamente, y en algunas circunstancias, la riqueza del demandado. Los factores que los tribunales apelativos de Luisiana utilizan para determinar si la cuantía en daños punitivos es apropiada son: la naturaleza y la extensión del daño causado al demandante, las riquezas o situación financiera del demandado, el carácter de la conducta envuelta, la extensión en la que tal conducta ofende el sentido de justicia y propiedad. La dificultad en la valoración de los daños no económicos no ha impedido a los jueces de hacer presunciones sobre el proceso de cuantificación. Un vistazo de la jurisprudencia del Estado

---

<sup>590</sup> El texto integral es el siguiente: "*A plaintiff need only state facts, which, if true, authorize recovery... In the instant case, plaintiff has proved, to the satisfaction of the trier of fact, that she suffered inconvenience, distress and aggravation because of defendant's breach of duty. She should recover therefore.*"

<sup>591</sup> DeGRAVELLES, J.W.; DeGRAVELLES, J.N., "Louisiana Punitive Damages – A Conflict of Traditions", *Louisiana Law Review*, vol. 70, p. 579.

<sup>592</sup> DeGRAVELLES, J.W.; DeGRAVELLES, J.N., *op. cit.*, p. 596-600.

revela que existe una posición común de que, en general, las compensaciones por daños no económicos serán mayores si los daños por concepto de dolor y sufrimiento, por un lado, y por concepto de pérdida del disfrute de la vida, por el otro, son tratados por el jurado como elementos distintos que conllevan otorgaciones de daños separadas.<sup>593</sup>

Existe una división en los tribunales en cuanto a si el jurado debe ser instruido a considerar estos daños como categorías de compensaciones monetarias separadas y distintas, o, si por el contrario, el jurado debe globalizar las dos categorías de daños emocionales para propósitos de la concesión de daños. La tendencia reciente ha sido el considerar los daños por concepto de dolor y sufrimiento y por concepto de pérdida del disfrute de la vida por separado.<sup>594</sup> El efecto del daño en el estilo de vida de una persona está fuertemente relacionado con las percepciones de la gente sobre la severidad del daño y la compensación por daños no económicos.

### 5.7 Legislación federal

La Constitución de los Estados Unidos de América establece el sistema de gobierno compuesto de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales. Cada rama abarca una esfera de competencia propia y distinta de las otras, con poderes que le permiten limitar la acción de las otras ramas de gobierno mediante un mecanismo de pesos y contrapesos. El propósito es garantizar un gobierno balanceado y evitar que una rama de gobierno tenga poder excesivo. El gobierno federal tiene jurisdicción sobre todos los Estados que componen la nación norteamericana y los territorios, incluyendo al Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La legislación aprobada por el gobierno federal aplicará a todos sus territorios y Estados a menos que lo excluyan de manera expresa.

A pesar del poder que tiene el gobierno federal sobre los Estados y territorios, se reconoce la soberanía que tienen los últimos para legislar y establecer los controles jurisprudenciales y sistemas de gobierno en tanto y en cuanto no resulten incompatibles con los principios constitucionales y federales. El sistema judicial federal es de jurisdicción limitada y solo tienen acceso al foro ante violaciones de leyes federales o actuaciones que atentan contra los derechos reconocidos en la CEUA. Está compuesto por tres niveles, el TSEUA, el Tribunal de Apelaciones y los Tribunales de Distrito. Cada Estado y/o Territorio puede establecer su sistema judicial, los cuales están por lo general organizados de igual manera, Tribunal Supremo del Estado, Tribunales Apelativos y Tribunales de Primera Instancia.

Con relación al tema de los daños y perjuicios el gobierno federal adoptó una legislación para establecer cómo se manejarán siempre que esté involucrado el gobierno federal. El alcance de la ley no afecta de ninguna manera la legislación que aprueben los Estados y territorios, dentro de sus respectivas jurisdicciones.

---

<sup>593</sup> POSER, S., BORNSTEIN, B.H., McGorothy, E.K., *op. cit.*, p. 54-57.

<sup>594</sup> *Ibid.*

### 5.7.1 Federal Tort Claims Act de 1982, 28 USC 1988 1346:

El propósito general del Federal Tort Claims Act (en adelante FTCA) es proveer un remedio en daños a las personas que han sufrido un daño como consecuencia de los actos y omisiones del gobierno de los Estados Unidos. A grandes rasgos, la ley provee compensación a las personas que han sufrido daño por la negligencia de empleados federales, sin embargo, no provee remedios para acciones que envuelvan la comisión de daños intencionales, que estén basados en teorías de responsabilidad estricta, o que surjan de un conjunto de otras circunstancias.<sup>595</sup>

La doctrina de inmunidad soberana, una de las bases fundamentales del FTCA, dispone que un Estado soberano no puede ser demandado en tanto y en cuanto éste, a través de legislación adoptada por el Congreso, no haya consentido ser demandado.<sup>596</sup> Esta legislación, mediante la cual el Gobierno federal consiente a ser demandado por concepto de daños, dispone que:

*“Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.”* 28 USC 1988 § 1346(b) (1)

De una simple lectura de la disposición legal podemos establecer que para que el tribunal federal acoja una causa de acción basada en el FTCA, la causa de acción tiene que ser: contra agencias y empleados federales de los EUA. Se contempla como único remedio la compensación monetaria por daños o pérdida de la propiedad, por daños a la persona o por muerte, mediante un acto u omisión negligente e injusto, por parte de un empleado del gobierno federal, actuando dentro de sus funciones, en circunstancias en las que si el Gobierno federal fuera una persona privada estuviera sujeto a responsabilidad de acuerdo a las leyes del lugar donde ocurrió el acto u omisión.

En términos generales, la ley del Estado donde ocurran los hechos determina los daños que pueden ser alegados y que son permitidos al amparo del FTCA. No obstante, aun cuando la ley estatal generalmente determine la clase de daños permitidos en casos bajo el FTCA, se imponen ciertas limitaciones jurisdiccionales a los daños.<sup>597</sup>

Por otro lado, la sección 2674 del título 28 del United States Code (USC) dispone que

---

<sup>595</sup> FIGLEY, P.F., “Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 44, p. 1105. *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 44, p. 1105.

<sup>596</sup> FIGLEY, P.F., *op. cit.*, p. 1107.

<sup>597</sup> *Jurisdictional Limits on Damages in FTCA Cases*, US Department of Justice, and United States Attorney’s Bulletin, vol. 59, n<sup>o</sup> 1, January 2011, p. 31.

los Estados Unidos no serán responsables por daños punitivos. En el año 1992, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Molzof v. United States*, 502 U.S. 301 (1992), tuvo la oportunidad de aclarar el alcance de la prohibición de los daños punitivos bajo la FTCA. En este caso, el Tribunal expresó que los daños punitivos en casos radicados al amparo de la FTCA deberán ser interpretados de acuerdo con el derecho común federal, bajo el cual, la compensación en daños que excede la cantidad de daños o pérdidas actuales no son considerados daños punitivos *per se* y pueden ser recobrados cuando la ley estatal considera estos daños como compensables. Sin embargo, en aquellas situaciones en las que la concesión de daños está supeditada a que el demandante pruebe que el demandado incurrió en mala conducta de forma intencional y atroz, la intención de la concesión de daños está enfocada en castigar al causante del daño, haciendo los daños irrecobrables bajo la FTCA. En suma, los tribunales federales no pueden conceder daños en contra de los Estados Unidos basados en el grado de culpabilidad del demandado.<sup>598</sup>

### 5.8 Sendero doctrinal

La visión tradicional en los Estados Unidos es que el sistema de daños debe compensar a las víctimas de comportamientos o actos injustos o disuadir tal comportamiento. Una ola de críticas sostiene que el sistema de daños (1) no compensa adecuadamente porque muchos daños son sub-compensados o no son compensados, (2) no disuade adecuada y efectivamente, ya sea porque la disuasión no se logra simplemente con reglas legales y adjudicando responsabilidades, o porque la responsabilidad actual, sistemáticamente, tiende a ser menos requerida, (3) es ineficiente en el uso de recursos y en el uso de seguros de responsabilidad costosos.<sup>599</sup>

Los doctrinistas norteamericanos están divididos en cuanto a la naturaleza de la pena impuesta. Como todo, la moneda tiene dos caras, por tanto, la pena impuesta es considerada como resarcitoria por unos y como punitiva por otros. La razón principal para las críticas concernientes a las compensaciones por concepto de dolor y sufrimiento, es el hecho de que no hay una medida objetiva en dólares para estos daños.<sup>600</sup> Algunos comentaristas legales ven la carencia de especificidad en las guías para la concesión de daños, o la carencia de guías, como un atributo positivo que permite a los jurados ajustar sus sentencias a sus respuestas subjetivas del caso. Por otro lado, una de las mayores críticas en cuanto a la concesión de daños por concepto de dolor y angustias mentales es que estas compensaciones son excesivas, caprichosas y un tanto desvinculadas del dolor y las angustias mentales realmente sufridas por el demandante.<sup>601</sup> Por las grandes compensaciones por dolor y sufrimiento que en ocasiones son otorgadas, el asunto de los daños intangibles o no económicos es uno controversial tanto en la teoría como en la práctica. En el lado de la práctica, algunas legislaturas han expresado un juicio político en contra de grandes compensaciones por dolor y sufrimiento, mediante el establecimiento de “caps” o límites a

---

<sup>598</sup> *Jurisdictional Limits on Damages in FTCA Cases*, op. cit., p. 33.

<sup>599</sup> DOBBS, D.B., op. cit., p. 1093.

<sup>600</sup> SHAPO, M.S., op. cit., p. 419.

<sup>601</sup> GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 108-109.

tales compensaciones. Por el lado teórico, aquellos que argumentan en contra de las compensaciones por dolor y sufrimiento arguyen que la cantidad otorgada por el jurado es virtualmente arbitraria, ya que el dolor no puede ser fácilmente cuantificado.<sup>602</sup>

Un problema al que se enfrentan los jueces, abogados, jurados y legisladores con gran frecuencia es el de determinar cuál es la mejor manera de compensar a las víctimas de daños en una forma adecuada por los daños no económicos que han sufrido. Un número de tratadistas que apoyan las compensaciones por concepto de daños por dolor y sufrimiento entienden que para que haya una perspectiva disuasiva más fuerte los demandados deben cargar con todo el costo social de su conducta, incluyendo dolor y sufrimiento. De acuerdo con esta visión, los daños por dolor y sufrimiento realmente compensan por una pérdida: desfiguramiento, trauma emocional, incomodidad o malestar físico extendido e incapacitación. Esta visión rechaza la idea de que el dolor y sufrimiento no es un componente serio de la pérdida del demandante.<sup>603</sup>

Por el contrario, otro número de tratadistas objeta por completo la compensación por concepto de dolor y sufrimiento. Ello es así porque o piensan que la compensación por dolor y sufrimiento no es necesaria para una disuasión óptima o porque no hay espacio para valuaciones subjetivas en el derecho de daños o ambas. Las fuentes principales de incomodidad con respecto a los daños por dolor y sufrimiento son impredecibles y resultan en un gran costo para el sistema judicial ya que una parte significativa del tiempo del tribunal es dedicado a probar las pérdidas por concepto de dolor y sufrimiento.<sup>604</sup> Por otro lado, muchas personas sienten que un juicio por jurado es una lotería en la que el desenlace no puede ser previsto. De hecho, algunos han sostenido que la práctica de proveer daños por dolor y sufrimiento a través del uso del jurado es lo que causó la crisis en la industria de seguros a finales de 1970 y a principios de 2000. Interesantemente, en Inglaterra, el jurado ya no determina la compensación en daños. Por su parte, en los Estados Unidos, por lo menos cuatro Estados han debatido el instituir tribunales profesionales, compuestas de doctores y abogados, con el propósito de reducir la aparente discrepancia injusta en la concesión de daños por dolor y sufrimiento, pero aún no se ha constituido ninguno.<sup>605</sup>

---

<sup>602</sup> SHAPO, M.S., *op. cit.*, p. 424-425.

<sup>603</sup> AVRAHAM, R., *op. cit.*, p. 87-88.

<sup>604</sup> AVRAHAM, R., *op. cit.*, p. 93.

<sup>605</sup> *Ibid.*

*Las ideas deben compensarse, contrastarse, equilibrarse e incluso, destruirse recíprocamente.*

*El progreso consiste en el cambio.*

*La envidia es mil veces más terrible que el hambre, porque es hambre espiritual.*  
*Miguel de Unamuno y Jugo.*<sup>606</sup>

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES

En este Capítulo final, presento los hallazgos más relevantes en el estudio de la figura del daño moral. El tema es tan amplio y rico de información que podría dedicarse una tesis completa al análisis de datos en cada una de las jurisdicciones estudiadas, no obstante, se enumeran los aspectos más relevantes al tema de estudio y de mayor pertinencia profesional.

Parto del punto donde se reconoce que en este mundo hay desigualdades que cuando son causadas por los seres humanos mediando actuaciones ilícitas generan una obligación de

---

<sup>606</sup> Nace el 29 de Septiembre, en la calle de Ronda del viejo Bilbao, donde aún hoy se conserva la casa con una placa conmemorativa. Se traslada a Madrid para estudiar Filosofía y Letras en la Universidad, publicando su primer artículo. Termina sus estudios universitarios en 1883 y se doctora con su tesis "*Crítica del problema sobre el origen y prehistoria de la raza vasca*". Trabaja dando clases, colaborando en diversos periódicos nacionales y prepara oposiciones a cátedras de Instituto y Universidad convocadas para cubrir vacantes en diferentes ciudades españolas. A comienzos del curso académico del año 1900, Unamuno es el catedrático que debe pronunciar el discurso inaugural, resultando éste tan innovador en sus propuestas educativas que motivará su elección como Rector de la Universidad. En "la Rectoral" - hoy Casa Museo- publicará *Tres ensayos, Paisajes, De mi país, Vida de Don Quijote y Sancho, Poesías, Del sentimiento trágico de la vida, Niebla, etc.* Durante la Primera Guerra Mundial apoyó a los aliados frente a los germanófilos, visitando el frente italiano con Azaña y Américo Castro. Fue candidato a diputado por el partido Republicano de Vizcaya. Mantuvo un enfrentamiento abierto contra el rey Alfonso XIII, llegando a ser procesado por injurias hacia su persona, siendo condenado a prisión y posteriormente indultado. Publica en este periodo sus obras mas conocidas: *El Cristo de Velázquez, La tía Tula, Rosario de sonetos líricos, Abel Sánchez* y disfruta de un reconocimiento y admiración muy merecidos. obteniendo una concejalía y proclamando la República desde el balcón del Ayuntamiento. Es nombrado Presidente de Honor de la corporación municipal a perpetuidad, Presidente del Consejo de Instrucción Pública, Diputado a Cortes, Rector de la Universidad de Salamanca y posteriormente Rector vitalicio, ciudadano de Honor de la República y propuesto para la Academia Española y para el Premio Nóbel, pero termina por alejarse del gobierno republicano y adherirse al levantamiento militar a comienzos de 1936. Tras el enfrentamiento con el General Millán Astray durante la celebración del Día de la Raza que tuvo lugar el 12 de octubre de 1936 en el Paraninfo de la Universidad, Miguel de Unamuno se recluye en su casa de la Calle Bordadores bajo vigilancia policial. Falleció el 31 de Diciembre de 1936, tras haber sufrido la muerte de su mujer y de su hija Salomé.

reparar la lesión causada a los demás. Los tres principios legales del Derecho romano, «*Honeste vivere*», «*Alterum non laedere*» y «*Suum quique tribuere*» son la base de una sana convivencia social y el óbice para mantener un balance natural. La conducta de los seres humanos genera reclamos y desigualdades que requieren de un ente neutral que trate de restablecer el balance entre las partes involucradas. Con la evolución del daño moral en el sistema de responsabilidad civil extracontractual se abren las puertas para ofrecer vindicación de los daños causados en la dimensión extra patrimonial. Cuando la lesión a los derechos del semejante recae sobre los intereses que están fuera del mercado de valores de los hombres, no hay forma de repararlo que no sea mediante la aproximación. Los intereses que son protegidos con mayor celo por los diferentes países, la integridad física y emocional del ser humano y los valores fundamentales del ser humano son reparados, mediante un mecanismo imperfecto, pero adaptado a la realidad social y cultural de cada país. La equiparación resarcitoria de los daños morales con los patrimoniales, constituye un gran avance y una herramienta indispensable en la administración de la justicia.

**1.**

El origen de la responsabilidad civil extracontractual está indiscutiblemente asociado al Derecho romano. Los contornos socioculturales de la época influyeron en la denominación de las figuras jurídicas que más tarde sirvieron de base para el desarrollo de la teoría. La Ley Aquilia, cuya naturaleza bipartita ha causado diversidad de opinión hasta nuestros días, era sustancialmente penal, con contornos reipersecutorios a los que se le atribuye un matiz reparador. Un elemento que resulta sustancial para nuestro estudio, es que al estudiar la naturaleza de las acciones de Derecho romano relacionadas con la responsabilidad civil extracontractual, resulta claro que no existía en la época un paralelo con lo que hoy conocemos como el daño moral.

**2.**

En el Derecho romano, los atentados a los bienes e intereses extra patrimoniales no eran objeto de reparación a menos que fuese experimentado sobre la propiedad, como podían ser los esclavos o los animales. La figura más cercana a lo que conocemos hoy como daño moral en la época romana era la *iniuria*. No obstante, la naturaleza de la acción y el manejo de la pena, dictada por la conceptualización de la figura en el derecho de esa época la distancian del concepto moderno de daño moral.

**3.**

La influencia de los principios sociales, morales y religiosos han afectado directamente la conceptualización del daño moral a través de la historia. En el Derecho romano, permeaba la reparación de ofensas morales cuando eran inferidas a la propiedad ajena. Se reafirmaba la visión de que el hombre libre no tiene precio y por consiguiente no era posible cuantificar económicamente el daño material o inmaterial inferido contra una persona libre. Con la influencia del Derecho canónico y las posturas socio-culturales de los diferentes países europeos, se formularon las bases de la responsabilidad civil, como consecuencia de una mentalidad moralista del daño y la necesidad de reparar la ofensa ante los ojos de Dios. Esa misma mentalidad, junto a tradiciones y filosofías antiguas, que sostenían la imposibilidad de adjudicar valor monetario al ser humano, son las que impiden el reconocimiento de la posibilidad de resarcir el daño moral causado. En época moderna, la conciencia social globalizada, la protección de la igualdad y los derechos humanos ha influenciado en la

ponderación del resarcimiento del daño moral y han ampliado la perspectiva en los diferentes foros judiciales y cuasi judiciales. No es extraño ver cómo se citan determinaciones de tribunales internacionales para fortalecer posturas jurisprudenciales, como resulta en el caso de la contaminación acústica y el derecho a la igualdad del hombre.

**4.**

El impacto sobre la esfera inmaterial del ser humano dificulta la concreción del término y por consiguiente la incapacidad de algunos individuos de abstraer y aplicar el concepto de daño moral. Incluso, hemos visto como juzgados conceden indemnización por daños morales y daños patrimoniales y no son capaces de desglosar las partidas concedidas como parte de la sentencia.

**5.-**

Existe una raíz común en la conceptualización del daño moral en España, Francia y México, toda vez que la tradición jurídica de estos países es civil y el origen de sus codificaciones es la misma. Los casos posteriores basan sus determinaciones en la jurisprudencia y doctrina españolas, creando eventualmente su propia interpretación de los preceptos generales de responsabilidad que surgen del Código Civil.

**6.**

Los artículos del Código Civil en España, Francia y México que se relacionan con la responsabilidad civil extracontractual son tan generales que permiten la inclusión de los daños morales como una nueva categoría del daño. La jurisprudencia de los países estudiados ha sido fundamental en el desarrollo de la figura del daño moral y la interpretación de la norma legal general que sustenta su reparación.

**7.**

La apertura que manifiestan España, Francia y México ante el desarrollo del daño moral están predicados en principios de equidad y a la filosofía resarcitoria que se encuentra detrás del ejercicio jurisprudencial. Su posición pragmática no ha sido emulada por otros países europeos que comparten la misma raíz civil, como Italia, Alemania, Bélgica y Portugal, que se muestran más arraigados a la noción de incapacidad de cuantificar el daño a la persona.

**8.**

Un denominador común que encontramos en todos los países estudiados es que dentro de la evolución del daño moral, hay tres etapas diferenciadas entre sí. La primera, destacada por una negativa total a reparar el daño basándose en el principio filosófico que sostiene que el ser humano no es susceptible de valoración económica por ser fundamentales y de primer rango los derechos que le protegen. La segunda etapa, aún presente en algunos países y Estados de la nación norteamericana, es que se reconoce la existencia de los daños morales, pero sólo se compensan cuando tienen un impacto en el patrimonio del agraviado o el cuerpo humano y se puede hacer una clara distinción de las categorías de daños morales resarcibles. La tercera etapa de evolución es en la que se encuentran España, Francia y México donde no solo se reconocen los daños morales, sino que se establecen mecanismos resarcitorios para indemnizar las víctimas del daño moral y se busca aliviar las consecuencias de los perjuicios directamente relacionados al evento dañoso.

**9.**

La visión pragmática que han asumido España, Francia y México para proteger las víctimas que sufren daños morales va dirigida a otorgar un remedio al atentado experimentado. Se utiliza el pago en dinero como mecanismo de resarcimiento del daño

moral, aun cuando se conoce que los bienes lesionados están fuera del comercio del hombre y no existe proporción entre los daños morales y la reparación económica de los mismos. Mediante la compensación económica, los tribunales pueden poner la víctima en posición de procurarse satisfacciones que compensen el agravio sufrido. En algunos casos, será irónico e incluso imposible alcanzar una reparación satisfactoria adecuada, ya que el perjuicio puede ser de tal magnitud que lo impida, pero al menos se podrían procurar cuidados y remedios paliativos que aumenten la calidad y expectativa de vida de los afectados.

**10.**

La posición de los países más liberales en cuanto a la admisión del daño moral con relación a los casos donde las víctimas quedan en estado vegetativo son antagónicas. Unas descartan la posibilidad de resarcimiento bajo el supuesto de la incapacidad de la víctima para sentir o conocer que pasa a su alrededor, sumado a una posición legalista de la legitimación para reclamar. El otro grupo, donde se encuentran España, Francia y México, asume una posición más protectora y liberal donde se defiende la posibilidad de resarcir y compensar la víctima en estado vegetativo, basándose en la inviolabilidad del ser humano y sus derechos fundamentales. También se debate si la ciencia ha podido o no confirmar que en efecto la persona que está en estado vegetativo no puede sentir, oír o experimentar otras sensaciones físicas y la pertinencia que ello tendría en las determinaciones judiciales. Lo concreto es que la defensa de la compensación a las víctimas en estado vegetativo no va dirigido a la culpa del actor, sino a la integridad y bienestar del agraviado.

**11.-**

En el Derecho común norteamericano no se le reconoce derecho a compensación por concepto de daños morales a los individuos que están en estado comatoso o vegetativo a pesar de que sí reconocen la existencia de un agravio objetivo contra ese individuo. La racional para no conceder daños es que la persona no experimenta perjuicio alguno en la medida que no está consciente de lo que pasa a su alrededor. Paradójicamente, hay jurisdicciones que sí han reconocido daños a incapaces, e incluso, a un feto antes del nacimiento, a pesar de que se podría aducir que está en un estado similar de conciencia al paciente en estado comatoso y bajo los principios del Derecho civil, el individuo no se considera persona hasta que se desprende del senomaterno.

**12.**

El análisis jurisprudencial de la figura del daño moral refleja que no existe uniformidad en el alcance, finalidad de la figura y la aplicación subjetiva del derecho. Esta situación recibió fuertes críticas por los estudiosos del tema. Díez-Picazo lo catalogó de comodín, “*que sirve lo mismo para un roto que para un descosido*”, mientras que en la doctrina francesa, Mazeaud calificó a los jueces como “*Ministros de equidad*”, lanzando una fuerte crítica a los criterios que se utilizan para la adjudicación de controversias relacionadas con el daño moral e implicando que los jueces usurpan la función legislativa al adoptar y definir la figura y su alcance jurídico en ausencia de legislación.<sup>607</sup> En algunas instancias, las decisiones judiciales parecen reforzar la naturaleza resarcitoria del daño moral, mientras que en otras parecen imponer castigos a los autores del daño, como ocurre comúnmente en los casos de intromisiones al honor y a la intimidad. También reseñamos en este trabajo, cómo en España

---

<sup>607</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, op.cit, p. 14; MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civil*, op. cit., p. 73.

se dio un matiz punitivo a la reparación de daños morales por perjuicio sexual.<sup>608</sup> La ausencia de objetivación del daño moral promueve la aplicación de manera no equitativa, afectando el balance natural de las cosas.

**13.**

La evolución cultural y la globalización tienen un impacto sobre la definición y alcance del término daño moral. Observamos como a nivel internacional se formulan principios legales aplicables a la humanidad que en ocasiones son incorporados a las leyes nacionales y promulgados a través de los tribunales. Este es el caso, de la Declaración de los Derechos Humanos, adoptados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y antes de ello, la Declaración de los Derechos del Hombre que fue promulgada originalmente en el año 1789, mediante asamblea constituyente en Francia y posteriormente se hizo parte de la Constitución Francesa en el año 1973. Francia, también consideró las determinaciones del Tribunal Europeo de Derechos Civiles para adoptar una posición con relación a los derechos de personas con discapacidades y el alcance del daño moral en protección de estos individuos. Los foros internacionales también han influido en la perspectiva jurídica de los países europeos y así por ejemplo, vemos las determinaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a la contaminación acústica y el derecho vejado a las víctimas que sufren del mismo, reconociendo un daño moral en casos específicos.

**14.**

Existe paralelismo entre la figura del daño moral en el Derecho continental europeo y el derecho mexicano. En términos de evolución, México se muestra rezagado en la clasificación y ponderación de las categorías de daño moral y parece funcionar con pocas modalidades, aunque su conceptualización es la correcta.

**15.**

La participación de los profesionales del Derecho civil en el nacimiento de la figura del daño moral es trascendental, pues son los abogados litigantes los que presentan las reclamaciones ante los foros judiciales y su capacidad para esbozar correctamente y sustentar las reclamaciones de daños morales tienen un impacto directo en el resultado judicial.

**16.**

Otro denominador común en España, Francia y México, es que las decisiones judiciales concediendo daños morales son presentadas con términos generales y no surge de las Sentencias un desglose de las adjudicaciones concedidas. Esta práctica causa grandes inconvenientes en la medida que dificulta el proceso de revisión, no se pueden establecer patrones de resarcimiento que sirvan de referencia en casos futuros. La razón para incurrir en esta práctica, es la dificultad de realizar determinaciones de hechos claras concretas sobre los perjuicios experimentados por las víctimas, poder adjudicar a qué daño moral se relacionan y adjudicar un valor económico.

**17.**

A pesar de que los franceses han diseñado un catálogo de daños morales en búsqueda de uniformar la aplicación del concepto, el mismo no resulta infalible y no ha podido atender la problemática de la doble indemnización. Tan reciente como en el año 2012, vemos que el TCF entra a realizar ajustes en partidas de daños morales concedidas para evitar inequidad en

---

<sup>608</sup> Esta posición es apoyada por DIEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral*, op. cit., p. 101.

la administración de la justicia.<sup>609</sup>

**18.**

El rol de los foros judiciales en la ponderación, adjudicación y valoración de los daños morales es de suma importancia, en ausencia de parámetros legales. Se reconoce en ambos sistemas que la discreción del juzgador es determinante y por consiguiente los foros de mayor jerarquía muestran gran deferencia a las decisiones de los foros de instancia.

**19.**

La compensación económica de un daño no económico tiene el efecto de crear una desarmonía interna en el sistema de ideas, creencias y emociones, en tanto y en cuanto se pretende reparar un perjuicio con un remedio de naturaleza opuesta. Es decir, por definición se pretende explicar el daño moral como aquel que no es patrimonial, no obstante, la búsqueda de su reparación es pecuniaria.

**20.**

Teniendo como hecho incontrovertible la imposibilidad de establecer una perfecta equivalencia monetaria a los daños extra patrimoniales, las jurisdicciones han adoptado baremos en busca de uniformidad en la valoración. En estricto derecho, la valoración y resarcimiento no resulta posible y perfecto en los daños morales permanentes y puros, toda vez que no habrá forma de volver al estado original y solo se podrán hacer aproximaciones para que la víctima se encuentre en un estado similar al que se encontraba antes del agravio.

**21.**

Aun existiendo baremos que brindan parámetros a los juzgadores, los mismos no son vinculantes y la subjetividad en la valoración de la prueba puede llevar a resultados diferentes en cada caso, dependiendo de la habilidad del juzgador para percibir los detalles del caso y en la habilidad de la víctima para describir de manera concreta los perjuicios experimentados. Peor aún, la adopción de baremos, sin instrucciones dirigidas a lograr determinaciones de hechos específicas, representan un riesgo para aquellos juzgadores que buscando facilitar el proceso, administren los baremos como libros de cocina, adjudicando de manera automática y mecánica las guías ofrecidas como referencia.

**22.**

En el Derecho civil se define el daño moral en términos negativos, como lo que no es patrimonial. En el Derecho común norteamericano se definen los *torts* por contraposición, como los daños no criminales o que surgen como incumplimiento contractual. El adoptar una definición de los daños morales y los *torts*, respectivamente, conllevan un riesgo de que las nuevas modalidades de daño moral desplacen o hagan obsoleta la definición, en la medida que se trata de intereses abstractos y cada vez se observa cómo se amplía la protección de intereses y derechos del hombre que no habían sido previstas en el paso.

**23.**

En el sistema de Derecho común norteamericano no existe la conceptualización de daño moral en el mismo grado y extensión que los países de tradición civil estudiados. Para atender las controversias que constituyen daños morales bajo el sistema civil, los norteamericanos poseen un sistema uniforme a través de la nación solo en los casos donde se

---

<sup>609</sup> Crim. 23 octubre 2012, n° 11-83.770. Para ilustrar la situación legal, presentamos el lenguaje utilizado por el tribunal: "*Ne procède pas à une double indemnisation la cour d'appel qui a évalué séparément les préjudices distincts constitués par les souffrances endurées du fait des blessures et l'angoisse d'une mort imminente.*"

demanda al gobierno federal por actuaciones de sus empleados. A nivel estatal, no existe uniformidad en el manejo de los casos de daños morales.

**24.**

A pesar de que el sistema de Derecho común no posee la figura del daño moral, existen denominadores comunes en el sistema de clasificación de daños. Ambos sistemas separan los daños a base del impacto que posee sobre los bienes de la víctima y los denomina como daños patrimoniales o económicos y daños no patrimoniales o no económicos. En ambos sistemas se distinguen dentro del daño no patrimonial, los agravios físicos de los emocionales. En ambos sistemas de Derecho confrontan la problemática de Sentencias y dictámenes judiciales que adjudican una cuantía general por concepto de daños no económicos, sin un desglose adecuado por conceptos o partidas.

**25.**

Tanto el Derecho civil como el común norteamericano confrontan la problemática de la abstracción y la subjetividad en el manejo de los daños morales. Es decir, la abstracción de los conceptos en los que se configuran los daños morales resulta difícil de asimilar para algunos profesionales y por otro lado, la valoración de los testimonios de las víctimas, llenos de subjetividad, hacen la labor más difícil. Si tomamos como ejemplo que cada ser humano asimila las experiencias y los factores exógenos de manera diferente, algunos mostrando mayor ecuanimidad y tolerancia al dolor, físico y mental, se puede comprender la dificultad de uniformar o establecer una fórmula matemática para compensar el daño moral. Si extrapolamos el ejercicio al campo de la medicina, vemos como se manejan los pacientes utilizando como guía inicial la queja del paciente y reconociendo que se trata de una queja subjetiva. Se utiliza información objetiva, a través de laboratorios y de síntomas para concluir el diagnóstico y el curso de acción a seguir en el manejo de la condición. En los daños morales, la queja del demandante será bastante subjetiva, en la medida que todos experimentamos los daños de manera diferente, pero se tienen que desarrollar parámetros objetivos para que sirvan de referentes en la valoración de la intensidad del daño y la frecuencia, variables que tendrán a su vez, un impacto directo en la valoración monetaria del perjuicio.

**26.**

El desarrollo de algunas modalidades de daño moral en el Derecho común norteamericano ha sido más lento que en Europa continental. Ejemplo de lo anterior se refleja en la falta de reconocimiento del derecho a la compañía y el afecto por la pérdida de personas con lazos afectivos, que no son parte del núcleo familiar inmediato, al igual que la pérdida de compañía de mascotas.

**27.**

El uso de mecanismos punitivos en sustitución del resarcimiento moral no es compatible con el concepto y la figura del daño moral en el Derecho civil. La visión punitiva se centra en el causante del daño, imponiendo un castigo como disuasivo para que no incurra nuevamente en la conducta. El mecanismo está en oposición a la visión reparadora que observa la parte agraviada, la magnitud del daño y el paliativo monetario que ofrecerá para neutralizar el perjuicio moral causado. Por otro lado, la cuantificación del daño moral en el supuesto penal, no requeriría prueba pericial dirigida a evaluar el impacto de la acción en el agraviado, sino que al determinarse los elementos del nexo causal y la actuación del demandado, se podría imponer una pena predeterminada, resultando irrelevante la magnitud

del evento para el demandante. Esta cantidad resultaría, en la mayor parte de los casos, una suma arbitraria no relacionada con el daño inferido.

**28.**

El sesgo punitivo descrito por Barrientos Zamorano, en su obra se ha visto manifestado en las sentencias del TSE en los casos de daños sexuales. En particular la STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275) justifica la compensación diciendo: “*El daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza de la misma y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico.*” Ciertamente, estas expresiones reflejan la intención de castigar la conducta de los actores del daño y no buscar un remedio o reparo al perjuicio sufrido por la víctima, lo que representa una dicotomía en la aplicación del concepto del daño moral.

**29.**

El daño moral es una de las áreas del derecho que más áreas grises presenta y donde mayor creatividad han utilizado los tribunales para la solución de las controversias relacionadas al tema. Lo que podemos anticipar es el desarrollo de una tendencia a un mayor grado de rigurosidad en el análisis de los perjuicios morales y una visión más inclusiva y protectora en las determinaciones judiciales.

**30.**

La concepción del daño moral moderno ha superado la definición del *pretium doloris* y la doctrina coincide en que el *pretium doloris* es daño moral, pero no se puede establecer que haya equivalencia perfecta entre ambos términos. El daño moral es más amplio que el *pretium doloris* en la medida que protege intereses inmateriales abstractos, tales como el derecho al honor, la intimidad y la identidad.

**31.**

No se pueden confundir los síntomas con la enfermedad, lo que pretende ilustrar con esta expresión es que en muchas ocasiones se denomina como daño moral los sufrimientos experimentados por la víctima cuando en realidad son manifestaciones de los perjuicios sufridos no el daño moral per se. Ante dicha situación hay que preguntarse en qué consistió el acto u omisión ilícita que generó el daño. Por ejemplo, en un caso donde se cause una herida mortal a un hijo, padre o miembro del núcleo familiar y como consecuencia, la víctima manifieste depresión con episodios de insomnio, llanto, zozobra, sentimientos de minusvalía, etc. podría confundirse el efecto con la causa. Es decir, el daño moral consiste en la privación de compañía y afecto y no la forma en que se siente la víctima. Las manifestaciones irán variando en composición e intensidad, dependiendo las circunstancias particulares de quien las experimenta. Que tal cuando nos encontramos ante una enfermedad crónica que puede conducir a la muerte, como lo sería el caso de los daños morales por contaminación o por exposición a asbestos y otros componentes químicos nocivos a la salud que no necesariamente se manifestarán de inmediato en el cuerpo humano. La ausencia de manifestaciones psicofísicas no implica ausencia de daño. Las tendencias jurisprudenciales en España, Francia y México, apuntan a la compensación de víctimas desde un punto de vista inclusivo y amplio, como se ha evidenciado en los casos de personas en estado vegetativo y los que han resultado contaminados.

**32.**

El daño moral surge como una figura independiente y autónoma de todas las

referencias históricas que conocemos. Aunque mucho se ha avanzado para definir y entender el daño moral, todavía se encuentra en etapa de desarrollo y ante la amplia posibilidad de acciones que puedan afectar la esfera extra patrimonial que no son previsibles, se debe adoptar una definición lo suficientemente elástica y general que permita su aplicación sin necesidad de cambios constantes. De lo contrario, la definición y alcance de la figura quedaría superada rápidamente y ante su obsolescencia podría quedar en desuso o causar mayores complicaciones.

**33.**

En esta propuesta de definir de manera general los daños morales, comenzaríamos con modificar su identidad, es decir, comenzar con un cambio de denominación y comenzar a llamarlos daños extra patrimoniales. El uso del término daño moral, va dirigido a la definición lata del término, es decir a su inmaterialidad. No obstante, la figura supera su definición al poderse manifestar físicamente, como sería la pérdida de un miembro del cuerpo o la desfiguración y sus efectos psico- físicos. Al igual que daño moral no tiene perfecta equivalencia con el *pretium doloris*, de igual manera, el término daño moral resulta más limitado que el término daño extra patrimonial.

**34.**

La clasificación del daño excepcional permanente adoptado por los franceses a través del sistema Dintilhac fue concebido como una categoría general para los casos donde no estaban previstos los daños, pero la tendencia es a utilizarlo cada vez menos y adoptar nuevas categorías, por lo que se proyecta que desaparecerá por falta de uso práctico.

**35**

Según apuntamos en las reflexiones preliminares del Capítulo IV, los sistemas jurídicos de España, Francia, México, y nos permitimos añadir Italia, no son infalibles y muestran en ciertas instancias sus debilidades. Sin ánimo de ser exhaustivos, presentamos un ejemplo de cada jurisdicción para sustentar nuestra conclusión. En España, vemos como los tribunales han mostrado visos punitivos en algunas determinaciones judiciales relacionada con los daños morales por ataques sexuales, enfocándose en el castigo o disuasivo al autor de los hechos y no en el resarcimiento a la víctima. En Francia, se han creado tantas categorías de perjuicios morales, incluyendo algunas de carácter general, como la del perjuicio excepcional permanente que han confrontado problemas con la duplicidad de indemnizaciones requiriendo la intervención de los foros apelativos para realizar ajustes a las compensaciones. Puerto Rico, ha mezclado los principios jurídicos del Derecho civil y el *common law* en algunas interpretaciones del daño moral, lo que ha llevado a conclusiones erróneas en estricto derecho al basarse en un *ratio decidendi* inapropiado. Por último, en Italia la rigidez con la que han definido el manejo de la reparación del daño moral les causó un conflicto entre las legislaciones vigentes. La posición general es que no se compensan daños morales a menos que esté previsto en una ley y armonizaron los principios Constitucionales de protección del cuerpo y la integridad física haciendo uso de una disposición penal, lo que generó fuertes críticas. El Tribunal Constitucional del país hizo malabares para armonizar la legislación vigente y con el uso de los recursos que tenía a mano, aceptar la compensación de los daños morales cuando son infligidos al cuerpo humano.

**36**

Los derechos ajenos son tan sagrados que recae en cada uno de nosotros como profesionales del derecho, estudiarlos y defenderlos con suma cautela y respeto. Cada

persona experimenta el daño y perjuicio moral de forma diferente y su reacción estará determinada por las herramientas que haya desarrollado durante su vida. De igual forma, los juzgadores tendrán constantes conflictos para mantener la ecuanimidad y la imparcialidad que requieren sus cargos en el análisis y adjudicación de controversias, especialmente cuando los intereses lesionados sean de naturaleza fundamental y los daños resulten repudiables socialmente. La única forma de movernos hacia una posición neutral es mediante la exposición al tema, el aprendizaje continuo y los ejemplos prácticos del día a día. El ejercicio de comparar la realidad jurídica de otros países con controversias similares nos sirve para romper paradigmas y evaluar las controversias desde diferentes perspectivas, promoviendo una solución más racional y ponderada.

### 37

Tomando como base la legislación Española y de los Estados Unidos de América en donde existen tablas –baremos- para cuantificar los daños causados, se propone en los anexos 1, 2 y 3 se tomen como referencia en la legislación mexicana, con el propósito de clarificar las reglas sobre las cuales los tribunales puedan guiarse al momento de cuantificar la reparación del daño moral.

#### a.

Y es que, una vez establecido que se afectaron los sentimientos y afectos actor de manera ilícita, se considera que el daño moral está relacionado con el derecho a la *justa indemnización*.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado en diversas ocasiones que los derechos fundamentales tienen vigencia en relaciones entre particulares.<sup>610</sup> Así en el *Amparo Directo en Revisión* 1621/2010, la pluricitado Primera Sala afirmó que los derechos fundamentales previstos en la Constitución gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (**función subjetiva**), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (**función objetiva**).

Así en dicho precedente se afirmó que, **la doble función que los derechos fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares frente al Estado.**

La reparación al daño moral que se fije deberá analizarse desde el derecho a la justa indemnización, el cual se encuentra consagrado en los artículos 1º constitucional y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>611</sup>

---

<sup>610</sup> Tesis 1a./J. 15/2012 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, libro XIII, octubre de 2012, tomo 2, p. 798, de rubro: “DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES”.

<sup>611</sup> Artículo 1.- [...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar,

Este derecho ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho tribunal en diversos precedentes ha establecido que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.<sup>612</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que los daños inmateriales también deben de ser indemnizados. Sobre los daños inmateriales en el caso Cantoral Benavides Vs. Perú manifestó:

53. *La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolución de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.*<sup>613</sup>

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana ya ha sido aplicada por la multireferida Primera Sala.<sup>614</sup> De lo que se sigue, el derecho a recibir una “**justa indemnización**”, para

---

proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Artículo 63.1.- Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

<sup>612</sup>Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 156. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 395. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 404.

<sup>613</sup> Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 53.

<sup>614</sup> Así, en el Amparo Directo en Revisión 1068/2011<sup>614</sup> se sostuvo que una “justa indemnización” o “indemnización integral” implica volver las cosas al estado en que se encontraban, el restablecimiento de la situación anterior y de no ser esto posible, establecer el pago de una indemnización como compensación.

determinar la debida compensación en tratándose de los daños ocasionados en los sentimientos de las personas ya que mediante la compensación se alcanzan objetivos fundamentales en materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos.<sup>615</sup> Así, mediante la compensación la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable.

La compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas lo que prevendrá conductas ilícitas futuras.<sup>616</sup> Dicha medida cumple una doble función: ya que las personas evitaran causar daños para evitar tener que pagar una indemnización, por otra parte, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para que evitar causar daños a otras personas.<sup>617</sup>

A dicha faceta del derecho de daños se le conoce en la doctrina como “daños punitivos”<sup>618</sup> y se inscribe dentro del derecho a una “justa indemnización”. En efecto, mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar legalmente.<sup>619</sup> Es decir, la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece.<sup>620</sup>

El limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el presunto ofendido se enriqueciera a costa de su víctima. Lo anterior en tanto las conductas negligentes, en muchas situaciones, pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley, como los deberes generales de conducta. Dichos daños tienen el objeto de prevenir hechos similares en el futuro. Se trata de imponer incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida, sobretudo en tratándose de funcionarios públicos que tienen como deberes el proteger y fomentar el Estado de Derecho. A través de dichas sanciones ejemplares se procura una cultura de responsabilidad, en la que el desatender los deberes legales de cuidado tiene un costo o consecuencia real.

Por otro lado, una indemnización insuficiente, provoca que las víctimas sientan que sus anhelos de justicia son ignorados o burlados por la autoridad, por lo que, se le acrecienta

---

por los daños ocasionados al surgir el deber de reparar.

<sup>615</sup> Owen, David W. *Punitive damages in products liability litigation*, “Michigan Law Review”, 1976, june, vol. 74, n°7, p. 1279.

<sup>616</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 532.

<sup>617</sup> Owen, David G., *Ob. Cit.*, p. 1285.

<sup>618</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, pp. 521-552; Owen, David G., *Ob. Cit.*, Owen, David G., *The Moral Foundations of Punitive Damages*, “Alabama Law Review”, 1988, 40, p. 705; Morgan, *The evolution of punitive damages in product liability litigation for unprincipled marketing behavior*, “Journal de Public Policy & Marketing”, 1989n n° 8, p. 279; O’Donnell, *Punitive damages in Florida negligence cases: How much negligence is enough?*, “University of Miami Law Review”, n° 42, p. 803.

<sup>619</sup> *Íbid.*, p. 1281

<sup>620</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p. 532.

el daño (no reparado) y se acaba revictimizando a la víctima, violándose de esta forma el derecho a una “justa indemnización”.

Se considera que el carácter punitivo de la reparación del daño moral también puede derivarse desde una interpretación literal y teleológica del artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán. El referido ordinal 1082 dispone que: “*Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero*” y que para determinar el monto de la indemnización se debe tomar en cuenta: “*los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso (el énfasis es agregado)*”.

Por lo tanto, **dicho artículo establece el derecho a recibir una indemnización por el daño moral resentido.** Pero, por otro lado, **obliga a que en la determinación de la “indemnización”, se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable.**

La consideración de dichos elementos persigue el compensar a la víctima de manera justa. En tal sentido, se justifica que se determine el monto de la compensación atendiendo al bien jurídico lesionado y a la gravedad de la conducta de los demandados. Es decir, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el quantum de la indemnización.

Como se advierte, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima,<sup>621</sup> sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño.

Finalmente, una indemnización que tenga en cuenta además del daño sufrido, el grado de responsabilidad del causante, no enriquece injustamente a la víctima. En efecto, el enriquecimiento ilegítimo tiene como presupuesto que no exista alguna causa legítima para enriquecerse,<sup>622</sup> siendo que en el caso la compensación se encuentra plenamente justificada a partir del derecho a una justa indemnización. Dicho derecho ordena que todas las personas que sufran daños sean resarcidas integralmente, por lo tanto, si al tomar en cuenta el grado de responsabilidad del causante se busca resarcir plenamente a la víctima, dicha indemnización se encontrará plenamente justificada. Siendo que, por otra parte, mediante la indemnización se logren fines sociales deseables.

---

<sup>621</sup> En este sentido hay doctrinarios que sostienen que si el daño es dolor físico o psicológico, la indemnización debe limitarse a contribuir a sobrellevar tal dolor, sin ir más allá. Por lo tanto, en su criterio, no deberían tomarse en cuenta ampliaciones a la indemnización del daño, como lo serían el lucro cesante, la pérdida de los placeres de la vida, el daño de disfrute u otros criterios similares. Ver Díez-Picazo, *Ob. Cit.*, p. 240.

<sup>622</sup> Artículo 1048.- El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido.

*El monto de la indemnización que se fije como compensación por el daño sufrido por la víctima debe ser suficiente para resarcir dicho daño y reprochar la indebida conducta del servidor público y el Poder Ejecutivo.*

**b.**

**Parámetros de cuantificación del monto de la compensación del daño moral.**

Como se precisó, la compensación que se fije debe ser justa, por lo que para lograr dicho fin es necesario establecer parámetros que auxilien al juzgador a resarcir el daño causado. Lo anterior, atendiendo por un lado a tal derecho fundamental y, por otro, a la naturaleza de la institución del daño moral.

La valoración del daño moral y la cuantificación de su compensación pecuniaria constituyen motivos de auténtica preocupación en el derecho comparado y en la doctrina especializada. En efecto, sin duda alguna, resulta particularmente difícil establecer los parámetros que deberán tomarse en cuenta a la hora de fijar el quantum de la reparación. Su determinación oscila entre el margen de discrecionalidad que debe tener el juzgador para ponderar todos aquellos elementos subjetivos que intervienen en la calificación del daño, sus consecuencias y en lo que efectivamente debe ser compensado; y la arbitrariedad que puede generarse al momento de fijar dicha reparación sin explicitar los elementos que conducen al juzgador a arribar a dicha conclusión.

Conviene asimismo, no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la compensación que le corresponde. Se trata de dos operaciones distintas, donde si bien interviene el tipo de daño causado, y la valoración de su gravedad, la compensación puede responder a factores que van más allá de la afectación cualitativa que resintió la víctima.

En efecto, valorar el daño es determinar su entidad cualitativa, es decir establecer el tipo de derecho o interés moral lesionado, así como el grado de afectación que se produce a partir del mismo o, lo que es igual, “esclarecer su contenido intrínseco o composición material, y las posibles oscilaciones de agravación o de disminución, pasadas o futuras”.<sup>623</sup>

Una vez que el daño ha sido valorado, corresponde ponderar su repercusión en el plano indemnizatorio, esto es, determinar cuánto se debe pagar, **para alcanzar una justa indemnización que atienda a los fines de la institución prevista en el artículo 1082 del Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo.**

Asimismo, si bien los intereses extra patrimoniales no tienen una exacta traducción económica, ello no debe dar lugar a dejar sin reparación al afectado. Existen diferentes formas de valorar el quantum indemnizatorio. Ciertamente en nuestro derecho se ha evolucionado de aquella que imponía en la reparación del daño límites bien tasados o

---

<sup>623</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p.419 nota al pie 3.

establecidos a través de fórmulas fijas,<sup>624</sup> a la necesidad de su reparación justa e integral.<sup>625</sup> En esta evolución jurisprudencial, se inscribe el presente caso. Así, puede afirmarse que el régimen de ponderación del quantum compensatorio depende de la conceptualización del derecho a una justa indemnización, de la visión que nuestra tradición jurídica adopta de la responsabilidad civil y, en particular, del deber de mitigar los efectos derivados del daño moral.

En la presente exposición se ha puntualizado que el daño moral tiene repercusiones tanto patrimoniales como extra patrimoniales, las cuales a su vez pueden ser presentes o futuras. Se ha afirmado asimismo, que el carácter compensatorio del daño moral implica, por un lado el valorar el tipo de derecho o interés lesionado, esto es, ponderar el aspecto cualitativo del daño, y por otro, cuantificar sus consecuencias patrimoniales. A su vez, atendiendo a la literalidad del precepto ahora analizado y a la intención del legislador, **en la determinación del quantum compensatorio también deberá valorarse el grado de responsabilidad de la parte demandada, así como el aspecto social del daño causado, esto es, la relevancia o implicaciones sociales que pueda tener el hecho ilícito.**

Así, en la cuantificación del daño moral deben ponderarse los siguientes factores, los cuales a su vez pueden calificarse de acuerdo a su nivel intensidad, entre leve, medio o alto. Dichos modalizadores permitirán establecer el quantum de la indemnización.

#### **Respecto a la Víctima:**

**El aspecto cualitativo del daño o daño moral en sentido estricto:** Estos elementos deberán ser valorados prudencialmente por el juez, atendiendo a; 1) el tipo de derecho o interés lesionado, así como, 2) la existencia de un daño y la gravedad del mismo.

**1) El tipo de derecho o interés lesionado.** El daño moral se determina en función de la entidad que el derecho o interés lesionado, así como en la pluralidad de los intereses lesionados.

Aunque no es posible señalar que los derechos o intereses extra patrimoniales tienen mayor o menor valor, sí es posible determinar la importancia del valor o interés afectado. En ese sentido, puede asignarse como cuantificador de este aspecto del daño una afectación **leve, media o severa**. A su vez, la entidad del daño puede incrementarse debido a la pluralidad de intereses o derechos lesionados.<sup>626</sup>

---

<sup>624</sup> *Amparo en Revisión 75/2009*, resuelto el 18 de marzo de 2009, por mayoría de cuatro votos de los Ministros José Ramón Cossío Díaz (ponente), Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Sergio A. Valls Hernández, contra el emitido por el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo.

<sup>625</sup> *Amparo Directo en Revisión 1068/2011*, resuelto el 19 de octubre de 2011, por unanimidad de cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo (ponente), José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

<sup>626</sup> “Señala con razón Zavala de Gonzales que “...no es igual un hecho que únicamente lesiona la intimidad que si también menoscaba la reputación, ni la sola afectación estética que la acompañada con una efectiva perturbación síquica con ribetes patológicos, etcétera”, en Resarcimiento de daños, t.4, “Presupuestos y funciones del Derecho de daños”, Vol. 112, p.510.”

**2) La existencia del daño y su nivel gravedad.** Como se afirmó anteriormente en todos aquellos casos en los que se vulnera o menoscaba ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas, la existencia del daño moral deberá presumirse, siendo que en el caso concreto estamos en dicho supuesto. No obstante en el resto de los casos el daño moral deberá ser probado.

**Como elemento ponderador de la intensidad del daño resentido, debe valorarse su gravedad.** Es decir, el grado de la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima.<sup>627</sup>

**La gravedad del daño puede calificarse de normal, media o grave.** Normalmente una persona que experimenta la pérdida de un ser querido, tiene una etapa que puede definirse un duelo “normal”, en el que la persona a pesar de sufrimiento, prosigue durante este período llevando una vida normal y no abandona sus responsabilidades laborales, sociales, familiares y personales.

No obstante puede acreditarse un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como sucede en aquellos casos en que se pretende privar de la libertad por una orden de aprehensión injusta afecta profundamente la vida familiar y social del suscrito.

**2.1) Aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral:** En este aspecto el juez deberá valorar: a) **los gastos devengados derivados del daño moral**, estos pueden ser los gastos médicos derivados de las afectaciones a los sentimientos y psique de la víctima, si se demuestra que tal daño generó consecuencias médicas; y b) **los gastos por devengar**. En este rubro pueden ubicarse aquellos daños futuros (costo del tratamiento médico futuro, por ejemplo el costo de las terapias psicológicas durante el tiempo recomendado por el médico) o ganancias no recibidas derivadas de la afectación a los derechos y bienes morales, (por ejemplo, si derivado de una fuerte depresión la víctima se ve imposibilitada a trabajar). En tanto estos elementos tienen un aspecto patrimonial, el cual puede ser medible o cuantificable, no es necesario establecer moduladores al grado de afectación a este aspecto del daño.

**Respecto al servidor público y el Poder Ejecutivo:**

**El grado de responsabilidad.** Como se mencionó en otro apartado, la reparación del daño debe ser justa y además cumplir los fines propios del daño moral. Por lo tanto, la gravedad de la culpa debe ser tomada en cuenta, para disuadir el tipo de conductas que causan daños morales y cumplir con los demás fines sociales de la reparación.

Así, a mayor gravedad de la conducta deberá establecerse una indemnización mayor. Esto es, **puede modalizarse la intensidad de la gravedad en leve, media y alta**. Para ello deberá ponderarse: *el bien puesto en riesgo por la conducta negligente; el grado*

---

<sup>627</sup> Pizarro, *Ob. Cit.*, p.428. “Se ha ponderado: la personalidad del damnificado, su edad, sexo, condición social, si el damnificado es directo o indirecto, entre muchas otras circunstancias concretas.”

*de negligencia y sus agravantes; la importancia social de los deberes incumplidos a la luz del tipo de actividad que desempeña la parte responsable; entre otros factores.*

En efecto, debe valorarse el **tipo de bien o derecho puesto en riesgo**; así como el número de personas que podrían haberse visto afectadas por los actos negligentes. Para calificar el **grado de negligencia**, deben valorarse sus **agravantes**, esto es, la malicia, omisión, mala fe, intencionalidad, o si se trató de una actitud negligente.<sup>628</sup>

Por otro lado, es necesario observar la **relevancia social del hecho** esto es, la importancia de generar una cultura de responsabilidad, a la luz del tipo de actividades que realiza la responsable. Esto es, el evaluar la necesidad de colocar incentivos que logren disuadir tales conductas.

Los aspectos anteriores **deben analizarse a la luz de los deberes legales incumplidos, los deberes genéricos de responsabilidad del desarrollo de la actividad que generó el daño** y por supuesto, basarse en material probatorio.

**Situación económica.** En tanto la reparación por daño moral tiene una faceta punitiva y resarcitoria, debe valorarse la capacidad de pago de la responsable para efectivamente disuadirla a cometer actos parecidos en el futuro. Aunque la situación económica de la responsable no es definitiva el quantum compensatorio derivado del daño moral, es un elemento que debe valorarse, especialmente en aquellos casos, como en este, en los que la responsable obtiene un beneficio o lucro por la actividad que originó el daño. Así, también debe tomarse en cuenta si la parte responsable recibe un beneficio económico por la actividad que afectó los derechos e intereses de la víctima.

Lo que se persigue es no desconocer **que la naturaleza y fines del daño moral “no permite una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador, ni tampoco resulta de una mera enunciación de pautas, realizadas de manera genérica y sin precisar de qué modo su aplicación conduce, en el caso, al resultado al que se arriba”**.<sup>629</sup>

La suma que se imponga debe ser razonable, cumplir con el objeto de reparar pero también de disuadir.

En vía de orientación es dable la observancia de las Tesis pronunciadas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los rubros y textos siguientes:

*DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS.*<sup>630</sup> *Mediante la compensación del daño se alcanzan objetivos fundamentales en*

---

<sup>628</sup> Díez Picazo, *Ob. Cit.*, p. 529.

<sup>629</sup> En similares términos resolvió el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, en la sentencia “Marshall, Daniel A.”, TS Córdoba, Sala Penal, 22/3/84, JA, 1985-I-215.

<sup>630</sup> Época: Décima Época. Registro: 2006958. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.). Página: 142.

*materia de retribución social. En primer lugar, al imponer a la responsable la obligación de pagar una indemnización, la víctima obtiene la satisfacción de ver sus deseos de justicia cumplidos. Así, mediante la compensación, la víctima puede constatar que los daños que le fueron ocasionados también tienen consecuencias adversas para el responsable. Por otra parte, la compensación tiene un efecto disuasivo de las conductas dañosas, lo que prevendrá conductas ilícitas futuras. Así, dicha medida cumple una doble función, ya que las personas evitarán causar daños para evitar tener que pagar una indemnización y, por otra, resultará conveniente desde un punto de vista económico sufragar todos los gastos necesarios para evitar causar daños a otras personas. A dicha faceta del derecho de daños se le conoce como "daños punitivos" y se inscribe dentro del derecho a una "justa indemnización". Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo 31/2013. Admivac, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.*

*DAÑOS PUNITIVOS. ENCUESTRAN SU FUNDAMENTACIÓN LEGAL EN EL ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.<sup>631</sup> El carácter punitivo de la reparación del daño se deriva de una interpretación literal y teleológica del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal. Dicho artículo dispone que en la determinación de la "indemnización", se valoren, entre otras circunstancias, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad y la situación económica de la responsable. De esta forma, el juez no debe solamente considerar en su condena aquellos aspectos necesarios para borrar, en la medida de lo posible, el daño sufrido por la víctima, sino que existen agravantes que deberán ponderarse en el cuántum de la indemnización. Como se puede observar, este concepto no busca únicamente reparar el daño en los afectos de la víctima, sino que permite valorar el grado de responsabilidad de quien causó el daño. Tal conclusión también se deriva de los antecedentes legislativos que dieron lugar a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1982. Amparo directo 30/2013. J. Ángel García Tello y otra. 26 de febrero de 2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto concurrente. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín. Amparo directo 31/2013. Admivac, S.A. de C.V. 26 de febrero de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ana María Ibarra Olguín.*

---

<sup>631</sup> Época: Décima Época. Registro: 2006959. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 8, Julio de 2014, Tomo I. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCLXXI/2014 (10a.). Página: 143.

c)

**Determinación del monto de la compensación derivada del daño moral.**

Referente a los *parámetros de cuantificación del monto de la compensación del daño moral*, se destacaron ya una serie de componentes que deben ser considerados por el juzgador con el fin de lograr una justa indemnización. Se señaló así, que debería ponderarse, respecto a la víctima: a) El aspecto cualitativo del daño o daño moral en sentido estricto, el cual se compone a su vez de la valoración de: 1) el tipo de derecho o interés lesionado, 2) la existencia del daño y 3) la gravedad de la lesión o daño. b) El aspecto patrimonial o cuantitativo derivado del daño moral. En este aspecto el juez deberá valorar: 1) los gastos devengados derivados del daño moral, y 2) los gastos por devengar. En cuanto a la parte demandada: 1) su grado de responsabilidad y 2) su situación económica.

De igual forma, se estableció que puede calificarse la intensidad a la afectación de dichos factores como baja, media y alta. Si bien tales modalizadores no pueden traducirse en sumas de dinero específicas, sí pueden ayudar a discernir con mayor objetividad el grado de daño sufrido, así como su justa retribución.

**En la víctima:**

**Aspecto cualitativo:**

**a) El tipo de derecho o interés lesionado.** En el sumario se acreditará la afectación a los sentimientos, afectos e integridad psíquica, ante la conducta indebida por parte del servidor público.

A su vez, dichos derechos tienen una entidad o importancia **elevada**, dado que se trata de un acto ilícito en su contra.

**b) La existencia del daño y su gravedad.** Ahora bien, por lo que hace a la existencia del daño y su nivel de gravedad, se señaló que esta consiste en el grado de la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima.

Se considera una conducta ilícita por parte del Agente de Ministerio Público que ejercite la acción penal y de reparación del daño, puesto que se estima que existe ignorancia, omisión, impericia o negligencia al integrar la carpeta de investigación incluso al consignar y ejercer acción penal; lo anterior es así habida cuenta que no advirtió que al procesado, como indiciado, no se le recibieron las probanzas correspondientes, violentando con ello el artículo 21 constitucional que consagra una garantía para la protección de varios derechos fundamentales, entre ellos, la libertad personal y el debido proceso.

Con el actuar del agente del ministerio público se contravienen los Derechos Humanos atendiendo que de conformidad con lo estatuido en el ordinal 20, apartados A, y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el objetivo primordial es garantizar que el poder punitivo del Estado sea mediante un proceso justo, lo que implique la integridad los derechos fundamentales de los indiciados como el de no declarar, no auto

incriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura, no ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención; asimismo, entraña una prohibición para el Estado de no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado. Lo anterior en concordancia con los numerales 7, 8 y 25<sup>632</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9, numerales 1 y 4<sup>633</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en lo medular refieren que nadie puede ser privado de su libertad personal -salvo por las causas y en las condiciones estipuladas por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas, así como las garantías judiciales y protección judicial de que goza toda persona; y atento al principio pro persona-; luego entonces la omisión del Ministerio Público de analizar objetivamente las probaturas en la indagatoria, contraviene los derechos de defensa adecuada y debido proceso, los cuales son de especial atención, prerrogativas que como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.

Máxime que, de conformidad con el artículo 14 en relación con el 20, apartado B, fracción VIII,<sup>634</sup> ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tutelan el derecho al debido proceso, el cual lleva inmerso el de adecuada defensa que implica el derecho de las partes a comparecer en la indagatoria –carpeta de investigación- a ejercer su defensa, antes de que sea modificada su esfera jurídica, lo que implica que debe tratarse al individuo como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como un objeto de éste; en un juicio de ponderación entre el derecho humano de defensa adecuada, reconocido en el citado artículo 20 constitucional, respecto de la prerrogativa que le asiste al indiciado de ofrecer y desahogar pruebas durante la fase de investigación ministerial. Lo anterior, toda

---

<sup>632</sup> Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. Artículo 8. Garantías Judiciales. Artículo 25. Protección Judicial.

<sup>633</sup> ARTÍCULO 9 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

<sup>634</sup> Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

B. De los derechos de toda persona imputada:

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

vez que como prevén los artículos 35 y 36 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Michoacán, la averiguación previa a la consignación a los tribunales -que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejerce o no la acción penal-, constituye parte del procedimiento penal, de manera que durante ésta debe tutelarse efectivamente el derecho fundamental de defensa adecuada del imputado, en virtud de que la investigación del delito y del delincuente debe operar sistemáticamente con aquellas normas que dan estructura, organización y funcionalidad a la impartición de justicia, lo que obliga a las autoridades a armonizar y ponderar tanto los derechos de la víctima u ofendido, como los de los justiciables; por lo que desde la carpeta de investigación debe cerciorarse de que las pruebas de cargo desvirtúen la condición de inocente que se reconoce a todo inculpado; por ello, la necesidad de tutela efectiva a su derecho humano de adecuada defensa, implica obtener aquellos medios probatorios que ofrece el inculpado para desvirtuar el hecho atribuido.

#### **Aspecto patrimonial:**

Como se señaló, en este rubro deberán computarse los gastos efectuados al momento de dictarse sentencia y los gastos futuros esperados derivados del daño moral.

#### **En la parte demandada:**

**1) El grado de responsabilidad.** Del resumen de hechos, así como de las pruebas que se aporten al juicio correspondiente –así como con las probaturas que se desahoguen en el sumario- se evidencia la negligencia de la parte demandada, con lo cual se acredita un **alto grado responsabilidad**. En efecto, a la luz de los deberes legales, que debían observar, se considera que se afecta la vida, no sólo de Víctima, se acredita una conducta negligente grave; y que los hechos que dieron lugar a los daños causados deben tener repercusión social. En efecto, la parte demandada incurre en una serie de **conductas ilícitas**, las cuales además, se pueden calificar de **graves**.

Lo anterior es así, cuenta habida que por su actuar incumplieron con sus deberes legales a que están constreñidos, como ya fue referido con antelación esto es, el agente del ministerio público demandado encuentra regulado su actuar por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Michoacán.

**En conclusión de los hechos acreditados se puede desprender que el Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo y el funcionario público incumplieron con la normatividad que le son aplicables por la naturaleza de las atribuciones legales que les regulan, siendo que además fueron negligentes.**

Por tanto, debe ponderarse la **alta relevancia social** de las conductas y omisiones antes descritas. Es de la mayor importancia que la función pública sea cuidadosa en cumplir con los deberes legales a su cargo. Al reprocharse severamente su negligencia, se persigue un fin social y se colocan incentivos tendentes a proteger los derechos e intereses de todo ciudadano.

**2) Su situación económica.** Se considera que si bien el servidor público pudiera no tener una situación económica alta, ya que adolece de bienes inmuebles registrados a su favor –como se desprendería de los certificados negativos de propiedad emitidos por el Registrador Publico del Estado de Michoacán- lo mismo no acontece con el Poder Ejecutivo del Estado ya que cuenta con una **situación económica alta, deducida de los ingresos que percibe en la recaudación de impuestos y de las aportaciones federales que percibe.**

**Luego entonces, observando lo antes vertido y ante la falta de regulación en la legislación civil, bien puede seguirse el ejemplo de los baremos a que hago alusión en el primer párrafo de la presente conclusión, hasta en tanto el legislador emita reglas que permitan la cuantificación económica de la reparación del daño moral.**

## PARTE VI

### REFERENCIAS

#### BIBLIOGRAFÍA

##### LIBROS Y REVISTAS

Abraham, Kenneth, S. *The Forms and Functions of Tort Law*. 4<sup>a</sup> ed. New York: The Foundation Press, Inc., 1997. 285 p. ISBN-978-16-0930- 053-1.

Aguilar-Ross, Paloma, Herrera-Bravo, Ramón. *Derecho Romano y Derecho Canónico: Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*. Granada: Comares. 1994. 151 p. ISBN-978-84-8151-096-6.

Álvarez Vigaray, Rafael. “La responsabilidad por daño moral”. *Anuario de derecho civil*. 1966, vol. 19, n<sup>o</sup> 2, p. 98-110.

Avraham, Ronen. “Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change”. *Northwestern University School of Law: Law and Economics Research Paper Series*. 2006. n<sup>o</sup> 05-23, vol. 100, p. 87-120.

Amadeo-Murga, Antonio. J. *El valor de los daños en la responsabilidad civil*. 2<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch, L.S. 2012. 875 p. ISBN-978-05-7810- 620-5.

American Bar Association. *Extracontractual damages*. John R. Groves (ed.). Chicago: ABA, 1983. 219 p. ISBN-978-08-9707-083-6.

Arias Ramos, José y Arias Bonet, José A. *Derecho Romano*. 18<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, SA. 1988. 2260 p., 2 ts. ISBN- 978-84-7130-543-5.

Aubry, Charles [et al.]. *Droit civil français: Responsabilité délictuelle*. 8<sup>a</sup> ed., Paris: Librairies Techniques. 1989. vol. 6. 377 p. ISBN-978-27- 1110-883-1.

Bacache-Gibeili, Mireille. *Les obligations: la responsabilité civile extracontractuelle*. Larroumet, Christian (dir.). 2<sup>a</sup> ed. Paris: Economica, 2012. 968 p. t. V. ISBN-978-27-1786-137-2.

Baker, Gary Wm., Seck, Michael K. *Determining Economic Loss in Injury and Death Cases*. 2<sup>a</sup> ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters. 1993. 609 p. 5 vol. ISBN-978-00-7172-565-1.

Barrientos Zamorano, Marcelo. *El Resarcimiento por Daño Moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis. 2007. 573 p. ISBN-978-84- 9353-003-7

Barton, Denise. “The evolution of Punitive damage awards in Securities arbitration: Has the use of Punitive damages rendered the arbitration forum inequitable?”. *Tulane Law Review*. 1996. vol. 70, p. 1537-1568.

Batlé Vázquez, M. “La evaluación del daño en las personas”. Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1962, p 469 y ss., vol. II.

Berch, Jessica J. “The need for enforcement of U.S. punitive damages awards by the European Union”. *Minnesota Journal of International Law*. 2010. vol. 19, n<sup>o</sup> 1. p. 55-106.

Berg, Oliver. *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages: essai d'une théorie en droit français et allemand*. Bruxelles: Bruylant. 2006. 379 p. ISBN-2-8027-2137-2.

Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The Lawbook Exchange. Ltd. 2014. 808 p. ISBN-978-15-8477-142-5.

Berla, Edward P., Brookshire, Michael L., Smith, Stan V. “Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach”. *Journal of Forensic Economics*. 1989. vol. 3, n<sup>o</sup> 1. p. 1-8. ISSN-0898-5510.

Bessières-Roques, I. “Le préjudice spécifique de contamination: un nouveau préjudice?” *RFDC* 1993, p. 79.

Birks, Peter. “The concept of a civil wrong”. En: Owen, David G. *The Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press. 1997. 499 p. ISBN-978-01-9826-579-5.

Bohlen, Francis H. “Fifty Years of Torts”. *Harvard Law Review*. 1937. vol. 50, n<sup>o</sup> 8. p. 1225-1248.

Bonet Ramón, Francisco. *Perspectivas de la Responsabilidad Civil: Estudio de Derecho Comparado: discurso leído el 27 de octubre de 1975*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1975. 205 p.

Bonilini, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano, Italia: Giuffrè. 1983. 554 p.

Borkowski, Andrew. *Textbook on Roman Law*. USA: Oxford University Press. 2006. ISBN-978-01-9927-607-3.

Borrell Macia, Antonio. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. 2<sup>a</sup> ed. Barcelona: Bosch, 1958. 364 p.

Boskovic, Olivera. *La réparation du préjudice en droit international privé*. Paris: L.G.D.J. 2003. 384 p. ISBN-2-275-02418-2.

Bourrie-Quenillet, Martine. “Le préjudice sexuel: preuve, nature juridique et indemnisation”. *JCP.G*. 1996. vol. I, n<sup>o</sup> 3986.

Bravo Bosch, María José. “Algunas consideraciones en torno a la Lex Aquilia”. En Alfonso Murillo Villar, *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Ma. Reimundo Yanes*. Burgos: Universidad de Burgos. 2000. vol. I, p. 578. ISBN-978-84-9521-128-9.

Brun, Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. 3<sup>a</sup> ed. Paris: Lexis Nexis. 2014. 641 p. ISBN-978-27-1101-736-2.

Buckland, William Warwick y McNair, Arnold D. *Derecho Romano y “Common Law”*: una Comparación en Esbozo. Ignacio Cremades Ugarte (trad.). 2<sup>a</sup> ed. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho: Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Álvarez”. 1994. ISBN-978-84-8692-675-5.

Busnelli, Francesco D., Patti, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. 3<sup>a</sup> ed. Turín: Giappichelli. 2013. 408 p. ISBN-978-88-3482-821-2.

Busnelli, Francesco D., *Illecito Civile, Estratto Dall’aggiornamento I Della Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1991. p. 1-34 p. vol. XV.

Busto Lago, José M. *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editorial Tecnos. 1998. 429 p. ISBN-9788430931200.

Cabanellas De Torres, Guillermo. *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*. Buenos Aires: Heliasta. 2007. 1.016 p. ISBN-978- 950-885-092-8.

Calnan, Alan. *A Revisionist History of Tort Law: From Holmesian Realism to Neoclassical Rationalism*. North Carolina: Carolina Academic Press. 2005. 321 p. ISBN-978-08-9089-473-6.

Calfayan, Christian. *Essai sur la notion de préjudice: Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*. Paris: Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). 2007.

Capitant, Henri; Terré, François; Lequette, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Obligations, contrats spéciaux, suretés*. 11ª ed. Paris: Dalloz. 2000. t. 2. 675 p. ISBN-2247040993.

Carbonnier, Jean. *Droit civil: Les obligations*. 16ª ed. Presses Universitaires de France (ed.). Paris: Thémis. 1957. 284 p.

Carval, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J. 1995. 418 p. ISBN-978-22-7500-323-8.

Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus. 1952. t. II. 72 p. ISBN-978-84-2900-486-1.

*Derecho civil español común y foral. Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. 10ª ed. Madrid: Reus. 1968. 908 p. ASIN: B00B4TSKW6.

Cattaneo, Giovanni. *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*. Italia. 2003.

Cavanillas Múgica, Santiago. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi. 1987. 166 p. ISBN- 978-84-7016-395-1.

Cedeño Jiménez, Víctor Livio. *La responsabilidad civil extracontractual en derecho francés y derecho dominicano*. Santo Domingo: Centenario, 2000. 99 p. ISBN-978-99-3402-909-0.

Cervilla Garzón, María D. “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”. *Actualidad Civil*. 2003. vol. 40, p. 1075- 1090.

*Civil Jury Trials in State and Federal Courts, Civil Action*, National Center for State Courts, vol. 6, nº 1, Summer 2007.

Code Civil. Paris: Dalloz. 1996. 1.723 p. ISBN-2-247-02071-2.

Coing, Helmut. *Derecho privado europeo*. Pérez Martín, Antonio (trad.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 1996. 2 vols. ISBN-978-84- 8716-181-2.

Concepción Rodríguez, José L. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch. 1999. 488 p. ISBN-978-84-7676-613-2.

Congreso de los Diputados. (n.d.). *Constitución Española*. [consulta: 1 de abril de 2013]. Disponible en: [www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2)

Conseil De L'Europe, Comité Des Ministres. 14 de marzo de 1975. *Conseil de l'Europe*. [consulta: 7 de julio de 2014]. Disponible en:

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1390297&SecMode=1&DocId=651102&Usage=2>

Cousy, Herman y Droshout, Dimitri. "Non-Pecuniary Loss Under Belgian Law". *Tort and Insurance Law*. W. Horton Rogers y H. Koziol (eds.) Austria: Springer Wien New York. 2001. 318 p. ISBN-3-211-82602-0.

Crespi, Alberto, Stella, Federico, Zuccala, Giuseppe. *Comentario breve al Código Penal*. Padua: Cedam. 1992. 1.878 p. ISBN-13: 978-88-1317-07-3.

Cursi, M. Floriana. "What did *occidere iniuria* in the *lex Aquilia* actually mean?". *Modern Legal Tradition*. 2011. vol. 7. p. 16-29. ISSN-1943-6483.

Daniels, Stephen y Martin, Joanne. "Myth and reality in punitive damages". *Minnesota Law Review*. 1990-91. vol. 75, n<sup>o</sup> 1.

De Ángel Yáñez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: S.L. Civitas. 1993. 1.104 p. ISBN-978-84-4700-152-1.

De Castro y Bravo, Federico. "La indemnización por causa de muerte". *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1956. vol. 9, n<sup>o</sup> 2, p. 449-504. ISSN-0210-301X.

"Los llamados derechos de la personalidad: dos estudios provisionales". *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1959. vol. 12, p. 1237-1276. ISSN-0210-301X.

De Cupis, Adriano. *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. 2<sup>a</sup> ed. Barcelona: Editorial Bosch. 1975. 854 p. ISBN-13: 978-84-7162-664-6.

I Fatti Illeciti. *Trattato di diritto civile*. Giuseppe Grosso y Francesco Santoro-Passarelli (ed.). Milán: Vallardi. 1970. 127 p. vol. 4, fasc. 4.

DeGravelles, John W. y DeGravelles, J. Neale. "Louisiana Punitive Damages- A Conflict of Traditions". *Louisiana Law Review*. 2010. vol. 70, n<sup>o</sup> 2. [consulta: 23 de septiembre de 2014]. Disponible en: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6320&context=lalrev>

Descamps, Olivier. *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*. Paris: LGDJ Montchrestien. 2005. 562 p. ISBN-2-275-02608-8.

Di Pietro, Alfredo y Lapiezza Ellí, Ángel Enrique. *Manual de Derecho Romano*. 4<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985. ISBN-13-978-95-0202-057-0.

Diamond, John L. *Cases and Materials on Torts*. 2<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: West, 2008. 813 p. ISBN-978-03-1415-410-1.

Díaz Bautista, Antonio y Díaz-Bautista Cremades, Adolfo. *El Derecho romano como introducción al Derecho*. Murcia: DM Librero. 2010. 304 p. ISBN-978-84-8425-838-4.

Díaz Pairó, Antonio. *Teoría general de las obligaciones*. 2ª ed. La Habana: Temis. 1945. vol. II, p. 54.

Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño Moral*. Navarra: Thomson Civitas. 2008. 102 p. ISBN-978-84-4703-059-0.

*Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 2000. 367 p. ISBN-978-84-4701-269-5.

*Fundamentos del Derecho Civi Patrimonial*. Navarra: Thomson Reuter Civitas. 2011. vol. V. ISBN-978-84-4704-176-3.

Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 8ª ed. Madrid: Editorial Tecnos. 2000. v. II. 336 p. ISBN-978-84-3095-497-1.

Díez-Picazo Giménez, Gema. *El Desbordamiento del Derecho de Daños: jurisprudencia reciente*. Navarra: Cizur Menor: Civitas: Thomson- Reuters. 2009. 380 p. ISBN-978-84-4703-187-0.

*Digesto, Discipline Privatistiche Sezione Civile*. 4ª ed. 2012. 1.124 p. ISBN-978-88-5980-709-4.

Dobbs, Dan B. *The law of torts*. Saint Paul, MN: West Academic Publishing. 2000. ISBN-978-03-1421-187-3.

*Laws of remedies*. 2ª ed. St. Paul, MN: West Publishing Co. 1993. ISBN-978-03-1401-123-7.

Domingo Oslé, Rafael [et al.]. *Textos de Derecho Romano*. Pamplona: Aranzadi. 2002. 557 p. ISBN-978-84-7016-911-3.

Duncan, Meredith J. y Turner, Ronald. *Torts: A Contemporary Approach*. Saint Paul, MN: West Thomson Reuters. 2010. 1.015 p. ISBN-978-03-1419-114-4.

D'Ors, J. Álvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA. 1992. 165 p. ISBN-978-84-3130-402-2.

Eisenberg, Theodore; Goerd, John; Ostrom, Brian; Rottman, David; Wells, Martin. *The predictability of punitive damages*. J. of L. Stud., 1997. Vol. XXVI.

*Enciclopedia del Diritto*. Umberto Breccia [et al.] (dir.). Italia: Giuffrè. 2013. 1.114 p. vol. XI. ISBN-978-88-1418-613-4.

Escrache, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Juan B. Guim (ed.). Bogotá: Temis. 1998. vol. 1. 948 p. ISBN-958-350-057-7.

Esmein, Paul. *La commercialisation du dommage moral*. Paris: Dalloz Chronique. 1954.

Espitia Garzón, F. *Historia del Derecho Romano*. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2012. 830 p. ISBN-978-95-8710-825-5.

Ewald, François, [et al.]. *Les limites de la réparation du préjudice*. Paris: Dalloz. 2009. 453 p. ISBN-978-22-4707-892-9.

Femenía López, Pedro J. *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. 225 p. ISBN-978-84-9876-910-4.

Fernández Barreiro, Alejandrino, Patricio Serrano, Javier. *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. 8<sup>a</sup> Ed. Madrid: Marcial Pons. 2011. 451 p. ISBN-978-84-9768-856-7.

Fernández De Buján, Antonio. *Historia del Derecho Romano*. Navarra: Thomson Reuters; Civitas. 2012. 198 p. ISBN: 978-84-4703-919-7.

Fernández Prieto, Marta. *La Difamación en el Derecho Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2002. 485 p. ISBN-978-84-8442-574-8.

Figley, Paul F. "Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor". *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*. 2009. Spring/Summer, vol. 44. p. 1105-1138.

Fischer, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Wenceslao Roces (trad.). Madrid: Victoriano Suárez. 1928. Vol. 5, 314 p. ISBN-978-95-8690-921-1.

Forchielli, Paolo y Villani Alberto. *Responsabilità Civile*. Padova: CEDAM. 1968. v. I. 158 p. ISBN-978-88-1315-375-5.

Fuenteseca, Margarita. *El Delito Civil en Roma y en el Derecho Español*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. 400 p. ISBN-978-84-8002-417-4.

Galand-Carval, Suzanne. "Non-Pecuniary Loss Under French Law". *Tort and Insurance Law*. W. Horton Rogers y H. Koziol (eds.) Austria: Springer Wien New York. 2001. 318 p. ISBN-3-211-82602-0.

García-Blázquez Pérez, Manuel y García-Blázquez Pérez, Cristina M. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. 20<sup>a</sup> ed. Granada: Editorial Comares, S.L. 2013. 387 p. ISBN-978-84-9045-088-8.

García y García, Antonio. *En el Entorno del Derecho Común*. Madrid: Dykinson.

1990. 256 p. ISBN-978-84-8155-492-2.

García Garrido, Manuel J. *Derecho Privado Romano: casos, acciones, instituciones*. Madrid: Ediciones Académicas SA. 2004. 718 p. ISBN- 978-84-9606-232-5.

García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch. 1990. 370 p. ISBN-978-84-7698- 142-9.

García Serrano, Francisco. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*. Madrid: Anuario de Derecho Civil. 1972.

Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 10<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters. 2014. 2016 p. ISBN-978-03-1461-300-4.

*Black's Law Dictionary*. 7<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 1999. 1738 p. ISBN-978-03-1422-864-2.

Giménez-Candela, Teresa. *Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. 552 p. ISBN-978-84-8002-940-7.

Glendon, Mary. A., Carozza, Paolo G., y Picker, Colin B. *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. 3<sup>a</sup> ed. Minesota: Thomson West. 2007. 366 p. ISBN-978-03-1418-428-3.

Goldberg, John. C., Zipursky, Benjamin, C. *Torts*. 2<sup>a</sup> ed. New York: Oxford University Press. 2010. 410 p. ISBN-978-07-3556-560-9.

Gómez Orbaneja, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch. 1951. v. II. 640 p. ISBN-978-84-7162- 453-6.

Gómez Pomar, Fernando. "Hacer pagar al mensajero". *Revista para el Análisis del Derecho*. 2003. n<sup>o</sup> 1. ISSN-e 1698-739X.

González Tejera, Efraín. *Derecho Sucesorio Puertorriqueño*. San Juan: Ed. Ramallo. 1983. v.I.

Goodheart, A.L. "The foundation of Tortious Liability". *The Modern Law Review*. Junio 1938. vol. 2, n<sup>o</sup> 1, p. 1-13.

Goodin, Robert. "Theories of compensation". *Oxford Journal of Legal Studies*. 1989. vol. IX, n<sup>o</sup> 1, p. 60. ISSN-0143-6503.

Greene, Edie, Bornstein, Brian H., "Precious Little Guidance: Jury Instructions on

Damage Awards”, 6 *Public Policy and Law*, 743, 2000.

*Determining Damages: The Psychology of Jury Awards*. American Psychological Association, 2003. 238 p. ISBN-978-15-5798-974-1.

Groutel, Hubert. “Les facettes de l’autonomie du préjudice sexuel. *Responsabilité civile et assurances*. Marzo 1993. ISSN: 0995-208X.

Gutiérrez-Alviz, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. 4<sup>a</sup> ed. Madrid: Reus. 1995. 731 p. ISBN-978-84-2901-239-2.

Guzmán Brito, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. 2<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2006. 268 p. ISBN-956-10-1665-6.

*Derecho privado romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1996. 2 tomos. 1.737 p. ISBN-956-10-1127-1.

Hall, Kermit L. *Tort law in American history: major historical interpretations*. New York: Garland Publisher, 1987. 598 p. ISBN-978- 08-2400-148-3.

Henderson, James, A. Jr.; Pearson, Richard, N.; Siliciano, John A. *The Torts Process*. 6<sup>a</sup> ed. New York: Aspen Publishers. 2003. 869 p. ISBN- 978-07-3552-709-6.

Hernández-Gil, Antonio. “El problema de la patrimonialidad de la prestación”. *Rev. Der. Priv.* 1960, p. 272-278.

Herrador Guardia, Mariano J. *Derecho de Daños 2013*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. 2013. 992 p. ISBN-978-84-9014-115-1.

Hoya Coromina, José. “La valoración del daño corporal”. En J. A. Moreno Martínez, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*. Madrid: Dikynson. 2000. p. 253-296. ISBN-978-84-8155-705-6.

Ibbetson, David. "How the Romans did for us: Ancient Rots of the Tort of Negligence". *UNSW Law Journal*. vol. 26, n<sup>o</sup> 2, p. 475-514. 2003. ISSN-1943-6483.

Ihering, R. Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons. 2005. 324 p. ISBN-978-84-9768-207-7.

Irizarry Yunque, Carlos J. *Responsabilidad civil extracontractual: un estudio basado en las Decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico*. San Juan: Universidad Interamericana de Puerto Rico. 1996. 623 p. ISBN-978-18-8171-102-5

Izquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson. 2000. 548 p. ISBN-978-84- 8155-725-1.

Jaramillo Vélez, Lucrecio. *Derecho Romano*. 9<sup>a</sup> ed. Medellín: Señal Editora. 1991. 299 p. ISBN-958-9100-20-1.

Johnson, Vincent R. *Mastering Torts*. 5<sup>a</sup> ed. North Carolina: Carolina Academic Press. 2013. 374 p. ISBN-978-16-1163-172-2.

Jolowicz, Herbert. *Roman Foundations of Modern Law*. Oxford: Oxford University Press. 1957. 238 p. ISBN-978-01-9825-119-4.

Jolowicz, Herbert [et al.]. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. 3<sup>a</sup> ed. Oxford: Cambridge University Press. 1972. 622 p. ISBN- 978-05-2108-253-2.

Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. 2<sup>a</sup> ed. L. Prieto Castro (trad.). Barcelona: Editorial Labor. 1965. 559 p.

Josserand, Louis. *Cours de Droit Civil Positif française*. Paris: Sirey. 1930. vol. II.

*La personne humaine dans le commerce juridique*: D.H. 1932, chr. 1. Kagehiro, Dorothy K. y Minick, Robert D. "How Juries Determine Damages Awards". *For the Defense*. Julio 2002. Vol. 44, n<sup>o</sup> 7.

Kaser, Max. *Derecho Romano Privado*. José Santa Cruz Teijeiro (trad.). Madrid: Reus. 1998. 421 p. ISBN-978-84-2901-162-3.

*Roman Private Law*. Rolf Dannenbring (trad.). 4<sup>a</sup> ed. Londres: Unisa Press. 1993. 472 p. ISBN-978-08-6981-316-4.

Kemelmajer De Carlucci, Aída. "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el Derecho argentino?". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. 1993. n<sup>o</sup> 31.

Kircher, John J.; Wiseman, Christine M. *Punitive Damages: Law and Practice*. 2<sup>a</sup> ed. Saint Paul, MN: West. 2012.

Knütel, Rolf. "Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America". *Tulane Law Review*. New Orleans. 1996. vol. 70.

Kritzer, Herbert M. y Zemans, Frances Kahn. "The shadow of punitives: an unsuccessful effort to bring it into view". *Wisconsin Law Review*. 1998.

Kritzer, Herbert M., Guangya, Liu y Vidmar, Neil. *An Exploration of "Non-Economic" Damages in Civil Jury Awards*. 2013. University of Minnesota Law School.

Kutner, Peter B., Reynolds, Osborne M. *Advanced Torts Cases and Materials*. 3<sup>a</sup>

La Cruz Berdejo, José L. *Derecho de Obligaciones*. 4<sup>a</sup> ed. Barcelona. 1985. vol. 1. 476 p. ISBN-978-84-9849-968-1.

Lalou, Henri. *La Responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques*. 2<sup>a</sup> ed. Paris: Dalloz. 1932.

Lambert-Faivre, Yvonne. “L’indemnisation des victimes post- transfusionnelles du sida, hier, aujourd’hui et demain”. *RTD Civ*. 1993. p. 1-32.

Langbein, John H.; Lettow Lerner, Renee y Smith, Bruce P. *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York: Aspen. 2009. 1184 p. ISBN-978-07-3556-290-5.

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Revista de Derecho Privado (ed.), Santos Briz (trad.). 1958. vol. I.

Lasarte Álvarez, Carlos. *Principios de derecho civil*. Editorial Trivium. 1992. 509 p. t. I. ISBN-978-84-7855-859-4.

Laycock, Douglas. *Modern American Remedies: Cases and Materials*. 3<sup>a</sup> ed. New York: Aspen. 2002. 1.200 p. ISBN-978-07-3552-469-9.

Le Goff, Jacques. *La civilización del occidente medieval*. J. de C. Serra Ráfols (trad.). 1969. Barcelona: Juventud. 750 p. Le Tourneau, Philippe. *Droit de la responsabilité: responsabilité civile et pénale, responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles, défaillances contractuelles et professionnelles, régimes spéciaux d'indemnisation*. Paris: Dalloz, 1996. 938 p. ISBN-978-22-4702-208-3.

Le Tourneau, Philippe, Cadiet, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz. 2000. 1.420 p. ISBN-978-22-4704-033-9.

Lee, R.W. “Torts and Delicts”. *Yale Law Journal*. 1918. p. 721-730. vol. 27, n<sup>o</sup> 6.

Levasseur, Alain A. *Droit des États-Unis*. Paris: Dalloz. 1994. 493 p. ISBN-978-22-4701-733-1.

López Monroy, José. *Sistema Jurídico del Common Law*. Méjico: S.A. Editorial Porrúa. 1999. 284 p. ISBN-978-97-0071-618-3.

Mommsen, T. *Derecho Penal Romano*. P. Dorado (trad.). Bogotá, Colombia: Temis, S.A. 1999. 502 p. ISBN-978-84-9528-310-8.

Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código civil español*. Francisco

Bonet Ramón (ed.). Madrid: Reus. 1956. 863 p. ISBN-978- 84-2901-085-5.

Marcos Oyarzun, Francisco Javier. *Reparación interal del daño moral*. Barcelona: Bayer Hermanos y Compañía, S.A., 2002. 236 p. ISBN- 978-84-7028-322-2.

Marín García de Leonardo, Teresa. “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”. En C. J. Beamonte, *Daños en el Derecho de Familia*. Valencia: Aranzadi. 2006.

Martín Casals, Miquel. *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982*. Centenario del Código Civil. España: Editorial Ramón Areces. 1990. p. 1256 y ss. t. II.

“El Daño Moral”. S. Cámara (ed.). *Derecho Privado Europeo*. 2003. p. 857-881. ISBN-978-84-7879-778-3.

Martín, Elizabeth A. *A Dictionary of Law*. 7<sup>a</sup> ed. Oxford University Press. 2013. 624 p. ISBN-978-01-9966-986-8.

Martínez Espín, Pascual. *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, S.A., 1996. 197 p. ISBN-978- 84-3092-940-1.

*El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, S.A. 1996. 197 p.

Martínez Sarrión, Ángel. “La evolución del derecho de daños”. En Derecho de Daños, Luis Ribó Durán (coord.). Barcelona: Bosch. 1992. 154 p. ISBN-978-84-7676-225-7.

*Las Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa*. Barcelona: Bosch. 1993. 549 p. ISBN-978-84-7676-218-9.

Marty, Gabriel; Raynaud, Pierre. *Les Obligations*. 2<sup>a</sup> ed. París: Sirey. 1988. 2 vols, 826 p. ISBN-978-22-4802-572-4.

Mazeaud, Henri. *Leçons de droit civil*. París: Montchrestien, 1955.

Mazeaud, Henri y León; Tunc, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Alcalá-Zamora y Castillo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1996.

*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*. 4<sup>a</sup> ed. París: Recueil Sirey. 1957.

*Lecciones de Derecho Civil*. Luis Alcalá-Zamora y Castillo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1965. Caps. III y IV, Título I, Libro I.

Mehesz, Kornel Z. *El Pretor y la Jurisprudencia Pretoriana*. Asunción: Bibliográfica Jurídica Paraguay S.R.L. 1998. ISBN-978-99-9258-064-6.

Mellenec, Louis. "Le préjudice sexuel". *Gazette du Palais*. Novembre, 1977.

Miquel, Joan. *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: PPU. 1987. 430 p. ISBN-978-84-7665-157-5.

Mize, Gregory E. [et al.]. "State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts: A Compendium Report", *National Center for State Courts*. 2007. 88 p.

Mommsen, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. P. Dorado (trad.). Bogotá: Temis. 1999. 670 p. ISBN-978-84-8272-504-1.

Morris, Clarence. "Punitive damages in tort cases". *Harvard Law Review*. Junio 1931. vol. XLIV, n<sup>o</sup> 8. p. 1174.

Naveira Zarra, Maita M. *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Madrid: Editorial REUS. 2006. 363 p. ISBN- 978-84-6937-152-7.

Ortiz Ricol, Gregorio. "Los daños morales". *Revista de Derecho Español y Americano*. vol. III, n<sup>o</sup> 12, p. 141-160. 1958.

Ortolán, M. *Instituciones de Justiniano*. Pérez Rivas, Melquiades (trad.). Buenos Aires: Heliasta. 2005. 299 p. ISBN-978-95-0885-066-3.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. G. C. Cuevas (ed.). Argentina: Editorial Heliasta. 1999. ISBN-978-95- 0885-054-6.

Pacchioni, G. "Del risarcimento dei danni morali". *Riv. Dir. Civ., II*, 240. 1911.

Pascual Estevill, Luis. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch. 1995. vol. I. 1.150 p. ISBN-978-84-7676-321-2.

Paschalidis, Paschalis. "What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?" *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*. 2008. n<sup>o</sup> 55, p. 321-363. ISSN-0556-7939.

Pérez Ontiveros Baquero, Carmen. *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Navarra: Aranzadi, S.A. 2006. 215 p. ISBN-9788497676878.

Perrau, Étienne. E. Les droits de la personnalité. *Revue trimestrielle de droit civil*. 1909. vol. 8, p. 501-536.

Pintos Ager, Jesús. *Baremos, seguros y derecho de daños*. Madrid: S.L. Cívitas. 2000. 528 p. ISBN-978-84-4701-395-1.

Peterson, Mark, Sarma Syam y Shanley Michael. *Punitive damages: Empirical Findings*. California: Institute for Civil Justice, Rand Corporation. 1987. 68 p. ISBN-978-08-3300-792-6.

Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. California: Anaya Editores, S.A. 2010. ISBN-978-96-8453-314-1.

Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1949. 1.316 p. vol. 744.

Poser, Susan; Bornstein, Brian, H.; McGorty, Erinn Kieman. "Measuring Damages for Lost of Enjoyment of Life: The View from the Bench and the Jury Box". *Law and Human Behavior*. 2003. vol. 27, no. 1.

Prosser, William Lloyd; Keeton, Page. *Prosser y Keeton on The Law of Torts*. 5<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: West Publishing Co. 1984. 1.286 p. ISBN- 978-03-1474-880-5.

Puig Brutau, José. *Fundamentos de derecho civil*. Barcelona. 1983. t. II. ISBN-978-84-7162-005-7.

Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho romano para latinoamérica*. Quito: Cevallos. 2006. 603 p. ISBN-978-99-7899-139-5.

Ramacci, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*. 2<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli. 1992. 414 p. ISBN-978-88-3480-482-7.

*Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*. Dintilhac, Jean-Pierre (dir.). Francia: Ministère de la Justice. Mars 2006. 64 p.

Real Academia Española. (n.d.). *Real Academia Española*. [consulta: 1 de febrero de 2012]. Disponible en: <http://www.rae.es>

*Report of the Commission on the Evaluation of Pain*, Social Security Bulletin, January 1987, vol. 50, n<sup>o</sup> 1.

Ripert, Georges. *Le prix de la douleur*: D. 1948, chron. 1. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J. 1949. 421 p.

Roca Trías, Encarna. *Derecho de Daños: Textos y Materiales*. 5<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003. 388 p. ISBN-978-84-8442-904-3.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española*. [consulta: 1 de abril de 2013]. Disponible en: VLEX: <http://vlex.com/vid/articulo-15- derecho-vida-331377>.

Rogel Vide, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*. Madrid: Editorial Civitas. 1977. ISBN-978-84-7398-048-4.

Roig Torres, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. ISBN-978-84-9876-843-5.

Rotondi, Mario. *Instituciones de derecho privado*. 6<sup>a</sup> ed. Francisco F. Villavicencio (trad.). Barcelona: Editorial Labor, S.A., 1953.

Ruiz Vadillo, Enrique. *Comentarios a la legislación penal*. Madrid: Edersa. 1985. t. V, v. 1.

Rustard, Michael, Koenig, Thomas. "The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers". *American University Law Review*. 1993. vol. 42, n<sup>o</sup> 4.

Santa Cruz Teijeiro, José. *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1946. 616 p.

Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*. 2<sup>a</sup> ed. Madrid: Montecorvo, S.A. 1977. 865 p. "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales". *Revista Derecho Privado*, XXIV. 1984. 794 p. ISBN-978-84-7130-450-6. *La responsabilidad civil*. 7<sup>a</sup> ed. Madrid: Montecorvo, S.A. 1993. Vol. I. 1.221 p. ISBN-978-84-7111-323-8. Comentario al art. 1.106 del Código Civil. In I. Sierra Gil De La Cuesta (coord.). *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch. 2006. vol. VI, p. 184.

Savatier, René. *Traité de la responsabilité civile*. 2<sup>a</sup> ed. Paris: LGDJ. 1951. vol. I. 572 p.

Savigny, M.F.C. *Sistema del Derecho Romano Actual*. M. C. Guenoux [et al.] (trad.) Granada: Comares, S.L. 2005. 1882 p. ISBN-978-84-8444-932-4.

Schulz, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Santa Cruz Teijeiro, José (trad.). Barcelona: Bosch. 1960. 620 p. ISBN-978-84-7162-197-9.

Schwartz, Gary. "Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?" *UCLA Law Review*. 1994. vol. 42. p. 377- 444. ISSN-0041-5650.

"The Character of Early American Tort Law". *UCLA Law Review*. 1989. vol. 36. p. 641-718. ISSN-0041-5650.

Scognamiglio, Renato. *El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual*. F. Hinestrosa (trad.). Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 1962.

“Il danno morale mezzo secolo dopo”. *Rivista di diritto civile*. p. 292- 296. n<sup>o</sup> 5, vol. 1. ISSN: 0035-6093.

Segura Munguía, Santiago. *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las Voces Derivadas*. 4<sup>a</sup> ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2001. 1288 p. ISBN-978-84-7485-754-2.

Serafini, Filippo. *Instituciones de Derecho romano*. Giammichele, Hércules (ed.). Trías, Juan de Dios (trad.). Bilbao: Espasa-Calpe, S.A. 1927. 2 vol.

Shapo, Marshall. *Principles of Tort Law*. 2<sup>a</sup> ed. St. Paul, MN: West Group. Vols. 2-12. 2003. 474 p. ISBN-978-03-1425-850-2.

Sierra Gil De La Cuesta, Ignacio. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Barcelona: Bosch. 2008. vol. I. 142 p. ISBN-978-84-9790-383-7.

Smith, Jeremiah. “Torts without particular names”. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*. 1921. p. 91. vol. 69, n<sup>o</sup> 2. ISSN: 07499833.

Speiser, Stuart M., Krause, Charles, F., Gans, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul, MN: Thomson Reuters. 2014. vol. 2. ISBN-978- 03-1466-212-5.

Starck, Boris. *Droit civil: Obligations*. 2<sup>a</sup> ed. Paris: Litec. 1985. vol I. ISBN-978-27-1110-616-5.

Torrent Ruiz, Armando. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer, S.L. 2005. ISBN-978-84-9626-146-4.

Toulemon, André, and Jean Moore. *Le préjudice corporel et moral en droit commun*. 3<sup>a</sup> ed. París: Recueil Sirey. 1968. 257 p.

*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*. París: Recueil Sirey. 1898.

*Tratado de Responsabilidad Civil*. Reglero Campos, Luis F. (coord.). 3<sup>a</sup> ed. Navarra: Thomson Aranzadi. 2007. 2.271 p. ISBN-84-9767-636-X.

United States Department of Justice. *Jurisdictional Limits on Damages in FTCA Cases*. United States Attorney’s Bulletin. 2011. vol. 59, n<sup>o</sup> 1.

Vázquez Bote, Eduardo. *Derecho Civil de Puerto Rico*. San Juan: FAS, Ediciones Jurídicas. 1972.

Vetri, Dominick [et al.]. *Tort Law and Practice*. 2<sup>a</sup> ed. Newark: LexisNexis, 2002.

Vicente Domingo, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: J.M. Bosch. 1994. ISBN-978-84-7698-271-2. El Daño. En Luis Fernando Reglero Campos (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. 4<sup>a</sup> ed. Pamplona: Aranzadi. 2008. vol. 1. p. 301-443. ISBN-978-84-8355-860-7.

Viney, Geneviève; Jourdain, Patrice. *Traité de Droit Civile: Les conditions de la responsabilité*. 2<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J. 1998. 1.226 p. ISBN-978- 22-7500-176-0.

Viney, Geneviève; Ghestin, Jacques. *Traité de Droit Civile: Introduction à la responsabilité*. 2<sup>a</sup> ed. Paris: L.G.D.J. 1995. 471 p. ISBN-978-22- 7500-598-0.

Von Bar, Christian. *The common european law of torts*. Oxford: Clarendon Press. 1998. t. 2, 800 p. ISBN-978-01-9829-839-7.

Weill, Alex y Terré, François. *Droit civil: les obligations*. 4<sup>a</sup> ed. París: Dalloz. 1986. 1069 p. ISBN-978-22-4700-607-6.

White, G. Eduard. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford University Press. 1980. 424 p. ISBN-978-01-9513-965-5.

Wolfgang, Kunkel. *Historia del Derecho Romano*. Miquel, Juan (trad.). Barcelona: Ariel Derecho. 1984. 256 p. ISBN-978-84-3440-108-2.

Worth Matravers, P. *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*. Fairgrieve, Duncan (ed.). Londres: British Institute of International and Comparative Law. 2007. 517 p. ISBN- 978-19-0522-101-1.

Wright, Cecil A. "Introduction to the Law of Torts". *The Cambridge Law Journal*. 1944. vol. 8, n<sup>o</sup> 3. p. 238-246.

Wright, Richard W. *Right Justice and Tort Law: Moral Foundations of the law of Torts*. Oxford University Press. 1995.

Yzquierdo Tolsada, Mariano. El perturbador artículo 1092 del Código Civil: cien años de errores. En E. C. Areces (ed.). *Libro conmemorativo del centenario del Código Civil*. Madrid. 1990. 25 p. "La responsabilidad civil en los últimos proyectos del Código penal (en especial, el de 1994): más de lo mismo". *INIURIA, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. núm. 6. 35 p. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson. 2009. 548 p. ISBN-978-84-8155-725-1.

Zeno Zencovich, Vincenzo. "Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura". *Riv. Dir. Comm.* 1986, II, p. 213.

Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press. 1996. 1312 p. ISBN-978-01-9876-426-7.

## LEGISLACIÓN

### 1. Instrumentos Internacionales

Naciones Unidas  
Unión Europea

### 2. Legislación Nacional

#### a) España.

Código Civil de España, Código Penal de España, Constitución de España, Ley 22/2011, de 11 de noviembre, Ley de Propiedad Intelectual Ley 22/1994, de 6 de julio, Ley de Productos Defectuosos. Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM). Ley de las Siete Partidas, Partida Núm. VII, Ley XXI, Título IX Ley de las Siete Partidas, Partida V, Título VI, Ley II. Ley de las Siete Partidas, Partida VII, Ley XV, Título I Ley de las Siete Partidas, Partida VII, Título XV. Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro Duodécimo, Título XXV. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

#### b) Estados Unidos de América.

Conn. Practice Series §6.11 28.- SC 1988 § 1346(b) (1) Ariz. Rev. Stat. Ann. §25-341. Código Civil de California §43.5 Colo. Rev. Stat. §13-20-202 Conn. Gen. Stat. §42-110g (a) Conn. Gen. Stat. Ann. §52-572b, Constitución de los Estados Unidos de América Federal Tort Claims Act de 1982, 28 USC 1988 1346. N.H. Rev. Stat. Ann. §507:16 Restatement (Second) of Torts §686 Restatement (Second) of Torts §901 Restatement (Second) of Torts §905 Restatement (Second) of Torts §907 Restatement (Second) of Torts §908 Restatement (Second) of Torts §912 Restatement (Second) of Torts, §328D *Restatement* §652B- *Restatement* §652D

#### c) Francia

Código Civil de Francia, Código de Procedimiento Criminal de Francia, Código Penal de Francia, Ley de Libertad de Expresión. Ley Núm. 2012-1404, de 17 de diciembre, del Código de Seguridad Social. Ley Núm. 75/617 de 1975 de 11 de julio, Ley de Reforma del Divorcio. Ley Núm. 85/677, de 5 de julio de 1985, Art. 31, Ley Badinter Ley Núm. 85/1353 de 17 de diciembre de 1985, del Código de Seguridad Social. Ley Núm.

91/1406, de 31 de diciembre de 1991, del Código de Seguridad Social. Ley Núm. 94/653, de 29 de julio, Ley Bioética sobre el Respeto al Cuerpo Humano.

**d) Italia**

Código Civil de Italia, Código de Procedimiento Penal de Italia, Código Penal de Italia, Constitución de Italia, Art. 29 Ley 151/1975 de 19 de mayo.

**e) México**

Código Civil Federal, Código Civil para el Estado Michoacán, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán.

**f)**

**Otras Legislaciones.**

Código Civil de Portugal, Art. 1792 Código Civil de Portugal, Art. 1781  
Legislación Antigua.

Constitución Criminalis Carolina, en sus artículos XX y XXI Ulpiano: Ulp. D

1, 1, 10,1

## JURISPRUDENCIA

### España

APA de 27 de marzo (JUR 2003, 231405) APM de 15 de febrero, (JUR 2002, 115145) SAPM de 10 de julio de 2007 (AC 2007, 1899) STC de 2 de diciembre de 1988 (1988, 231) STS de 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 52932) STS de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015, 47662) STS de 23 de febrero de 2015 (JUR 2015, 393) STS de 25 de febrero de 2015 (JUR 2015, 73935) STS de 26 de febrero de 2015 (JUR 2015, 88226) STS de 22 de junio de 1967 (RJ 1967, 2996) STS de 10 de enero de 1979 (RJ 1979, 18) STS de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 674) STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014, 3578) STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8055) STS de 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 2406) STS de 11 de marzo de 1889 STS de 11 de marzo de 1928 STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871) STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9811) STS de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7987) STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 4770) STS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993) STS de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919) STS de 14 de diciembre de 1917 STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970) STS de 14 de junio de 1978 (RJ 1978, 2239) STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) STS de 15 de febrero de 2013 (AC 2013, 2036) STS de 15 de junio de 2001 (RJ 2001, 6558) STS de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 933) STS de 16 de junio de 1994 (AC 1994, 994) STS de 16 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3160) STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7675) STS de 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 5801) STS de 17 de julio de 2002 (RJ 2002, 6252) STS de 18 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7862) STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7682) STS de 19 de mayo de 1934 STS de 2 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1003) STS de 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590) STS de 2 de marzo de 2001 (RJ 2002, 237) STS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2005, 2641) STS de 22 abril 1983 STS de 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3690) STS de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399) STS de 22 febrero 1959 STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10935) STS de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 720) STS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372) STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792) STS de 24 de mayo de 1947 STS de 25 de junio de 1945 STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4349) STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6826) STS de 26 de febrero de 1984 zTS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169) STS de 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013) STS de 26 de marzo (RJ 2257, 1997) STS de 26 de marzo de 1997, RJ (280, 1997) STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5901) STS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8094) STS de 27 de enero de 1998, RJ (1998, 551) STS de 27 de febrero de 1991, RJ (1991, 2441) STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394) STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1322) STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) STS de 27 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1497) STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161) STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161) STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1830) STS de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5212) STS de 28 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6681) STS de 28 febrero 1964 STS de 28 noviembre 1983, (RJ 1983, 6681). STS de 29 de abril de 1994, RJ (1994, 2979) STS

de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 1230) STS de 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 5018) STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914) STS de 3 de abril de 2000 (AC 2000, 1596) STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 582) STS de 3 de enero de 2001 (RJ 2001, 14) STS de 3 de junio de 1942 STS de 3 de marzo de 1978 (RJ 1978, 759) STS de 3 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3890) STS de 3 de noviembre (RJ 1995, 8353) STS de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587) STS de 30 de diciembre de 1996, RJ (1996, 9511) STS de 30 de enero de 1990, (RJ 1990, 74) STS de 30 de julio de 2008 (RJ 2008, 4640) STS de 30 de mayo de 1988 (RJ 1998, 4111) STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514) STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514) STS de 31 de marzo de 1930 STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431) STS de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8703) STS de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3953) STS de 4 de junio de 2014 (RJ 2014, 4509) STS de 4 de noviembre de 2003, RJ (2003, 1008) STS de 5 de abril de 1994, RJ (1994, 2938) STS de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971) STS de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971) STS de 5 de noviembre de 1998, (RJ 1998, 8404). STS de 6 de diciembre de 1882 STS de 6 de diciembre de 1912 STS de 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3171) STS de 7 de mayo de 1987, (RJ 1987, 3022) STS de 7 de noviembre de 1919 STS de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9911) STS de 8 de abril de 1991 (72, 1991) STS de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956) STS de 9 de diciembre de 1949 STS de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988, 771) STS de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121) STS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1998, 1240) STS del 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919) STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275) STS del 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404)

### **Estados Unidos de América**

Abel v. Conover, 170 Neb. 926 (1960) Abrams v. City of Mattoon, 148 Ill.App.3d 657 (1986) Abuan v. General Electric Co., 3 F.3d 329 (9<sup>th</sup> Cir. 1993) Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie, 475 US 813 (1986) Alexander & Alexander, Inc. v. B. Dixon Evander & Associates, Inc., 596 A.2d 687 (1991) Allinger v. Kell, 302 N.W.2d 576 (1981) Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans, 413 So.2d 982 (La.Ct.App. 1982) Amerigraphics, Inc. v. Mercury As. Co., 182 Cal.App. 4<sup>th</sup> 1538 (Cal.Ct. App., 2010) Andrew Jackson Life Ins. Co. v. Williams, 566 So.2d 1172 (Miss.1990) Armstrong v. Brookdale University Hospital and Medical Center, 425 F.3d 126 (2d Cir. 2005) Averyt v. Wal-Mart Stores, Inc., 265 P.3d 456 (Colo. 2011) Banks v. Sunrise Hosp., 102 P.3d 52 (2004) Barber v. Time, Inc., 159 S.W.2d 291 (1942) Barry v. Edmunds, 116 U.S. 550 (1886) Belle Bonfils Memorial Blood Bank v. Hansen, 579 P.2d 1158 (1978) Bergin v. Grace, 833 N.Y.S.2d 729 (3d Dep't 2007) Blum v. Airport Terminal Services, Inc., 762 S.W.2d 67 (Mo.Ct.App.1988) BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559 (1996) Boeken v. Philip Morris USA Inc.. En Howard Frank, MD, PC v. Superior Court, 722 P.2d 955 (1986) Boryla v. Pash, 960 P.2d 123 (Colo. 1998) Bramer v. Dotson, 190 W.Va. 200 (1993) Breed v. Jones, 421 U.S. 519, 528 (1975) Brother ton v. Celotex Corp., 202 N.J. Super. 148 (1985) Browing-Ferris

Industries, Inc. v. Kelko Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989) Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850) Brown v. Van Braam, 3 US 344 (1797) Burks v. Abbott Laboratories, 639 F. Supp.2d 1006 (D. Minn. 2009) Cady v. IMC Mortg. Co., 862 A.2d 202 (R.I. 2004) Cantrell v. GAF Corp., 999 F.2d 1007 (6<sup>th</sup> Cir. 1993) Capelouto v. Kaiser Foundation Hospital, 500 P.2d 880 (1972) Carnes v. Thompson, 48 S.W.2d 903 (Mo. 1932) Ceco Corp. v. Coleman, 441 A.2d 940 (D.C. 1982) Champion v. CLC of Dyersburg, LLC, 359 S.W.3d 161 (Tenn. Ct.App. 2011) Chapman v. Grimm & Grimm, 638 N.E.2d 462 (Ind.Ct.App. 1994) Chizmar v. Mackie, 896 P.2d 196 (Alaska, 1995) City of Chicago v. Beretta USA, 821 N.E.2d 1136 (Ill 2004) City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co., 313 Mass. 257 (1943) City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 453 US 247 (1981) Clement v. Citron, 115 So.3d 1260 (La. Ct. App.3d Cir. 2013) Coats v. Dish Network, L.L.C., 303 P.3d 147 (2013); Berman v. Allan, 404 A.2d 8 (1979) Connecticut v. American Electric Power Co., 406 F.Supp. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005); 131 S.Ct. 813 (2010) Contrast Plummer v. United States, 580 F.2d 72 (3d Cir. 1978) Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001) Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 US 424 (2001) Cooperativa de Seguros Múltiples de Puerto Rico v. San Juan, 289 F.Supp. 858 (1968) Crain v. Presbyterian Intercommunity Hosp., 652 P.2d 318 (1982) Crawford v. Kirk, 929 S.W.2d 633 (Tex. App. Texarkana 1996) Crowley v. Global Realty Inc., 474 A.2d 1056 (1984) Culbert v. Sampson's Supermarkets, inc., 444 A.2d 433 (Me. 1982) Dartz v. Fibreboard Corp., 765 F.2d 456 (5<sup>th</sup> Cir. 1985) Daugherty v. Firestone Tire and Rubber Co., 85 F.R.D. 693 (1980) Day v. Woodworth, 54 U.S. 363 (1851) Doe v. Miles Laboratories, Inc., 675 F.Supp. 1466 (DC Md. 1987) Dolgencorp, Inc. v. Mississippi Band of Choctaw Indians, 746 F.3d 167 (5<sup>th</sup> Cir. 2014) Dombrowski v. Fafnir Bearing Co., 167 A.2d 458, (1961) Dugue v. Levy, 114 La. 21, 37 So. 995 (1904) Elden v. Sheldon, 758 P.2d 582 (1988) Elk v. US, 87 Fed. Cl. 70 (2009) Emerson v. Magendants, 689 A.2d 409 (R.I. 1997) Enright v. Goodman Distribution, Inc., 330 S.W.3d 392 (Tex. App. Houston 14<sup>th</sup> Dist. 2010) Estelle v. Gamble, 429 US 97 (1976) Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605 (2008) Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2620, 171 L. Ed. 2d 570, 660 (2008) Eyoma v. Falco, 247 N.J. Super 435, 589 A.2d 653 (App.Div. 1991) Farley v. Sartin, 466 S.E.2d 522 (W.Va. 1995) Farm Bureau Ins. Co. of Nebraska v. Martinsen, 659 N.W.2d 823 (2003) Fein v. Permanente Medical Group, 695 P.2d 665 (Cal. 1985) Ferguson & Wheeler Land, Lumber & Handle Co. v. Good, 165 S.W. 628 (1914) Ferriter v. Daniel O'Connell's Sons, Inc., 413 N.E.2d 690 (1980) Flannery v. United States, 297 S.E.2d 433 (W.Va. 1982) Flax v. Daimler Chrysler Corp., 272 S.W. 3d 521 (2008) Foot v. Card, 58 Conn. 1 (1889) Ford Motor Corp. v. Miles, 967 S.W.2d 377 (Tex. 1998) uchser v. Jacobson, 290N.W.2d 449 (1980) Gamble v. Dollar General Corp., 852 So.2d 5 (Miss. 2003) Ganim v. Smith & Wesson Corp., 780 A.2d 98 (Conn. 2001) Genthon v. Kratville, 701 N.W.2d 334 (2005) Gertz v. Welch, Inc., 418 U.S. 323, 350 (1974) Gibson v. American Cyanamid Co., 07-C-864 (E.D. WI) Gillingham v. Consol Energy, Inc., 51 A.3d 841 (2012) Glasscock v. Armstrong Cork Co., 946 F.2d 1085 (5<sup>th</sup> Circ. 1991) Goff v. Elmo Greer & Sons Const. Co., Inc., 292 S.W. 3d 175 (Tenn.2009) Graeff v. Baptist Temple

of Springfield, 576 S.W.2d 291, 301 (Mo.1978) Gramlin v. Mallett, 285 Wis.2d 236 (Wis. 2005) Gurley v. St. Louis Public Services Co., 256 S.W.2d 755 (Mo. 1953) Hagen v. Gibbons, 177 N.W.2d 83 (1970) Hansen v. Johns-Manville Products Corp., 734 F.2d 1036, 1042 (5<sup>th</sup> Cir. 1984) Hansen v. Johns-Manville Products Corp., 734 F.2d 1036, 1042 (5<sup>th</sup> Cir. 1984) Heiner v. Moretuzzo, 73 Ohio St.3d 80 (1995) Hester v. Barnett, 723 S.W.2d 544 (Mo.App. 1987) Hitaffer v. Argonne Co., 183 F.2d 811 (D.C. Cir. 1950) Hofer v. Lavender, 679 S.W.2d 470 (Texas, 1984) Honeywell, Inc. v. American Standards Testing Bureau, Inc., 851 F.2d 652 (3<sup>rd</sup> Cir. 1988) Huckle v. Money, 2 Wils KB 205, 95 Eng Rep 768 (1763) Huff v. White Motor Corp., 609 F.2d 286 (1979) Hurtado v. Land O'Lakes, Inc., 278 P.3d 415 (2012) Irwin v. Degtiarov, 8 N.E.3d 296 (2014) Jackson v. Tastykake, Inc., 648 A.2d 1214 (1994) James v. City of Douglas, Ga., 941 F.2d 1539 (11<sup>th</sup> Cir. 1991) Jiménez Nieves v. United States, 618 F. Supp. 66 (1985) Joba Const. Co, Inc. v. Burns & Roe, Inc., 121 Mich. App. 615 (1982) Johnson v. Summers, 577 N.E.2D 301, 304 (1991) Jones v. Wal-Mart Stores, Inc., 870 F.2d 982 (5<sup>th</sup> Cir. 1989) Jordan v. Gardner, 986 F.2d 1521 (9<sup>th</sup> Cir. 1993) K.A.C. v. Benson, 527 N.W.2d 553 (Minn. 1995) Kansas City Southern Ry. Co., Inc. v. Johnson, 798 So.2d 374 (Miss. 2001) Kelsay v. Motorola, Inc., 74 Ill 2d 172, 384 NE 2d 353, 359 Kenton v. Hyatt Hotels Corp., 693 S.W.2d 83 (Mo. 1985) Lafarge North America, Inc. v. Nord, 86 So.3d 326 (Ala. 2011) Lauer v. Young Men's Christian Ass'n of Honolulu, 557 P.2d 1334, 1342 (1976) Lavelle v. Owens-Corning Fiberglas Corp., 30 Ohio Misc.2d 11, 507 N.E.2d 476 (1987) Lee v. Delta Air Lines, Inc., 32 F.3d 566 (5<sup>th</sup> Cir. 1994) Liebeck v. McDonald's Restaurants, No. CV-93-02419, 1995 (N.M. Dist., Aug. 18, 1994) Lieberman v. Eomployers Ins. of Wausau, 419 A.2d 417 (1980) Manning v. Gimsley, 643 F.2d 20 (1<sup>st</sup> Cir. 1981) Matthews v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan, 572 N.W.2d 603, 613 (1998) McAlister v. Carl, 233 Md. 446 (1964) McCoy v. Arkansas Natural Gas Co., 175 La. 487 (1932) McDougald v. Garber, 73 N.Y.2d 246 (1989) McGee v. AC and S, Inc., 933 So.2d 770 (La. 2006) McKernan v. Aasheim, 687 P.2d 850 (Wash. 1984) Meador v. Toyota of Jefferson, Inc., 332 So.2d 433, 437 (La. 1976) Melvin v. Reid, 112 Cal.App. 285 (1931) Mendoza v. B.L.H. Electronics, 530 N.E.2d 349 (1988) Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley, 521 US 424 (1997) Mid-States Homes, Inc. v. Johnson, 311 So 2d 312, 317 (1975) Mileski v. Long Island R.R., 499 F.2d 1169 (2d Cir. 1974) Molzof v. United States, 502 U.S. 301 (1992) Murphy v. Harty, 393 P.2d 206 (1964) Nagy v. Nagy, 258 Cal.Rptr. 787 (1989) Neal v. Neal, 873 P.2d 871 (1994) Nickerson v. Stonebridge Life Insurance Company, (B234271, Aug.29, 2013) Pacific Mut. Life Ins. Co., v. Haslip, 499 US 1 (1991) Pacific Mutual Life Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991) Paz v. Brush Engineered Materials, Inc., 949 So.2d 1 (Miss. 2007) Pelfrey v. Chambers, 43 F.3d 1034 (6<sup>th</sup> Cir. 1995) Philip Morris USA v. Williams, 172 S. Ct. 1057 (2007) Phillip Morris USA v. Williams, 549 US 346 (2007), 556 US 178 (2009) Pickering v. Pickering, 434 N.W.2d 758 (S.D. 1989) Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. American Coalition of Life Activists, 945 F. Supp. 1355 (1996) Poston v. Poston, 436 S.E.2d 854 (1993) Poulos v. Poulos, 222 N.E.2d 887 (1967) Poyzer v. McGraw, 360 N.W.2d 748 (Iowa 1985)

Pretre v. US, 531 F.Supp. 931 (E.D. Mo. 1981) Provencio v. Wenrich, 261 P.3d 1089 (2011) R.J. v. Humana of Florida, Inc., 652 So.2d 360 (Fla. 1995) Richards v. Superior Court, 86 Cal. App. 3d 265, 150 (1978) Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc., 378 F.2d 832, 839 (2d Cir. 1967) Rose v. Chaikin, 187 N.J. Super. 210 (1982) Ruprecht v. Ruprecht, 599 A.2d 604 (1991) Rushing v. Wayne County, 462 N.W.2d 23 (1990) S.A.V. v. K.G.V., 708 S.W.2d 651 (Mo. 1986) Sánchez v. U.S., 803 F. Supp.2d 1066 (C.D. Cal. 2011) Sanders v. American Broadcasting Companies, Inc., 978 P.2d 67 (1999) Scognamillo v. Olsen, 795 P.2d 1357 (Colo.App. 1990) Scott v. Shephard del 1773 Sears, Roebuck & Co. v. Hartley, 160 F.2d 1019 (9<sup>th</sup> Cir. 1947) Sepúlveda v. Ramírez, 967 F.2d 1413 (9<sup>th</sup> Cir. 1992) Shahrokhfar v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 27 A.L.R. 4<sup>th</sup> 309 (1981) Sherrod v. Berry, 629 F. Supp. 159, 164 (1985) SHV Coal, Inc. v. Continental Grain Co., 587 A. 2d 702 (1991) Simmerer v. Dabbas, 733 N.E.2d 1169 (Oh. 2000) Simpson v. Pittsburgh Corning Corp., 901 F.2d 277 (2<sup>d</sup> Cir. 1990) Singer v. Marx, 301 P.2d 440 (1956) Smallwood v. Bradford, 720 A.2d 586 (1998) Smith v. Cote, 513 A.2d 341 (N.H. 1986) Smith v. Executive Club, Ltd., 458 A. 2d 32, 35, 48 ALR 4<sup>th</sup> 147 (1983) Smith v. United States, 507 U.S. 197 (1993) Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler, 2 Wash. 45 (1891) Stapley v. Hejslet, 2006 BCCA 34 (2006) State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003) State v. Lead Industries Assn., 951 A.2d 428 (RI 2008) Sterling v. Velsicol Chemical Corp., 855 F.2d 1188 (6<sup>th</sup> Cir. 1988) Stermer v. Archer-Daniels-Midland Co., 140 So.3d 879 (La. Ct. App. 3d Cir. 2014) Stuart v. Western Union Tel. Co., 66 Tex. 580 (1885) Talmage v. Smith, 59 N.W. 656 (1894) Texaco Inc. v. Pennzoil Co., 481 US 1 (1986) Thomas v. Bethea, 718 A.2d 1187 (1998) Thompson v National Railroad Passenger Corp., 621 F.2d 814 (6<sup>th</sup> Cir. 1980) Tullai v. Homan, 241 Cal. Rptr. 255 (2<sup>d</sup> Dist. 1987) Tully v. McLean, 948 N.E.2d 714 (1<sup>st</sup> Dist. 2011) Turner v. Heston, 303 S.E.2d 718 (1983) TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 US 443 (1993) US v. Cook, 462 F.2d 301, 304 (D.C. Cir. 1972) Vosburg v. Cenex-Land O'Lakes Agronomy Co., 245 Neb. 485 (1994) Wal-Mart Stores, Inc. v. Alexander, 868 S.W.2d 322, 328 (Tex. 1993) Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260 (1980) Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260, 279 (1980) Weicker v. Weicker, 237 N.E.2d 876 (1968) Whittington v. Whittington, 766 S.W.2d 73 (Ky.App. 1989) Wilkes v. Wood, 2 Wils KB 203, 95 Eng Rep 766 (1763) Williams v. City of New York, 169 A.D.2d 713 (1991) Willis v. Noble Drilling (US), Inc., 105 So.3d 828 (La. Ct. App. 5<sup>th</sup> Cir. 2012) Wilson v. Layne, 526 US 603 (1999) Wise v. Daniel, 221 Mich. 229 (1922) Wood v. Mobil Chemical Co., 50 Ill. App.3 465 (1977) Yowell v. Piper Aircraft Corp., 703 S.W.2d 640 (Tex. 1986)

## Francia

CA. Paris, 14 fév. 2002, n° 2002/168616 et n° 2002/168613. Cass. civ., 2<sup>e</sup>,

20 juill. 1993, n° 92-06.001 Cass. Chambre Mixte, 27 de février de 1970, 68-10.276 Cass. civ., 10 décembre 1986, J.C.P. 1987, IV, 62 Cass. civ., 13 février 1923, Dalloz périodique et critique (D.C.), 1, 52, note H. Lalou Cass. civ., 16 de avril de 1996, D. 1996 IR 135 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 1 avril 2003, n° 01-00.575 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 10 avril 2013, n° 11-19.530 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 11 mars 2014, n° 13-10.117 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 13 mai 2014, n° 13-14.298 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 16 janvier 1962, D. 1962 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 18 juin 2014, n° 13-13.471 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avr. 2003, n° 01-00.575 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 2 juillet 2014, n° 13-19.093 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 22 février 1995, n°<sup>OS</sup> 92-18.731 et 93-12.644 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 26 mars 1996, n°<sup>OS</sup> 94-11.791 et 94-14.158 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 27 janvier 1982, n° 80-15.947 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 28 octobre 2003, n°<sup>OS</sup> 00-18.794 et 00-20.065 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 28 octobre 2003, n°<sup>OS</sup> 00-18.794 et 00-20.065 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 3 juin 2010, n° 09-13.591 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 6 décembre 2007, n° 06-19.301 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 7 octobre 1992, Responsabilité Civile et Assurance (Resp. Civ. et Ass.), 434 Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1991: D. 1991.566, note Le Tourneau; JCP 1992. II. 21784, note Barbièri; Gaz. Pal. 1992. 2. Somm. 285, obs. Chabas; RTD civ. 1991. 753, obs. Jourdain Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 9 novembre 1999, n° 98-17.369 Cass. civ., 1<sup>e</sup>, 9 juill. 1996, n° 94-12.868 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 18 juin 1997, Resp. civ. et assur. 1997, com. no. 288 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 21 novembre 2013, n° 12-28.168 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 11 décembre 2014, n° 13-28.774 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 11 décembre 2014, n° 13-28.774 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 11 septembre 2014, n° 13-24.344 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 12 mai 2005, Bull. civ. II no. 122 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 12 mai 2011, n° 10-17148 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 13 janvier 2012, n° 11-10224 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 16 janvier 2014, n° 13-10.566 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-69433 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 16 septembre 2010, n° 09-69433, Resp. civ. et assur. 2010, com. no. 320 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 19 novembre 2009, n° 08-11622, 08-16172 et 08-15853 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 22 de février de 2007, n° 06-10.131, Bull. 2001, II, n°47 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 23 octobre 2003, n° 02-15.424 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-17241 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 25 février 2010, n° 08-20942 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 de février de 2013, n°<sup>OS</sup> 11-25.446 et 11-25.927 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 juin 1995, n° 93-18.465 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 mai 2009, n° 08-16829, D. 2010 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 mayo 2009, Bull. civ. II, No. 131 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 28 novembre 1962, n° 61-10.454 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 30 juin 2005, n° 03-19817 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 30 juin 2005, Resp. civ. et assur. 2005, com. no. 316 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 5 janvier 1994, Bull. civ. II, No. 15 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 6 octobre 1976: Bulletin civil II, n° 273 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 7 décembre 1978, n° 77-12.013 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 8 mai 1964, n° 63-10.723 Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 9 décembre 2004, Resp. civ. et assur. 2005, com. n° 50 Cass. civ.,

2<sup>e</sup>, 9 octobre 2014, n<sup>o</sup> 13-23.345 Cass. civ., commerciale, 2 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-23.114 Cass. crim., 16 novembre 2010, n<sup>o</sup> 09-87.211 Cass. crim., 27 de janvier 2004, n<sup>o</sup> 03-87.778 Cass. crim., 3 avril 1978, *Juris Classeur périodique (J.C.P.)*, II, 19168, note S. Brousseau Cass. crim., 4 février 1998, *Dalloz*, 445 et seq., note D. Bourgault-Coudeville Cass. crim. 3 avril 1978: *JCP. II*. 19168, note Brousseau. Cass. crim., 14 juin 1978: *Gaz. Pal.* 1978. 2. 550. Cass. crim., 8 juillet 1975, n<sup>o</sup> 74-93.006 Cass. req., 16 de diciembre de 2010, n<sup>o</sup> 10-11.628 Cass. req., 2 de febrero de 1931, *DH* 1931.113 Cass. soc., 10 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-20.136 Cass. soc., 10 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21.109 Cass. soc., 11 mai 2010, n<sup>o</sup> 09-42241 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21254 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21255 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21255 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21256 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21257 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21258 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21259 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21260 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21261 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21262 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21263 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21264 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21265 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21266 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21267 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21268 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21269 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21270 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21271 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21272 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21273 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21274 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21275 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21276 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21277 Cass. soc., 17 décembre 2014, n<sup>o</sup> 13-21278 *Paris*, 23/01/1979, *Gaz. Pal.* 1980, I *Somm.* 90 *Resp. civ. et assur* 2005, com. no. 212 obs. H. Groutel *Trib. Gr. Inst. Châlons-Sur-Marne*, Res. 16 de marzo de 1978, *Gaz. Pal.* 1978, II, *Somm.* 399

### **Italia**

Cass., 13 gennaio 1975, n. 126 in *Resp. civ. prev.*, 1975, 695 Cass., 22 marzo 1979, n. 1646, *ivi*, 1979, 799 Cass., 25 agosto 1977, n. 3856, *ivi*, 1978, 138

### **México.**

DAÑO MORAL. ES LA ALTERACIÓN PROFUNDA QUE SUFRE UNA PERSONA EN SUS SENTIMIENTOS, AFECTOS, CREENCIAS, DECORO, HONOR,

REPUTACIÓN, VIDA PRIVADA, CONFIGURACIÓN Y ASPECTOS FÍSICOS, O BIEN, EN LA CONSIDERACIÓN QUE DE SÍ MISMA TIENEN LOS DEMÁS, PRODUCIDA POR HECHO ILÍCITO. Época: Décima Época. Registro: 160425. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C. J/71 (9a.). Página: 4036

DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Época: Novena Época. Registro: 178767. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Contradicción de tesis 100/2003-PS. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Abril de 2005. Materia(s): Civil. Tesis: 1a./J. 6/2005. Página: 155.

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION. Época: Octava. Época. Registro: 209386. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Núm. 85, Enero de 1995. Materia(s): Civil. Tesis: I.5o.C. J/39. Página: 65.

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL. PARA SU CONDENA EL JUEZ DEBE TOMAR EN CUENTA LA MAYOR O MENOR GRAVEDAD DE LAS LESIONES CAUSADAS A LA VÍCTIMA EN SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD, SIN ATENDER A LA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL SENTENCIADO NI A LA NECESIDAD DEL BENEFICIARIO DE RECIBIR EL PAGO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Época: Novena Época. Registro: 1006217. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 2011. Tomo III. Penal Segunda Parte - TCC Primera. Sección – Sustantivo. Materia(s): Penal. Tesis: 839. Página: 801.

DAÑO MORAL. HIPÓTESIS PARA LA PROCEDENCIA DE SU RECLAMACIÓN. Época: Novena Época. Registro: 1013484. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 2011. Tomo V. Civil Segunda Parte - TCC Primera Sección - Civil Subsección 1. Sustantivo. Materia(s): Civil. Tesis: 885. Página: 977.

DAÑO MORAL. LAS PERSONAS MORALES ESTÁN LEGITIMADAS PARA DEMANDAR SU REPARACIÓN EN CASO QUE SE AFECTE LA CONSIDERACIÓN QUE TIENEN LOS DEMÁS RESPECTO DE ELLAS (ARTÍCULO 1916 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL). Época: Novena Época. Registro: 1012906. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Contradicción de tesis 100/2003-PS. Fuente: Apéndice de 2011. Tomo V. Civil Primera Parte - SCJN Primera Sección - Civil Subsección 2 – Adjetivo. Materia(s): Civil. Tesis: 307. Página: 309.

DAÑO MORAL, DERECHO A LA REPARACIÓN DEL. SE DA EN FAVOR DE UNA PERSONA, COMO CONSECUENCIA DE UNA INADECUADA

ATENCIÓN MÉDICA PRESTADA POR UN CENTRO HOSPITALARIO QUE VULNERE O MENOSCABE SU INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA. Época: Novena Época. Registro: 1013483. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice de 2011. Tomo V. Civil Segunda Parte - TCC Primera Sección - Civil Subsección 1 – Sustantivo. Materia(s): Civil. Tesis: 884. Página: 976.

DAÑO MORAL, DERECHO A LA REPARACIÓN DEL. SE DA EN FAVOR DE UNA PERSONA, COMO CONSECUENCIA DE UNA INADECUADA ATENCIÓN MÉDICA PRESTADA POR UN CENTRO HOSPITALARIO QUE VULNERE O MENOSCABE SU INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA.- Época: Novena Época. Registro: 922073. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice (actualización 2002). Tomo IV, Civil, Jurisprudencia TCC. Materia(s): Civil. Tesis: 25. Página: 41.

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA POR CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS. ES COMPETENTE EL JUEZ DEL LUGAR DONDE LA EMPRESA DEMANDADA TENGA ESTABLECIDA SUCURSAL O AGENCIA, CUANDO EL RIESGO SE PRODUCE EN DICHO LUGAR.- Época: Octava Época. Registro: 918738. Instancia: Tercera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Apéndice 2000. Tomo VII, Conflictos Competenciales, Jurisprudencia. Materia(s): Civil. Tesis: 82. Página: 147.

#### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

2 de octubre de 2001/567 (TEDH 2001, 567) 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004, 68)

**Otras Jurisdicciones:** Inglaterra: Coggs v. Bernard, 1 Com 133; 92 ER 999 (1703) Gibbons v. Pepper, 1 Lord Raymond 38; 91 ER 922 (1695) Mitchell v. Allestry, 3 Keb 650; 1 Vent 295 (1676) Waldon v. Mareschal, Y.B., M. 43 Edw. III, f. 33, pl. 38 (1369) Williams v. Holland, 10 Bing 112 (1833)

## ANEXOS

### ANEXO 1

## **BAREMOS UTILIZADOS EN VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO CORPORAL**

### **BAREMOS UTILIZADOS EN VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO CORPORAL**

Por: Dr. Francisco de la Puente Álvarez<sup>635</sup>

Una correcta Valoración Médica del Daño Corporal requiere por parte del médico en un adecuado ejercicio de valoración, el utilizar el baremo que se corresponde a la materia en la que se está realizando la valoración médica. Ello evita que informes médicos de valoración realizados con gran esfuerzo científico, un cuidado estilo expositivo y una valoración acertada y ajustada sean inútiles por utilizar un baremo inadecuado (claro ejemplo al intentar solicitar una condición de minusválido con una valoración médica realizada con el baremo de la Ley 30/1995).

La Valoración Médica del Daño Corporal **ha de estar en relación con la materia que se valora y la legislación que se aplicará** (si es una lesión, una incapacidad, una minusvalía, para el reconocimiento de un derecho, si es una lesión por accidente de trabajo, lesión por accidente de tráfico, secuela en relación a contrato de seguro, etc.). Esto es así porque hay distintos criterios legales para las mismas lesiones o secuelas médicas y hay distintos baremos a aplicar según cada caso.

Los Baremos no son homologables entre sí, salvo algunos casos concretos o sobre determinadas lesiones o secuelas, porque cada uno está concebido o intenta estarlo para un marco de actuación particular. **Los resultados de la Valoración con los distintos Baremos nunca se pueden equiparar de modo automático**, pues los valores asignados para una

---

<sup>635</sup> Información recuperada del portal de internet medynet.com, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: <http://www.medy.net.com/usuarios/jraguilar/vdc/tipos%20de%20baremos.htm>.

misma secuela son distintos según los Baremos, y esto es así pues se deben de aplicar a distintos conceptos indemnizatorios.

Dado el amplio campo de actuación de la Valoración Médica del Daño Corporal y la multitud de baremos utilizados en España, unos publicados en el B.O.E. y de obligado cumplimiento, otros asimismo publicados en el B.O.E. pero no de uso vinculante y finalmente otros no publicados oficialmente pero de uso amplio por los médicos valoradores, pasamos a exponer los distintos baremos de uso en España en las distintos campos de la Valoración Médica.

Tiene esta exposición la finalidad de dar una ayuda, (no pretende ser exhaustiva) a los médicos valoradores que se vean ante la circunstancia de dar opinión a un paciente, formar parte de un tribunal valorador, emitir un informe pericial para reclamación o defensa de un paciente o finalmente como perito judicial en un litigio en que se discuta la idoneidad o no de la valoración médica a una persona.

**Copyright © José Ramón Aguilar & Juan José Lara**

#### **D) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS EN ACCIDENTE DE TRÁFICO**

- 1 **Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre** (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.
- 2 **Anexo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991**, (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse en accidentes anteriores al 8 de noviembre de 1995. No obstante para estos accidentes puede usarse el baremo de la Ley 30/1995 con los mismos efectos orientadores que tenía el Baremo de la Orden de 5 de marzo.
- 3 **Baremo de la Resolución de 1 de Junio de 1989 de la Dirección General de Seguros** (para accidentes por el seguro obligatorio hasta el 8 de noviembre de 1995).
- 4 **El que exista en las condiciones generales de la Póliza de Ocupantes** para los conductores de vehículos respecto a su propia Compañía (ver el apartado V).

#### **II) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS EN TRANSPORTE PÚBLICO DE VIAJEROS**

- 1 **Anexo del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre** (BOE del 28/12/1989), por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros

### **III) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS EN ACCIDENTE DE CAZA**

- 1 **Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre** (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.
- 2 **Anexo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991**, (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse en accidentes anteriores al 8 de noviembre de 1995.
- 3 **Baremo de la Resolución de 1 de Junio de 1989 de la Dirección General de Seguros** (para accidentes por el seguro obligatorio hasta el 8 de noviembre de 1995).

### **IV) PARA LA VALORACIÓN MEDICA DE LESIONADOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL (en general)**

- 1 Se trata de baremos de uso no vinculante, son a efectos orientativos.
- 2 **Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre** (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.
- 3 **Baremo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de Marzo de 1991** (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse, no hay diferencias significativas con el anterior.

### **V) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS EN RELACIÓN CON PÓLIZAS DE SEGUROS**

#### **1 Baremo que esté en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro contratada**

- Si las lesiones no están mencionadas en el Baremo de la Póliza:
- Lectura de las condiciones generales por si se menciona el procedimiento o el baremo a aplicar en ese caso (hay condicionados que remiten a determinado baremo en concreto).
- Si las condiciones generales mencionan únicamente que se valorará por asimilación con el Baremo de la Póliza se puede utilizar cualquier baremo de menoscabo funcional, siendo aconsejable que se haya publicado en España.

#### **2 Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad**

**Social de 8 de marzo de 1984**, (BOE del 16 y 17/03/1984).

- 3 AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Guías para la evaluación de las deficiencias permanentes*. Ed. Ministerio de Asuntos Sociales INSERSO, Madrid, 1994.

#### **VI) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS EN ACCIDENTE DE TRABAJO.**

- 1 **Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de abril de 1974**, (B.O.E. del 18/04/1974). **Orden de 11 de mayo de 1988** (B.O.E. del 07/06/1988), revisó determinadas cuantías en el baremo anterior para suprimir las discriminaciones por razón de sexo. Actualizado en las cuantías por la **Orden del Ministerio de Trabajo del 16 de enero de 1991** (B.O.E. del 18/01/1991).

#### **VII) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL**

- 1 **Real Decreto Legislativo 1/1994, de 10 de junio**, (B.O.E. del 29/06/1994), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ver Artículo 116.
- 2 **Real Decreto 1995/1978, de 12 de Mayo** (B.O.E. del 25/08/1978) por el que se aprueba el Cuadro de Enfermedades Profesionales.
- 3 **Anexo Real Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre**, (B.O.E. del 19/02/1973).

#### **VIII-A) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LA CONDICIÓN DE MINUSVÁLIDO**

- 1 **Anexo 1 Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 16 y 17/03/1984). Es el único que se puede utilizar amparado por la Ley.

#### **VIII-B) PARA LA EVALUACIÓN DE LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER UN EMPLEO ADECUADO**

- 1 **Anexo II Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 16 y 17/03/1984). Artículo 21 del R.D. 383/1984, de 1 de febrero.

#### **IX) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LA NECESIDAD DE 3ª PERSONA**

- 1 **Anexo III de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 17/03/1984).

**X) PARA LA VALORACIÓN MEDICA DE IMPOSIBILIDAD DE USO DE TRANSPORTES PÚBLICOS O COLECTIVOS**

- 1 **Anexo IV de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 17/03/1984).
- 2 **"Gestes de la vie quotidienne"**. F. Arcadio, A. Moulay y P. Chauvinc. Ed. Masson. París 1973.

**XI) PARA LA VALORACIÓN MÉDICA DE LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA ORDINARIA**

- 1 **"Gestes de la vie quotidienne"**. F. Arcadio, A. Moulay y P. Chauvinc. Ed. Masson. París 1973.

**XII) PARA VALORACIÓN DE LA APTITUD PSICOFÍSICA PARA OBTENER O PRORROGAR EL PERMISO O LICENCIA DE CONDUCCIÓN**

- 1 **Anexo IV del Real Decreto 772/1997 de 30 de mayo** (BOE del 06/06/1997), por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Uso para obtener el permiso o licencia y preferente para la renovación).
- 2 **Anexo I y II del Real Decreto 2272/1985 de 4 de diciembre** (BOE del 09/12/1985), por el que se determinan las aptitudes psicofísicas que deben de poseer los conductores de vehículos y por el que se regulan los Centros de reconocimiento destinados a verificarlas. Es de utilidad en los que no puedan realizar la revisión del permiso o licencia de conducción con las nuevas normal del Real Decreto 77/1997.

**XIII) PARA VALORACIÓN MEDICA DE LOS DEFECTOS FÍSICOS Y ENFERMEDADES QUE CONSTITUYEN CAUSA DE INUTILIDAD PARA LA OBTENCIÓN DE LOS TÍTULOS PARA EL GOBIERNO DE EMBARCACIONES DE RECREO**

- 1 **Anexo de la Resolución de la Dirección General de la Marina Mercante de 22 de junio de 1990**, (B.O.E. del 07/07/1990), con el Cuadro de defectos físicos y enfermedades que constituyen inutilidad para la obtención de los títulos para el gobierno de embarcaciones de recreo.

**XIV) PARA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS EN ATENTADOS TERRORISTAS**

- 1 **Ley 33/1987**, de resarcimientos por daños a las Víctimas de Bandas Armadas y Elementos Terroristas.
- 2 **Guida alla valutazione medico-legale del danno biologico e dell'invalidità permanente**, de **R. Luvoni, F. Mangili y L. Bernardi**. Italia. Para valorar la Responsabilidad civil, el accidente laboral y el accidente privado.

**XV) PARA VALORACIÓN MEDICA DE VICTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

- 1 **Ley 35/1995 de 11 de diciembre** (B.O.E. del 12/12/1995), de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Especialmente los artículos 4 (concepto de lesiones y daños), 6 (criterios para determinar el importe de las ayudas)
- 2 **Real Decreto 738/97, de 23 de mayo**, (B.O.E. del 27/05/1997) por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

**XVI) PARA VALORACIÓN MÉDICA DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR**

- 1 **Anexo del Real Decreto 1107/1993 de 9 de julio** (B.O.E. del 11/08/1993), por el que se aprueba el Reglamento de Reclutamiento. En el Anexo vienen las Normas para la Determinación de la Aptitud Psicofísica para el Servicio Militar.
- 2 **Anexo del real Decreto 1410/1994 de 25 de junio** (B.O.E. del 20/07/1994) por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar. En el Anexo figuran las modificaciones a las Normas para la Determinación de la Aptitud Psicofísica para el Servicio Militar.

**XVII) PARA VALORACIÓN MEDICA PARA INGRESO A DETERMINADOS CUERPOS Y ESCALAS DE LAS FUERZAS ARMADAS**

- 1 **Orden 52/1986, de 17 de junio** (B.O.E. del 03/07/1986), por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones común para el ingreso

en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas. **Orden 15/1988 de 23 de febrero** (B.O.E. del 24/02/1988) con modificaciones y ampliaciones al cuadro médico de exclusiones de la Orden anterior.

- 2 **Apéndice B del Anexo a la Orden 75/1989, de 2 de octubre** (B.O.E. del 05/10/1989), por el que se aprueban las normas, los programas, el cuadro médico de exclusiones y los ejercicios físicos por los que han de registrarse los procesos selectivos para el ingreso en los Centros docentes militares de formación de Grado Superior.
- 3 **Anexo I de la Orden 15/1988, de 23 de febrero** (B.O.E. del 24/02/1988), por el que se establece el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física aplicables al ingreso de la mujer en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas (en las mujeres no se aplica el de la Orden 52/1986, de 17 de junio).
- 4 **Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero** (B.O.E. del 20/03/1997).
- 5 Ver en la Resolución del Ministerio de Defensa en la que se convocan las plazas, cual es el baremo médico que se utiliza para esa convocatoria.

#### **XVIII) PARA VALORACIÓN MÉDICA DE LESIONADOS MILITARES**

- 1 **Anexo al Real Decreto 712/77, de 1 de abril** (B.O.E. del 22, 23, 25 y 26/04/1977 y rectificaciones del 31/05/1977), Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y el cuadro de lesiones y enfermedades.

#### **XIX) PARA VALORACIÓN MÉDICA PARA INGRESO A DETERMINADOS PUESTOS COMO FUNCIONARIO DEL ESTADO**

- 1 **Anexo de la Orden de 11 de enero de 1988**, (B.O.E. del 19/01/1988), por el que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía.
- 2 **Ver en la Resolución del Ministerio correspondiente en la que se convocan las plazas, cual es el baremo médico que se utiliza para esa convocatoria.**

#### **XX) BAREMOS EXTRANJEROS (no publicados traducidos en España)**

##### **A) FUNCIONALES O DE MENOSCABO**

- *Tabela Nacional de Incapacidades*. Portugal. Decreto- Ley nº 341/93, de 30 de septiembre (Diario da República nº230 del 30/09/1993). Tabla nacional de incapacidades, para accidentes de trabajo, se usa también en derecho común (responsabilidad civil).

**B)**

- **Concurs Medical. Barème fonctionnel indicatif des incapacités en droit commun.** Francia. Suplemento de Le Concurs Medical nº 25, de 19/06/1982. Es un baremo funcional indicativo de las incapacidades, para uso en derecho común (responsabilidad civil).

**C) OTROS.**

- **Barème du D<sup>r</sup> Thierry et D<sup>r</sup> Nicourt, classification des souffrances endurées suivant la nature du traumatismo.** Francia. Clasificación de los sufrimientos soportados, según la naturaleza del traumatismo.
- **Barème Accidents du travail et maladies professionnelles, de P. Padovani.** Francia. Baremo para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- **Guida alla valutazione medico-legale del danno biologico e dell'invalidità permanente, de R. Luvoni, F. Mangili y L. Bernardi.** Italia. Para valorar la Responsabilidad civil, el accidente laboral y el accidente privado.<sup>636</sup>

---

<sup>636</sup> Copyright © José Ramón Aguilar & Juan José Lara

## ANEXO 2

### ESCALA DE LA PÉRDIDA DEL PLACER DE LA VIDA

#### ANEXO 2- ESCALA DE LA PÉRDIDA DEL PLACER DE LA VIDA

Grado de la Pérdida		Ejemplos
Ninguno	0%	No aplica.
Mínimo	1-17%	La persona está envuelta en un accidente automovilístico y pierde algunos días de trabajo; el funcionamiento y las relaciones de la familia son interrumpidos por días. La persona vuelve al nivel de funcionamiento previo al daño.
Liviano	18-33%	La persona se rompe un brazo que resulta en una incapacidad permanente para participar en actividades recreacionales. La persona tiene episodios infrecuentes de depresión leve. Todos los demás aspectos del funcionamiento práctico, emocional, social y ocupacional están al nivel previo al daño.
Moderado	34-50%	La persona pierde una pierna en un accidente automovilístico, lo que afecta su funcionamiento práctico a nivel cotidiano; las actividades recreativas están restringidas y sufre de episodios infrecuentes de depresión leve.
Severo	51-67%	La persona sufre quemaduras en un fuego y experimenta cicatrices significativas. El funcionamiento social está reducido substancialmente, la persona experimenta una pérdida significativa de valor propio o auto-estima y sufre de episodios frecuentes de depresión. El funcionamiento práctico y ocupacional permanece al nivel previo al daño.

## La Reparación del Daño Moral

Extremo	68-83%	La persona es cuadripléjica y requiere atención y cuidado a diario. El funcionamiento práctico, social y ocupacional están significativamente reducidos. La persona experimenta depresión severa y pérdida del valor propio.
Catastrófico	84-100%	La persona está encamada y requiere cuidado médico diario. Todos los aspectos del funcionamiento práctico, emocional y social están substancialmente reducidos. La persona no es capaz de trabajar.

**ANEXO 3**

**PROPÓSITO DEL DAÑO PUNITIVO POR JURISDICCIONES**

**PROPÓSITO DEL DAÑO PUNITIVO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Alabama	√				√	√	Village Toyota Co., Inc. v. Stewart, 433 So.2d 1150 (Ala. 1983)
Alaska	√					√	Alaska Placer Co. v. Lee, 553 P.2d 54 (Alaska 1976); Sturm, Ruger & Co., Inc. v. Day, 594 P.2d 38, 47 (Alaska 1979)
Arizona	√				√	√	Rhue v. Dawson, 173 Ariz. 220, 841 P.2d 215 (Ct. App. Div. 1 1992); Linthicum v. Nationwide Life Ins. Co., 150 Ariz. 326, 723 P.2d 675 (1986)
Arkansas	√				√	√	McClellan v. Brown, 276 Ark. 28, 632 S.W.2d 406 (1982); Ray Dodge,

La Reparación del Daño Moral

							Inc. v. Moore, 251 Ark. 1036, 479 S.W.2d 518 (1972)
California	√				√	√	Cal. Civ. Code §3294
Colorado	√				√	√	Colo. Rev. Stat. §13-21-102, Beebe v. Pierce, 185 Colo. 34, 521 P.2d 1263 (1974)
Connecticut	√			√			Collens v. New Caan Water Co., 155 Conn. 477, 234 A.2d 825 (1967)
Delaware	√				√	√	Jardel Co., Inc. v. Hughes, 523 A.2d 518, 529 (Del. 1987)
District of Columbia	√				√	√	Harris v. Wagshal, 343 A.2d 283 (D.C. 1975)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

La Reparación del Daño Moral

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Florida	√				√	√	Campbell v. Government Employees Ins. Co., 306 So. 2d 525, 85 A.L.R. 3d 1200 (Fla. 1974)
Georgia	√		√		√	√	Ga. Code Ann §51-12-4.1(c)
Hawaii	√				√		Lauer v. Young Men's Christian Ass'n of Honolulu, 57 Haw. 390, 557 P.2d 1334 (1976)
Idaho	√					√	Curtis v. Firth, 123 Idaho 598, 850 P.2d 759, 759 (1993); Jolley v. Puregro Co. 94 Idaho 702, 496 P.2d 939 (1972)
Illinois	√				√	√	Marryasovszky v. West Towns Bus Co., 61 Ill. 2d 31, 330 N.E.2d 509 (1975); Baier v. Bostitch, 243 Ill. App. 3d 195, 183 Ill. Dec. 455, 611 N.E.2d 1103 (1st Dist. 1993)

La Reparación del Daño Moral La Reparación del Daño Moral

Indiana	√				√	√	Orkin Exterminating Co., Inc. v. Traina, 486 N.E.2d 1019, 1022 (Ind. 1986)
Iowa	√				√	√	Coster v. Crookham, 468 N.W.2d 802, 810 (Iowa 1991); Lala v. Peoples Bank & Trust Co., 420 N.W.2d 804 (Iowa 1988)
Kansas	√				√	√	Traylor v. Wachter, 227 Kan. 221, 607 P.2d 1094, 1098 (1980); Henderson v. Hassur, 225 Kan. 678, 594 P.2d 650, 663 (1979)
Kentucky	√				√	√	Bissett v. Goss, 481 S.W.2d 71 (Ky. 1972)

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Louisiana		√	√				Killebrew v. Abbott Laboratories, 359 So. 2d 1275 (La. 1978); McCoy v. Arkansas Natural Gas Co., 175 La. 487, 143 So. 383, 85 A.L.R. 1147 (1932)
Maine	√					√	Braley v. Berkshire Mut. Ins. Co., 440 A.2d 359 (Me. 1982)
Maryland	√				√	√	Caldor, Inc. v. Bowden, 330 Md. 632, 625 A.2d 959 (1993); First Nat. Bank of St. Mary's v. Fidelity & Deposit Co., 283 Md. 228, 389 A.2d 359 (1978)
Massachusetts		√	√				City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co., 313 Mass. 257, 47 N.E.2d 265, 146 A.L.R. 750 (1943)
Michigan	√		√				McFadden v. Tate, 350 Mich. 84, 85 N.W.2d 181 (1957); Joba Const. Co., Inc. v. Burns & Roe Inc., 121 Mich. App. 615, 329 N.W.2d 760 (1982); Wise v. Daniel, 221 Mich. 229, 190 N.W. 746 (1922)
Minnesota	√		√		√	√	Kirschbaum v. Lowrey, 165 Minn. 233, 206 N.W. 171 (1925); Rosenbloom v. Flygare, 501 N.W.2d 597 (Minn. 1993); Minn. Stat.

La Reparación del Daño Moral La Reparación del Daño Moral

							§549.20
Mississippi	√				√	√	Consolidated American Life Ins. Co. v. Toche, 410 So.2d 1303 (Miss. 1982); Standard Life Ins. Co. of Indiana v. Veal, 354 So.2d 239 (Miss. 1977)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

La Reparación del Daño Moral

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Missouri	√				√		Chrislieb v. Luten, 633 S.W.2d 139 (Mo. Ct. App. E.D. 1982); State ex. rel. Smith v. Greene, 494 S.W.2d 55, 60 (Mo. 1973)
Montana	√		√		√	√	Mont Rev Code Ann §27-1-221; Johnson v. Murray, 201 Mont. 495, 656 P.2d 170 (1982); Miller v. Watkins, 200 Mont. 455, 653 P.2d 126, 133 (1982)
Nebraska		√					Miller v. Kingsley, 194 Neb. 123, 230 N.W.2d 472, 474 (1975); Abel v. Conover, 170 Neb. 926, 104 N.W.2d 684 (1960)
Nevada	√		√		√	√	Nev Rev Stat §42.005; Siggelkow v. Phoenix Ins. Co., 109 Nev. 42, 846 P.2d 303 (1993)
New Hampshire			√				NH Rev Stat Ann §407:16; §4:10

La Reparación del Daño Moral La Reparación del Daño Moral

New Jersey	√				√	√	Nappe v. Anshelewitz, Barr, Ansell & Bonello, 97 N.J. 37, 477 A.2d 1224 (1984)
New Mexico	√				√	√	Christman v. Voyer, 92 N.M. 772, 595 P.2d 410 (Ct. App. 1979), revocado por otros fundamentos, Sánchez v. Clayton, 117 N.M. 761, 877 P.2d 567 (1994)
New York	√				√	√	Garrity v. Lyle Stuart, Inc. 40 N.Y.2d 354, 386 N.Y.S.2d 831, 353 N.E.2d 793, 83 A.L.R.3d 1024 (1976)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			REFERENCIAS
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
North Carolina	√				√	√	Mazza v. Huffaker, 61 N.C. App. 170, 300 S.E.2d 844 (1983); Shugar v. Guill, 304 N.C. 332, 283 S.E.2d 507 (1981); Newton v. Standard Fire Ins. Co., 291 N.C. 105, 229 S.E.2d 297 (1976)
North Dakota	√		√		√	√	ND Cent Code §32-03.2-11; Dahlen v. Landis, 314 N.W.2d 63 (N.D. 1981)
Ohio	√		√		√	√	Digital & Analog Design Corp. v. North Supply Co., 63 Ohio St. 3d 657, 490 N.E. 2d 737 (1992); Detling v. Chockley, 70 Ohio St. 2d 134, 24 Ohio Op. 3d 239, 439 N.E.2d 208 (1982); Ohio Rev Code Ann. §2315.21
Oklahoma	√		√		√	√	Oka Stat Ann tit 23 §9.1
Oregon	√				√	√	Rogue Federal Credit Union v. Phillips, 121 Or. App. 630, 855 P.2d 1146 (1993); Lewis v. Devils Lake Rock Crushing Co., 274 Or. 293, 545 P.2d 1374 (1976)
Pennsylvania	√				√	√	Delahanty v. First Pennsylvania Bank, N.A., 318 Pa. Super 90, 464, A.2d 1243 (1983)

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Utah	√					√	Branch v. Western Petroleum, Inc. 657 P.2d 267 (Utah 1982); Nash v. Craigco, Inc. 585 P.2d 775 (Utah 1978)
Vermont	√				√	√	Goldsmith v. Joy, 41 Vt. 488, 17 A. 1010 (1889)
Virginia	√				√	√	F.B.C. Stores, Inc. v. Duncan 214 Va. 246, 198 S.E.2d 595 (1973)
Washington		√					Stanard v. Bolin, 88 Wash.2d 614, 565 P.2d 94 (1977); Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefer, 2 Wash. 45, 25 P. 1072 (1891)
West Virginia	√				√	√	TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 187 W.Va. 457, 419 S.E.2d 870 (1992); Spenser v. Steinbrecher, 152 W.Va. 490, 164 S.E.2d 710 (1968)
Wisconsin	√		√		√	√	John Mohr & Sons, Inc. v. Jahnke, 55 Wis. 2d 402, 198 N.W.2d 363 (1972); Wisconsin Statutes Ann §895.043
Wyoming	√				√	√	Danculovich v. Brown, 593 P.2d 187 (Wyo. 1979)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.