

# LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN AMÉRICA LATINA: UNA VISIÓN HISTÓRICO COMPARATIVA\*

José Luis DIEZ SCHWERTER\*\*

SUMARIO: I. *Marco regulatorio general de la responsabilidad extracontractual en los ordenamientos latinoamericanos.* II. *Papel del daño en la responsabilidad extracontractual.* III. *Concepto de daño en materia extracontractual.* IV. *Categorías de daños extracontractuales resarcibles en América Latina: sistemas.* V. *Breves referencias a los daños materiales resarcibles: daño emergente y lucro cesante.* VI. *El daño no patrimonial o "moral".* VII. *Notas sobre la evolución del sistema romanista en la materia.* VIII. *Conclusiones.*

## I. MARCO REGULATORIO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos la regulación general de la responsabilidad extracontractual está contenida en los códigos civiles,

\* El presente artículo contiene parte de las conclusiones que obtuve al realizar mis tesis de maestría (2000) y doctorado (2003) en la Universidad de Roma "Tor Vergata" (Italia), bajo la guía del profesor Francesco Donato Busnelli. Ellas tuvieron por objeto el análisis comparado del derecho de la responsabilidad extracontractual en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Agradezco muy especialmente al profesor Sandro Schipani, del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani de la Universidad de Roma "Tor Vergata" (Italia), y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (Chile), por el constante apoyo brindado a las investigaciones que permitieron efectuar este trabajo.

\*\* Profesor de Derecho civil y de Derecho comparado, Universidad de Concepción, Chile.

los cuales, bajo diversas denominaciones, se refieren a ella como una de las fuentes de las obligaciones.<sup>1</sup>

A dicha normativa se añaden, en algunos países, reglas específicas contempladas en los códigos penales, en relación con las consecuencias civiles de los ilícitos penales.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Así, véanse, en Argentina, los artículos 1066 a 1136 del Código Civil de 1869 (“De los actos ilícitos” y “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”); en Bolivia, los artículos 984 a 999 del Código Civil de 1975 (“De los hechos ilícitos”, siguiendo como claro modelo al *Codice Civile* italiano de 1942); en Brasil, los artículos 186 a 188 y 927 a 954 del Código Civil de 2002 (“Dos fatos ilícitos” y “Das obrigações por atos ilícitos”); en Colombia, los artículos 2341 a 2360 del Código Civil de 1887 (“Responsabilidad común por los delitos y culpas”, siguiendo claramente como modelo el Código Civil chileno de 1855); en Costa Rica, los artículos 1045 a 1048 del Código Civil de 1886 (“Delitos y cuasi delitos”); en Cuba, los artículos 81 a 99 y 104 a 107 del Código Civil (“Actos ilícitos” y “Actividades que generan riesgo”); en Chile, los artículos 2314 a 2334 del Código Civil de 1855 (“De los delitos y cuasidelitos”); en Ecuador, los artículos 2241 a 2261 del Código Civil de 1858/1860 (“De los delitos y cuasidelitos”, siguiendo claramente como modelo el Código Civil chileno de 1855); en El Salvador, los artículos 2065 a 2085 del Código Civil de 1859 (“De los delitos y cuasidelitos”, siguiendo claramente como modelo el Código Civil chileno de 1855); en Guatemala, los artículos 1645 a 1673 del Código Civil de 1863 (“Obligaciones que proceden de hechos y actos ilícitos”); en Haití, los artículos 1168 a 1172 del Código Civil de 1825 (“Des délits et des quasi-délits”, siguiendo claramente como modelo el *Code Civil* francés de 1804); en Honduras, los artículos 2236 a 2243 del Código Civil de 1906 (“Obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, siguiendo claramente como modelo en esta materia al Código Civil español de 1889); en México, los artículos 1910 a 1934 del Código Civil para el Distrito y territorios federales de 1928 (“De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos”); en Nicaragua, los artículos 2509 a 2520 del Código Civil de 1904 (“Delitos y cuasidelitos”); en Panamá, los artículos 1644 a 1652a del Código Civil de 1916 (“De las Obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, que originalmente siguió en esta materia al Código Civil español de 1889); en Paraguay, los artículos 1319 a 1332 del Código Civil de 1985 (“De la responsabilidad civil”); en Perú, los artículos 1969 al 1988 del Código Civil de 1984 (“Responsabilidad extracontractual”); en Puerto Rico, los artículos 1802 a 1810A de su Código Civil que originalmente fue el español que se le extendió el año 1889 (“De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, siguiendo como modelo el Código Civil español de 1889); en República Dominicana, los artículos 1382 a 1386 del Código Civil de 1884 (“De los delitos y cuasidelitos”, siguiendo claramente como modelo el *Code Civil* francés); en Uruguay, los artículos 1319 a 1332 del Código Civil de 1868 (“De los delitos y cuasidelitos”); y en Venezuela los artículos 1185 a 1196 del Código Civil originalmente aprobado en 1873, con sucesivas reformas y sanciones en 1880, 1896, 1904 y 1916 (“De los hechos ilícitos”, normas inspiradas en el *Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones* de 1927).

Sobre la codificación civil en esta región véase muy especialmente: Guzmán Brito, A., *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Jurídica de Chile, 2000.

<sup>2</sup> Se hace presente que se ha excluido de este trabajo el análisis de leyes especiales sobre la responsabilidad extracontractual.

En este último sentido, los propios códigos civiles de Nicaragua,<sup>3</sup> Honduras<sup>4</sup> y Panamá<sup>5</sup> —siguiendo la sistemática del Código Civil español—<sup>6</sup> distinguen entre las obligaciones civiles que nacen “de los delitos o faltas”, regidas por el Código Penal, y las que derivan de “actos u omisiones en que intervengan culpa o negligencia, no penadas por la ley”, reguladas por el Código Civil.<sup>7</sup> También los códigos penales de Colombia,<sup>8</sup> Costa Rica,<sup>9</sup> Cuba,<sup>10</sup> El Salvador,<sup>11</sup> Perú<sup>12</sup> y Venezuela<sup>13</sup> contienen reglas, más o menos precisas, sobre la reparación de daños derivados de ilícitos penales.

Inclusive, el deber de reparar daños aparece referido en las Constituciones de Brasil,<sup>14</sup> Costa Rica<sup>15</sup> y El Salvador.<sup>16</sup>

## II. PAPEL DEL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

El daño es un elemento imprescindible para que surja la responsabilidad extracontractual en todos los ordenamientos analizados, siendo exigida expresamente su presencia en las cláusulas generales existentes en

<sup>3</sup> Artículos 1837 y 1838 del Código Civil nicaragüense, en relación con los artículos 34 a 52 del Código Penal, que conforman los capítulos V y VI del Título II del Libro I, intitulados respectivamente “De la responsabilidad civil” y “Reglas para determinar la responsabilidad civil”.

<sup>4</sup> Artículos 1349 y 1350 del Código Civil hondureño, en relación con los artículos 105 a 115 del Código Penal, los que conforman el Título IX de la Parte Especial del Libro Segundo el que lleva por epígrafe, precisamente, “Responsabilidad civil”.

<sup>5</sup> Artículos 977 y 978 del Código Civil panameño, en relación con los artículos 119 a 130 del Código Penal, que conforman el Título VI del Libro I del Código Penal de 1983, intitulado “Responsabilidad civil derivada del delito”.

<sup>6</sup> Artículos 1092 y 1093 del Código Civil español.

<sup>7</sup> Cabe hacer presente que el Código Civil puertorriqueño, pese a ser en muchos aspectos una reproducción del español, abandona esta solución pues en sus artículos 1045 y 1046 hace aplicables a ambos tipos de obligaciones las reglas del Código Civil.

<sup>8</sup> Artículos 94 a 100 del Código Penal colombiano.

<sup>9</sup> Artículos 103 a 110 del Código Penal costarricense.

<sup>10</sup> Artículos 70 y 71 del Código Penal cubano.

<sup>11</sup> Artículos 114 a 125 del Código Penal salvadoreño.

<sup>12</sup> Artículos 92 a 101 del Código Penal peruano.

<sup>13</sup> Artículos 113 a 127 del Código Penal venezolano.

<sup>14</sup> Artículo 5, incisos V y X, de la Constitución Federal de Brasil de 1988.

<sup>15</sup> Artículo 41 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949.

<sup>16</sup> Artículo 2, inciso final de la Constitución Política de El Salvador de 1983.

la materia.<sup>17</sup> Y en ello concuerda unánimemente la doctrina y la jurisprudencia.<sup>18</sup>

### III. CONCEPTO DE DAÑO EN MATERIA EXTRA CONTRACTUAL

Sólo los códigos civiles de Argentina<sup>19</sup> y Paraguay<sup>20</sup> definen al daño en sede aquiliana (siguiendo en ello al *Esboço* de Texeira de Freitas).<sup>21</sup>

Ante tal silencio, la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas han elaborado diversos conceptos, los cuales, coincidiendo en que el daño implica un menoscabo, disminución o detrimento, discrepan, sin embargo, a la hora de precisar la zona jurídica afectada.

Así, se ha sostenido, por ejemplo, que éste recae en la “persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales”;<sup>22</sup> en su

<sup>17</sup> Artículos 1067 y 1069 del Código Civil argentino; 984 del Código Civil boliviano (utilizando la expresión “daño injusto”, extraída del artículo 2043 del Código Civil italiano); 186, 927 del Código Civil brasileño; 1437, 2314 y 2329 del Código Civil chileno; 2341 y 2356 del Código Civil colombiano; 1045 del Código Civil costarricense; 81 y 82 del Código Civil cubano; 2241 y 2256 del Código Civil ecuatoriano; 2080 del Código Civil salvadoreño; 1645 del Código Civil guatemalteco; 1168 y 1169 del Código Civil haitiano; 2236 del Código Civil hondureño; 1910, 1912 y 1913 del Código Civil mexicano; 2509 del Código Civil nicaragüense; 1644 del Código Civil panameño; 1833 y 1834 del Código Civil paraguayo; 1969 y 1970 del Código Civil peruano; 1802 del Código Civil puertorriqueño; 1382 y 1383 del Código Civil dominicano; 1319 del Código Civil uruguayo; y 1185 del Código Civil venezolano.

<sup>18</sup> Al respecto véase Diez Schwertter, J. L., *El daño extracontractual y su reparación en América Latina: análisis histórico comparativo*, tesis doctoral, Universidad de Roma “Tor Vergata”, 2003, pp. 120 y ss.

<sup>19</sup> Artículo 1068 del Código Civil argentino: “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

<sup>20</sup> Artículo 1835 del Código Civil paraguayo: “Existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión”.

<sup>21</sup> Artículo 828 del *Esboço*: “Haverá dano, sempre que se causar a outrem (artículos 298 y 300) algum prejuizo sucetivel de apreciação pecuniaria; ou diretamente nas coisas do dominio, posse, ou detenção de prejudicado; ou indiretamente pelo mal feito à sua pessoa, ou a seus direitos e facultades”.

<sup>22</sup> En tal sentido, por ejemplo, Dueñas Dueñas, J. A., *La responsabilidad extracontractual en el Código Civil salvadoreño*, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Universitaria, 1959, pp. 33 y 34; y Fernández Sessarego, C., *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Lima, Publicaciones de la Universidad de Lima, 1990, p. 270, nota 3.

“patrimonio, en su integridad física, o en sus sentimientos o afecciones”;<sup>23</sup> “en su patrimonio o acervo material o en su acervo moral”;<sup>24</sup> “en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”;<sup>25</sup> en los “derechos subjetivos patrimoniales o extrapatrimoniales”;<sup>26</sup> en el “derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”;<sup>27</sup> en los “intereses” (patrimoniales o extrapatrimoniales);<sup>28</sup> en un “interés humano relevante desde la perspectiva jurídica”;<sup>29</sup> en “un interés, así éste se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico”;<sup>30</sup> en los “bie-

<sup>23</sup> Bejarano Sánchez, M., *Obligaciones civiles*, 3a. ed., México, Harla, 1984, p. 246.

<sup>24</sup> Maduro Luyano, E., y Pittier Sucre; E., *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, t. I, p. 149.

<sup>25</sup> Tribunal Supremo de Puerto Rico, “*García Pagán vs. Shiley Caribbean*, 88 JTS 101, p. 6116 (Hernández Denton)”, citado en Cuevas Segarra, J. A., *La responsabilidad civil y el daño extracontractual en Puerto Rico*, Estados Unidos, Publicaciones JTS, 1993, p. 190.

<sup>26</sup> En tal sentido, por ejemplo, Alterini, A. A., *Responsabilidad civil. Límites de la responsabilidad. Contornos actuales de la responsabilidad civil*, 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 123; Aguiar Dias, J. de *Da responsabilidade civil*, 3a. ed., Revista Forense, Río de Janeiro, 1954, t. II, p. 724; Brebbia, R., *El daño moral*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1950, pp. 67 y 68, seguido a su vez expresamente por Fuego Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Jurídica de Chile, 1991, p. 364.

<sup>27</sup> Hinestrosa, F., *Derecho civil, obligaciones*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1969, p. 529; Valencia Zea, A., *Derecho civil, III, De las obligaciones*, 8a. ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 180.

<sup>28</sup> Diez Schwerter, J. L., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 25; Espinoza Espinoza, J., *Ensayos sobre teoría general del derecho y los derechos de las personas. Estudios comparativos de circulación de modelos jurídicos*, Lima, Huallaga, 1996, pp. 207 y 208; Martínez Rave, G., *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, Temis, 1998, p. 160; Melich Orsini, J., *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, 2a. ed., Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2001, p. 32; Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires, Ediar, 1980, t. I, pp. 143-146; Zannoni, E. A., *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1987, núms. 1 a 12, pp. 1-37, especialmente pp. 31-37.

<sup>29</sup> Rivero Sánchez, J. M., *Responsabilidad civil. Curso de derecho privado*, 2a. ed., San José de Costa Rica, Biblioteca Jurídica Diké, 2001, t. II, pp. 95 y 96.

<sup>30</sup> Rodríguez Grez, P., *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Jurídica de Chile, 1999, p. 259.

nes (“jurídicos” añaden algunos)<sup>31</sup> materiales como extrapatrimoniales”;<sup>32</sup> en un “bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral”;<sup>33</sup> en un “benefício, de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”;<sup>34</sup> en las “ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales”;<sup>35</sup> en las “facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial”;<sup>36</sup> en una “situación jurídica”;<sup>37</sup> en la “esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona”;<sup>38</sup> en los “componentes do complexo de valores protegidos pelo Directo incluido, pois, o de carácter moral”;<sup>39</sup> y, en “algún derecho, toda lesión a algún interés jurídicamente protegido o perjuicio físico, material o moral”.<sup>40</sup>

<sup>31</sup> Silva Pereira, C. M. da, *Responsabilidade Civil*, 9a. ed., Río de Janeiro, 1999, p. 53; Limongi França, R., “Reparação do dano moral”, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano* (Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1998, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani, ASSLA), Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 160; Rodríguez-Arias Bustamante, L., *Derecho de obligaciones. Según los códigos civiles y la jurisprudencia española y panameña*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1965, p. 229, quien menciona entre éstos “la cosa patrimonial, el cuerpo, la vida, la salud, el honor, el crédito y el bienestar”, citando a su vez en esta materia a Enneccerus.

<sup>32</sup> Valencia, A., *Responsabilidad civil médica por daños al paciente*, Panamá, Editorial Jurídica Bolivariana, 1997, p. 142; Villaça Azevedo, A., *Teoria geral das obrigações*, 8a. ed., Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 239.

<sup>33</sup> Diniz, M. H., *Curso de direito civil brasileiro*, 12a. ed., Saraiva, 1998, vol. VII: Responsabilidade Civil, p. 58.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Ecuador, “Sentencia de 12 de noviembre de 1990”, *Gaceta Judicial*, Serie XV, 10, p. 3048, considerando 9o. (citando textualmente palabras del autor chileno Ramón Meza Barros).

<sup>35</sup> Alessandri Rodríguez, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Universitaria, 1943, núm. 138, p. 210. Esas mismas palabras se repiten en sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 30 de agosto de 1950, en *Gaceta de los Tribunales*, 1950, p. 509.

<sup>36</sup> Tamayo Jaramillo, J., *De la responsabilidad civil*, IV, *De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, Temis, 1999, p. 5.

<sup>37</sup> Domínguez Águila, R., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 188, 1990, p. 156, nota 132.

<sup>38</sup> Primera Sala de Casación costarricense, Sentencia núm. 112 del 15 de junio de 1992, citada por Paris, H., voz “Costa Rica”, *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, dirigida por Alterini, A. A., y López Cabana, R., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. II, p. 687.

<sup>39</sup> Bittar, C. A., *Reparação civil por danos morais*, 3a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 18 y 19.

<sup>40</sup> Ríos Ávalos, B., *Responsabilidad civil de Estado por actos regulares y actos antijurídicos de sus agentes*, Asunción, Centro de Estudios de Derecho y Notariado, U.N.A., 1994, p. 55.

Además, hay autores que entienden por daño la mera diferencia perjudicial existente entre la situación de la víctima antes de sufrir el acto lesivo y la que tiene después de ocurrido éste, ya se trate de una diferencia patrimonial (daño material), o no patrimonial (daño no patrimonial o “moral”).<sup>41</sup>

Hay, finalmente, quienes definen daño en términos muy amplios y genéricos, señalando, por ejemplo, que éste es “la consecuencia lesiva, reconocible porque se manifiesta”<sup>42</sup> o, simplemente, “toda suerte de mal, material o moral”.<sup>43</sup>

En todo caso, independientemente de la técnica utilizada para definir daño, resulta claro que las nociones seguidas actualmente en América Latina coinciden, como se ha visto, en su amplio alcance, comprensivo de todas las consecuencias lesivas, patrimoniales o no patrimoniales, que pueda ocasionar una hipótesis de responsabilidad extracontractual.

A dicha conclusión ha contribuido, seguramente, la genérica alusión que los códigos hacen en las cláusulas generales sobre responsabilidad extracontractual a “daño”,<sup>44</sup> “todo daño”,<sup>45</sup> “perjuicio”<sup>46</sup> o “daño o per-

<sup>41</sup> En tal sentido, y concordando con la *Differenztheorie*: Valdés Díaz, C., “La responsabilidad jurídica civil”, en varios autores, *Lecturas de derecho de obligaciones y contratos*, La Habana, Félix Varela, 2000, p. 96; y, Peirano Facio, J. *Responsabilidad extracontractual*, 3a. ed., Bogotá, Temis, 1981, p. 361; Gomes, O., *Obrigações*, 12a. ed., Río de Janeiro, Editora Forense, 1999, p. 270 (restringiéndolo a las meras diferencias patrimoniales).

<sup>42</sup> Brau del Toro, H. M., *Los daños y perjuicios extracontractuales en Puerto Rico*, 2a. ed., San Juan, Publicaciones JTS, 1986, p. 423, precisando que la “consecuencia lesiva” puede causar a su vez un menoscabo “físico, moral, económico, etcétera, a la persona que lo sufre”.

<sup>43</sup> Gadea Nieto, D., “La reparación del daño moral: aspecto penal y criminológico”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, núm. 70, 1991, p. 19.

<sup>44</sup> Artículos 1067 y 1069 del Código Civil argentino; 186 y 927 del Código Civil brasileño; 2314 del Código Civil chileno; 2341 del Código Civil colombiano; 1045 del Código Civil costarricense; 81 y 82 del Código Civil cubano; 2241 del Código Civil ecuatoriano; 1168 y 1169 del Código Civil haitiano; 2236 del Código Civil hondureño; 1910, 1912 y 1913 del Código Civil mexicano; 2509 del Código Civil nicaragüense; 1644 del Código Civil panameño; 1833 y 1834 del Código Civil paraguayo; 1969 y 1970 del Código Civil peruano; 1802 del Código Civil puertorriqueño; 1382 del Código Civil dominicano; 1319 del Código Civil uruguayo; y 1185 del Código Civil venezolano.

<sup>45</sup> Artículos 2329 del Código Civil chileno; 2356 del Código Civil colombiano; 2256 del Código Civil ecuatoriano; y, 2080 del Código Civil salvadoreño.

<sup>46</sup> Artículos 186 y 927 del Código Civil brasileño; 2509 del Código Civil nicaragüense; y 1383 del Código Civil dominicano.

juicio”,<sup>47</sup> sin fijar *a priori* específicos derechos dignos de tutela resarcitoria.<sup>48</sup>

Al adoptarse la referida noción amplia de daño, resulta entendible que el llamado problema de la “tipicidad” de los daños no aparezca desarrollado en América Latina.<sup>49</sup>

#### IV. CATEGORÍAS DE DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES RESARCIBLES EN AMÉRICA LATINA: SISTEMAS

##### 1. *Regla general: sistema bipolar de daños resarcibles. Daños patrimoniales y daño no patrimonial o “moral”*

En América Latina la regla general es que los distintos derechos nacionales adopten actualmente sistemas bipolares de daños resarcibles, integrados por los daños materiales o patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y por el daño no patrimonial, usualmente llamado “daño moral” (categorías sobre las cuales se volverá más adelante).

##### 2. *Excepciones*

###### A. *Los sistemas tripartitos de daños resarcibles: la autónoma resarcibilidad del “daño a la persona” en Perú y México*

El Código Civil peruano de 1984 reconoció como categorías de daños resarcibles el daño emergente, lucro cesante, el “daño a la persona”, y el daño moral.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Artículos 81 y 82 del Código Civil cubano; y 1645 del Código Civil guatemalteco.

<sup>48</sup> Inclusive cuando los artículos 1068 del Código Civil argentino y 1835 del Código Civil paraguayo definen legalmente el daño, señalan que éste proviene de la lesión de “derechos o facultades”, referencia esta última que ha permitido un amplio campo de aplicación.

<sup>49</sup> Cuestión surgida en Europa, especialmente a raíz de los planteamientos normativos contenidos originalmente en el Código Civil alemán, y traspasada a otras experiencias nacionales, como la italiana.

<sup>50</sup> El artículo 1985 del Código Civil peruano dispone expresamente que “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.



La referencia al “daño a la persona” fue introducida en el artículo 1985 de dicho código a instancias del comisionado Fernández Sessarego, quien tuvo muy presente a este respecto la experiencia italiana.<sup>51</sup> Y de su carácter autónomo da cuenta la propia *Exposición de motivos y comentarios* del Código Civil de 1984, en donde se consigna que la introducción del “daño a la persona” tuvo el “definido propósito de que se indemnizaran no sólo los daños con repercusión patrimonial y el daño moral, entendido como dolor de afección, sufrimiento o pena”.<sup>52</sup>

En todo caso, cabe hacer presente, que en Perú no hay completo acuerdo sobre el contenido del “daño a la persona”.<sup>53</sup> Al menos para Fernández Sessarego se incluyen en él el “daño psicossomático”,<sup>54</sup> el daño estético, el daño al proyecto de vida y el daño al proyecto existencial.<sup>55</sup>

Cabe señalar que si bien el “daño emergente” no aparece expresamente mencionado en la norma anotada, los intérpretes aceptan sin discusiones su resarcibilidad. En este sentido, por ejemplo, Trazegnies, F. de, *La responsabilidad extracontractual. Artículos 1969-1988*, 5a. ed., Lima, Biblioteca para leer el Código Civil, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, t. II, vol. IV, pp. 35-37, quien consigna además que “la jurisprudencia peruana no ha tenido usualmente dudas en cuanto a la reparación del daño emergente”; sobre la jurisprudencia en este punto véase: varios autores, *El Código Civil a través de la jurisprudencia casatoria*, Perú, Ediciones Legales, 2000, pp. 596-598.

<sup>51</sup> El propio Fernández Sessarego ha dicho que “para la redacción del proyecto del artículo 17, finalmente no incluido en el Código Civil, y para la incorporación casi subrepticia del daño a la persona en el artículo 1985, se tuvo principalmente en cuenta la doctrina italiana”, consignando expresamente que fueron consideradas las opiniones de Messineo, De Cupis, Busnelli, Rescigno, Paradiso, De Giorgi, Grasso, di Majo, Bonilini, Zeno-Zencovich y Scognamiglio. Fernández Sessarego, C., “El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942”, varios autores, *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, p. 255.

<sup>52</sup> Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil Revoredo de Debaquey, D. (comp.), *Código Civil, IV, Exposición de Motivos y Comentarios*, Lima, Okura Editores, 1985, p. 93.

<sup>53</sup> Así, hay quien entiende que entre el “daño a la persona” y el “daño moral” existiría una relación de género a especie: Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil*, 2a. ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 181. Otros son derechamente críticos a su consagración normativa: así, Trazegnies, F. de, *La responsabilidad extracontractual. Artículos 1969-1988*, t. II, vol. IV, *cit.*, nota 50, p. 112; y en el mismo sentido, recientemente, León, L. L., “Funcionalidad del ‘daño moral’ e inutilidad del ‘daño a la persona’ en el derecho civil peruano”, *Revista Peruana de jurisprudencia*, año 4, núm. 23, enero 2003, pp. I-XXXVIII.

<sup>54</sup> Fernández Sessarego, C., “Daño moral y daño al proyecto de vida”, *Revista Jurídica del Perú*, año LII, núm. 31, febrero de 2002, pp. 43 y ss.

<sup>55</sup> Fernández Sessarego, C., “Il danno alla salute nel codice civile peruviano del 1984”, *Giornate di studio sul danno alla salute*, Pisa, 12-13 de mayo de 1989, Padova, Cedam, 1990, p. 366.

En México, en tanto, su Código Civil reconoce actualmente como daños resarcibles:<sup>56</sup> los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante);<sup>57</sup> el daño que “se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal” (artículo 1915, inciso 2o.);<sup>58</sup> y el daño moral (artículo 1916 y 1916 bis).<sup>59</sup>

Cabe destacar que el daño que “se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal” parece emerger como un daño autónomo desde que su resarcibilidad se contempla independientemente del daño emergente y del daño “moral” que el mismo evento lesivo pueda ocasionar,<sup>60</sup> y sin que influya en su evaluación la circunstancia que la víctima haya estado, o no, obteniendo efectivamente ingresos provenientes de un trabajo remunerado, ni, en caso afirmativo, cuál era su monto, pues se le aplicará un sistema de tarifa legal.<sup>61</sup>

<sup>56</sup> Lamentablemente no pudimos obtener información precisa sobre la aplicación de esta normativa.

<sup>57</sup> Justificada positivamente en el artículo 1915, inciso 1o. del Código Civil, el cual señala: “La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”. Y ello en el entendido que los términos “daños” y “perjuicios” deben ser asimilados, respectivamente, a las nociones de daño emergente y lucro cesante, en virtud de lo prescrito en los citados artículos 2108 y 2109 del mismo código, los cuales tendrían, en este sentido, un alcance general. Cienfuegos Salgado, D., “Responsabilidad civil por daño moral”, en *Revista de Derecho Privado*, México, UNAM, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre 1998, pp. 53 y 54; Galindo Garfias, I., *Teoría de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 88; y Moguel Caballero, M., *Obligaciones civiles contractuales y extracontractuales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, pp. 232-234, relacionando además el artículo 2828, en el entendido que el delito se funda en el incumplimiento de una obligación de no hacer.

<sup>58</sup> Actual inciso segundo del artículo 1915 del Código Civil mexicano (cabe mencionar que el artículo 1915 fue objeto de reformas introducidas por Decreto de 30 de diciembre de 1939, publicado en el *Diario Oficial* de 20 de enero de 1940, que le adicionó los incisos 2o. a 5o., así como por el Decreto de 16 de diciembre de 1975, publicado en el *Diario Oficial* de 21 de diciembre de 1975, que nuevamente reformó dichos incisos).

<sup>59</sup> A este respecto cabe tener presente que el Decreto de 29 de diciembre de 1982, publicado en *Diario Oficial* del 31 de diciembre del mismo año, modificó los artículos 1916 y 2116 y adicionó un artículo 1916 bis; en tanto que el Decreto reformativo publicado en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994, modificó nuevamente el artículo 1916.

<sup>60</sup> El daño moral está definido y regulado en los artículos 1916 y 1916 bis, sobre los cuales se volverá más adelante.

<sup>61</sup> Al respecto véase sección VI de esta ponencia.

### B. *La limitada resarcibilidad del daño “moral” en Bolivia y Guatemala*

En Bolivia la regla general es que sólo son resarcibles los daños patrimoniales. Ello por cuanto el párrafo II del artículo 994 del Código Civil —inspirado en el artículo 2059 del modelo italiano de 1942— establece que “el daño moral sólo debe ser resarcido en los casos previstos por la ley” (lo cual sucede, entre otras hipótesis, cuando este daño deriva de la comisión de un ilícito penal).<sup>62</sup>

En todo caso, con anterioridad a la entrada en vigencia de este código, la doctrina boliviana se mostraba favorable a resarcir el daño “moral” sin la referida restricción.<sup>63</sup>

En Guatemala, en tanto, su Código Civil sólo acepta expresamente la resarcibilidad del daño no patrimonial o “moral” en dos hipótesis particulares.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> Puesto que el artículo 87 de su Código Penal establece: “Toda persona responsable penalmente, lo es también civilmente y está obligada a la reparación de los daños materiales y morales causados por el delito”.

<sup>63</sup> Así, por ejemplo: Romero Linares, R., *Apuntes de derecho civil boliviano*, Sucre, Imprenta Universitaria, 1969, t. I, p. 405, donde consignaba que “hoy se admite unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia que tanto el daño material cuanto el daño moral deben ser reparados”. Inclusive en el *Anteproyecto del Código Civil boliviano*, redactado por Ángel Ossorio, se establecía expresamente en su artículo 920 que “el responsable de un delito perpetrado por acción u omisión, ya sea como autor, como cómplice o como encubridor, está obligado a reparar a la víctima los daños materiales y morales que la [sic] haya causado” y en su artículo 925 se reiteraba que “el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar los daños causados tanto materiales como morales”; agregando en nota explicativa que “no cabe desconocer la realidad del daño moral ni dejarla impune”. Ossorio, A., *Anteproyecto del Código Civil Boliviano*, Buenos Aires, Imprenta López, 1943, p. 411, véase en general pp. 410-413.

<sup>64</sup> Como acontece en el 1656 del Código Civil guatemalteco, el cual dispone que en caso de difamación, calumnia o injuria, la reparación se debe determinar “en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron”; y en el artículo 225 del mismo código, ubicado dentro de las reglas relativas a la “paternidad y filiación extramatrimonial”, al establecer que “la madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso, o de minoridad al tiempo de la concepción”.

Su Código Penal, en tanto, autoriza resarcir el daño moral cuando deriva de la comisión de un delito o falta penal estableciendo en su artículo 119 que “la responsabilidad civil comprende: 1o. La restitución. 2o. La reparación de los daños materiales o morales. 3o. La indemnización de perjuicios”.

*C. La particular sistemática puertorriqueña: daños “generales” y “especiales”*

Si bien existen noticias que en Puerto Rico se clasificaban los daños en materiales y morales,<sup>65</sup> hoy en día parece imponerse la distinción entre daños “generales” y “especiales”, a la usanza del derecho estadounidense,<sup>66</sup> cada uno de ellos integrado, a su turno, por diversas otras partidas, variables según la hipótesis lesiva de que se trate.<sup>67</sup>

V. BREVES REFERENCIAS A LOS DAÑOS MATERIALES RESARCIBLES:  
DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE

En los países latinoamericanos hay coincidencia en orden a que en sede aquiliana deben resarcirse los daños patrimoniales o materiales, representados por el “daño emergente” y el “lucro cesante”.

A tal conclusión se llega ya por el mandato de reglas dadas expresamente para la responsabilidad extracontractual,<sup>68</sup> ya por la aplicación extensiva de preceptos que, reconociéndolos al tratar los aspectos generales de las obligaciones o la responsabilidad contractual, se entienden aplicables también al ámbito aquiliano.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Fernández, D., Toro, C. E., “El lucro cesante en materia de responsabilidad civil extracontractual: la confusión de la Torre de Babel”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, núm. 1, vol. LII, 1983, p. 54.

<sup>66</sup> En tal sentido véase, por ejemplo: Irizarry Yunque, C. J. *Responsabilidad civil extracontractual. Un estudio basado en las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico*, 2a. ed., Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1996, p. 358. Y utilizando directamente las nociones contenidas en el “Black’s Law Dictionary”, Córdova Mercado, J., “La regla de la fuente colateral y su efecto al probar daños especiales”, en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, núm. 4, vol. 26, agosto de 1966, p. 245.

<sup>67</sup> Brau del Toro, H. M., *Los daños y perjuicios extracontractuales en Puerto Rico*, *cit.*, nota 42, pp. 431 y ss.

<sup>68</sup> Así acontece en Argentina, (artículo 1069); Bolivia (párrafo I del artículo 994); Cuba (cuyo artículo 85 que se refiere a la “reparación del daño material”, cuyo contenido coincide con lo que usualmente se entiende por daño emergente, y cuyo artículo 86, letra d, contempla dentro de la “indemnización de perjuicios” el pago de “otros ingresos o beneficios dejados de percibir”); Perú (artículo 1984, interpretado pacíficamente en este sentido, aunque sólo menciona expresamente al lucro cesante); Uruguay (artículo 1323).

<sup>69</sup> En el entendido que estas categorías estarían incluidas en las genéricas expresiones “daño”, “todo daño”, “perjuicio”, o “daño o perjuicio”, utilizadas en las cláusulas genera-

## VI. EL DAÑO NO PATRIMONIAL O “MORAL”

1. *Denominación*

En América Latina se impone actualmente el principio de que, además de los daños materiales o patrimoniales, debe resarcirse el daño no patrimonial, usualmente llamado “daño moral”.<sup>70</sup>

2. *Consagración normativa*

Diversos ordenamientos jurídicos de América Latina han ido reconociendo normativamente la resarcibilidad del daño no patrimonial o “moral”.

Así ocurre en la sede aquiliana en los actuales códigos civiles de los siguientes países: Argentina,<sup>71</sup> Bolivia,<sup>72</sup> Brasil,<sup>73</sup> Costa Rica,<sup>74</sup> Cuba,<sup>75</sup>

les en la materia, como acontece en Brasil (aplicándose el artículo 402 de su Código Civil); Chile (aplicándose el artículo 1556 de su Código Civil); Colombia (aplicándose los artículos 1613 y 1614 de su Código Civil); Ecuador (aplicándose el artículo 1599 de su Código Civil); El Salvador (aplicando el artículo 1427 de su Código Civil); Guatemala (aplicando el artículo 1434 de su Código Civil) Honduras (aplicando el artículo 1365 de su Código Civil); México (aplicando los artículos 2108 y 2109 de su Código Civil); Nicaragua (aplicando el artículo 1865 de su Código Civil); Panamá (aplicando el artículo 991 de su Código Civil); Paraguay (aplicando el artículo 450 de su Código Civil); República Dominicana (aplicando el artículo 1149 de su Código Civil); Venezuela (aplicándose el artículo 1273 de su Código Civil).

Inclusive en Costa Rica la resarcibilidad del daño emergente y del lucro cesante se justifica exclusivamente en las expresiones “daño” y “perjuicios” usadas por el artículo 1045 de su Código Civil al consagrar la cláusula general de responsabilidad aquiliana. Abdelnour Granados, R. M., *La responsabilidad civil derivada del hecho punible*, San José, Juricentro, 1984, pp. 309 y ss.

<sup>70</sup> Cabe hacer presente, en todo caso que cierta doctrina y jurisprudencia prefiere hablar de “agravio moral”, “daño extrapatrimonial”, “daño inmaterial” o “daño no patrimonial”.

<sup>71</sup> Artículo 1078 reformado por la Ley 17.771 de 1968.

<sup>72</sup> Limitadamente, según se ha visto, en el párrafo II del artículo 994 de su Código Civil en relación con el artículo 87 del Código Penal.

<sup>73</sup> Artículo 186.

<sup>74</sup> Artículo 59 introducido por la Ley núm. 5476 de 21 de diciembre de 1973.

<sup>75</sup> Artículos 83 y 88.

Ecuador,<sup>76</sup> Guatemala,<sup>77</sup> México,<sup>78</sup> Panamá,<sup>79</sup> Paraguay,<sup>80</sup> Perú,<sup>81</sup> y Venezuela.<sup>82</sup>

Además, tratándose específicamente del daño no patrimonial o “moral” derivado de un ilícito penal, consagran su resarcibilidad los códigos penales de Bolivia,<sup>83</sup> Colombia,<sup>84</sup> El Salvador,<sup>85</sup> Guatemala,<sup>86</sup> Honduras,<sup>87</sup> México,<sup>88</sup> Nicaragua<sup>89</sup> y Panamá.<sup>90</sup>

Inclusive, las propias Constituciones de Brasil,<sup>91</sup> Chile,<sup>92</sup> Costa Rica<sup>93</sup> y El Salvador<sup>94</sup> reconocen la existencia de esta categoría de perjuicio.

<sup>76</sup> Artículos innumerados (tres) ubicados entre los artículos 2258 y 2259 (introducidos por la Ley núm. 171 publicada en el *Registro Oficial* núm. 779 de 4 de julio de 1984), y en el artículo 2258 (según su texto actual, producto de la modificación introducida por la Ley 256, publicada en el *Registro Oficial* núm. 446 de 4 de junio de 1970).

<sup>77</sup> Limitadamente, según se ha visto, en los casos contemplados en los artículos 225 y 1656 del Código Civil.

<sup>78</sup> Artículo 1916 y 1916 bis; reformado e introducido, respectivamente, por el Decreto de 29 de diciembre de 1982, publicado en *Diario Oficial* del 31 de diciembre del mismo año; el artículo 1916 fue reformado nuevamente en 1994, por el Decreto reformativo publicado el *Diario Oficial* el 10 de enero de ese año.

<sup>79</sup> Artículo 1644a introducido por la Ley núm. 18 de 31 de julio de 1992, que reproduce la primera parte del artículo 1916 del Código Civil mexicano.

<sup>80</sup> Artículos 1835 y 1858; el primero sigue casi al artículo 1078 del Código Civil argentino, en su redacción introducida por la ley núm. 17.711 de 1968.

<sup>81</sup> Artículos 1984 y 1985 del Código Civil.

<sup>82</sup> Artículo 1196, introducido en la reforma de 1942 y que corresponde al artículo 85 del *Proyecto Franco-italiano de Código de las Obligaciones y los Contratos* de 1927.

<sup>83</sup> Artículo 87 del Código Penal.

<sup>84</sup> Artículo 94 del Código Penal de 2000, actualmente en vigor (inclusive el daño moral había sido reconocido en los artículos 95 del Código Penal de 1936 y 103 del Código Penal de 1980).

<sup>85</sup> Artículo 115 del Código Penal.

<sup>86</sup> Artículo 119 del Código Penal.

<sup>87</sup> Artículos 107 y 110 del Código Penal.

<sup>88</sup> Artículo 30 del Código Penal.

<sup>89</sup> Artículo 46 del Código Penal.

<sup>90</sup> Artículo 120 del Código Penal.

<sup>91</sup> Artículo 5, incisos V y X, de la Constitución Federal de 1988.

<sup>92</sup> Artículo 19, núm. 7, letra i, de la Constitución Política de 1980.

<sup>93</sup> Artículo 41 de la Constitución Política de 1949.

<sup>94</sup> Artículo 2, inciso final, de la Constitución Política de 1983.

### 3. Aceptación doctrinaria y jurisprudencial

Aun en ausencia de norma expresa, autores y jueces latinoamericanos concluyen que el daño no patrimonial o “moral” debe resarcirse en sede aquiliana, y ello atendiendo, principalmente, a las expresiones “daño”, “todo daño”, “perjuicio”, o “daño o perjuicio” contenidas en las cláusulas generales, las que no efectúan exclusión alguna.<sup>95</sup>

Además, entre otros argumentos, se ha hecho presente que la resarcibilidad del daño moral habría sido aceptada en las *Siete Partidas* (ley 21 del Título XV de la Partida VII), cuerpo normativo que por un extenso periodo rigió en América Latina.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> Así ha ocurrido en Chile, con base en las expresiones “daño” y “todo daño” usadas respectivamente en los artículos 2314 y 2329 de su Código Civil; en Colombia, con base en las expresiones “daño” y “todo daño” usadas respectivamente en los artículos 2341 y 2356 de su Código Civil; en Costa Rica, con base en la expresión “daño” usada en su artículo 1045; en El Salvador, con base en la expresión “todo daño” usada en el artículo 2080 de su Código Civil; en Panamá, con base en la expresión “daño” usada en el artículo 1644 de su Código Civil; en República Dominicana, con base en la expresión “daño” usada en el artículo 1382 de su Código Civil; en Uruguay, con base en la expresión “daño” usada en el artículo 1319 de su Código Civil; en este país además se ha observado que el artículo 1246 de su Código Civil, siguiendo al artículo 1437 del Código Civil chileno, menciona entre las fuentes de las obligaciones los “delitos y cuasidelitos” que causan “injuria o daño a otra persona”, entendiendo que “injuria” implica precisamente un “agravio, ultraje, ofensa que se hace a uno en su honor o fama con algún dicho o hecho”. Así, Aramendia, J. P., *La reparación pecuniaria del daño moral en doctrina y en nuestro Código Civil*, cit., nota p. 40; y, en el mismo sentido, Ordoqui, G., y Olivera, R., *Derecho extracontractual*, vol. II, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1974, p. 398; y Garat, A., y Sacchi, C., *Manual de responsabilidad extracontractual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1975, p. 168). Inclusive una sentencia costarricense consignó expresamente que “los códigos latinoamericanos que para referirse a los efectos de la condena usan la expresión ‘todo daño’ han dado base a la jurisprudencia para considerar el agravio moral como susceptible de indemnización, lo que permite pensar que con igual o mayor razón ha de ser así en nuestro derecho”. Sentencia de la Sala de Casación, núm. 56 de 16 y 45 horas de 17 de agosto de 1977, citada por Pérez Vargas, V., *Principios de responsabilidad civil extracontractual*, San José, 1984, p. 151.

<sup>96</sup> Tal alcance se hace, por ejemplo, en Aramendia, J. P., *La reparación pecuniaria del daño moral en doctrina y en nuestro Código Civil*, Montevideo, Imprenta “El Siglo Ilustrado”, 1945, p. 47; Córdoba, R. D., “El daño moral y la indemnización de los perjuicios morales”, en *Anuario de Derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, núm. 2, 1957, p. 92; y Lombardi, J. E., *La responsabilidad extracontractual civil en el derecho panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1965, p. 272.

#### 4. *Concepto*

##### A. *Premisa*

En América Latina la tendencia actual es seguir un concepto amplio de daño no patrimonial o “moral”, comprensivo no sólo del dolor o sufrimiento que ocasiona el hecho ilícito (*pretium doloris*), sino también de la lesión a una amplia gama de atentados a intereses, bienes o derechos no patrimoniales de la persona.

Dicha tendencia se deduce del examen de la doctrina y jurisprudencia, así como de algunas legislaciones que precisan la noción o contenido de esta especie de perjuicio en la región.

##### B. *Conceptos y precisiones legales*

Excepcionales son los códigos civiles que precisan el concepto o contenido del daño no patrimonial o “moral”.

En tal sentido, el Código Civil de Ecuador dispone que “están especialmente obligados a esta reparación” (del que llama “daño meramente moral”), quienes “manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”.<sup>97</sup>

Por su parte, el Código Civil de Venezuela, siguiendo en esta materia al *Proyecto Franco-italiano de Código de las Obligaciones y los Contratos* de 1927, establece que “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 el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada”, añadiendo luego que “el juez puede igualmente conceder

<sup>97</sup> Inciso segundo del primer artículo innumerado introducido entre los artículos 2258 y 2259, por la Ley núm. 171, publicada en el Registro Oficial núm. 779 de 4 de julio de 1984 y llamada Ley de Reparaciones de Daños Morales, en cuya redacción especial importancia tuvo Barragán Romero, Gil, véase su obra: *Elementos del daño moral*, Quito, Edino, 1995.



una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima”.<sup>98</sup>

El Código Civil de Costa Rica dispone, en tanto, que “se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad”.<sup>99</sup>

El Código Civil mexicano señala expresamente que “por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.<sup>100</sup> Añade luego que “se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas”.<sup>101</sup>

Cabe hacer presente que el concepto de daño “moral” contenido en el Código Civil mexicano fue introducido posteriormente en el Código Civil panameño (en reforma de 1992).<sup>102</sup>

### C. Conceptos doctrinarios y jurisprudenciales

#### a. Regla general: tendencia amplia

Ante la usual ausencia de conceptos, especificaciones o referencias legislativas sobre el daño no patrimonial o “moral”, y aun en presencia de ellas, la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas profundizan en el contenido y alcance del daño no patrimonial o “moral”, siguiendo, en general, una noción amplia de este perjuicio, comprensiva no sólo del *pretium doloris*, sino que, además, de toda lesión a intereses, bienes o derechos no patrimoniales de la persona, como son, entre otros, su integridad psicofísica,

<sup>98</sup> Incisos segundo y tercero del artículo 1196, el que fue introducido en 1942, teniendo por fuente directa el artículo 85 del *Proyecto Franco-italiano de Código de las Obligaciones y los Contratos* de 1927.

<sup>99</sup> Artículo 59, cuyo actual texto fue introducido por la Ley núm. 5476 de 21 de diciembre de 1973.

<sup>100</sup> Artículo 1916, inciso 1o., introducido por el Decreto de 29 de diciembre de 1982, publicado en *Diario Oficial* del 31 de diciembre del mismo año.

<sup>101</sup> Introducido por el Decreto reformativo publicado en el *Diario Oficial* de 10 de enero de 1994.

<sup>102</sup> En el inciso segundo del artículo 1644a, introducido por la Ley núm. 18 de 31 de julio de 1992.

su configuración estética y sus condiciones normales de vida,<sup>103</sup> y a los llamados derechos de la personalidad.<sup>104</sup>

Cabe consignar, en todo caso, que en Colombia ha existido una particular evolución respecto del daño no patrimonial, al distinguirse sucesiva-

<sup>103</sup> Cedeño Jiménez, V. L., *La responsabilidad civil extracontractual en derecho francés y derecho dominicano*, Santo Domingo, Alfa y omega, 1977, p. 71 (para quien dicha denominación designa “los daños que no entrañan por sí mismos una pérdida económica, una disminución del “patrimonio”); Corral Talciani, H., *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 154 y ss. (reconociendo una serie extensa de posible categorías de daño moral resarcible); Diez Schwertter, J. L., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina, cit.*, nota 18, pp. 88 y 89, concibiéndolo como un atentado a los “intereses extrapatrimoniales”; Domínguez Hidalgo, C., *El daño moral*, I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 83, quien en un reciente y profundo trabajo señaló que está “con aquellos que conciben el daño moral del modo más amplio posible, incluyendo allí todo daño a la persona en sí misma —física o psíquica— como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales”; Fueyo Laneri, F., *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 95 (concibiéndolo como un atentado a “derechos subjetivos extrapatrimoniales, comprendiendo en éstos la persona física, los bienes y derechos de la personalidad y los de familia propiamente tal”); Melich Orsini, J., *La responsabilidad civil por hechos ilícitos, cit.*, nota 28, p. 33 (derechos extramatrimoniales, derechos de la personalidad, derechos de la familia); Morel, J. A., *Responsabilidad civil*, Santo Domingo, Tiempo, 1989, p. 49 (para quien daño moral es simplemente “el perjuicio extrapatrimonial, no económico”); Zannoni, E. A., *El daño en la responsabilidad civil, cit.*, nota 28, p. 290 (para quien el daño moral consiste en “la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del hecho dañoso por el ordenamiento jurídico”).

<sup>104</sup> Así se ha sostenido en diversos países latinoamericanos, como sucede: en Argentina, Brebbia, R., *El daño moral, cit.*, nota 26, p. 84; I. Iribarne, H. P. “De la conceptualización del daño moral como lesión a derechos extrapatrimoniales de la víctima a la mitigación de sus penurias concretas en el ámbito de la responsabilidad civil”, en *La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H.*, Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 376-388; Rivera, J. C., “Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad (con especial referencia a su protección frente a la prensa)”, *Daños a la persona, Revista Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1995, t. 1, pp. 41-68; Vázquez Ferreyra, R., “Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLV, núm. 3, 1995, pp. 29-50; en Brasil, Bittar, C. A., *Resparação civil por danos morais, cit.*, nota 39, pp. 253-257 (en donde se contiene un apartado que precisamente lleva por título *A reparação de danos por violações a direitos da personalidade*); Silva Martins, I. G. da, “Quantificação nos arbitramentos das ações por danos morais”, en *Revista de Direito Civil*, año 18, núm. 69, 1994, pp. 139-140; Silva Pereira, C. M. da, *Responsabilidade Civil, cit.*, nota 31, p. 54; Mattia, F. M. de, “Direitos da personalidade: aspectos gerais”, *Revista de Direito Civil*, año 2, 1978, núm. 4, p. 50 (aunque deja en claro que “os direitos da personalidade para serem, realmente, protegidos não podem ter sua sanção limitada à aplicação da responsabilidade civil. Mesmo

mente las nociones de “daño moral objetivado”, “daño moral subjetivo”, “daño fisiológico” y “daño a la vida de relación”.<sup>105</sup>

porque a estipulação do dano moral nem sempre é fácil”); y Limongi França, R., “Reparação do dano moral”, *cit.*, nota 31, p. 170 (donde habla de la necesidad de reconocer el principio de reparación del daño moral “como principal elemento de defensa dos Direitos da Personalidade”); en Chile, Fueyo Laneri, F., *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, *cit.*, nota 103, p. 364, y una tendencia jurisprudencial (por ejemplo, Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 26 de diciembre de 1983, en *Gaceta Jurídica*, 46, p. 93, considerando 8o.); en Colombia, Martínez Rave, G., *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, *cit.*, nota 28, p. 199; en México, Galindo Garfías, I., *Derecho civil. Primer curso. Parte general, personas, familia*, 17a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 356, además el propio mensaje con que el presidente Miguel de la Madrid acompañó al Congreso mexicano la *Iniciativa de Reforma a los artículos 1916 y 2116 del Código Civil para el Distrito Federal* hace declaraciones en este sentido (enviado el 2 de diciembre de 1982), como también alguna jurisprudencia (por ejemplo la Tercera Sala de la Suprema Corte mexicana en sentencia de 1987 citada por: Cienfuegos Salgado, D., “Responsabilidad civil por daño moral”, *cit.*, nota 57, p. 59); en Nicaragua, Escobar Fornos, I., *Derecho de obligaciones*, Universidad Centroamericana, Managua, 1989, t. II, p. 262; en Paraguay, Silva Alonso, R., *Derecho de las obligaciones en el Código Civil paraguayo*, Asunción, Intercontinental Editora, 2000, pp. 434 y 435; y en Venezuela, Melich Orsini, J., *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, *cit.*, nota 28, p. 33, y Ochoa, O., “La intransmisibilidad por vía de herencia de la acción por daño moral”, *Revista de Derecho Mercantil*, Caracas-Maracaibo, año III, núm. 6, 1988, p. 212.

<sup>105</sup> La distinción entre el “daño moral subjetivo” y el llamado “daño moral objetivado” ha sido objeto de fuertes críticas, destinadas, principalmente, a evidencia que con esta última partida se conduciría a dobles indemnizaciones al confundirse con el lucro cesante. Así Hinestrosa señala con agudeza que el “incorrectamente denominado” “daño moral objetivado” “no es otra cosa que un daño patrimonial en la forma de lucro cesante”. Hinestrosa, F., “Apreciación del daño moral. Aclaración de voto en la Sentencia de 25 de febrero de 1982 de la Sección 3a. del Consejo de Estado”, en Hinestrosa, F., *Escritos varios*, Bogotá, Umaña Trujillo Impresores, 1983, p. 722; e inclusive Tamayo Jaramillo fue lapidario en señalar que “tal vez ninguna creación jurisprudencial le haya hecho más daño a nuestro ordenamiento jurídico” que la referida a los “daños morales objetivados”. Tamayo Jaramillo, J., *De la responsabilidad civil, IV De los perjuicios y su indemnización*, *cit.*, nota 36, p. 157.

Sobre el “daño fisiológico” véase Navia Arroyo, F., *Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 81. Sobre la recepción del “daño fisiológico” en el Consejo de Estado colombiano, véase especialmente, Henao, J. C., *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 264 y ss.; y Cortés Moncayo, E., “El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de dos modelos europeos”, en varios autores, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 339-341.

b. *Excepción: el daño moral circunscrito al pretium doloris en Perú*

En Perú, luego que el Código Civil de 1984 consagrara el “daño a la persona” como categoría independiente de perjuicio,<sup>106</sup> al menos algunos autores estiman que el “daño moral” ha quedado limitado al llamado “daño moral subjetivo”, o “daño moral en sentido estricto”, que se resuelve en los sufrimientos psíquicos o en las perturbaciones de ánimo.<sup>107</sup>

5. *El resarcimiento del daño no patrimonial o “moral”*

A. *Función*

Por regla general, en América Latina se sostiene que el resarcimiento del daño moral cumple una función “satisfactiva” o, al menos, no punitiva,<sup>108</sup>

Sobre el “daño a la vida de relación” véase Cortés Moncayo, E., “El resarcimiento del daño a la persona en el derecho latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de dos modelos europeos”, *ibidem*, pp. 339-341.

<sup>106</sup> En su artículo 1985.

<sup>107</sup> Busnelli, F. D., “La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el Código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano”, en varios autores, *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de septiembre de 1998, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 52. En el mismo sentido Cárdenas Quiroz, C. “Apuntes sobre el denominado daño a la persona en el Código Civil del Perú de 1984”, *Revista de Direito Civil*, año 18, núm. 70, 1994, p. 20; y Fernández Sessarego, C., “El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942”, *cit.*, nota 54, p. 252.

<sup>108</sup> En este sentido, por ejemplo, Diez Schwertter, J. L., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, *cit.*, nota 18, pp. 247-249; García Falconí, J. C., “La prueba del daño moral y como [sic] se fija el monto de la indemnización”, en [www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.Civil.31.htm](http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.Civil.31.htm), Ecuador (visitado el 23.02.03); Ordoqui, G., Olivera, R., *Derecho extracontractual*, vol. II, *cit.*, nota 95, p. 392; Pérez Vargas, V., *Principios de responsabilidad civil extracontractual*, *cit.*, nota 95, 159; Rivero Sánchez, J. M., *Responsabilidad civil*, *cit.*, nota 29, p. 110. En Colombia la Corte Suprema, citando expresamente a K. Larenz, ha dejado consignado que “la reparación, cuando de daños morales se trata, la identifica un sentido resarcitorio de significado especial que, para decirlo con palabras de un renombrado expositor, Larenz, K., *Derecho de obligaciones*, t. II, p. 69), consiste en “proporcionar al perjudicado o lesionado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida”. Corte Suprema, 25 de julio de 1992, transcrita parcialmente

por lo que, en principio, su evaluación deberá atender sólo a la gravedad y extensión del daño sufrido.<sup>109</sup>

B. *Manera de efectuarla: indemnización dineraria y medios no pecuniarios*

Cuando se analiza el punto, se señala que el daño “moral” puede ser resarcido tanto por la vía de una indemnización pecuniaria como por medios no dinerarios.<sup>110</sup>

Inclusive en México<sup>111</sup> y Panamá<sup>112</sup> los códigos civiles han indicado ciertas medidas específicas no pecuniarias a través de las cuales es posible resarcir algunas particulares hipótesis de daño moral.

En Cuba, en tanto, por mandato expreso del codificador civil, el daño moral se traduce sólo en “la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor”.

por Gamboa Bernate, J. F., *Tasación del daño*, tesis para optar al título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996, pp. 377-389.

<sup>109</sup> En Perú el artículo 1984 del Código Civil señala que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

<sup>110</sup> Así por ejemplo: en Argentina este principio es enunciado expresamente en el artículo 1083 del Código Civil (reformado por la Ley 17.771 de 1968); en Brasil, por los artículos 947 y 950 del Código Civil; en Chile la Corte Suprema ha dicho “la víctima tiene derecho a exigir la supresión del daño o, si ello es imposible, una compensación igual al perjuicio” (C. S., 16 de octubre de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 67, sección 4a., p. 424, considerando 21); en Costa Rica, Pérez Vargas, V., *Principios de responsabilidad civil extracontractual*, cit., nota 95, pp. 142 y 143; e implícitamente también en Rivero Sánchez, J. M., *Responsabilidad civil*, cit., nota 29, pp. 158 y 159; en Paraguay el principio lo señala expresamente el artículo 1857 de su Código Civil (que a su vez reproduce los dos primeros incisos del artículo 2470 del *Anteproyecto de Código Civil* de Luis de Gásperi); en Perú, Trazegnies, F. de, *La responsabilidad extracontractual. Artículos 1969-1988*, t. II, vol. IV, cit., nota 50, p. 66; en República Dominicana, Cedeño Jiménez, V. L., *La responsabilidad civil extracontractual en derecho francés y derecho dominicano*, cit., nota 103, pp. 369 y 370; en Uruguay, Ordoqui, G. y Olivera, R. *Derecho extracontractual*, vol. II, cit., nota 95, pp. 378-381; en Venezuela, Melich Orsini, J., *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, cit., nota 104, pp. 201-209.

<sup>111</sup> Artículo 1916 inciso final. Fuera de esta hipótesis la regla expresa es que “cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia que se haya causado daño material, tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual...” (inciso 2o. del artículo 1916).

<sup>112</sup> Artículo 1644<sup>a</sup>, inciso final. Fuera de esta hipótesis la norma establece la obligación de indemnizarlo “mediante una indemnización en dinero” (reproduciendo el artículo 1916 del Código Civil mexicano).

En Chile<sup>113</sup> y El Salvador<sup>114</sup> sus códigos civiles parecen restringir la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral derivado de las “imputaciones injuriosas en contra del honor o crédito de una persona”; hipótesis que sólo dan derecho para demandar indemnización por “daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero”, añadiéndose que “ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se acredita la verdad de la imputación”.<sup>115</sup>

### C. Fijación del “quantum” dinerario

Pese a lo señalado, ya sea por disposición legal expresa,<sup>116</sup> ya por interpretación doctrinaria y jurisprudencial, en la práctica el resarcimiento del daño moral se traducirá normalmente en el pago de una suma de dinero, cuya fijación se considera entregada a la decisión “prudencial” o “discrecional” del juez,<sup>117</sup> denunciándose fuertes disparidades a la hora de fijar los montos indemnizatorios ante idénticas hipótesis de daño mo-

<sup>113</sup> Artículo 2331 (en todo caso hemos denunciado una eventual inconstitucionalidad o derogación tácita de esta norma por contravenir la garantía constitucional de protección de la honra contemplada en el artículo 19, núm. 4, de la carta fundamental de 1980; véase al respecto: Diez Schwertter, J. L. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, cit., nota 18, pp. 125 y 126).

<sup>114</sup> Artículo 2082.

<sup>115</sup> Cabe mencionar que en Colombia no se incorporó el artículo 2331 del Código Civil chileno, y en Ecuador el artículo 2258, que reiteraba esa regla, fue reformado por la Ley 256 (publicada en el *Registro Oficial* núm. 446 de 4 de junio de 1970) disponiendo en su actual redacción que “las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria no sólo si prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”.

<sup>116</sup> Por ejemplo, artículo 1916 del Código Civil mexicano.

<sup>117</sup> En este sentido el inciso final del primer artículo innumerado introducido a continuación del artículo 2258 del Código Civil ecuatoriano dice expresamente que se deja entregada “a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización [del daño moral] atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo”, es decir en consideración a la “gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”; noticias sobre idéntica solución mexicana en Cienfuegos Salgado, D., “Responsabilidad civil por daño moral”, cit., nota 57, p. 62; también en Uruguay Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Sent. núm. 661, 8.9.95, citada en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXVI, Carnelli, S., Jurisprudencia 1995. Gamarra, J. (Doctrina), Fundación Cultura Universitaria, 1996, p. 67. Tratándose de la indemnización del daño moral, los tribunales entienden que su determinación es una “facultad discrecional (no arbitraria, desde luego)” de ellos, entre otros.

ral y sin que se hayan implementado tablas o baremos obligatorios al respecto.<sup>118</sup>

En Colombia, en todo caso, han existido diversos intentos de limitar la evaluación pecuniaria del daño no patrimonial por la vía de fijar topes máximos indemnizatorios.<sup>119</sup>

#### D. *La consideración de la culpa del responsable en la evaluación del daño moral*

##### a. Principio

El principio generalmente declarado en los ordenamientos latinoamericanos es que la culpa del responsable no debe influir en la evaluación del daño, sea material o moral; de ahí entonces que se rechace la imposición de los llamados “daños punitivos”.<sup>120</sup>

<sup>118</sup> En todo caso existen noticias que en Argentina, Brasil, Puerto Rico y Uruguay se han confeccionados privadamente algunas tablas estadísticas referenciales con montos de indemnizaciones fijadas por esta especie de perjuicios, con el fin de ilustrar casos similares para lograr así cierta uniformidad de soluciones.

En Chile dada la enorme disparidad de criterios para fijar indemnizaciones ante idénticos perjuicios, se ha llegado a tildar la situación de “justicia al ojo” (Dominguez Águila, R., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, *cit.*, nota 37). Una aguda denuncia del mismo fenómeno en Europa en: Atiyah, P. S., *The damages lottery*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

<sup>119</sup> Estos topes han tenido su fuente en reglas de los códigos penales, como lo han sido el artículo 95 del Código Penal de 1936 (hasta 2,000 pesos); el artículo 106 del Código Penal de 1980 (hasta “un mil gramos oro”); y el artículo 97 del Código Penal de 2000 (hasta mil salarios mínimos legales mensuales).

Sin embargo, debe tenerse presente que tanto la Corte Suprema como el Consejo de Estado han efectuado diversas precisiones al respecto, llegando incluso a fijar directamente ciertas pautas para la evaluación monetaria de estos perjuicios, las que, en todo caso, se estiman hoy como referenciales y no obligatorias. Al respecto véanse: Koteich, M., *La reparación del daño extrapatrimonial en Colombia*, artículo, s/e, Bogotá, 2004, que la autora tuviera la gentileza de proporcionarnos; y Diez Schwerter, J. L., “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: del modelo de Bello a nuestros días”, en Martinic, M. D., y Tapia, M. (dir.), y Ríos, S. (col.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: pasado, presente y futuro de la codificación*, t. II, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 854-856.

<sup>120</sup> Inclusive en Puerto Rico, no obstante su cercanía con el derecho estadounidense, se afirma que la responsabilidad extracontractual es sólo “compensatoria”, “reparatoria” o “reintegratoria”, rechazándose a nivel general la introducción de daños punitivos.

### b. Excepciones normativas

A nivel normativo se hace excepción al principio referido en México, Panamá y Ecuador.

En el caso de México su Código Civil establece expresamente que al fijar el monto de la indemnización por daño moral debe considerarse “el grado de responsabilidad”,<sup>121</sup> solución que fue reproducida luego en el Código Civil panameño.<sup>122</sup>

Por su parte el Código Civil ecuatoriano dispone que al fijar el monto de la indemnización por daño moral se debe considerar la “gravedad particular” “de la falta”.<sup>123</sup>

### c. Excepciones en la operación práctica

En varios países de América Latina se ha hecho presente que en la práctica la gravedad de la culpa es considerada por los jueces a la hora de fijar los montos indemnizatorios por daño moral,<sup>124</sup> afirmándose, incluso, que

Así el Tribunal Supremo puertorriqueño ha sido enfático en sostener que “la indemnización nunca podrá tener carácter punitivo, pues, como se sabe, tales daños no existen en nuestra jurisdicción”, en *Marina Ind. Inc. vs. Brown Boveri Corp.*, 114 DPR 64, 90 (1983) (Torres), citado en Cuevas Segarra, J. A., *La responsabilidad civil y el daño extracontractual en Puerto Rico*, cit., nota 25, p. 257; en el mismo sentido Irizarri Yunque consigna que “reiteradamente ha resuelto el Tribunal Supremo que en Puerto Rico no procede la imposición de daños punitivos en casos de responsabilidad extracontractual bajo el artículo 1802 del Código Civil. Como tantas veces se ha señalado, este artículo establece la obligación de reparar el daño causado, no de castigar al que lo causa” (Irizarri Yunque, C. J., *Responsabilidad civil extracontractual. Un estudio basado en las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico*, cit., nota 66, p. 393).

En todo caso leyes especiales han ido introduciendo en este país daños punitivos para ciertas materias.

<sup>121</sup> Artículo 1916, inciso 4o.

<sup>122</sup> Artículo 1644a.

<sup>123</sup> Primer artículo innumerado introducido entre los artículos 2258 y 2259. Por ello no debe extrañar que en Ecuador la jurisprudencia haya llegado a afirmar que la resarcibilidad del daño moral cumple un papel “punitivo” y “preventivo”, afirmando en tal sentido que: “habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador. Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva” (Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 14 de junio de 2002, en *Registro Oficial*, núm. 630, de 31 de julio de 2002, p. 30, considerando 8o.).

<sup>124</sup> Así se ha hecho presente en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Uruguay, Venezuela (país este último donde se ha constatado un impropio abandono



por esta vía la responsabilidad extracontractual adquiere innegables “rasgos punitivos”,<sup>125</sup> o que cumple así “una función punitiva encubierta”.<sup>126</sup> Y ello aun en ausencia de norma expresa que autorice proceder de esa forma.

#### 6. La reparación tarifada del daño a la persona en México

Particularmente novedoso y original es el establecimiento en México de un sistema tarifado de indemnización de los daños “a las personas” y que produzcan su “muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal”.

Dicho sistema consiste, básicamente, en la aplicación al ámbito civil del método de evaluación establecido por la ley laboral para el caso de “riesgos del trabajo”, el cual, asegurando una base inicial igualitaria a las víctimas de idénticos perjuicios, admite también un margen de discrecionalidad judicial prefijado destinado a ponderar ciertas particularidades del caso concreto que el legislador se ha encargado de establecer.

En efecto, el inciso 2o. del artículo 1915 señala que “el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización corresponderá a los herederos de la víctima”.

El artículo 514 de la Ley Federal del Trabajo contiene una “Tabla de valuación de incapacidades”, la que asigna minuciosamente un porcentaje variable a cada una de las más de 400 incapacidades allí descritas (así, por ejemplo, se establece: “1. Por la desarticulación interescapulotorácica de 80 a 85%. 2. Por la desarticulación del hombro de 75 a 80%, por la amputación del brazo, entre el hombro y el codo, de 70 a 80%”, etcétera).

práctico del principio de la prescindencia de la culpa en la evaluación del daño moral, pues “debió haber sido el legislador y no la Corte [de Casación], quien hiciera una reforma, coherente, del sistema” (Acedo Sucre, C. E., *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en derecho venezolano, comparado con los derechos francés e italiano*, Caracas, Editorial Jurídica venezolana, 1993, p. 388).

<sup>125</sup> Ordoqui, G., y Olivera, R., *Derecho extracontractual*, vol. II, *cit.*, nota 95, pp. 396 y 397.

<sup>126</sup> Trazegnies, F. de, *La responsabilidad extracontractual. Artículos 1969-1988*, t. II, vol. IV, *cit.*, nota 50, p. 56.

Para fijar precisamente “el tanto por ciento que corresponda entre el máximo y el mínimo establecidos”, el artículo 492 de la citada ley ordena al juez considerar “la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad y la mayor o menor aptitud para ejercer actividades remuneradas, semejantes a su profesión u oficio”.

En lo que respecta a la indemnización de la “incapacidad temporal” ésta consistirá —según el artículo 491— “en el pago íntegro del salario que deje de percibir mientras subsista la imposibilidad de trabajar”, debiendo nuevamente entenderse hecha la referencia al “cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región” según ordena el artículo 1915 del Código Civil.<sup>127</sup>

En caso de muerte de la víctima el artículo 500 de la Ley Federal del Trabajo dispone que “la indemnización comprenderá: I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502”, o sea el “importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal”. Cabe consignar finalmente que la regulación dada al daño “a la persona” derivado de muerte o incapacidad física no ha estado exenta de críticas.<sup>128</sup> Así, Ernesto Gutiérrez y González estima que no era “lógico” tomar una tabla de indemnizaciones de una responsabilidad sin culpa, para pagar una responsabilidad basada en culpa.<sup>129</sup> Y otros autores discuten directamente el establecimiento de límites cuantitativos.<sup>130</sup>

<sup>127</sup> El que, recalcamos, se pagará independientemente de que la víctima haya estado o no recibiendo efectivamente remuneraciones provenientes de un trabajo remunerado.

<sup>128</sup> En tal sentido a nivel europeo autorizados juristas han propuesto, recientemente, un sistema de tablas o baremos para regular tarifadamente el resarcimiento de las lesiones a la integridad física y psíquica evaluables por pericia médico legal, dejando también un acotado margen para la discrecionalidad judicial atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto (al respecto véase Busnelli, Francesco Donato, “Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico”, *Revista de Derecho*, núm. 208, 2002, pp. 189 a 200).

<sup>129</sup> Gutiérrez y González, E., *Derecho de las obligaciones*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 659 (lo “lógico” para él habría sido establecer “su propia tabla en materia civil, o bien dar el principio, y remitir a un reglamento en donde se establecieran todas las hipótesis especiales de incapacidades y muerte”).

<sup>130</sup> Una reseña de autores que han hecho críticas en este sentido, en Besalú Parkinson, A. V. S., “La responsabilidad civil: tendencias actuales. La experiencia argentina y su posible proyección al derecho mexicano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,

### 7. La reparación de particulares hipótesis dañosas

Los códigos civiles de Argentina, Brasil y Paraguay, bajo la influencia del *Esboço*, contienen reglas particulares sobre la reparación de específicas hipótesis dañosas derivadas de ciertos delitos contra las personas y la propiedad.<sup>131</sup>

## VII. NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ROMANISTA EN LA MATERIA<sup>132</sup>

El principio seguido actualmente en América Latina, en orden a resarcir en la responsabilidad extracontractual tanto el aspecto patrimonial como el no patrimonial del daño, tiene claras raíces en el sistema romanista, al cual pertenece el derecho de esta parte del mundo.<sup>133</sup>

UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXXI, núm. 91, enero-abril de 1998, p. 79.

<sup>131</sup> Al respecto véanse los artículos 1084 a 1095 del Código Civil argentino; 958 a 964 del Código Civil brasileño; y, 1868 a 1874 del Código Civil paraguayo.

El Código Civil brasileño de 1916 también contemplaba reglas en este sentido en sus artículos 1537 a 1553 (explicaciones al respecto en Miranda, P. de, *Tratado de direito privado. Parte especial*, t. 54, 3a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 62 y ss.).

<sup>132</sup> Rotondi, G., *Dalla lex Aquilia all'articolo 1151 C.Civ. Ricerche storico-dogmatiche*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 14 (1916), 942-970, y 15 (1917), pp. 236-295. En la literatura más reciente véanse: Torre, A. La, *Genesi e metamorfosi della responsabilità civile, Roma e America. Diritto Romano Comune*, núm. 8, 1999, pp. 61-115; Valditara, G., *Dalla lex Aquilia all'articolo 2043 del codice civile*, ponencia presentada al *Convegno internazionale di diritto romano*, efectuado en Coppanello, 4-7 junio, 2000, s/e; y Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 27 y ss.

<sup>133</sup> Sobre la pertenencia del derecho latinoamericano al sistema romanista, véanse: Castán Vázquez, J. M., "El sistema del derecho privado iberoamericano", *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, t. VI; Catalano, P., "Diritto romano attuale, sistemi giuridici, diritto latinoamericano", *Studia in honorem E. Polay*, Szeged, 1985, pp. 167 y ss.; Schipani, S. (al cuidado de), *Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latino-americano*, *Studi Sassaresi*, 5, Milán, 1981; Schipani, S., "Il diritto romano nel 'nuovo mondo'", *Il Diritto dei Nuovi Mondi*, Genova, 1992, Padova, 1994, pp. 55-112; y Schipani, S., "Armonización y unificación del derecho: derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina", *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 665-695.

Ellas se encuentran, específicamente, en la evolución de dos delitos privados: el *damnum iniuria datum* y el delito de *iniuria*.<sup>134</sup>

El delito privado de *damnum iniuria datum* fue reglamentado originalmente en la *lex Aquilia*,<sup>135</sup> y en él se encuentran las raíces del aspecto patrimonial del daño resarcible, toda vez que dicha disciplina fue considerada inicialmente como un medio de tutela de la propiedad y luego del patrimonio.<sup>136</sup>

Posteriormente, el delito privado de daños será recogido en los cuerpos normativos más importantes en el desarrollo del sistema en la óptica analizada: las *Instituciones* de Gayo y el *Corpus Iuris Civilis*, para el derecho romano,<sup>137</sup>

<sup>134</sup> Una concordancia entre los códigos civiles latinoamericanos y sus fuentes romanas en materia de delitos y cuasidelitos civiles en varios autores, “Tavola di corrispondenze tra *Institutiones Iustiniani* 4.1-4.9 (*obligationes quae ex delicto aut quasi ex delicto nascuntur*) e Codici civili latinoamericani”, *Roma e America*, núm. 8, 1999, pp. 249-259 (trabajo grupal, en el que participé, y que fue dirigido por el profesor Cardillo, R.).

<sup>135</sup> La *lex Aquilia* es un plebiscito, cuya fecha de aprobación ha sido y es arduamente discutida por la romanística, pero que, en todo caso, se estima en torno a la segunda mitad del siglo III-primer mitad del siglo II a.C., y que tuvo por finalidad —al decir de Schipani— sustituir leyes precedentes y atribuir al titular de bienes económicos el derecho a obtener el pago de una pena en dinero de parte de quien hubiese destruido o deteriorado tales bienes. Schipani, S., “El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad”, *Materiales II, Corso di Perfezionamento e di Magister. Derecho romano y unificación del derecho. Experiencia europea y latinoamericana. Con especial atención a la responsabilidad extracontractual*, Roma, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Centro di Studi Latinoamericani, Aracne Editrice, 1999, p. 105.

<sup>136</sup> En efecto, en un comienzo la noción de daño resarcible se entendió limitada a la *deminutio pretii*, para posteriormente considerar la función dinámica que cumplía el bien dañado dentro del patrimonio de la víctima mediante la noción de interés (*interest*).

Al respecto es clara la parte final de D. 9, 2, 33, pr. en donde se consigna que “por la ley Aquilia conseguimos el daño, y decimos que se perdió lo que o pudimos percibir, o nos vemos obligados a gastar” (“...in lege enim Aquilia *damnum consequimur, et amisse dicimur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur*”). Sobre el particular véase muy especialmente Valditara, G., “Dall’*aestimatio rei* all’*id quod interest* nell’applicazione della *condemnatio aquiliana*”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, actas del I Congreso Internazionale Aristec, Madrid, 7-10 ottobre 1993, Torino, 1995, p. 85; y Valditara, G., *Superamento dell’aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Università di Torino-Memorie dell’Istituto giuridico, Serie III, memoria XL, Milano, Giuffrè, 1992.

<sup>137</sup> Las fuentes proporcionan noticias sobre los tres capítulos de la *Lex Aquilia*:

D. 9, 2, 2 pr. (Gaius *Libro VII. Ad Edictum provinciale*): *Lege Aquilia Capite primo cavetur: ut Qui servum*

D. 9, 2, 2 pr.: Gayo; *Comentarios al Edicto provincial, libro VII*. Dispónese en el capítulo primero de la ley Aquilia:

la Glosa y las obras de comentaristas,<sup>138</sup> las *Siete Partidas*<sup>139</sup> y los iusnaturalistas.<sup>140</sup>

En el desarrollo histórico de este delito destaca, en primer término, un paulatino proceso de despenalización,<sup>141</sup> llegando, en definitiva, a

*servamve alienum alienamve, quadru-  
pedem vel pecudem iniuria occiderit,  
quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum  
aes dare domino damnas esto.*

que el que hubiere matado con injuria al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año”.

*Gai. 3, 215: Capite secundo adversus  
adstipulatorem, qui pecuniam in frau-  
dem acceptam fecerit, quanti ea res est,  
tanti actio constituitur.*

Gai. 3, 215. En el segundo capítulo se establece una acción contra el coestipulante que se hubiera dado por pagado en fraude del estipulante.

*D. 9, 2, 27, 5: Ulpianus, libro XVIII, ad  
Edictum: Tertio autem capite ait eadem  
le Aquilia: Ceterarum rerum, praeter  
hominem et pecudem occisos, si quis  
alteri damnum faxit, quod usserit, fre-  
gerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit  
in diebus triginta proximis, tantum aes  
domino dare damnas esto.*

D. 9, 2, 27, 5: Ulpiano, *Comentarios al Edicto, libro XVIII*. Mas en el tercer capítulo dice la misma ley Aquilia: “Respecto a las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciera daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado, o roto alguna cosa con injuria, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta días próximos”.

<sup>138</sup> Al respecto véanse, entre otros: Cerami, P., “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di giustiniano ad Ugo Grozio”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, actas del I Congreso Internazionale Aristec, Madrid, 7-10 ottobre 1993, Torino, 1995, pp 103 a 122; y, Massetto, G. P., Voz “Responsabilità (diritto intermedio)”, *Enciclopedia del diritto*, t. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 1099-1186.

<sup>139</sup> Partida VII, Título XV (*De los daños, que los omes, o las bestias, fazen en las cosas de otro, de qual natura quier que sean*).

<sup>140</sup> Al respecto véase: Cerami, P., “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di giustiniano ad Ugo Grozio”, *cit.*, nota 138.

<sup>141</sup> Como delito penal el *damnum iniuria datum* estuvo caracterizado inicialmente por la noxalidad, la intransmisibilidad pasiva, la solidaridad cumulativa y la *litiscrecencia*. Además, en los capítulos I y III la sanción se calculaba en relación al mayor valor (*plurimi*) de la cosa en un tiempo pasado (en el año o en los 30 días anteriores), por lo que la condena podía ser superior al daño sufrido, excluyendo la posibilidad de considerar el significado que el bien tenía en el patrimonio de su propietario, como las utilidades que con posterioridad al hecho ilícito pudo generar.

limitarse la extensión del resarcimiento, exclusivamente, al daño producido.<sup>142</sup>

Además, se vislumbra un proceso de extensión de la disciplina aquiliana a los daños sufridos por la persona libre, los que no fueron incluidos en el texto de la *Lex Aquilia*, y cuya resarcibilidad se rechazó por largo periodo al entenderse opuesta al principio *liberum corpus non tollit aestimationem*.<sup>143</sup>

En todo caso, las raíces últimas en el sistema en cuanto a la protección de la integridad psicofísica de la persona libre en la disciplina de los hechos ilícitos se encuentran en el delito privado de *iniuria* del derecho romano.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> Como por lo demás lo señalaban expresamente autores del área germánica como Struvius, Stryck, Voet y Vinnius. Sobre el particular véanse Rotondi, G., "Dalla lex Aquilia all'articolo 1151C.Civ. Ricerche storico-dogmatiche", *Rivista di Diritto Commerciale*, 15 (1917), p. 248 y Valditara, G., *Dalla lex Aquilia all'articolo 2043 del codice civile*.

Al respecto, a mediados del siglo XIX el editor en castellano de una célebre obra de Vinnio anotará que "hoy día la acción de la ley Aquilia no es penal entre nosotros, pues sólo tiene por objeto la reclamación del daño causado injustamente; mas no del exceso del valor de la cosa dentro del año próximo anterior, y cuando se adjudica alguna cosa por razón de muerte del cónyuge, del padre o de otro pariente se considera hacerse más bien con el fin de indemnizar al perjudicado que con el de castigar al adversario" (Vinnio, A., *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnolfo Vinnio a los cuatro Libros de las Instituciones imperiales de Justiniano*, anotado por el jurisconsulto Heineccio, J. G., y seguido de las cuestiones selectas del mismo autor, traducción al castellano adicionada con las variantes del derecho español y las diferencias más notables del derecho municipal de Cataluña, Barcelona, Establecimiento tipográfico de D. Juan Olivares Impresor de S.M., 1847, p. 356). Lo mismo reitera en esa época don Andrés Bello en *Instituciones de Derecho romano*, edición de 1849, en Bello A., *Obras completas de Andrés Bello, Derecho romano*, Caracas, La Casa de Bello, 1981, t. XVII, p. 175.

<sup>143</sup> Sobre este proceso véanse: Rotondi, G., "Dalla lex Aquilia all'articolo 1151C.Civ. Ricerche storico-dogmatiche", *Rivista di Diritto Commerciale*, 15 (1917), p. 247; y Valditara, G., *Dalla lex Aquilia all'articolo 2053 del Codice civile*; y Montel, A., "Legittimazione attiva nell'azione di risarcimento per la morte di una persona", *Temi Emiliana*, vol. 7, 1930, Parte seconda, p. 129.

Como fuentes sobre el principio *liberum corpus non tollit aestimationem* véanse, entre otras, D. 9, 1, 3; D. 9, 3, 1, 5; D. 9, 3, 7; D. 9, 13, pr.; D. 14, 2, 2, 2.; D. 50, 17, 106; D. 50, 17, 176, 1.

<sup>144</sup> Para mayores profundizaciones sobre este delito privado, véanse: Castillo Santana, M. S. del, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1994; Manfredini, A., *Contributi allo studio dell'"iniuria" in età repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1977; y Santa Cruz Teijeiro, J., "La iniuria en derecho romano", en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Milán, Giuffrè, 1982, vol. II, pp. 525-538.

Dicho delito fue consagrado inicialmente en la Ley de las XII Tablas, la que contempló un sistema de penas pecuniarias fijas para hipótesis típicas.<sup>145</sup>

Más tarde el Pretor reconocerá una acción general de injurias (o *actio iniuriarum*), respecto de la cual el juez será quien fijará el monto de la pena bajo la fórmula de “cuanto (dinero) pareciere bueno y equitativo” (*quantum bonum aequum videbitur*),<sup>146</sup> con referencia al tiempo en que fue cometido el delito.<sup>147</sup>

La *actio iniuriarum* será recogida luego en el *Corpus Iuris Civiles*,<sup>148</sup> en las *Siete Partidas*,<sup>149</sup> así como en la glosa y en las obras de los comentaristas, destacando en su evolución al menos dos fenómenos que importa señalar ahora.

El primero dice: relación con la acentuación del aspecto penal público de ciertas hipótesis, las que, en definitiva, se transformarán en delitos de esa rama del derecho.<sup>150</sup>

Paralelamente, se producirá un proceso de absorción de otras hipótesis de *iniuria* dentro de la acción aquiliana, fenómeno que se verá especialmente acentuado en el periodo del iusnaturalismo.<sup>151</sup>

<sup>145</sup> Tab. 8.2; Tab. 8.3; Tab. 8.4.

<sup>146</sup> D. 47, 10, 17, 5.

<sup>147</sup> D. 47, 10, 21.

<sup>148</sup> Al respecto véanse, por ejemplo: D.47, 10, 1 pr.; D. 47, 10, 1, 2. También Gai. 3,220.

<sup>149</sup> Partida VII, Título IX (*De las defhonrras quier fechas, o dichas a los biuos, o contra los muertos, e de los famofos libellos*).

<sup>150</sup> Así, por ejemplo, puede verse en en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1805, el Libro XII (trata *De los delitos, y de las penas: y de los juicios criminales*) donde su Título 21 aborda la regulación *De los homicidios y de las heridas* y el Título 25 *De las injurias, denuestos, y palabras obscenas*.

<sup>151</sup> En este sentido es importante destacar que en la Ley 1 del Título XV de la partida VII se define daño diciendo que “empeoramiento, o menoscabo, o destruymieuto, que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro. E son de tres maneras. La primera es, quando se empeora la cosa, por alguna otra quel mezclan, o por otro mal quel fazen. La segunda, quando se mengua, por razon del daño que fazen en ella. La tercera es, quando por el daño se pierde, o se destruye la cosa del todo”.

También en *Grotius* es posible observar una comprensiva noción *damnum* como elemento del *maleficium*, pues éste aparece siendo no sólo toda lesión “*quae ad corpus, formam, pudicitiamve hominis spectas*”, sino en general “*omnem laesionem, corruptionem, diminutionem aut sublacionem eius quod nostrum est, aut interceptionem eius quod ex iure perfecto debeamus habere, sive id datum sit a natura sive accidente facto humano aut lege attributum, sive denique omissionem aut degenerationem alicuius praestationis quam nobis alter ex obligatione perfecta exhibere teneatur*” (*De iure belli ec pacis*, II, 17,

## VIII. CONCLUSIONES

El estudio realizado permite concluir que en América Latina:<sup>152</sup>

1. Actualmente se reconoce la resarcibilidad del daño no patrimonial o “moral” en la responsabilidad extracontractual.

2. Actualmente se entiende, por regla general, que el daño no patrimonial o “moral” tiene un contenido amplio, comprensivo no sólo del *pretium doloris*, sino que, más en general, de la lesión a bienes, intereses o derechos no patrimoniales.

3. Muy excepcional y difuso es aún el reconocimiento al “daño a la persona” como categoría de daño autónoma.

4. Sin discusiones se admite la resarcibilidad del daño emergente y del lucro cesante.

5. Con la referida tipología de daños resarcibles se comprueba que también en esta región se ha materializado el paulatino proceso de absorción en la disciplina aquiliana de aspectos primitivamente tutelados en el sistema por la vía de la *actio iniuriarum*.<sup>153</sup>

§ 22) (en una traducción al castellano se lee al respecto lo siguiente: Libro II, 17, § 22 “pero debe también, como dijimos, daño contra el honor y contra la fama, a saber, con azotes, contumelias, maldiciones, calumnias, burlas y con otros modos parecidos. En los cuales, no menos que en el hurto y en otros crímenes, hace de juzgar por el efecto la viciosidad del acto. A aquél corresponde la pena, a éste la reparación del daño, que se hace con la confesión de culpa, con exhibición de honor, con el testimonio de la inocencia y con todas aquellas cosas que son parecidas a éstas; por más que podrá también repararse con dinero tal daño, si el dañado quiere, porque el dinero es medida común de las cosas útiles” (Grocio, H., *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, t. III, pp. 19 y 20), de modo que el daño consiste en cualquier forma de *laesio*, *deminutio* o *corruptio* inferida al patrimonio (*dominium*), a la integridad física (*corpus*, *membra*) o daño moral (*fama*, *honor*, *puccitia*) de una persona (§ § 2.1 y 22) (Cerami, P., “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di giustiniano ad Ugo Grozio”, p. 120).

<sup>152</sup> En este sentido Valditara, G., *Dalla lex Aquilia all’articolo 2053 del Codice civile*. Corrobora esta idea Coing, quien al analizar el concepto de grociano de *damnum* señala que él “por así decirlo fusiona la *actio legis Aquiliae* y la *actio iniuriarum*”, Coing, H., *Derecho privado europeo*, t. I, *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas A. Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 637.

<sup>153</sup> Al respecto, sugerentes son las palabras usadas por Andrés Bello al redactar el artículo 1437 del Código Civil chileno: “las obligaciones nacen, ya a consecuencia de un hecho que ha inferido *injuria* o *daño* a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”.

Inclusive, recientemente, un autorizado jurista ha puesto en evidencia la pervivencia de la *actio iniuriarum* en ambiente europeo: Zimmermann, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, p. 1094, señalando al efecto que “*the radi-*



En definitiva, de un concepto de daño resarcible centrado en la propiedad, y luego en el patrimonio, el sistema lo concibe hoy en función de una tutela integral de la persona; principio del cual participa el derecho latinoamericano de la responsabilidad extracontractual.

*cal renunciation of the delict of iniuria has remained a mere episode, for in essence the judges are today, once again, required to award 'quantam pecuniam bonum aequum videbitur' to the plaintiff to assuage his injured feelings".*