



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA UNAM

CAMPUS CUERNAVACA
FACULTAD DE DERECHO

**CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM DE
LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL**

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ISRAEL MONTERO TOVON

ASESOR: SERGIO RAÚL ZERMEÑO NÚÑEZ

CUERNAVACA, MORELOS.

ABRIL 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



Universidad
Latina

Cuernavaca, Morelos a 25 de Enero de 2013

**M.C RAMIRO JESÚS SANDOVAL.
DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
E INCORPORACIÓN DE ESTUDIOS DE LA UNAM
P R E S E N T E.**

El **C. MONTERO TOVON ISRAEL**, ha elaborado la tesis profesional titulada **CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.**, BAJO LA DIRECCIÓN DEL LIC. SERGIO RAÚL ZERMEÑO NÚÑEZ, para obtener el Título de Licenciada en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE


**MTRO. HÉCTOR ROA MARTÍNEZ
DIRECTOR TÉCNICO DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO
CAMPUS CUERNAVACA**

Cuernavaca, Morelos, a 14 de Septiembre del 2012

MTRO. HECTOR ROA MARTINEZ
DIRECTOR TÉCNICO DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO
UNIVERSIDAD LATINA S.C.
CAMPUS CUERNAVACA
P R E S E N T E.

Por medio de la presente me permito informar a Usted que el alumno (a):

C. MONTERO TOVON ISRAEL

Con número de cuenta: 986313886, ha concluido la investigación de la tesis profesional titulada: **CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL** misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad de la Universidad Latina para la tesis profesional, por lo que otorgo el voto aprobatorio como asesor.

ATENTAMENTE



LIC. SERGIO RAUL ZERMEÑO NUÑEZ
PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD LATINA

CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN-----	1
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES-----	4
I.1 Planteamiento del problema-----	4
I.2 La responsabilidad civil-----	6
I.3 La persona como objeto de la conducta lesiva.-----	9
I.4. El Daño.-----	10
I.4.1. Clasificación del daño.-----	11
I.4.2 Daño patrimonial.-----	11
I.4.3 Daño emergente.-----	11
I.4.4 Perjuicios.-----	12
I.4.5 Daño extrapatrimonial.-----	12
I.4.6. Daño moral y Daño a la persona.-----	12
I.5 Causas de justificación del hecho dañoso.-----	13
I.5.1 El ejercicio regular de un derecho.-----	13
I.5.2 La legítima defensa derivada de la materia penal.-----	14
I.5.3 Estado de Necesidad.-----	14
I.6 Relación de Causalidad.-----	15
I.6.1 Nexo Causal.-----	15
I.6.2 Causalidad natural y Causalidad jurídica.-----	16
I.6.2.1 Adecuación de la causa.-----	16
I.6.2.2. Rompimiento causal y concausa.-----	18
I.6.3 Criterios de discusión.-----	19
CAPÍTULO II.-----	20
II.1 ¿Qué es el daño moral? (Derecho Comparado).-----	20
II.2 Certidumbre del daño moral y su estimación.-----	21
CAPÍTULO III.-----	24
III.1 La Responsabilidad Objetiva.-----	24
III.2 El Código Civil del Estado de Morelos.-----	25
III.3 El Daño.-----	26
III.4 Reparación del Daño.-----	27
III.5 Tipos de Daño.-----	29
III.5.1 El Daño Moral.-----	37
III.5.2 Concepto de daño moral.-----	39
III.6 Referencias al daño moral en la materia civil.-----	56
III.6.1 Indemnización por daño moral y seguro óptimo.-----	62
III.6.2 La jurisprudencia del Tribunal Supremo.-----	68
III.6.2.1 La salud.-----	68

III.6.2.2 La libertad.-----	69
III.6.2.3 La tranquilidad de ánimo –el equilibrio	
Psíquico.-----	70
III.6.2.4 La honorabilidad sexual.-----	70
III.6.2.5 La honorabilidad sexual	
El apego a la vivienda propia.-----	70
III.6.2.6 Sexo y daño moral.-----	71
III.6.2.7 Daño moral y sanción.-----	74
III.6.2.8 Confusión entre daño patrimonial	
y daño moral.-----	77
III.7 Reflexiones sobre el daño moral.-----	80
III.7.1 Posiciones doctrinales en relación al	
resarcimiento del daño moral.-----	81
III.7.2 Teoría del <i>solatium</i> .-----	83
III.7.3 Teoría de la superación.-----	83
III.8 Daño Moral en el ordenamiento Cubano.-----	90
 CAPÍTULO IV.-----	 93
 CONCLUSIONES.-----	 93

CRITERIOS PARA ESTABLECER EL QUANTUM DE LA INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL

I. INTRODUCCIÓN.

Las causa que me motivaron a abordar este tema, radica en que El daño moral es una figura jurídica que interesa conocer a todos. Cualquier persona puede ser víctima de una agresión que lastime su patrimonio moral y por lo mismo es importante conocer los derechos que les asisten para reclamar judicialmente la reparación que las leyes establecen.

Las personas sufren un daño moral cuando concurren dos elementos: un hecho ilícito y que la consecuencia de ese hecho ilícito afecte a esa persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás.

México las leyes disponen que quien causa el daño tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material. Pero en la mayoría de los casos la verdadera reparación es la sentencia condenatoria que habrá de publicar a sus costas quien causó el daño.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analiza, discute y resuelve la revisión sobre aspectos constitucionales de interpretación directa que hizo un Tribunal Colegiado en Materia Civil en el juicio por daño moral que se entabló contra José Angel Gurría Treviño, Oscar Alfonso Ignorosa Mijangos y la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El caso se inició con motivo de la actuación como Cónsul General de México en San Antonio, Texas, de Humberto Hernández Haddad en el año 1995, por haber informado a José Angel Gurría Treviño, entonces Secretario de Relaciones Exteriores, que el fugitivo Manuel Muñoz Rocha se encontraba escondido en esa ciudad, según las declaraciones rendidas bajo juramento por agentes y fiscales federales del Departamento de Justicia de los Estados Unidos ante el magistrado federal John Primomo, en los expedientes judiciales SA94-CR516M y SA94-CR377, radicados en la Corte Federal de San Antonio, Texas.

En esos dos expedientes judiciales se establece que el fugitivo Manuel Muñoz Rocha era el eslabón clave en los asesinatos de Luis Donaldo Colosio y José Francisco Ruiz Massieu, y que se encuentra bajo la protección del mismo grupo que ordenó esos dos asesinatos.

Fueron dos las sentencias que condenaron a la Secretaría de Relaciones Exteriores a reparar el daño moral que le causaron los actos y conductas ilícitas de José Angel Gurría Treviño y su jefe de prensa Oscar Alfonso Ignorosa Mijangos. La primera la emitió un Juez de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, condenando a la Secretaría de Relaciones Exteriores al pago de una indemnización y a la publicación de un extracto de la sentencia en los medios de comunicación.

La segunda sentencia condenó a José Angel Gurría Treviño, Oscar Alfonso Ignorosa Mijangos y a la Secretaría de Relaciones Exteriores a pagar la indemnización y publicar un extracto de la sentencia en los medios de comunicación. El dolo, como elemento central para causarme daño, quedó acreditado en las conductas ilícitas

de los codemandados.

Los actos ilícitos fueron ordenar la baja del Cónsul General sin contar con acuerdo escrito del Presidente de la República, único facultado para hacerlo por disposición del artículo 89 constitucional, fracción II, y distribuir un comunicado de prensa donde inventaron una sanción destitutoria al Cónsul General. Con malicia informativa los autores de ese boletín de prensa inventaron hechos que no se pudieron probar en tribunales jamás existieron y que fueron enviados a la prensa por la Cancillería, con el propósito doloso de afectar su reputación profesional y su credibilidad.

El asunto llegó a la Suprema Corte porque un Tribunal Colegiado les concedió el amparo a los condenados para que escaparan impunemente, al decir que el presidente y el Secretario de Relaciones Exteriores pueden dictar órdenes verbales sin que consten por escrito sin violar las garantías de seguridad jurídica y de legalidad, pasando por encima del artículo 16 constitucional; y que el daño para reclamar, con o sin el conocimiento de la víctima, prescribe a los dos años. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene en sus manos resolver la procedencia de este juicio para reparar el daño moral cometido, sentando con ello un precedente de trascendencia e interés público. Nadie está a salvo de sufrir un daño en su patrimonio moral. Al acudir en demanda de justicia ante el Poder Judicial de la Federación respetuosamente pedí que se valore el trasfondo de este asunto y se analice la verdad histórica que este caso encierra.

Hecho que motivó a realizar el presente trabajo.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

La reacción primitiva para la reparación del daño moral, era la de retribuir una ofensa por otra ofensa (ley del Talión), en la cual la retribución era de la misma naturaleza que el daño, ello inspirado en un sentimiento de venganza.

Los romanos, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber como comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere es*, está en relación a otro, o lo que es lo mismo, tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos o cuando la víctima ha sido culpable del daño. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación – en sentido jurídico– de dejar esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Según el desarrollo histórico del concepto de responsabilidad civil, se dice que es el conjunto de consecuencias de una acción u omisión ilícitas, que derivan una obligación de satisfacer el daño a la pérdida causada.

I.1 Planteamiento del problema.

¿Qué criterios o elementos puede adoptar el Juzgador a fin de

establecer un adecuado *quantum* indemnizatorio para resarcir el daño moral, teniendo en cuenta que, dada su naturaleza extrapatrimonial y de difícil probanza, en la mayoría de los casos dicha cuantificación queda librada exclusivamente a su criterio de conciencia y el llamado de equidad?¹

Como algo nítidamente diferente del daño en sentido estricto, qué es el daño patrimonial, aparece la figura del denominado “daño moral”. La polémica surgió inicialmente en Francia y posteriormente en otros países en el sentido de la admisibilidad de una indemnización respecto de este tipo de daño, entre quienes sostenían que el único daño que el Código declara indemnizable es el daño en sentido estricto o daño patrimonial, que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, y quienes entendían que el llamado daño moral puede englobarse en un amplio concepto de daño que no cualifica el tipo de éste.

Se habla de la arbitrariedad que se suscita en el momento de fijar o cuantificar el daño moral, así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba.

El problema es el siguiente: Por una parte, la necesidad de delimitar lo más precisamente posible el concepto de daño moral y, por otra, es preciso averiguar en que casos resulta indemnizable y con arreglo a qué criterios.

Se han esbozado diversos métodos y criterios en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparada, de donde se advierte que los

¹ Gastañadui Ybañez, Lucy. Abogada egresada de la Universidad Nacional de Trujillo. Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Civil de la Libertad.

criterios de evaluación de los daños extra-patrimoniales no son uniformes. Existen múltiples aspectos que deben ser tomados en cuenta para determinar el monto que se debe otorgar a quien ha sufrido un daño que no es valorable en dinero.

En nuestro ordenamiento jurídico no ha sido adecuadamente tratado el tema referido a los mecanismos de determinación del monto de la indemnización del daño, salvo por contados esfuerzos doctrinarios. En el Código Civil, en la sección referida a la inejecución de obligaciones, no existen normas que orienten sobre este tema.

I.2 La responsabilidad civil.

La disciplina de la Responsabilidad Civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual o bien se trate de daños que sean resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligatorio.

Se ha pretendido la unificación de la responsabilidad civil, y uno de los autores que propuso esta unificación fue el fallecido Dr. Lizardo Taboada Córdova, quien manifestaba: *“...la doctrina moderna y desde hace mucho tiempo, es unánime en señalar que la responsabilidad civil es única, y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual”*, continua diciendo, *“...debe quedar claramente establecido que la responsabilidad civil es una sola, existiendo dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperio legal de indemnizar*

el daño causado.”

Es oportuno citar a otro exponente de esta posición unificadora, el Dr. Espinoza Espinoza quien señala: *“...la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna en bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino como solucionar sus consecuencias. No importa en agente dañoso sino el dañado. Actualmente, con satisfacción puedo comprobar que esta es la orientación de la doctrina nacional mas autorizada. Con razón, ahora se afirma que nunca hemos encontrado justificativo que explique el por qué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos.”*

Este mismo autor refiere que las diferencias ontológicas de las dos responsabilidades se reconducen a un perfil mínimo: la presencia o la falta de una obligación preexistente. Del lado contrario de esta posición encontramos a Leysser L. León. Para este autor resulta inútil e imposible el realizar esta unificación: Critica fuertemente a aquellos que creen *“...en que las normas son formulas para zanjar debates doctrinarios, para consagrar puntos de vista caprichosos e insostenibles, y no para solucionar conflicto de intereses...”*. Señala que es equivocado pretender justificar la unificación del sistema de responsabilidad civil bajo el argumento considerado de la posibilidad del cúmulo o concurso de la responsabilidad contractual y extracontractual, el cual no es sino la posibilidad de permitir al damnificado decidir el ejercicio de la acción que mas le convenga (contractual o extracontractual). Sin embargo la actual dicotomía se está orientando a la unificación sistemática de ambas responsabilidades a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema. Por su

parte, al respecto Roncal señala: *“La responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas, sino que muchas veces pueden presentarse de manera paralela coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero que tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es la contractual.”*

Encontramos diferencias entre la Responsabilidad Contractual y la Responsabilidad Extracontractual. En este punto encontramos las siguientes diferencias:

a) Cuando se presenta la responsabilidad contractual, el acreedor dispone de una pretensión que solo puede oponerse en tanto derecho a la prestación, al deudor. Distinto es el trato en la responsabilidad extracontractual, pues la tutela resarcitoria de esta responsabilidad es oponible a todos;

b) En la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe, en este campo se indemnizan todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan todos los daños, solamente se reparan aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor;

c) El monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

d) En la responsabilidad derivada por incumplimiento se resarcen los daños previsibles al momento del surgimiento de la relación obligacional; en cambio, en la responsabilidad extracontractual, por no existir una prestación debida no hay como desarrollar de antemano un juicio de previsibilidad.

e) El plazo perentorio de la acción de responsabilidad civil, de la acción para demandar los daños y perjuicios, para responsabilidad civil extracontractual será de dos años, mientras que para la responsabilidad civil contractual, el plazo será de 10 años (actualmente dependiendo de la norma que lo contemple).

I.3 La persona como objeto de la conducta lesiva.

1. La norma Civil en términos generales prescriben que *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”*. Sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes. “La expresión “persona” se reserva en cambio y de acuerdo con la tradición jurídica, para mentar dos situaciones específicas dentro de las cuatro categorías del “sujeto de derecho” que reconoce el Código Civil. El término “persona” se refiere a cualquier persona, hombre o mujer, una vez nacido, como individuo, o colectivamente organizado siempre que cumpla con la formalidad de su inscripción exigida por la norma. En el primer caso nos encontramos frente a la persona individual, a la que el Código menciona como “natural” y en el segundo ante la persona colectiva conocida como “persona Jurídica”

2. Concepto de daño inferido a la persona en las codificaciones

civiles. El daño a la persona es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona. Se trata de un hecho que por su magnitud truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más interna vocación. El daño personal arremete la dignidad misma de la persona humana considerada como un ser libre de decidir su destino dentro de las condiciones inherentes a la vida humana.

Se acordó que se incorporara a los Códigos Civiles como supuesto de ley el daño a la persona dentro de la Responsabilidad Civil Extracontractual, pero no se eliminó el concepto de daño moral, entendiéndose éste como una afrenta al sentimiento y que a su vez constituye un aspecto del daño a la persona. En dichos dispositivos se alude al daño moral en lugar de daño a la persona, aunque según la exposición de motivos le otorgan los mismos alcances que el daño a la persona.

I.4. El Daño.

1. El daño, comprende además de la lesión del bien protegido, las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien protegido. De una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Se habla de un daño evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

El daño no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que por lo general hace estallar la situación en diferentes fragmentos económicamente dañinos: aquel que es atropellado por un vehículo puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios , requiere

pagar la ambulancia que lo llevó hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a unos costos de rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo, etc.

I.4.1 Clasificación del daño.

Tenemos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que abarcan la gran cantidad de situaciones que se presentan en la vida diaria y se denominan: Daño Emergente y Lucro Cesante.

I.4.2 Daño patrimonial.

Consiste en la lesión de derechos de contenido económico.

I.4.3 Daño emergente.

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, conocido también como la disminución de la esfera patrimonial del dañado. Dicho en otras palabras, la indemnización del daño emergente es la que pretende restituir la pérdida sufrida. Tenemos como ejemplo: en un accidente de tránsito, los gastos de la reparación del vehículo, gastos médicos, (operación, medicina); en cuanto a los daños futuros, se refiere a la secuela que puede causar el accidente en la salud de una persona y que no necesariamente surgen en el momento de la contingencia sino en forma posterior.

I.4.4 Perjuicios.

Consiste en el no incremento del patrimonio del dañado; también se dice que es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado, en consecuencia será aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino o aquello que hubiera podido ganar y no lo hizo por causa del daño. Entonces mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que se enriquezca legítimamente; esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es el de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño.

I.4.5 Daño extrapatrimonial.

Dentro de la sistemática actual del Código Civil Peruano, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral, expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos.

I.4.6. Daño moral y Daño a la persona.

Este tipo de daño se denomina también “daño no patrimonial”, “daño extrapatrimonial”, “daño extraeconómico”, “daño biológico”, “daño a la integridad psicosomática”, “daño a la vida de relación”, entre

otros. El daño moral, es el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. También se entiende daño moral como un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, un turbamiento. Si bien daño a la persona y daño moral son idénticos en cuanto a su contenido no patrimonial, ambos difieren pues la relación entre el primero y el segundo es de género a especie. El daño a la persona por su parte, se le conoce también como daño subjetivo, esto es el daño ocasionado al sujeto de derecho, el cual incluye un sinnúmero de situaciones que pueden presentarse. El daño a la persona se presenta como una sub especie del daño moral.

El Doctor Carlos Fernández Sessarego señala la distinción clásica entre el daño patrimonial y el daño no patrimonial, quien admite una subdivisión: el daño extrapatrimonial estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona. Este último sería el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. En cambio, el daño moral habría quedado reducido al *“dolor de afección, pena sufrimiento”*.

I.5 Causas de justificación del hecho dañoso.

Las causas de justificación se encuentran previstas las normas civiles, a las que también se les denomina causas de exoneración de responsabilidad al ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad (en materia penal):

I.5.1 El ejercicio regular de un derecho.

Este supuesto tiene su antecedente histórico en la antigua fórmula romana *“qui suo iure utitur neminem laedit”*, de tal suerte que el

que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por tal razón no le incumbe por los quebrantos que pudiera ocasionar. Si se lesiona otro derecho, nos encontramos frente a un supuesto genérico de responsabilidad civil y si se lesiona un legítimo interés, entonces nos encontramos frente a un abuso del derecho y en ambos casos los daños producidos deben ser resarcidos.

I.5.2 La legítima defensa derivada de la materia penal.

Esta figura se inspira en un principio bien enraizado en la conciencia social y jurídica, en virtud del cual toda persona puede defenderse del peligro de agresión cuando no haya manera de contar con la tempestiva y adecuada intervención de los órganos competentes del ordenamiento estatal destinados a la defensa de sus ciudadanos. La legítima defensa es “de la propia persona o de otra o en salvaguardia de un bien propio o ajeno”

Tenemos como características las siguientes:

- El peligro debe ser actual
- El peligro debe amenazar un interés, directa y plenamente tutelado por el derecho
- La amenaza debe ser injusta.
- El recurso a la defensa debe ser necesario e inevitable
- La reacción debe ser proporcional a la agresión

I.5.3 Estado de Necesidad.

Se suele definir al estado de necesidad como el sacrificio de un bien jurídicamente inferior a favor de un bien jurídicamente superior,

frente a un estado de peligro inminente. La normatividad establece que no hay responsabilidad: *“en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”*

I.6 Relación de Causalidad.

I.6.1 Nexo Causal. Se presentan los siguientes supuestos:

- “Aquel que...causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...”

- “Aquel que...causa un daño a otro está obligado a repararlo...”

- “...debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.”

El nexo causal se constituye en el tercer requisito de orden fundamental de la responsabilidad civil, el que consiste en que debe existir una relación causa-efecto, esto es de antecedente- consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, de lo contrario no existirá responsabilidad Civil y no nacerá la obligación legal de indemnizar. Tiene que haber una determinada razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar, una razón que individualice a un presunto responsable dentro del universo de personas.

Esto significa que el daño debe ser consecuencia de la conducta

antijurídica del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Similar situación se advierte en la responsabilidad civil contractual, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor.

La relación de causalidad, es un requisito general de la responsabilidad civil, tanto en el ámbito contractual como el extracontractual.

I.6.2 Causalidad natural y Causalidad jurídica.

Paralelamente al causante físico, la ley crea un causante “jurídico”. Entonces el análisis Causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de las cosas sino en la voluntad de la Ley, la misma que responde a finalidades antes que a mecanismos; entonces mientras la naturaleza está compuesta por causas eficientes (relación causa- efecto), el Derecho está compuesto por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales. Por ejemplo, en caso de que la víctima pueda exigir el pago, también a una tercera persona (empleador, Compañía de Seguros, etc.), que por mandato de la ley responde en vez del causante natural. La causalidad en Derecho se crea jurídicamente, por lo que aún en los casos que el Derecho reconoce como causa de algo aquello que constituye su causa natural, no es por que lo sea sino por que en ese caso particular, el Derecho ha conferido a la causa natural el carácter de causa jurídica.

I.6.2.1 Adecuación de la causa

No todas las causas que, necesariamente conducen a la

producción de un daño, pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño; no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Se requiere que la causa sea adecuada, esto es idónea.

Von Kries decía que *“...puede considerarse que estamos ante una causa cuando la circunstancia bajo análisis tiene la naturaleza de producir normalmente el daño que ha condicionado”* De esta manera la pregunta clave frente a la situación concreta es: *“La acción u omisión del presunto responsable era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era “adecuada” para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente”*

Para el Profesor Lizardo Taboada Córdova, señala que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos:

a) UN FACTOR IN CONCRETO.-Se entiende en el sentido de una causalidad física o material, esto es que la conducta haya causado el daño concretamente.

b) UN FACTOR IN ABSTRACTO: Se hace necesaria la concurrencia de este segundo factor, el que se entiende: *“La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa no existirá una relación causal aún cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto. Es pues necesaria la concurrencia de ambos factores para*

que se configure una relación causal adecuada”.

La causa en la responsabilidad extracontractual prescribe expresamente que la causalidad que debe ser analizada desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la “adecuada”.

I.6.2.2. Rompimiento causal y concausa.-

a) Rompimiento Causal. Ésta se configura cuando en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el que es resultado del despliegue de sólo una de dichas conductas. Es por ello que a la conducta que no ha llegado a causar el daño se le denomina causa inicial, mientras que a la conducta que si llegó a causar el daño se le denomina causa ajena.

En cuanto a la causa ajena u otra causa, refiere a supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor, o del hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima. Se precisan los tres casos en los cuales se rompe el vínculo causal, entre el causante aparente y la víctima, por consiguiente, no existiendo nexo o continuidad causal, no hay tampoco responsabilidad. En el primer caso se referirá a un fenómeno de la naturaleza, en el segundo puede ser un acto de autoridad como toque de queda, por el que se prohíben conductas que antes se permitían; en cuanto al hecho determinante de un tercero y hecho propio de la víctima, el daño se deberá a dichas conductas. Por ejemplo tenemos el caso de un suicida que se arroja bajo las ruedas de un vehículo y muere atropellado.

b) Concausa. Este supuesto se configura cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento con la conducta del autor y la

realización del daño. En este caso el daño no es consecuencia única y exclusivamente de la conducta del autor, sino que la misma víctima ha contribuido y colaborado en la realización del mismo, y por haber mediado dicho comportamiento precisamente, se ha producido el daño.

En cuanto al efecto jurídico de la concausa éste lo constituye una reducción de la indemnización, que será determinada por el juez en relación al grado de participación de la víctima. Ejemplo: El caso de un ciclista que practica su deporte en una vía no propicia para ello y muere atropellado.

I.6.3 Criterios de discusión.

Se ha visto en muchos de los casos estudiados que los Órganos Jurisdiccionales otorgan una indemnización cuyo *quantum* no se encuentra debidamente motivado. No existe forma de establecer si el monto otorgado por los Jueces por concepto de indemnización por daño moral y si en el caso particular, resulta verdaderamente resarcitorio del daño ocasionado a los ofendidos, debido a que las sumas consignadas se basan estrictamente en el criterio del Juez, las mismas que en su mayoría son consignadas al azar en forma absoluta y arbitraria, de lo que puede deducirse fácilmente la necesidad de establecer algunos criterios básicos y fundamentales a seguir por los Magistrados al momento de establecer el *quantum* indemnizatorio por daño moral.

CAPÍTULO II

II.1 ¿Qué es el daño moral? (Derecho Comparado)

En una publicación referente al daño patrimonial indemnizable, se menciona que la norma civil, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, dispone “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta...*”. La expresión *todo daño* ha servido para que nuestros tribunales ordenen la indemnización del daño moral, aunque en algunas disposiciones, como en la ley penal, ya se ha contemplado la reparación por daño moral. En tal sentido, la determinación del concepto y extensión del *daño moral* ha sido entregada a la doctrina y, especialmente, a la jurisprudencia.

En virtud del mandato asentado en el Código Civil, e incluso en la ley penal, en orden a que todo daño sea indemnizado, la jurisprudencia nacional comienza a pronunciarse en sentencias que acogen la reparación del daño moral. Así, en virtud de esta normatividad, se crea y desarrolla toda una doctrina en atención a su concepto, reparación y extensión. Este proceso evolutivo ha sido una constante durante los últimos años.

El concepto de daño moral se fundamenta en el sufrimiento, en el trastorno psicológico, en fin, en la afectación espiritual. Parte de la doctrina estima que el daño moral se agota en el ámbito de la personalidad, que se limita al deterioro de los sentimientos sin ninguna consecuencia pecuniaria; lo cierto es, sin embargo, que debe reconocerse que en la actualidad, la dogmática jurídica reconoce lo que

se denomina daño moral puro y daño moral con consecuencias patrimoniales, que deben indemnizarse, en la medida que se encuentren acreditados. Esto último ha dado origen, incluso, en algunos países de Centroamérica, a la teoría del daño del alma. [Corte de Apelaciones de Santiago, 7ª Sala, 30 de mayo de 2003].

II.2 Certidumbre del daño moral y su estimación

Este es un tema de por sí complejo, ya que un daño, para ser indemnizable, debe ser siempre real y cierto. En tal sentido, la indemnización del daño moral se torna una tarea compleja, ya que al tratarse de un daño impalpable, su determinación resulta difícil, y más aún, su cuantificación.

Para explicar mejor este asunto, utilizaremos un ejemplo real y el razonamiento que llevó a la Corte de Apelaciones de Valparaíso (Chile), a condenar al demandado al pago de la suma de \$80.000.000 por concepto de daño moral.

a) Los hechos

En horas de la madrugada del 9 de marzo de 1997, hubo un accidente de tránsito en donde el conductor -en estado de ebriedad- de un vehículo, impactó a otro vehículo, causando la muerte de su conductor. La víctima era un joven de 28 años, casado y con tres hijos. La sucesión de este señor dedujo una demanda de indemnización de perjuicios por \$400.000.000 por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral. En primera instancia se condenó al encausado (en terminología de la época) como autor de cuasidelito de homicidio y al pago de una indemnización de perjuicios ascendiente a \$120.000.000, sólo por concepto de daño moral a favor de los

demandantes, ya que en lo demás se rechazó la demanda.

b) Decisión de la Corte de Apelaciones

La Corte estima en primer lugar la edad de la víctima, que al tener sólo 28 años al momento del accidente, se trataba de un joven que tenía varios años de expectativas de vida, que se vieron destruidas por el actuar irresponsable de quien conducía un vehículo en estado de ebriedad, infringiendo, además, normas del tránsito al efectuar un viraje en lugar prohibido y sin respetar el derecho preferente de paso de otro automóvil. En este punto, para la Corte resulta claro que existe un daño imputable a la culpa del demandado, es decir, que concurre el primer elemento que debe acreditarse para la procedencia de la indemnización por responsabilidad extracontractual.

Se acreditó, asimismo, que el occiso era casado y tenía tres hijos menores, de ocho, cinco y dos años a la época del accidente. En atención a la edad en que los niños perdieron a su joven padre, no cabía duda que tal hecho tiene que haber provocado un dolor al verse privados, de forma violenta e imprevista, de la figura paterna. Constaba también, por otro lado, el daño psicológico experimentado por la cónyuge sobreviviente. En este punto, la Corte da por acreditado el daño moral que efectivamente sufrieron los hijos de la víctima y su cónyuge *superstite*.

Finalmente, ya que se tiene la existencia de un daño imputable a dolo o culpa -es esta última la que concurre en este caso-, y además se ha acreditado el sufrimiento y daño psicológico -o daño moral si se quiere- que los demandantes experimentaron, la Corte debe avocarse a la tarea de estimar a cuánto debe ascender la indemnización por este concepto. En tal sentido, la Corte señala que el daño moral "*aun siendo*

de difícil cuantificación, debe evaluarse prudencialmente por los tribunales, considerando el daño causado, así como también los antecedentes de que se dispone en autos acerca de los ingresos, bienes y actividades que realiza el demandado". Una vez que se acreditó que el demandado percibía un ingreso de \$1.200.000, que era dueño del vehículo que conducía y propietario de un bien raíz en Viña del Mar, se determinó que *"no se trata de un persona carente de recursos que no pueda afrontar el pago de una indemnización"* y, por tanto, lo condenó al pago de ésta, en los términos señalados, por un monto de \$80.000.000. [Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de abril de 2002](Chile).

CAPÍTULO III

III.1 La Responsabilidad Objetiva

En Tabasco, la obligación de reparar pecuniariamente el daño a modo de restituir la situación patrimonial que con anterioridad tenía el particular, se lleva a cabo generalmente a través de la indemnización; en nuestra legislación secundaria queda superada en gran parte la teoría de la culpa que daba lugar a la responsabilidad subjetiva del agente que causa el daño, verificándose su traslación a la responsabilidad objetiva, en cuanto a que es la producción del daño la determinante de la responsabilidad, mismo que debe ser imputable, para que sea posible su reparación.

En este sentido, aunque Manuel Bejarano Sánchez señala como responsabilidad objetiva la provocada por el maquinismo decimonónico, denominada en la doctrina como la responsabilidad objetiva por riesgo creado, la tendencia internacional se ha visto claramente reflejada en nuestro Código Civil, y en otros ordenamientos actualmente en desarrollo, por lo que es permisible hacer la distinción entre ambas, para evitar la lógica confusión que puede acaecer en tanto se actualiza la doctrina a la nuevas circunstancias jurídicas que actualmente podemos presenciar.

Esta aclaración no pretende desvirtuar el elemento culpa, que se encuentra presente en la legislación nacional y que aún siguen muchos códigos estatales, ya que la fuente de las obligaciones emanadas del hecho ilícito (trátase de responsabilidad civil contractual o extracontractual), sigue siendo la misma; es en la determinación de la

responsabilidad en la que cambia la perspectiva del legislador tabasqueño.

III.2 El Código Civil del Estado de Morelos dispone en sus artículos 1366, 1367 y 1368 con relación a la Responsabilidad Objetiva, lo siguiente:

“DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O RIESGO CREADO

ARTICULO 1366.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. *Cuando una persona utilice como poseedor originario, derivado o simple detentador, mecanismos, instrumentos, aparatos, cosas o substancias, peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por dolo o culpa inexcusable de la víctima.*

La responsabilidad establecida en el párrafo anterior existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor. Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, éste será el responsable.

Deberá existir una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.”

“ARTICULO 1367.- RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO DE LOS PROPIETARIOS O POSEEDORES DE BIENES. *Los propietarios o poseedores de bienes muebles o inmuebles, responderán de los daños que causen:*

I.- Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias nucleares o explosivas, o por infiltración de materias corrosivas, aun cuando no haya culpa o se deba a caso fortuito o fuerza

mayor;

II.- Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;

III.- Por la caída de sus árboles;

IV.- Por las emanaciones de cloacas, expulsión de residuos industriales o depósitos de materiales infectantes;

V.- Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; y

VI.- Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera otra causa que origine algún daño, aun cuando no haya culpa o se deba a caso fortuito.

La responsabilidad establecida en las fracciones II a V, existirá aun cuando no haya culpa o se deba a casos fortuitos ordinarios. En los casos fortuitos extraordinarios no existirá dicha responsabilidad. Es aplicable la enumeración contenida en el artículo 1922 de este Código, para determinar cuáles son los casos fortuitos extraordinarios, los demás casos se considerarán como ordinarios.”

“ARTICULO 1368.- FIJACION DEL MONTO POR REPARACION DEL DAÑO. El monto de la reparación del daño en los casos a que se refieren los artículos de este Capítulo se fijará en las dos terceras partes de la cantidad que resulte aplicando las bases establecidas en el artículo 1347 de este Código. Cuando el daño se cause por empresas de servicios públicos el monto de la reparación del daño será la mitad del que se fija en el artículo mencionado.”

III.3 El Daño

Lato sensu, el término se refiere a toda suerte de mal material o moral.

Más particularmente, en Derecho Civil, la palabra "daño"

representa al detrimento, perjuicio menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.

El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad de entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

Rafael Piña Vara, en su Diccionario de Derecho, define el daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (Art. 2108 del Código Civil para el D. F.). Esta definición se debe entender en el sentido de daño material. El daño también puede ser moral.

También se define como el mal, perjuicio, deterioro causado a una persona por otra u otras, o por el hecho de las cosas. De este modo, en el ámbito federal, el Artículo 2108 del Código Civil vigente, entiende por daño "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación."

En el Código Civil para el Estado de Tabasco, encontramos el concepto en el artículo 2050, entendiéndose por daño "la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la realización del hecho que la ley considera fuente de responsabilidad"

III.4 Reparación del daño

En cuanto a la reparación del daño, el Código Civil local reconoce en su artículo 2053 que debe consistir en el restablecimiento

de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral que permitan compensar a la víctima.

Aunque la figura del daño se considera en prácticamente toda la legislación federal, la reparación del daño se prevé en los siguientes ordenamientos:

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

- CÓDIGO CIVIL FEDERAL
- CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR
- CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES
- CÓDIGO PENAL FEDERAL
- LEY ADUANERA
- LEY AGRARIA
- LEY DE AGUAS NACIONALES
- LEY DE AMPARO, REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

- LEY DE TRATAMIENTO DE MENORES INFRACTORES, PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL

- LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
- LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES
- LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE LOS SENTENCIADOS

En la legislación estatal.

- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MORELOS

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MORELOS
 - CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MORELOS
 - CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS
 - LEY DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO DE MORELOS
 - LEY DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL ESTADO DE MORELOS
 - LEY ORGÁNICA MUNICIPAL
 - LEY PARA LA ADMINISTRACIÓN DE BIENES ASEGURADOS, DECOMISADOS O ABANDONADOS
 - CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO
 - CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TABASCO
 - CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE TABASCO
 - CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO
 - LEY DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO
 - LEY DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL ESTADO DE TABASCO
 - LEY ORGÁNICA MUNICIPAL
 - LEY PARA LA ADMINISTRACIÓN DE BIENES ASEGURADOS, DECOMISADOS O ABANDONADOS
 - LEY PARA LA PREVENCIÓN Y COMBATE DE INCENDIOS AGROPECUARIOS DEL ESTADO DE TABASCO

III.5 TIPOS DE DAÑO

Para los efectos de la reparación, se considera como daño

emergente el detrimento, menoscabo o destrucción material de bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El daño emergente, la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, se traduce en una disminución de su patrimonio.

Es preciso hacer hincapié en la siguiente disposición que prevén diversas normas estatales por cuanto a este rubro, que determinan la unificación de criterios.

Concepto. - Cuando un hecho cause **daños y perjuicios** a una persona y la ley imponga al autor de este hecho o a otra persona distinta la obligación de reparar esos **daños y perjuicios**, hay responsabilidad civil.

Los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley, pueden provenir de un hecho ilícito, o de un hecho lícito, de acuerdo en este segundo caso con lo establecido también en las diversas normas civiles.

Obligación de reparar los daños y perjuicios. El autor de un hecho ilícito debe reparar los **daños y perjuicios** que con tal hecho cause a otra persona, a menos que demuestre que el **daño** o el **perjuicio** se produjeron como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Esta responsabilidad puede ser a cargo de una persona que no sea la autora del hecho ilícito, en los casos en que así lo disponga la ley.

Los integrantes de la familia que resulten responsables de violencia familiar, deberán reparar los **daños y perjuicios** que

ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan.

Lo que es notorio, es que en materia de responsabilidad civil, el daño se encuentra generalmente relacionado con el concepto de perjuicio, que resulta ser la categoría opuesta del daño emergente.

El perjuicio o lucro cesante (que, por cierto, encontramos en la doctrina pero no se encuentra definido aún en la ley), se configura principalmente, por la privación de aumento patrimonial por la supresión de la ganancia esperable, y se encuentra previsto como tal en los siguientes ordenamientos legales:

- CÓDIGO FISCAL DEL ESTADO DE TABASCO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE TABASCO
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TABASCO
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO
- LEY DE IMPUESTOS DIVERSOS DEL ESTADO DE TABASCO.

Daño es el detrimento, perjuicio o menoscabo causado por culpa de otro en el patrimonio o la persona.

En Derecho civil, la palabra "daño" significa el detrimento, perjuicio o menoscabo que una persona sufre a consecuencia de la acción u omisión de otra, y que afecta a sus bienes, derechos o intereses.

La rama del Derecho civil que se ocupa de los daños es el llamado Derecho de la responsabilidad civil. Cierta sector de la doctrina denomina de modo equívoco a esta rama de estudio como "Derecho de daños" al efectuar una traducción tosca del término "Tort Law". Sin embargo, el error no se limita al aspecto nominal pues también alcanza a la perspectiva de análisis empleado (énfasis al daño en desmedro del resto de elementos que configuran la responsabilidad civil contractual y extracontractual).

El daño puede ser causado por dolor o culpa, o bien puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de daño doloso, el autor del daño actúa de forma intencional o maliciosa. En el caso de daño causado culposamente, la conducta es negligente, descuidada o imprevisora, y no presta la atención que debiera según en cánon o estándar de diligencia aplicable (generalmente, el del "buen padre de familia"). En principio, el daño doloso obliga al autor del daño a resarcirlo. Además, suele acarrear una sanción penal, si también constituye un ilícito penado por la ley. En cambio, el acto ilícito meramente civil suele llevar provocar tan sólo el nacimiento del deber de reparar o indemnizar el daño. Nadie responde de los daños causados de modo fortuito, en los cuales se dice que la víctima debe pechar con su daño.

La responsabilidad por daños exige como regla general que exista un nexo causal entre la conducta del autor y el daño.

En los sistemas jurídicos de tradición continental el daño que es causado por culpa o dolo debe ser reparado, conforme al principio general de la responsabilidad civil. Esta reparación, actualmente, se extiende tanto al daño material como al moral, pues los ordenamientos por regla general no la restringen a alguno en particular.

México

Algunos tratadistas definen el daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (Art. 2108 del Código Civil para el D. F.). Esta definición se debe entender en el sentido de daño material. El daño también puede ser moral.

También se define como el mal, perjuicio, deterioro causado a una persona por otra u otras, o por el hecho de las cosas. De este modo, en el ámbito federal, el Artículo 2108 del Código Civil vigente, entiende por daño *"la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación"*.

En el Código Civil para el Estado de Tabasco, encontramos el concepto en el artículo 2050, entendiéndose por daño *"la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la realización del hecho que la ley considera fuente de responsabilidad"*

En cuanto a la reparación del daño, el Código Civil local reconoce en su artículo 2053 que debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden económico y moral que permitan compensar a la víctima.

El daño como institución jurídica se encuentra en prácticamente toda la legislación federal.

España

En el Derecho español se distingue claramente entre daños patrimoniales y daños morales, con importantes consecuencias legales. Los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

- El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero
- El daño o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad, personal e íntima, que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a reparar. Por ejemplo, la pérdida de un ser querido. Si bien, el dinero, servirá como sistema compensatorio, pero no lucrativo.

Por supuesto, un suceso dañoso puede provocar daños de ambas clases y es normal que así suceda. Bien sea directamente, bien sea porque todo daño patrimonial, siempre, tiene cierto grado de afectación moral, excepciones hechas del daño meramente dinerario (si no se evalúa el esfuerzo que costó conseguirlo) o de otros daños no morales de índole estrictamente mercantil.

Cabe establecer tres criterios fundamentales para el estudio de los daños en el derecho español:

1. El daño, la lesión, el agravio o el menoscabo que sufre la persona en su patrimonio o en su ser físico o moral, o en sus derechos

o facultades, siempre puede ser objeto de apreciación económica. Es el presupuesto central de la responsabilidad civil.

2. El daño material es la lesión causada a los bienes por la acción de un tercero; es un perjuicio ocasionado en el patrimonio de la víctima por el hecho del agente y

3. El daño moral es aquel daño que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo

- Sexo y daño moral
- Daño moral y sanción
- La confusión entre daño patrimonial y daño moral
- Sentencias del Tribunal Supremo

Desde el punto de vista económico

Daño patrimonial y daño moral: las razones de la diferencia

En economía, dañar es hacer disminuir la utilidad del individuo dañado. En derecho, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, una dualidad básica y que tiene importantes consecuencias legales. El análisis económico del derecho integra entonces los discursos de la economía y del derecho para elaborar una teoría fecunda y elegante de los daños morales que se expone a continuación.

En el marco de esta teoría, los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una *reducció* compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero.

c) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para remplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetraplégico como consecuencia de un accidente.

El velocista accidentado que queda en una situación de extrema invalidez física, su gravísima lesión generará además y sin duda alguna daños patrimoniales cuantiosos: gastos médicos, farmacéuticos y de rehabilitación, pérdida de los ingresos derivados del ejercicio de su profesión, costes asociados a la necesidad de prótesis, instalaciones y atención médica permanentes, ayuda doméstica, adaptación de la vivienda, etc.

Sin embargo y desde el punto de vista de la víctima, las cosas nunca volverán a ser como antes del accidente: por más que todos los gastos y pérdidas patrimoniales hayan sido objeto de una compensación en dinero, la víctima no se verá restituida a la situación anterior al terrible accidente que sufrió. De estar en el caso, nadie diría

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

Una indemnización dineraria de cuantía determinada, deja a la víctima del daño con idéntica cantidad de dinero que tenía antes del accidente, pero el mismo dinero no le ofrece la misma utilidad. Después de haber sufrido el daño su función de utilidad ha cambiado y queda por debajo de la primitiva: la víctima recibe de su dinero una utilidad total menor de la que disfrutaba antes de sufrir el daño.

Entonces, la pregunta crucial del Derecho de daños en materia de daño moral es si la indemnización de daños y perjuicios debe servir para tratar de compensar esta pérdida de utilidad sufrida por la víctima de un daño moral, no patrimonial.

III.5.1 El Daño Moral

Esta figura tiene sus orígenes en la doctrina francesa, donde fue denominada por los jurisconsultos franceses como: "*Domages Morales*".

La figura del daño moral está ganando muchos adeptos en los países latinoamericanos, debido a las múltiples demandas que se ganan día a día en los países anglosajones.

El daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos infringidos a la víctima por el evento dañoso.

El daño moral se considera una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

Si retomamos la definición de "daño" como el mal o perjuicio producido a una persona y le aunamos el término "moral", en referencia a la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano, podremos acercarnos al concepto de Daño Moral, que entendido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

El daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador.

Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquiera persona podrá interponer una demanda por daño moral, sólo

podrán impetrarla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales.

Si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto, puede interponer dicho proceso. Igualmente las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso.

III.5.2 Concepto de daño moral

Código Civil Federal

“Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, 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 hubiere tenido la difusión original.”

“Artículo 1916 Bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.”

“ARTÍCULO 2051.- Daño moral. - El daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás.”

“ARTÍCULO 2058.- Indemnización en dinero. - El responsable del daño a que se refiere el artículo 2051, 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 el artículo 2072, así como el Estado y servidores públicos conforme a los artículos 2043 y 2044.

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 la afectación producida, 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 hubiere tenido la difusión original.”

“ARTÍCULO 2059.- Cuándo no existe obligación de reparación del daño moral. No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7 de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual, deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.”

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos, contempla la reparación del daño moral en los siguientes dispositivos:

“CAPITULO V

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE LOS HECHOS ILICITOS

ARTICULO 1342.- REQUISITOS DE LAS OBLIGACIONES QUE SURGEN DE HECHOS ILICITOS. Todo hecho del hombre, ejecutado con dolo, culpa, negligencia, falta de previsión o de cuidado, que cause daño a otro, obliga a su autor a reparar dicho daño.

Para los efectos de este artículo se considera que obra con culpa el que procede en contra de la Ley o de las buenas costumbres, causando daño a otro.

No existirá la obligación de reparar el daño, cuando se demuestre que éste se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

ARTICULO 1343.- RESPONSABILIDAD DEL INCAPAZ SOBRE REPARACION DEL DAÑO. El incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargadas, conforme lo dispuesto en los artículos 1353 y 1354 de este Ordenamiento.

ARTICULO 1344.- ABUSO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO. Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

ARTICULO 1345.- RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO. La responsabilidad establecida en el artículo 1342 de este Código

puede existir por hecho propio o ajeno; esto último, cuando se cause por personas que están bajo la potestad, dirección, dependencia o custodia de otro.

Cuando por el estado o naturaleza de las cosas se cause un daño, deberá responder del mismo aquél que las utilice, bien sea en concepto de dueño o como poseedor derivado. Se exceptúa el caso de daños causados por el estado o ruina de los inmuebles, hipótesis en la cual responderá el propietario o poseedor originario de los mismos.

ARTICULO 1346.- RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO.
Existe la responsabilidad por hecho ajeno en los casos mencionados en el artículo anterior, lo mismo cuando haya culpa por falta de vigilancia de las personas que están bajo la potestad, dirección o custodia de otro, que cuando se deba a culpa por torpeza en la elección de las personas que dependan contractualmente de otra en la prestación de servicios.

ARTICULO 1347.- CUANTIFICACION DE LA REPARACION DEL DAÑO. *La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago total de los daños y perjuicios de orden patrimonial y moral.*

La valorización de tales daños y perjuicios se hará por el Juez, condenando al pago de una reparación total en los casos de daño a las cosas.

Cuando el daño se cause a las personas y produzcan la muerte o incapacidad total, parcial o temporal para el trabajo, la indemnización de orden patrimonial consistirá en el pago de una pensión mensual, que se calculará en los siguientes términos:

I.- Si el daño origina la muerte de la víctima, la pensión mensual será equivalente al sueldo o utilidad que estaba percibiendo en el último año, conforme al promedio que resulte. Tendrán derecho a esta pensión los herederos de la víctima, excepto el Estado; a falta de ellos, quienes hubieren dependido económicamente de la víctima; en su defecto aquéllos de quienes ésta dependía económicamente, o con quienes convivía familiarmente;

II.- Si no fuere posible determinar dicho sueldo o utilidad, éste se calculará por perito tomando en cuenta las capacidades y aptitudes de la víctima en relación con su profesión, oficio, trabajo o índole de la actividad a la que normalmente se había dedicado. Si los peritos carecen de bases suficientes para fundar su opinión, lo mismo que en el caso de que la víctima no disfrutare sueldo, salario o desarrollare actividad alguna, la pensión se calculará sobre la base del salario mínimo legal;

III.- Si el daño origina una incapacidad total permanente para el trabajo, se aplicarán las reglas anteriores para indemnizar a la víctima con una pensión vitalicia, que se cubrirá por prestaciones mensuales cuyo monto será regulado en los términos de las fracciones I y II de este artículo;

IV.- Los interesados en el caso de muerte de la víctima, recibirán la pensión mensual indicada en las fracciones I y II de este artículo, durante el término probable de vida que hubiere correspondido a la citada víctima, según su edad y que determinará el Juez. En el caso de que todos los beneficiarios mueran antes de dicho término, la pensión se extinguirá con la muerte del último. Corresponderá a la sucesión, representada por el albacea, exigir y recibir la indemnización mencionada, o a los beneficiarios si no hubiere albacea; si habiéndolo, éste se negare a intentar la pretensión, o se hubiere concluido el juicio sucesorio; y

V.- Si el daño originare una incapacidad temporal, bien sea total o parcial, la indemnización será regulada atendiendo a las reglas especificadas en las fracciones I, II y III de este precepto, debiendo determinarse por peritos el tiempo de la incapacidad y el grado de la misma, a efecto de que el Juez establezca la duración de la pensión y el monto de ella, según que la incapacidad fuera total o parcial.

ARTICULO 1348.- DAÑO MORAL. *La indemnización por daño moral a que tengan derecho la víctima o sus beneficiarios será determinada por el Juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los valores espirituales lesionados y que pueden consistir en el afecto, honor, prestigio, estimación de las cosas o integridad de las personas. En este último caso, cuando el daño origine una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el Juez fijará el importe del daño*

moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona.

La indemnización por daño moral es independiente de la patrimonial y se decretará aun cuando ésta no exista.

ARTICULO 1349.- CONMUTACION DE PENSION VITALICIA POR TEMPORAL, DERIVADA DE INDEMNIZACION POR DAÑO PATRIMONIAL Y MORAL. Sumando las indemnizaciones por daño patrimonial y por daño moral, cuando el riesgo no ocasione la muerte, pero sí lesiones que produzcan incapacidad total o parcial permanente, podrá cambiar el Juez la pensión vitalicia en pensión temporal por el lapso que estime prudente y sin sobrepasar el posible importe de la vitalicia, a fin de reeducar o readaptar a la víctima a formas de trabajo adecuadas a los defectos que le hubiere causado el riesgo sufrido. Es de interés público el cumplimiento de este precepto, tratándose de menores.

ARTICULO 1350.- EJECUCION DE SENTENCIAS POR DAÑO A PERSONAS. Las sentencias que se dicten por daño a las personas, se ejecutarán por el capital necesario para cubrir las pensiones y aquél se depositará en institución fiduciaria legalmente autorizada para operar; pero el deudor podrá ofrecer garantías reales del cumplimiento de su obligación, en caso de que su capacidad económica no le permita constituir algún capital en fideicomiso.

La incapacidad económica del deudor para constituir algún capital en fideicomiso o para otorgar garantías reales, no lo libera de estas obligaciones en el futuro y en tanto pueda cumplirlas, le serán exigibles en la vía de apremio las pensiones mensuales, hasta el monto que tolere su solvencia económica y que determine periódicamente el juez del conocimiento.

ARTICULO 1351.- RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR DAÑO COMUN. Las personas que han causado en común un daño, son responsables solidariamente hacia la víctima por la reparación a que están obligadas de acuerdo con las disposiciones de este Capítulo.

ARTICULO 1352.- RESPONSABILIDAD DE INTEGRANTES DE PERSONAS COLECTIVAS. Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 1353.- RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD. Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que están bajo su poder y que habiten con ellos.

Cesa la responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior, cuando los menores ejecuten los actos que dan origen a ella, encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas, como

directores de colegios, de talleres, o instituciones análogas, pues entonces esas personas asumen la responsabilidad de que se trata.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores es aplicable a los tutores, respecto de los incapacitados que tienen bajo su cuidado.

ARTÍCULO 1354.- FALTA DE RESPONSABILIDAD DE PADRES O TUTORES. Ni los padres ni los tutores tienen obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probaren que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparece que no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados.

ARTICULO 1355.- RESPONSABILIDAD DE ARTESANOS. Los maestros artesanos son responsables de los daños y perjuicios causados por sus operarios en la ejecución de los trabajos que les encomienden. En este caso se aplica también lo dispuesto en el artículo anterior.

ARTICULO 1356.- RESPONSABILIDAD DE DUEÑOS Y PATRONES. Los patrones y los dueños de establecimientos de servicios al público están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus obreros o dependientes en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad cesa si demuestran que en la comisión del daño no se les puede imputar ninguna culpa o dolo.

ARTICULO 1357.- RESPONSABILIDAD DE JEFES DE CASA Y HOTELES. Los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje están obligados a responder de los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su encargo.

ARTICULO 1358.- EXIGENCIA DE LA REPARACION DIRECTAMENTE AL RESPONSABLE. En los casos previstos por los artículos 1355 a 1357 de este Código, el que sufra el daño puede exigir la reparación directamente del responsable, en los términos de este Capítulo.

ARTICULO 1359.- POSIBILIDAD DE REPETIR POR QUIEN HA PAGADO EL DAÑO CAUSADO. El que paga el daño causado por sus sirvientes, empleados u operarios, puede repetir de ellos lo que hubiere pagado.

ARTICULO 1360.- RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS DEL ESTADO. El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, siempre y cuando exista culpa en la elección de los mismos o falta de vigilancia del superior jerárquico.

Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado, cuando el funcionario o empleado directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para reparar el daño causado.

ARTICULO 1361.- RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DE ANIMALES. El dueño de un animal pagará el daño causado por éste, si no probare alguna de estas circunstancias:

I.- Que lo guardaba y vigilaba con el cuidado necesario;

II.- Que el animal fue provocado;

III.- Que hubo imprudencia por parte del ofendido; y

IV.- Que el hecho resulte de caso fortuito o de fuerza mayor.

Si el animal que hubiere causado el daño hubiere sido provocado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño del animal.

ARTICULO 1362.- RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DE UN EDIFICIO. El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción. También es responsable de los daños que cause a las propiedades contiguas, por vicios de construcción o falta de solidez del terreno, no obstante que se trate de edificios nuevos o en los que no exista ruina o deterioro por falta de reparaciones. Los daños causados por la falta de solidez del

terreno serán reparados aun cuando no existan vicios de construcción o defecto de cimentación.

ARTICULO 1363.- RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO POR EL ESTADO O NATURALEZA DE LOS BIENES. Igualmente responder n los propietarios de los daños causados por el estado o naturaleza de los bienes que tengan en propiedad o posesión originaria y que se deban a falta de vigilancia, cuidado, previsión o culpa en general.

Tratándose de bienes muebles, cuya utilización se haga por un poseedor derivado, a título de usufructo, uso, arrendamiento, comodato, depósito, mandato, prenda u otro título análogo, será dicho poseedor el que responda de los daños causados por los citados bienes, siempre y cuando haya culpa o negligencia de su parte. Si el daño supone dolo o culpa del propietario o poseedor originario, éste será el responsable.

ARTICULO 1364.- RESPONSABILIDAD DE PROPIETARIOS DE CASAS HABITACION POR ARROJO O CAIDA DE OBJETOS. Los jefes de familia que habiten una casa o parte de ella ser n responsables de los daños causados por las cosas que se arrojaren o cayeren de la misma, aun cuando no exista dolo o culpa de su parte, por descuido en la elección o vigilancia de sus sirvientes, o en la caída misma de los objetos. Se exceptúa el caso de que la misma se deba a fuerza mayor, hecho de tercero o caso fortuito.

ARTICULO 1365.- PRESCRIPCION DE LA PRETENSION PARA EXIGIR REPARACION DEL DAÑO. La pretensión para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente Capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se hayan causado.

CAPITULO VI

DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O RIESGO CREADO

ARTICULO 1366.- PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA. Cuando una persona utilice como poseedor originario, derivado o simple detentador, mecanismos, instrumentos, aparatos, cosas o substancias, peligrosos por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente o no exista culpa de su parte, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por dolo o culpa inexcusable de la víctima.

La responsabilidad establecida en el párrafo anterior existirá aun cuando el daño se haya causado por caso fortuito o fuerza mayor. Si el daño se debiera a la culpa de un tercero, éste será el responsable.

Deberá existir una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

ARTICULO 1367.- RESPONSABILIDAD POR RIESGO CREADO DE LOS PROPIETARIOS O POSEEDORES DE BIENES.
Los propietarios o poseedores de bienes muebles o inmuebles, responderán de los daños que causen:

I.- Por la explosión de máquinas, o por la inflamación de substancias nucleares o explosivas, o por infiltración de materias corrosivas, aun cuando no haya culpa o se deba a caso fortuito o fuerza mayor;

II.- Por el humo o gases que sean nocivos a las personas o a las propiedades;

III.- Por la caída de sus árboles;

IV.- Por las emanaciones de cloacas, expulsión de residuos industriales o depósitos de materiales infectantes;

V.- Por los depósitos de agua que humedezcan la pared del vecino o derramen sobre la propiedad de éste; y

VI.- Por el peso o movimiento de las máquinas, por las aglomeraciones de materias o animales nocivos a la salud o por cualquiera otra causa que origine algún daño, aun cuando no haya culpa o se deba a caso fortuito.

La responsabilidad establecida en las fracciones II a V, existirá aun cuando no haya culpa o se deba a casos fortuitos ordinarios. En los casos fortuitos extraordinarios no existirá dicha responsabilidad. Es aplicable la enumeración contenida en el artículo 1922 de este Código,

para determinar cuáles son los casos fortuitos extraordinarios, los demás casos se considerarán como ordinarios.

ARTICULO 1368.- FIJACION DEL MONTO POR REPARACION DEL DAÑO. El monto de la reparación del daño en los casos a que se refieren los artículos de este Capítulo se fijará en las dos terceras partes de la cantidad que resulte aplicando las bases establecidas en el artículo 1347 de este Código. Cuando el daño se cause por empresas de servicios públicos el monto de la reparación del daño será la mitad del que se fija en el artículo mencionado.

ARTICULO 1369.- PERSONAS A QUIENES DEBE EFECTUARSE EL PAGO POR MUERTE, DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA. En los casos de responsabilidad objetiva, si la víctima muere, la indemnización se pagará a las personas que menciona el artículo 1347, fracción I de este Ordenamiento.

ARTICULO 1370.- PRESCRIPCION DE LA PRETENSION PARA EXIGIR DAÑOS POR RESPONSABILIDAD OBJETIVA. La pretensión para exigir la reparación de los daños causados, en los términos de este Capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado.”

Como se puede advertir de los anteriores dispositivos, el Código Civil del Estado de Morelos contempla, además de la reparación del daño patrimonial, la reparación del daño moral, estableciendo en los artículos 1347 y 1348 tal supuesto, precisando en el segundo

dispositivo que la reparación por daño moral se **determinará por el juez en forma discrecional y prudente, tomando en cuenta los valores espirituales lesionados y que pueden consistir en el afecto, honor, prestigio, estimación de las cosas o integridad de las personas. En este último caso, cuando el daño origine una lesión en la víctima, que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo, el Juez fijará el importe del daño moral, tomando en cuenta si la parte lesionada es o no visible, así como el sexo, edad y condiciones de la persona.** Como es de apreciarse, ubica también dentro del aspecto moral, el daño a la integridad de las personas, lo que se traduce en un daño físico, aunque de menor gravedad, puesto que en el propio dispositivo aclara que cuando el daño origine una lesión en la víctima que no la imposibilite total o parcialmente para el trabajo será resarcido el daño moral, siempre y cuando la parte lesionada sea o no visible, además de tomar en consideración el sexo, edad y las condiciones de la persona; sin embargo, el daño moral no sólo puede darse en esa clase de lesiones, puesto que de igual manera si se perdiera un miembro, implicaría deber resarcir el daño moral, dado que se ha concluido que tales condiciones de una persona afectan la auto estima de la víctima.

III.6 Referencias al daño moral en la materia civil.

La jurisprudencia francesa ha establecido que daño moral, es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño.

La jurisprudencia argentina pronuncia que daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

La de Colombia considera que daño moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

Otra jurisprudencia extranjera dictamina, que daño moral es cualquier inquietud o perturbación al ánimo, originados en un mero perjuicio patrimonial, como la simple invocación de molestias, aflicciones, fatigas, etc., no justifica la reparación de un daño moral dice esta jurisprudencia.

Se enriquece más la jurisprudencia con la española que determina, que la fijación del monto por daño moral es de asaz difícil fijación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, por cuanto corresponde atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso.

Retomando el primer concepto presentado se podría definir el daño en sentido amplio, como toda alteración negativa en la esfera jurídica (derechos subjetivos, principalmente garantías) de la persona, misma que por ser imputable a otra, es susceptible de reparación, sea en el sentido de restituir la situación previamente existente, o

pecuniariamente, por acontecer estados irremediables posteriores a su producción.

En conclusión, todo daño es susceptible de reparación y toda reparación implica una posible valoración pecuniaria por responsabilidad civil.

Enseguida vertimos algunos conceptos emitidos por Biella Castellanos, quien con relación al presente tema, expresa en diversas resoluciones lo siguiente:

"La índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral. En consecuencia, cuando decimos que el daño moral no requiere acreditación, estamos aludiendo a la imposibilidad de prueba directa, y dando eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acorde con las reglas de la experiencia, puesto que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación al dolor sufrido. En el caso, el a quo no pudo haber hecho jugar presunción alguna para dar por acreditado el daño moral en los menores de autos, en la medida en que no estaba probado el hecho indicador o premisa menor (lesiones y/o consecuencias físicas o psicológicas argüidas al demandar) que le permitiera sacar una conclusión deductiva".

"Si al tarifar el dolor moral se tiene en cuenta el menoscabo espiritual y psicológico que provocara en el sujeto la quiebra o alteración de su integridad física y al indemnizar el daño material se presta atención a las consecuencias que tal quiebra proyecta sobre su vida de relación toda, no será menester ir a la búsqueda de una compensación diferenciada (artículos 1068, y 1086 Cód. Civil)".

"El daño moral reviste naturaleza resarcitoria persiguiendo la reparación de los padecimientos anímicos y espirituales sufridos en ocasión de un determinado acontecimiento no pudiéndose considerar identificable con el daño psíquico o psicológico. Como daño inferido a la persona ha de apreciarse en lo que representa como alteración de la salud, no limitada al aspecto físico".

"No corresponde indemnizar el daño moral si no se ha demostrado que se han sufrido perjuicios de carácter extrapatrimonial suficientes para justificar el reclamo, sin que sea óbice a ello la circunstancia que la única prueba aportada para justificarlo sea la testimonial pues, como lo ha sostenido esta Sala, no es requisito de admisibilidad de la pretensión del daño moral la producción de algún medio probatorio específico -tal vez la prueba pericial psiquiátrica o psicológica como pareciera indicar el sentenciante de origen- ya que ello no viene impuesto por ninguna norma legal (artículo 375 Código Procesal y artículo 1078 Cód. Civil)".

"Respecto al daño moral que las innegables y dolorosas proyecciones que en el ánimo se suscitan por la muerte de un hermano chocan, infructuosamente, con la rotunda negativa de nuestro derecho positivo. Producida la muerte de la víctima únicamente tendrán legitimación para reclamar el daño moral los herederos forzosos, pues así surge de la clara redacción del art. 1078 del Código Civil".

"Los hermanos de la víctima, no son herederos forzosos, por ello carecen del beneficio del daño presunto y por tanto deben demostrar que la muerte de su hermana les ocasionó un perjuicio concreto y actual como si hubieran vivido en casa de ella y a costa suya para tener

derecho a percibir la indemnización por ese rubro (conf. artículo 1079 del Código Civil)".

"Cuando al abordar la tarifación del daño moral y del menoscabo a la aptitud vital se pondera -como en el caso- el agravio espiritual y psicológico que la contaminación ambiental provocara en los actores, así como los angostamientos y limitaciones patrimoniales que ella proyecta o ha de proyectar en su actividad laboral y en su vida de relación toda, no es procedente una indemnización independiente por daño psíquico, por cuanto, sin perjuicio de reconocer la diferencia conceptual del daño psíquico, ello significaría incurrir en una injusta doble indemnización".

"Nada impide que habiéndose reclamado el daño moral y el daño psicológico en forma separada -artículo 330 C.P.C.C.- se cuantifique este último también separadamente para una mejor determinación moral, pero no como daño independiente. Si se lo enfoca como daño extrapatrimonial -como lo ha hecho la parte actora en la demanda- como una modificación disvaliosa del espíritu, cabe el resarcimiento a título de daño moral. No se trata de un "tertius genus" ni su admisión implica una doble imposición al responsable por la misma causa".

"El daño moral, se encuentra tipificado por los dolores, angustias y padecimientos soportados por la lesiones sufridas, peligro corrido por la intervención quirúrgica y posoperatorio, internación en terapia intensiva, sometimiento a tratamiento psicológico, etc.".

"Cuando la lesión estética, en virtud de su ubicación o extensión, altera la armonía del aspecto habitual que tenía la persona antes del hecho corresponde tratarla como un tercer género independiente cuando así se lo solicita, ya que en definitiva se encuadraría dentro de

las previsiones del daño directo (a la persona o a sus derechos o facultades) que efectúa el artículo 1068 del Código Civil; debiendo despejarse para fijar su cuantía toda incidencia de orden psicológico, moral o laboral pues si bien el perjuicio es material o patrimonial, se presenta en forma autónoma al daño extrapatrimonial y a la incapacidad sobreviniente. El daño estético es independiente del daño moral, al que se acumula sin confundirse, justificándose la reparación en los términos del artículo 1086 Cód. Civ."

"Si bien en principio, las indemnizaciones por daño moral y daño psíquico responden a un interés jurídico diferente, debiendo tratárselos generalmente en forma diferente, cuando -como en el caso-, existe una evidente vinculación entre los conceptos en cuestión, pues el perjuicio psicológico es consecuencia de la profunda afección sentimental y emotiva sufrida a raíz de la muerte de un hijo, es válido establecer un monto único de reparación de ambos perjuicios (en el caso se fijó una suma de \$70.000 para la madre y 75.000 para el padre, a la fecha de la sentencia de segunda instancia)".

"A los efectos de mensurar el costo de un posible tratamiento psicoterapéutico, de la víctima de un accidente de tránsito, no pueden obviarse las características propias que presenta la misma -en el caso, una estructura neurótica con rasgos obsesivos-, no imputables al responsable del accidente y que seguramente guarda relación con el tiempo de asistencia psicológica aconsejada, ya que no parece posible tratar un trastorno por estrés postraumático, con prescindencia de la personalidad de base del paciente".

"No procede hacer lugar a la indemnización del daño moral ocasionado a las hijas menores de la víctima de un accidente de tránsito en tanto el Código Civil, artículo 1078, admite la procedencia

del daño moral respecto de los damnificados directos, que no son las menores, ni aun la que como consecuencia de las lesiones sufridas por la víctima embarazada, debió nacer por cesárea pues no pudo probarse que ello resulte mas traumático para la recién nacida; máxime considerando que la perito en psicóloga estimó que las menores eran demasiado pequeñas (recién nacida y un año y medio), para ser sometidas a un control, por lo que no puede afirmarse que hayan existido alteraciones anímicas en las niñas que justifiquen la concesión de la indemnización".

"No procede integrar en un mismo rubro el daño moral y el daño psicológico atento a la diferencia existente entre ellos, puesto que el daño moral afecta los sentimientos en cuanto al dolor que experimenta la víctima o los familiares de ésta como consecuencia de un agravio; mientras que el daño psíquico es susceptible de ser apreciado científicamente por sus síntomas que se exteriorizan mediante diferentes formas, pero que evidencian siempre una situación traumática".

"Resulta improcedente considerar al daño psíquico como autónomo del daño moral, con el efecto de fijar dos indemnizaciones diferenciadas. El daño moral comprende y alcanza al producido por las afecciones psicológicas patológicas sufridas por la víctima -en el caso- de un accidente de tránsito".

III.6.1 Indemnización por daño moral y seguro óptimo

El análisis económico del Derecho ofrece respuestas claras a la pregunta anterior, y lo hace desde una perspectiva doble, pues tiene en cuenta los incentivos a la prevención en la conducta del causante

potencial del daño y el aseguramiento del riesgo por parte de aquéllos con aversión al mismo.

La teoría económica supone con carácter general que todos los individuos manifiestan, en principio, aversión al riesgo. De ahí que la función de utilidad del dinero sea cóncava.

Hay que advertir que, de acuerdo con la teoría, el contenido socialmente óptimo de la norma jurídica básica sobre daños morales resulta sorprendente, al menos para los juristas habituados a los sistemas jurídicos reales.

En efecto, la prevención óptima exige que el causante de daños haga frente a una condena a indemnizar tanto los daños patrimoniales como el daño moral, toda vez que éste supone una disminución efectiva de la utilidad individual y, por tanto, una pérdida neta de bienestar social. La indemnización esperada deberá así coincidir con el daño socialmente esperado para que el mensaje –las señales- que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas. El causante, pues, debe pagar por el daño moral causado.²

Sin embargo, el aseguramiento óptimo de la víctima requiere que ésta no reciba compensación alguna por el daño moral sufrido sino sólo y exclusivamente (aunque también: íntegramente) por los daños patrimoniales. ¿Por qué? Porque la indemnización del daño moral equivaldría a garantizar a la víctima un seguro cuyo precio –el importe

² POSNER, RICHARD “*Are We One Self or Multiple Selves? Implications for Law and Public Policy*”, *Legal Theory* 23

de las primas- ésta no estaría dispuesta a pagar en prácticamente ningún caso: antes del accidente, la víctima potencial no se aseguraría contra el riesgo de sufrir un daño moral, pues un seguro de esta índole supondría transferir renta de un estado actual –de salud, por ejemplo- en el que el dinero se valora más a otro en el que se valora menos porque, por hipótesis, tras el accidente, el dinero rendirá menos utilidad que antes. Y ello bien porque el accidente, por sí mismo, puede acarrear una reducción de la utilidad marginal del dinero, bien por el carácter continuamente decreciente de esa función de utilidad marginal (en términos de representación gráfica, por la concavidad de la curva de utilidad marginal del dinero), dado que la compensación monetaria del daño patrimonial ya ha repuesto a la víctima en su dotación inicial de dinero.

Naturalmente, se puede objetar que una cosa es el contrato y las reglas del seguro privado y otra muy distinta las de la responsabilidad civil como parte del sistema jurídico. Sin embargo, desde la perspectiva del bienestar colectivo, la diferencia entre unas y otras, consideradas como mecanismos de traslación del riesgo, es instrumental, pero no conceptual: las dos regulaciones implican un seguro para las víctimas de daños. De ahí que el sistema jurídico no deba proporcionar una cobertura que la potencial víctima, actuando racionalmente, preferiría no cubrir.

La teoría explica por qué la gente no contrata seguros para hacer frente al dolor causado por la muerte de sus hijos o de sus abuelos. También y de manera un tanto perversa, contribuye a explicar por qué los hombres y mujeres jóvenes son reacios a ahorrar para afrontar su vejez, una época decisiva de la vida que suele ser menos placentera que la juventud o que la madurez. Aunque tal vez esto no sea sino una manifestación más de que dentro de cada uno de nosotros conviven en

realidad distintos sujetos, con preferencias opuestas, y que se suceden en el tiempo.³

Desde luego, el hecho de que la utilidad marginal del dinero aumente, se mantenga o disminuya tras un cierto evento dañoso es una cuestión empírica que no tiene una respuesta teórica general y uniforme. Sin embargo, es plausible entender que los accidentes más aptos para provocar daños morales –los que producen daños corporales graves e irreversibles, los que afectan a la vida o integridad física de seres queridos, etc-, o bien dejan inalterada la utilidad marginal de la renta, como en los casos de muerte de personas próximas, o bien la reducen, como sucede normalmente en los casos de lesiones corporales muy graves. En estos últimos es frecuente que se produzca una reducción muy drástica de las actividades realizables por el perjudicado y, por tanto, de la utilidad del empleo de unidades adicionales de renta. La escasa evidencia empírica disponible refleja esta relación negativa entre accidente y utilidad marginal del dinero.⁴

Incluso entre los analistas económicos del Derecho, algunos discrepan de la utilización del aseguramiento óptimo *ex ante* como criterio rector de lo que la víctima debería recibir en caso de sufrir daños no patrimoniales. Con esto se estarían –ilegítimamente imponiendo las preferencias del yo sano sobre los posiblemente muy distintos intereses del yo seriamente lesionado tras el accidente⁵

³ W. Kip VISCUSI, William EVANS, “Utility Functions That Depend on Health Status: Estimates and Economic Implications”, 80 Am. Ec. Rev. 353.

⁴ Steven SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* (1987), p. 245-252

⁵ Richard POSNER, cit. 31-32;

La divergencia entre la cantidad que el causante de daños morales debería pagar y la que su víctima debería recibir

En el apartado anterior, he escrito que el causante potencial de daños debe pagar por *todos* los daños patrimoniales y morales, pero que, en cambio, su víctima solo deberá cobrar una indemnización por el importe de los primeros: la prevención óptima exige que el causante pague por el todo; el aseguramiento óptimo, que la víctima sólo cobre parte. La solución alternativa a la indemnización de los daños morales que algunos economistas teóricos ofrecen para cubrir el hiato entre prevención y aseguramiento óptimos es tan sencilla como difícilmente practicable:

a) La solución alternativa a la indemnización por daños patrimoniales y morales consiste en desdoblar la cantidad que deberá ser condenado a pagar el demandado y causante del hecho dañoso: la parte correspondiente al importe de los daños patrimoniales será entregada a su víctima en concepto de indemnización. El resto, por el importe de los daños morales, se pagaría al Estado en concepto de multa. El importe acumulado de las multas por daños morales permitirá reducir los ingresos fiscales, incrementar los gastos sociales o hacer ambas cosas a un tiempo, según cuáles sean las preferencias colectivas en cada momento. Por hipótesis esta solución incrementará el bienestar general en mayor medida que concentrar la indemnización en las víctimas.⁶

b) Sin embargo, esta solución ha sido objeto de críticas diversas: algunos han puesto el acento en la idea de que presumir que la multa

⁶ Steven CROLEY, Jon HANSON, "The Nonpecuniary Costs Of Accidents: Pain-andSuffering Damages in Tort Law", 108 Harv. L. Rev. 1822-1826.

incrementa el bienestar social en mayor medida que indemnizar a las víctimas es incurrir en la falacia del Nirvana, es decir, asumir acríticamente que el dinero de las multas será mejor gastado por las agencias gubernamentales que por las víctimas y sus familias. Subyace aquí una cuestión empírica y, acaso, un prejuicio ideológico sobre la superioridad de una solución judicial y centralizada comparada con otra igualmente judicial pero descentralizada.

Bob COOTER⁷ ha propuesto una segunda solución alternativa a la tesis de la multa pagadera al Estado: el autor propone la admisión del comercio de pretensiones indemnizatorias potenciales o eventuales por daños morales –es decir, de aquéllas que todavía no han madurado porque no se han producido los daños que las hacen nacer-. En ese mercado, las víctimas potenciales podrían vender sus pretensiones puramente potenciales a terceros. Conseguirían así una compensación *ex ante* - antes del posible accidente- y, por lo tanto, en un momento en el que pueden obtener mucha más satisfacción por cada unidad monetaria que reciban de la que podrían conseguir después del accidente. Naturalmente, una vez ocurrido éste, no obtendrían nada en concepto de daños morales, con lo que se evitaría el problema del sobreseguro que la teoría trata de obviar. El tercero comprador, por su parte, podría reclamar el daño moral al causante de la lesión, con lo que la eficacia preventiva del sistema quedaría preservada:

Una variante de este mecanismo sería el de la cesión, por parte de las potenciales víctimas, de sus futuras pretensiones por daño moral a sus propios aseguradores de accidente (*first-party*), a cambio de una rebaja en las primas.

⁷ COOTER, Robert. "Toward a Market in Unmatured Tort Claims", 75 Va. L. Rev. 383.

Por su parte, los sistemas legales suelen incriminar penalmente la causación negligente de daños corporales graves y siempre incriminan la dolosa. Con ello logran una eficacia preventiva indudable (en forma de sanciones penales) sin tener que recurrir a indemnizaciones económicas elevadas por daños morales que, además y en la práctica, muchos causantes de daños no podrían pagar.

III.6.2 La jurisprudencia del Tribunal Supremo

Las Salas del Tribunal Supremo se aproximan al problema de la indemnización del daño moral sin aparente criterio teórico y resuelven los casos de daños de esta naturaleza inspiradas por la máxima que encabeza este apartado: *"Las penas con pan son menos"*. La indemnización por daño moral perseguiría así compensar los perjuicios que su beneficiario o beneficiarios sufren en su vida personal (dolor físico y sufrimiento psíquico) y sociofamiliar (su capacidad de comunicarse o relacionarse afectivamente, por ejemplo), pues suponen la pérdida o deterioro de bienes que se integran con signo positivo en la función de utilidad del perjudicado, pero no aquéllos que afectan negativamente a las actividades económicas o laborales.

Los bienes cuya pérdida o deterioro trata de compensar la indemnización por daño moral, son muy diversos.

III.6.2.1 La salud:

- Graves quemaduras sufridas por una niña al incendiarse unos globos durante una fiesta de fin de curso;

- Lesión -alojamiento de un cuerpo extraño en el arco cigomático-causada a una viandante por obreros municipales que trabajaban en una calle;

- Caída de soldador durante la realización de sus tareas por desprendimiento de viga de sujeción, lo que determina secuelas calificadas como incapacidad permanente total;

- Pérdida de ojo por impacto de pelota de goma lanzada por la policía en manifestación no autorizada;

- Lesión grave de un agricultor por choque con puerta de cristal en la Jefatura de Policía.

• La vida de un hijo que no contribuye económicamente al sostenimiento de la familia, pues era:

a) Menor de edad.

b) Soldado de replazo

.

c) Interno en un establecimiento penitenciario.

d) Trasvesti absolutamente distanciado de sus padres:

III.6.2.2 La libertad:

- Militar arrestado indebidamente por sus superiores;

- Militar arrestado y trasladado indebidamente por sus superiores;

- Banquero que sufre prisión provisional y largo proceso de 15 años por quiebra fraudulenta, y que finalmente resulta absuelto;

- Ciudadano extranjero residente en el país, Ingresado durante once meses en prisión provisional por tráfico de estupefacientes, y que no llega a ser siquiera acusado por el Fiscal.

III.6.2.3 La tranquilidad de ánimo –el equilibrio psíquico.

- Depresión reactiva derivada del trato discriminatorio por parte de una compañía aérea a una trabajadora, por razón de su sexo, consistente en pagarle 10.000 pesetas (de 1989) mensuales menos que a un compañero varón por idéntico trabajo.

III.6.2.4 La honorabilidad sexual:

- Descripción de una mujer como "tía que va salida" y que "va buscando guerra".

III.6.2.5 La honorabilidad sexual El apego a la vivienda propia (aparte de su valor patrimonial):

Desde luego, el Tribunal Supremo no carece de razones para decidir como efectivamente lo hace: la indemnización que se dice concedida por daño moral puede contribuir a aliviar padecimientos físicos o psíquicos o a conllevar una vida personal y social devastada.

Con dinero se puede pagar el tratamiento psicológico acaso útil y las drogas químicas realmente efectivas para restablecer el bienestar - o, al menos aliviar el malestar- de una persona profundamente deprimida. Pero nótese que, en estos casos no se indemniza daño

moral alguno sino que se ordena reparar un daño patrimonial -el coste de los tratamientos psicológicos o médicos, servicios de atención o productos químicos que se pueden comprar con dinero-.

Mas lo anterior no diluye la problemática del daño moral en la del patrimonial. Y no sólo por la efectividad limitada de muchos tratamientos psicológicos y químicos de la depresión: aunque la terapia fuera capaz de restaurar por completo la situación de bienestar psíquico anterior al accidente, parece claro que a su víctima no le resulta indiferente padecer el daño y luego recibir la terapia reparadora o no sufrir daño alguno. La noción de daño moral se refiere precisamente a esta diferencia de utilidad entre ambos estados del mundo.

Aciertan tanto el Tribunal Supremo como los saberes populares que están en la raíz del viejo refrán, cuando el uno y los otros entienden que el pago de la indemnización a la víctima incrementa su utilidad. Mas no hay mucho mérito en este acierto: si el perjudicado no experimentara mejora alguna en su situación de bienestar tras recibir *ex post* la indemnización, simplemente no la habría pedido o la rechazaría (lo que supondría que su función de utilidad de la renta tras sufrir el daño es plana o decreciente).

Lo anterior no implica que, *ex ante*, las víctimas potenciales de daños morales prefirieran asegurarse contra tal eventualidad. La indemnización *ex post* aumentará desde luego la utilidad del beneficiario, pero constituye un sobre - seguro que un agente racional no hubiera contratado antes del acaecimiento del daño.

III.6.2.6 Sexo y daño moral

Ante agresiones a la libertad sexual o a la autoestima y reputación en esta materia, el Tribunal Supremo se muestra especialmente proclive a condenar al pago de indemnizaciones. Las concede sistemáticamente, pero no requiere constatación alguna de la realidad y alcance del daño: indemniza la ofensa por su enormidad, pero no entra en consideraciones empíricas sobre la dimensión del perjuicio.

Así, en un caso de violación de una joven, el Tribunal dijo: "*el daño moral...sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa de [sic] la víctima, por la cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas...*".

Otras sentencias se producen en la misma línea:

- Violación y corrupción por su maestro de menores entre 4 y 9 años;
- Abusos sexuales a menor de 8 años;
- Coacción a la propia esposa para ejercer la prostitución;
- Utilización de menores para la prostitución y la elaboración de material pornográfico;
- Publicación de expresiones que, según el TS evidencian "una exacerbación sexual de la interesada";

- Comentarios acerca de la vida sexual y anatomía de la interesada.

Esta proclividad a conceder indemnización por daño moral sin exigir acreditación de un impacto psíquico, puede obedecer a varias razones. Entre ellas no se cuenta, sin embargo, la de una mayor dificultad de prueba del daño moral en estas circunstancias frente a otras (lesiones físicas graves, sufrimiento psíquico derivado de la muerte de un familiar próximo, etc.).

En algún caso se podría pensar, con BECKER y POSNER, que el pretendido daño moral encubre otro daño consistente en el empeoramiento de la posición de la víctima en un mercado implícito como es el matrimonial o el para-matrimonial.

El caso que más claramente encajaría con esta interpretación sería el resuelto por la que condenó a resarcir no sólo el daño derivado de "la afrenta" que para el pudor y recato de la víctima supusieron los "tocamientos impúdicos" de que se trataba, sino por haberse visto arbitrariamente privada del "signo de su virginidad" "signo material del honor femenino"- Igualmente confirmarían esta hipótesis casos de menoscabo de la "reputación sexual" de la víctima, como ocurre cuando se divulgan hechos o se refieren comentarios acerca de su actividad en este ámbito, o se la induce a la prostitución. La consistencia de la hipótesis puede verse reforzada por el hecho de que las cuantías concedidas en tales casos son más elevadas que las otorgadas en supuestos de agresiones más graves a la libertad sexual.

Sin embargo y por más beckeriano o posneriano que uno pueda llegar a verse acusado de ser, creo que existe una explicación mejor

para esta jurisprudencia sobre sexo y daño moral: la que apunta a que las indemnizaciones por daño moral se aplican como sanción en los casos en que el daño patrimonial es típicamente bajo.

En efecto, la gravedad de estos hechos, así como la relevancia y repulsa social que merecen aparecen entonces como los factores preponderantes en la fijación de la indemnización por daño moral. No se excluyen, desde luego, los efectos psíquicos negativos sobre la víctima [por ejemplo, se concedió 350.000 pesetas; por hechos similares, pero con reflejo psicológico y escolar probado, elevó la indemnización a 2 millones de pesetas como criterio coadyuvante para la cuantificación indemnizatoria.

Por otro lado, en los casos de agresión sexual no es descartable que, *ex post*, es decir, tras la agresión, la utilidad marginal de la renta se incremente para la víctima. Por ejemplo, puede tener lugar un efecto sustitución desde actividades sin otro costo económico que el de oportunidad, como puede ser la compañía de personas de sexo distinto, hacia otras que requieren gasto de dinero, como los viajes.

III.6.2.7 Daño moral y sanción

Sin embargo, las agresiones sexuales no agotan el campo de aplicación del uso sancionador de la indemnización por daño moral.

En algunos casos, bajo la decisión de condenar a pagar tal o cual cantidad de dinero parece subyacer la repugnancia mal disimulada ante lo que representaría limitarse a conceder una indemnización nominal, próxima a cero, por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo:

a) Así parece suceder en casos de causa de la muerte del ofendido cuando el fallecido hacía tiempo que no convivía con sus familiares y demandantes, si no es que ya se había roto todo contacto afectivo entre ellos.

En ambos casos se concedieron las correspondientes indemnizaciones.

b) En supuestos de lesión al honor o a la intimidad y aunque el daño no afecte apreciablemente la capacidad de las víctimas de obtener ingresos futuros –por ejemplo éstas son funcionarios públicos- las indemnizaciones se elevan en función del reproche que, a juicio del Tribunal, merece el difamante.

-Funcionaria de Gestión de Hacienda a la que se achaca haber obtenido su puesto merced a la ayuda de un político muy poderoso, el Sr. Alfonso Guerra González, a la sazón vicepresidente del gobierno español: 6 millones de indemnización; -

Inspectores de policía tachados de cobrar un "impuesto" de protección a propietarios de bares y establecimientos de restauración: medio millón de indemnización;

Director General de Programación e Inversiones del Ministerio de Educación y Cultura a quien se imputa exigir pagos para intervenir en subasta pública: 1 millón como indemnización.

Esta actividad sancionadora no encaja bien con los imperativos de eficiencia en la prevención que exigen que el causante tenga que hacer frente a una indemnización esperada comprensiva del daño patrimonial y del no patrimonial. La eficacia preventiva del derecho de

daños no persigue una sanción que se añada a la cantidad a cuyo pago es condenado el demandado para reparación del daño patrimonial, sino que busca que la indemnización esperada por el causante potencial de daños coincida con el daño social (patrimonial + moral) esperado y derivado de su actuación. Es curioso comprobar cómo muchos adversarios de la función preventiva del derecho de daños no oponen objeción alguna a su utilización como derecho cuasi-sancionador.

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

En definitiva, si la jurisprudencia no se atiene a la magnitud real del daño, tanto infra-prevención como sobre-prevención resultan igualmente esperables y tal vez se compensan. No obstante, dado que en todos estos casos en los que resulta claramente apreciable un talante sancionador en el Tribunal Supremo, los daños fueron causados dolosamente, el exceso de prevención no resulta tan preocupante como

su defecto. No es extraño, por ello, que con frecuencia sean, asimismo, sancionables penalmente.

III.6.2.8 Confusión entre daño patrimonial y daño moral

En numerosas ocasiones y bajo la rúbrica de daños morales, el Tribunal Supremo concede indemnizaciones por daños que carecen de aquella cualificación, pues en realidad, se trata de daños patrimoniales que no resultan, por razones diversas, fáciles de cuantificar. La etiqueta de “daño moral” permite aligerar la tarea de valorar los daños: se evita tener que explicitar los criterios de valoración económica del daño, ya que tales criterios, según reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, no existen para los daños no patrimoniales, es decir, para los morales.

Esta presentación del daño patrimonial bajo el ropaje del moral es particularmente visible en los casos de reclamación por lucro cesante, es decir, de ganancias que, con mayor o menor grado de probabilidad, la víctima dejó de obtener como consecuencia de la lesión sufrida. Es cierto que el lucro cesante puede resultar arduo de cuantificar, pero también es innegable que, por definición, es reemplazable por dinero.

Por ello, es contrario al buen sentido calificar como daño moral el sufrido por quien erróneamente resultó excluido por razones de salud de las oposiciones al Cuerpo Jurídico Militar (en el caso, pudo mediar una cierta componente de perjuicio no reemplazable en dinero, al haberse frustrado una vocación muy sentida; pero el hecho de que se indemnizaron perjuicios evidentemente patrimoniales como si fueran daños morales lo acredita el hecho de que se compensaran como daños no morales únicamente los ingresos dejados de obtener durante

el período de preparación de oposiciones); o los derivados del incumplimiento con proveedores y clientes a que se ve forzada una empresa cuando el Ayuntamiento ordena indebidamente la paralización de las obras que realizaba, así como la pérdida de clientela compradora.

Naturalmente, no todo son errores en esta materia: correctamente se negó que fuera daño moral el derivado de la improcedente denegación de apertura de farmacia.

A este respecto, una regla de buen sentido en materia de daños morales es, sin duda, la de que *las personas jurídicas constituidas con ánimo de lucro y cuyo objeto es llevar a cabo una actividad económica no pueden sufrir daños morales* -en realidad, tampoco las que carecen de ese ánimo, pero justificarlo aquí excede del objeto de esta página-. Las empresas mercantiles no tienen funciones de utilidad, sino exclusivamente funciones de beneficios, y en ellas no entra aquello que no es reemplazable por dinero.

En cambio, vuelve a ser un desacierto trasladar daños patrimoniales al ámbito de los morales, como cuando se condena a indemnizar como daños no patrimoniales las molestias e incomodidades prácticas derivadas de un acto dañoso, como las que resultan de:

- Destrucción de la vivienda
- Traslado forzoso disciplinario de un militar
- Arresto en prisión militar.

En estos casos y otros semejantes, puede darse un elemento de daño moral, pero, con toda seguridad, éste no estará conformado por las molestias ocasionadas por los eventos dañosos anteriores.

En esta página hemos criticado con dureza la tendencia que manifiesta una cierta jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo a hacer pasar como daños morales lo que realmente son daños patrimoniales. La crítica no responde a un prurito académico, a un simple capricho de escuela: el enmascaramiento de daños patrimoniales bajo la rúbrica de daños morales imposibilita todo control externo de los criterios jurisprudenciales de cuantificación de los daños. Así, resulta imposible medir el ajuste de la indemnización al daño patrimonial realmente producido y la jurisprudencia pierde mucho de su valor como tal. Además, enjuiciar entonces la eficacia preventiva y de traslación de riesgo de la responsabilidad civil, se convierte, en estas condiciones, en una quimera.

Buena prueba de ello lo dan las más modernas constituciones políticas que han venido a explicar, al lado de las clásicas libertades públicas o políticas con que se conformaron las constituciones del siglo pasado, las manifestaciones interiores de la persona.

Así a título de ejemplo, los contemplan, la Constitución de Portugal de 1976 en sus artículos 26, 33, 34 y 35, la Constitución de España de 1978 en sus artículos 15, 18, y la ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 en su artículo 2.

Los llamados derechos de la personalidad constituyen el punto de partida para comprender adecuadamente la problemática derivada de la exigencia de la responsabilidad civil por daño moral. Bajo esta denominación se viene designando en la doctrina jurídica a una amplia

y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, o dicho de otro modo que aseguran al individuo el respeto a su personalidad física y moral, consideración definida por el reconocido jurista español DIEZ-PICAZO Y GULLÓN.

En nuestra Constitución no se recoge todos los derechos inherentes a la personalidad, sin que exista pronunciamiento expreso y exacto sobre estos derechos, de todas formas claro es que el hecho de no estar expresamente como tal consagrados de forma amplia en el texto constitucional, no pueden entenderse desprotegidos.

III.7 REFLEXIONES SOBRE EL DAÑO MORAL.

Conviene puntualizar qué se entiende por daño en su generalidad, para luego adentrarnos en el daño moral, considerado aquel, como la diferencia existente entre la situación de la víctima antes de sufrir el acto lesivo y después de ocurrido este. Diferencia que puede ser de carácter patrimonial (daño material) o una diferencia en la situación anímica de la víctima, psíquica, de un sufrimiento que puede o no tener repercusiones patrimoniales (daño moral).

La relación entre el daño moral y los derechos inherentes a la personalidad es obvia, pues como se ha dicho por numerosos autores, el daño moral consiste en las afectaciones a las personas. La violación a los derechos inherentes a la personalidad debe encontrar su sanción civil, al incurrir en el contenido de la responsabilidad, la reparación del daño moral.

Bajo la denominación de daño moral se comprende la violación de bienes y derechos de las personas; son daños extrapatrimoniales,

que se indemnizan prescindiendo que un ataque a aquellos bienes y derechos, tengan también repercusión en el patrimonio. Siendo toda aquella perturbación que una persona sufre en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, así como las modificaciones en la capacidad de entender y la actitud de comprender o del querer del ser humano.

III.7.1 Posiciones doctrinales en relación al resarcimiento del daño moral.

Existen criterios adversos en relación a que los daños morales sean o no resarcibles con repercusión patrimonial. Es decir recae esta adversidad en la valoración patrimonial, existiendo dos modalidades lo que tienen referencia en el orden material y lo que no la tienen. En el grupo que aceptan los primeros, admiten la posibilidad de que al tener trascendencia en el patrimonio de la persona afectada, el daño moral puede ser indemnizado, la dificultad de su admisión es en el caso que el daño sea psíquico, sin repercusiones patrimoniales, si puede o no valorarse monetariamente el dolor causado. Incluso se discute si es ajustado a derecho, proceder a la reparación del daño moral dinerariamente, sin que ello contravenga la naturaleza jurídica de los derechos personalísimos.

Al estudiar el tema del daño moral se analiza la indemnización del daño moral según el Derecho Privado Europeo, y en tal sentido apunta la doctrina que la reparación pecuniaria o la indemnización en dinero por daños extrapatrimoniales no harán desaparecer los sufrimientos, aunque se debe consentir que tales sentimientos pueden mitigarse con la satisfacción a la víctima de los perjuicios recibidos. Las actuales sentencias sobre daños extramatrimoniales alegados en

tribunales europeos contemplan la satisfacción psicológica que recibe la víctima al pronunciarse la sentencia de indemnización de daños morales, el llamado " efecto psicológico. Alude a esa tranquilidad espiritual que se manifiesta en aquella y que, en el caso de una imputación injuriosa o calumniosa, reviste a veces la forma de una indemnización meramente simbólica.

Se plantea que para que la indemnización en dinero pueda otorgarse por equivalencia debe siempre estar en presencia de situaciones que al menos, sean homologables al dinero, cantidades homogéneas que por otro lado puedan compararse. En los daños morales esto no ocurre o es muy difícil que suceda.

A pesar del reconocimiento legislativo, doctrinal y jurisdiccional en España, existen autores reacios a su admisión, GAYOSO ARIAS resume perfectamente los perjuicios doctrinales de la época al reconocimiento del daño moral independiente a cualquier otro, porque la reparación es imposible y *ad impossibilia tenetur* .

Se considera por Martín Casals que la única indemnización posible en materia de daños morales es la ende *displacing compensation*. Lo que el dinero puede hacer y, en realidad es su única función en la indemnización por daños morales, es ofrecer unos bienes de diferentes características que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente sea favorable.

Resulta difícil representarse que el dinero pueda servir para el restablecimiento de bienes personalísimos. Existiendo dos teorías en este punto: la teoría del *solatium* y la teoría de la superación.

III.7.2 Teoría del *solatium*

Para esta teoría de origen alemán, una indemnización patrimonial por daños morales hace posible la satisfacción de intereses y aspiraciones personales. Se compensa entonces el daño moral producido porque, pues si bien se ha producido una pérdida irreparable, se coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada que posibilita mayores satisfacciones que, de alguna manera, compensen las sensaciones desagradables sufridas.

La indemnización por daño moral se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta el alcance de los daños, así como su intensidad, la duración de los dolores, los sufrimientos y los perjuicios. Es esta la tesis que se sigue en Francia, Italia y España.

Las principales dificultades de esta teoría se presentan en aquellos casos de daños morales especialmente difíciles de ponderar. Nos referimos a los perjuicios muy grave, en los que claramente es imposible compensar el dolor inmenso y devolver la alegría o paz producto de una pérdida insustituible.

Se critica esta tesis debido a que se engrosa el patrimonio y esta situación es especialmente sensible si las condiciones de la víctima son muy precarias, la suma de dinero puede llegar a una compensación excesiva, un verdadero enriquecimiento sin causa.

III.7.3 Teoría de la superación

Esta teoría de raíz alemán, asumida por la jurisprudencia del citado país y de amplio influjo en la legislación de Austria, supone una activa participación en la compensación de la víctima del daño. Es esa quien debe superar el daño moral sufrido. La compensación en dinero es una indemnización que solo ayuda a superar el daño moral irrogado, no es el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable.

De acuerdo a la legislación de Austria sobre indemnización por daños, esta es siempre compensatoria, incluso para casos extra-patrimoniales o morales. Los daños por dolor o menoscabo al momento de ser indemnizados cumplen con la función de compensación ya que, en el otorgamiento de la indemnización, la intención es cubrir toda el área de dolor y sufrimiento, al menos tanto sea posible. Se pretende alejar del raciocinio de sentenciador el sentimiento de culpa de la víctima y colocar, por ello, a la misma en una situación de amenidad o satisfacción que le procure un estado semejante al anterior hecho dañoso y que signifique recuperar la alegría de vivir.

Se analiza respecto a esta teoría que resulta imposible abstraerse de la gran dificultad que reviste mensurar el sufrimiento físico y psicológico del que sufre un daño, por lo que la compensación debe enfocarse en relación a una situación emocional normal. Se analiza su concreta situación personal, pero tratando de asimilarse a la de un hombre medio en semejante situación.

Se estima que el basamento de estas teorías surge de la real necesidad de proteger a la persona al máximo. En este sentido, para su justificación se admite el interés no en la reparación, la cual en algunos casos es imposible, sino en la idea de la compensación. La indemnización de los daños morales no se entiende como una

verdadera reparación puesto que no es posible ni su reparación específica no genérica, pero se entiende que antes de dejar sin nada al lesionado, es preferible concederle un sustitutivo, una suma dineraria, de lo que se colige la aceptación prácticamente de forma unánime de la indemnización con relación a este tipo de daño como una compensación.

El pago de una indemnización pecuniaria, según algunos autores, ofrece el carácter de un enriquecimiento gratuito en el patrimonio de la víctima, aunque el dinero pudiera procurar una satisfacción sustitutoria. Cuando se trate de un daño moral, los tribunales tanto al objeto de admitir o rehusar su existencia, como de valorar su cuantía, gozan de un poder de apreciación más amplio que si se trata de un daño material. Este tiene aplicación natural allí donde se lesiona uno de los derechos denominados primordiales: Derecho al nombre, a la propia imagen, al honor y a la intimidad.

Las referidas son algunas de las consideraciones emitidas en la doctrina sobre las teorías expresadas. Como hemos visto existen diferentes posiciones en la doctrina civilista, en relación a la procedencia pecuniaria en el daño moral. Consideramos oportuno apuntar resumidamente sus fundamentos.

Se perfilan dos posiciones negativas, una que niega la posibilidad de reparación, y dentro de ella pueden agruparse distintas variantes:

- Los que se oponen por motivos estrictamente económicos y de arbitrariedad. (señalan que no existe equivalencia entre el bien dañado y la entrega de una suma de dinero, y por tanto la entrega de una suma dineraria necesariamente ha de ser arbitraria).

- Los que aducen cuestionamientos morales. (Platean que no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real).

- los que parten de la duración y efectos subsiguientes del daño. (plantea que la durabilidad no se presenta en el caso del daño moral)

- Los que aprecian en la entrega de la suma de dinero por concepto de daño moral un supuesto de enriquecimiento indebido. (Parte el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otra injustamente).

Y otra que atribuye a la indemnización pecuniaria la función de una pena privada. Los partidarios de esta postura parten más que de la satisfacción de la víctima, del castigo al autor, lo ven no como un resarcimiento a la víctima, sino como una pena civil mediante la que se reprueba ejemplarmente la falta cometida.

Para la defensa de la tenencia moderna respecto a la procedencia de la reparación dineraria del daño moral en protección a los derechos inherentes a la personalidad, puede contemplarse de diferentes aristas, a saber:

- La función del dinero en estos casos no es hacer desaparecer el daño, sino procurar al lesionado otros goces, o sea compensar.

- Apreciación de los juzgadores respecto a si el resarcimiento reclamado se encuentra en relación directa con el agravio sufrido y adecuar, en su caso, el monto de la indemnización.

- El pago de una suma de dinero, en concepto de indemnización satisface tanto necesidades materiales como espirituales.

- El dinero cumple una función distinta de la equivalente, cumple una función de compensación o de satisfacción.

- Si bien la violación que causa el daño puede determinarse puntualmente, sus efectos pueden extenderse en el tiempo.

- Aceptar que existe enriquecimiento sin causa en el resarcimiento del daño moral, llevaría ante todo a negar la propia existencia de los derechos de la personalidad, siendo en definitiva un bien jurídico tutelado por el derecho civil.

- El derecho de daño se centra en la figura del perjudicado y no en la del causante del daño, entender lo contrario sería una regresión en el derecho.

De cualquier forma la tendencia moderna es admitir el resarcimiento del daño moral, con o sin afectaciones patrimoniales.

Siempre se analiza cuando se toca el aspecto relativo al derecho comparado, la jurisprudencia, notándose en ella, una evolución con respecto a la indemnización de los daños morales, quedando en criterio prudencial de los juzgadores la determinación de la cuantía de los daños, partiendo de criterios tales como: las circunstancias del caso, la

gravedad de la lesión efectivamente producida, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. El criterio de la medida del daño que ha de resarcirse lo da el nexo causal entre el acto ilícito y el daño, sus circunstancias, la gravedad de la lesión, difusión, o audiencia del medio en que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Sin lugar a dudas esta posición hace exigir de los juzgadores, una actuación de estricta racionalidad, llamados siempre a la atención de los principios de la razón y la lógica.

Existiendo en los ordenamientos civiles y penales sobre Responsabilidad Civil derivada de la Circulación de Vehículos de Motor prevén la indemnización de perjuicios materiales y su extensión a los morales.

Existen otros textos en Alemania, artículo 253, BGB, Suiza, artículo 47, del Código de las Obligaciones, que reconocen el resarcimiento el daño moral, así también el Código Civil Italiano, Brasileño, Peruano este último en su artículo 1322 expresa: El daño moral ,cuando se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

El Código Civil del Estado de Jalisco, México, recoge en sus artículos 1391 a 1394, la reparación del daño moral. El artículo 1391 establece: que la violación de cualquiera de los derechos de la personalidad produce el daño moral, que es independiente del daño material. El responsable el mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización pecuniaria.

El artículo 1393 establece: las bases para la indemnización. Esta indemnización será determinada por el juez competente, quien tomará en cuenta las siguientes circunstancias:

- I. La naturaleza del daño.
- II. Los derechos lesionados.
- III. El grado de responsabilidad.
- IV. La situación pecuniaria o el nivel de vida del responsable.
- V. El grado de repercusión de los daños causados, y
- VI. Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

Y el artículo 1394 recoge para el caso de una lesión al honor de la persona, debido a una publicación en un medio masivo, la obligación de publicar un extracto de la sentencia en la que se haya condenado al responsable a la reparación del daño.

En el código civil venezolano se recoge en su artículo 1.196 que la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral, causado por el acto ilícito. El juez puede especialmente acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Código Civil para el Estado de Tabasco, México, expone en su artículo 2058 *"El responsable del daño al que se refiere el artículo 2051, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material"*

Hasta aquí hemos querido ilustrar como se regula la figura del daño moral en otras legislaciones, evidenciándose la tendencia mayoritaria a reparar el daño moral pecuniariamente.

III.8 DAÑO MORAL EN EL ORDENAMIENTO CUBANO.

El artículo 38 del Código Civil establece: " la violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución, que afecten al patrimonio o al honor de su titular, confiere a titular o a sus causahabientes la facultad de exigir:

- a. El cese inmediato de la violación o la eliminación de ser posible,
- b. La retractación por parte del ofensor,
- c. La reparación de los daños y perjuicios causados "

Se alberga para algunos la posibilidad de reparación monetaria del daño moral, en el expresado artículo, pero sin embargo no consta desarrollado este principio posteriormente, ignorando la ley civil la posibilidad de resarcir pecuniariamente el daño moral en los artículos reguladores de la responsabilidad civil jurídica. Se regula la forma en que puede hacerse efectiva la satisfacción del daño moral, en este caso, a través de la retractación del ofensor. Sin que se desarrolle otro elemento o argumento en relación a esta figura jurídica, que dé forma dispositiva encuadre su contenido. No se determina incluso, qué se

entiende por daño moral. En el orden procesal no precisa la norma ritual civil por cual proceso debe encausarse la demanda sobre reparación de daño moral, (nos referimos a daños que no lleven aparejados la ocurrencia de delito), en todo caso la ley procesal, deja espacio para aquellos casos donde la ley no establezca procedimiento. Correspondiendo a la competencia de la Sala de lo Civil, Administrativo y Laboral, conforme lo establece la propia ley. Aunque mas factible sería un proceso sumario por su brevedad.

Empero, no existe en nuestra práctica judicial, al menos en el estudio que hemos efectuado, ninguna resolución judicial en materia civil, donde se pronuncie tal reparación, no siendo fundado en petición en las demandas sobre responsabilidad jurídica civil. Y de sustanciarse, entendemos, quedaría a libre albedrío de la autoridad sobre la que recaería la decisión de condena, potenciar en su instrumento resolucionador la forma de hacer efectiva la misma.

Otro fundamento legal relacionado con el daño moral, lo encontramos en la ley penal.

Esta disposición entra en polémica, pues para algunos juristas resulta justa su aplicación, partiendo de la consideración de que el derecho penal debe contribuir a restablecer el orden quebrantado, y lograr el cumplimiento de una sentencia, otros no lo consideran así y parten de la observancia necesaria del principio de proporcionalidad de pena y argumentan otras formas de lograr la ejecución de la sentencia.

En correspondencia con nuestro ordenamiento jurídico corresponde también al tribunal que conoce del proceso penal, la ejecución directa de la reparación del daño moral, el cual consiste en dar una satisfacción pública a la víctima del delito. El hecho de dar

satisfacción pública a la víctima está fundamentado en el propósito de tratar de rehabilitarlo socialmente, limitándose nuestra legislación a expresar que la misma debe ser pública pero no da más detalles de su ejecución, por lo que se deja a la libertad del tribunal, según cada caso.

Correspondiendo al fiscal llevar la acción para la reparación del daño moral conjuntamente con la penal, conforme establece la Ley de Procedimiento Penal, sin embargo no encontramos sentencias que se pronuncien, respecto a la responsabilidad civil por daño moral. Y nos preguntamos: ¿dicha falta obedece a la inexistencia de los daños morales?, la respuesta obviamente es negativa, predominando el desconocimiento y la incertidumbre que conlleva a la abstención del asunto.

Consideramos que es beneficio para nuestra sociedad no solamente contar con figuras penales que sancionen conductas que laceren los derechos de la personalidad, si no además garantizar una real reparación del daño moral, pues los derechos de la personalidad debe ser una institución civil puesta a disposición de la persona para hacer valer su dignidad, reconociendo a esta, como uno de los bienes más preciados.

Durante el presente desarrollo se abordan las posiciones doctrinales en relación a la reparación del daño moral, y si bien, entendemos que nuestro Código Civil fue demasiado limitado al reconocer solamente la retractación del ofensor como única forma de reparar el daño moral, sin que por demás se apropie de elementos que permitan con meridiana certeza en tender su alcance y contenido, a dicha posibilidad no debe nunca renunciarse, si no buscar las formas de hacerla efectiva, en garantía al respeto de la dignidad humana. Sin olvidar tampoco la posibilidad de una indemnización pecuniaria

apreciable por el órgano judicial acorde a los principios de la razón y la lógica, atendiendo a las circunstancias del menoscabo sufrido.

De acuerdo con Puig Peña Pero, cabe sostener siempre que si bien, es imposible valorar el dolor moral, ello no tiene la fuerza de una imposibilidad absoluta, pues no se debe impedir el otorgamiento de una cantidad a la víctima como medio de atenuar o mitigar el dolor, que en cierto sentido puede actuar de compensación a los sufrimientos.

Un avance jurídico en nuestro país, lo fue la demanda interpuesta por las organizaciones de masas y sociales contra el Gobierno de los EE. UU. en fecha 31 de marzo del 1999 y por el resultado de esta demanda, surgió en fecha 20 de marzo del 2000 el Decreto Ley 209 del Consejo de Estado donde se le da la posibilidad a las víctimas o sus familiares mas allegados de reclamar una compensación de naturaleza patrimonial como vía de resarcimiento o satisfacción.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

De lo precedentemente expuesto estimamos las siguientes conclusiones:

1. La carencia legislativa en nuestro país en relación a una fundamentada regulación sobre el daño moral influye en la exigibilidad

de su reparación, según corresponda y en la consecuente inexistencia de pronunciamientos judiciales.

2. A pesar del reconocimiento de los derechos de la personalidad por nuestro ordenamiento jurídico, existen reales dificultades en el logro de la protección de estos derechos (el honor, la intimidad, la propia imagen, la dignidad, entre otros), cuando han sido vulnerados por daño moral.

3. Existe una generalidad en la doctrina moderna a reconocer la reparación pecuniaria del daño moral de forma compensatoria.

4. El método que el juzgador ha de adoptar para establecer un adecuado *quantum* indemnizatorio en la reparación del daño moral, debe tener en cuenta necesariamente, los elementos relevantes para determinar éste, tales como la relación de causalidad entre la conducta del agente y del daño; las circunstancias del caso concreto (edad, sexo, estado civil, ocupación del ofendido, entre otros); la intencionalidad del daño, la situación económica de las partes; y la jurisprudencia sobre casos similares.

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido entre otros criterios a considerar, la expectativa de vida en cada país en comparación con la edad de la víctima, así como a que el daño moral no necesita ser probado, pues es propio de la naturaleza humana el sufrimiento, la angustia y el dolor ante la pérdida de un ser querido u otra afección de carácter sentimental.

6. El Derecho como garantía de la seguridad jurídica debe establecer principios sobre los que descansen o se apoyen los

fundamentos indemnizatorios y la determinación de las correspondientes cuantías en relación al daño moral, lo que se plasmaría en nuevas normas o en su defecto conservando las actuales, a través de una uniforme Jurisprudencia.

7. La estimación de la concreta cuantía en la reparación de daño moral ha de ser razonada en los supuestos que la motivación sea posible. El Magistrado dispone de libertad para fijar el *quantum* indemnizatorio y para ello deberá ponderar el valor de la cosa o del daño que se trata de reparar, entendiéndose los perjuicios morales, siempre que los daños aparezcan determinados como ciertos, rechazándose aquellos que parezcan meras hipótesis o suposiciones.

8. En las sentencias se deben detallar minuciosamente las bases de la indemnización que se declara en el fallo con fundamento en el daño moral derivado del bien afectado y de sus secuelas, sin que exista contradicción entre ellas y lo acreditado por el demandante. Se debe tender a implantar criterios básicos y uniformes a fin de lograr una valoración objetiva y anticipada de la vida e integridad física y moral.

9. Las sentencias no deben conceder más de lo pedido, en aras del principio de congruencia, y en ningún supuesto, la indemnización reconocida puede ser motivo de un enriquecimiento injusto para el perjudicado.

BIBLIOGRAFÍA

Derechos de la personalidad. <<http://www.monografía>> (Consulta 7 febrero 2007).

Derecho Civil: Objetivo de una indemnización por daño moral.

<<http://www.monografía>> (Consulta 15 marzo 2007).

Derecho Civil. Parte General / Caridad del Carmen Valdés? [et al]. La Habana. Editorial Félix Varela, 2005. ? 330p.

Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón: Sistema de Derecho Civil, volumen II, p 601.

Domingo, Hidalgo: El daño moral, tomo I, Ed. Jurídica, p 82.

El daño moral. Cuantificación en materia civil. <<http://www.monografía>>

(Consulta 20 abril 2007).

Ganoso Arias, R: La reparación del llamado daño moral en el derecho natural y en el positivo, p.328.

Peña, Puig: Tratado de Derecho Civil Español, tomo II, p 572.

Resarcimiento del daño moral. <<http://www.monografía>> (Consulta 16 abril 2007).

Verdú, Pablo Lucas: Derechos Individuales, en nueva enciclopedia jurídica, tomo VII, p. 37.

Legislación:

Código Civil Cubano.

Código Civil Venezolano.

Código Civil del Estado de Jalisco, México.

Código Civil Peruano.

Constitución de la República de Cuba.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Ley de Procedimiento Penal.

AUTORAS:

Lic. Maria Elena Pérez Ruiz.

Lic. Maida Machado Rodríguez.

Enviado por:

Celin Perez Najera celin@derecho.unica.cu. Universidad de Ciego de Ávila. Facultad de Derecho

1. DE TRAZEGNIES, Fernando. LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Quinta Edición. Tomo I. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1995.

2. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL; Imprenta Editorial El Núo E.I.R.L.; Gaceta Jurídica. 3era Edición.

3. LEÓN. L. Leysser. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. 1era Edición. Editora Normas Legales. S.A.C. 2004.

4. TABOADA CORDOVA, Lizardo. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. COMENTARIOS A LAS NORMAS DEDICADAS POR EL CÓDIGO CIVIL PERUANO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. 2da Edición. Editora Jurídica Grijley. 2003.

5. VISINTINI, Giovanna. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. 1era Edición. ARA Editores. E. I. R.L. 2002.

6. VIDAL RAMIREZ, Fernando: Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación civil peruana; en: NEGOCIO JURÍDICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL. Libro en Memoria de Lizardo Taboada Córdova La Responsabilidad Extracontractual; 2003.

[1] TABOADA CORDOVA, Lizardo; "Elementos de la responsabilidad civil": Editora Jurídica Grijley; 2da. Ed.; Lima-Perú; 2003; op cit, Pág. 469.

[2] ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "Derecho de la responsabilidad civil", Tercera Edición, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2005, Pág. 64 y sgtes.

[3] LEYSSER L. LEON: "La responsabilidad civil"; Editora Normas Legales; Trujillo-Perú; 2004; Pág. 13.

[4] NORMAS LEGALES, Tomo 262, Marzo de 1998, Pág. A-14 y sgtes.

[5] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "Derecho de las Personas"; Librería Studium Editores; 3era Ed.; Lima- Perú; 1988.

[6] DE TRAZEGNIES, Fernando; "La Responsabilidad Extracontractual"; TOMO II; Pontificia Universidad Católica del Perú; Fondo Editorial 1990; Cuarta Edición; 1990; pág. 35.

[7] Ibidem; pág. 37.

[8] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Ob. Cit.; pág. 108.

[9] b) Cit. Por: Fernando de Trazegnies: La Responsabilidad Extracontractual, Quinta Ed.; Tomo I; Fondo Editorial 1995 Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 314.

[10] Taboada Córdova, Lizardo: Ob. Cit; pág. 85.

Referencias

1. ↑ <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/364/14.pdf>
2. ↑ Barros, Enrique (2006). *Tratado de la responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
3. ↑ De Pina, Rafael – De Pina Vara, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Porrúa.