



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL E HISTORIA Y TEORÍA DEL DERECHO

TESIS DOCTORAL:

**CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO
CIVIL ESPAÑOL, FRANCÉS Y PUERTORRIQUEÑO Y SU
CONTRAPOSICIÓN EN EL DERECHO COMÚN
NORTEAMERICANO**

Presentada por **Harry Brugman Mercado** para optar al grado de
doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por el Prof. Dr. José Javier de los Mozos Touya

SEPTIEMBRE DE 2015

ÍNDICE

Agradecimientos	7
-----------------------	---

PARTE I- PROEMIO

Abreviaturas	8
--------------------	---

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

CAPÍTULO I: METODOLOGÍA

1.1 Colección de datos.....	22
1.2 Análisis de datos.....	27

PARTE II- NOCIONES GENERALES

CAPÍTULO II: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	29
---	----

2.1 Derecho Romano: Contextualización Socio-Cultural.....	32
---	----

2.1.1 Primer período: la Monarquía	36
2.1.1.1 Sistema de Derecho predominante	38

2.1.2 Segundo período: la República	40
2.1.2.1 Sistema de Derecho predominante	43
2.1.2.1.1 Ley de las XII Tablas	44
2.1.2.1.2 Ley Aquilia	50
2.1.2.1.3 Jurisprudencia	62
2.1.2.1.4 Edictos del Pretor	62

2.1.3 Tercer período: el Principado	63
2.1.3.1 Sistema de Derecho predominante	64
2.1.3.1.1 Crímenes tipificados en la época	66
2.1.3.1.1.1 “Calumnia”	66
2.1.3.1.1.2 “Injuria”	66

2.1.4 Cuarto Período: el Dominado	67
2.1.4.1 Sistema de Derecho predominante	68
2.1.4.1.1 Codificación Justiniana	68

2.2 Aportaciones trascendentales del Derecho romano pertinentes al estudio del daño moral	71
2.2.1 Derecho privado y Derecho público	71
2.2.2 La familia y la capacidad de obrar	72
2.2.3 El delito	75
2.2.3.1 Injuria	76
2.2.3.2 Furtum y rapina	84
2.2.3.3 Damnum iniuria datum	85
2.2.3.4 Infamia	87
2.3 Prevalencia del Derecho romano tras la caída del imperio y su impacto en las jurisdicciones estudiadas	88
2.3.1 Surgimiento de Europa y continuidad del imperio romano	89
2.3.2 Derecho privado en Francia y codificación	92
2.3.3 Derecho privado en España y codificación	96
2.3.4 Derecho privado en Puerto Rico y codificación	97
2.3 Derecho común anglosajón	99
2.3.1 Evolución histórica del Derecho común en Inglaterra	103
2.3.1.1 Etapa anglosajona	103
2.3.1.2 Conquista Normanda y nacimiento del <i>Common Law</i>	103
2.3.1.3 Etapa del apogeo del <i>Common Law</i> y el nacimiento del <i>Equity</i>	106
2.3.1.4 Etapa del Derecho inglés contemporáneo	107
2.3.2 Desarrollo del concepto de daños en el sistema del <i>Common Law</i> Inglés	107
2.3.3 Derecho común norteamericano	113
2.3.3.1 Fuentes de Derecho	117
2.3.3.2 Desarrollo del concepto de daños en el sistema del <i>Common Law</i> en Norteamérica	117
CAPÍTULO III: ENTORNO CONCEPTUAL	121
3.1 Teoría general del daño en el Derecho civil	121
3.1.1 Caso particular del Derecho penal español con relación a los daños civiles y su reparación	137

3.2 Clasificación de los daños conforme al impacto económico sobre el individuo	139
3.2.1 Patrimoniales	141
3.2.1.1 Daño emergente	142
3.2.1.2 Lucro cesante	145
3.3 Daños morales.....	149
3.3.1 Definición del término	151
3.3.2 El daño a la salud en el Derecho italiano	165
3.3.3 Naturaleza de la indemnización del daño moral.....	169
3.3.4 Clasificaciones del daño moral	172
3.3.4.1 Daños morales temporeros	174
3.3.4.1.1 Déficit funcional temporero	174
3.3.4.1.2 Sufrimientos acaecidos	176
3.3.5.1.3 Daños Estéticos Temporeros	177
3.3.4.2 Daños morales permanentes	178
3.3.4.2.1 Déficit funcional permanente	178
3.3.4.2.2 Daño moral de amenidad	182
3.3.4.2.3 Daño estético permanente	192
3.3.4.2.4 Daño moral sexual	196
3.3.4.2.5 Daño por incapacidad de contraer nupcias	201
3.3.4.2.6 Daño excepcional permanente	205
3.3.4.3 Daños morales evolutivos	207
3.3.4.3.1 Daño específico de contaminación	207
3.3.4.3.2 Caso particular de la contaminación por asbestos en Francia	212
3.3.4.4 Daños morales a víctimas indirectas	214
3.3.4.4.1 Daño por ausencia	217
3.3.4.4.2 Daño por pérdida de afecto	220
3.3.4.5 Daño moral por pérdida de oportunidad	223
3.3.4.6 Daño moral o lesión al honor	226
3.3.4.7 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción	234
3.3.5 Reparación jurídica del daño moral	238
3.3.5.1 Formas de reparación	245

3.3.6 Estimación de los daños morales	252
3.4 Teoría general del daño en el Derecho común Norteamericano	259

PARTE III- SITUACIÓN ACTUAL

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

4.1 Reflexiones preliminares	265
4.2 Evolución del Derecho positivo	269
4.3 España	272
4.3.1 Base legal	272
4.3.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal.....	285
4.4 Francia	298
4.4.1 Base legal	300
4.4.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal.....	304
4.5 Perspectiva Europea	308
4.6 Puerto Rico	308
4.5.1 Base legal	308
4.5.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal.....	310

CAPÍTULO V: EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMÚN NORTEAMERICANO

5.1 Panorámica de la Teoría General del Daño	317
5.2 Clasificación de los torts	320
5.2.1 Torts intencionales	323
5.2.2 Torts de responsabilidad absoluta	329
5.2.3 Torts negligentes	333
5.3.1 Daños compensables	335
5.3.1.1 Daños económicos	337
5.3.1.2 Daños no económicos	338

5.3.1.2.1 Dolor y sufrimientos	340
5.3.1.2.1.1 Sufrimientos acaecidos	350
5.3.1.2.1.2 Daños estéticos	351
5.3.1.2.1.3 Déficit funcional permanente	352
5.3.1.2.1.4 Daño por pérdida de amenidad	353
5.3.1.2.1.5 Daño sexual	359
5.3.1.2.1.6 Incapacidad para contraer matrimonio	359
5.3.1.2.1.7 Daño por contaminación	360
5.3.1.2.1.8 Daños a víctimas indirectas	362
5.3.1.2.1.9 Daño por pérdida de afecto	363
5.3.1.2.1.10 Daño por pérdida de oportunidad	365
5.3.1.2.1.11 Daño por engaño del cónyuge	365
5.3.1.2.1.12 Daño al honor	367
5.3.1.2.1.13 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción	370
5.3.2 Daños nominales	372
5.3.3 Daños punitivos	374
5.4 Juicio por jurado	402
5.5 Valoración de los daños	406
5.5.1 Referencias o baremos para la valoración de los daños	410
5.6 Caso particular del Estado de Luisiana	413
5.7 Legislación federal	418
5.7.1 Federal Tort Claims Act	419
5.8 Sendero doctrinal	422

PARTE IV- COMENTARIOS FINALES

CAPÍTULO VI: HALLAZGOS Y DISCUSIÓN

6.1 Descripción de hallazgos	426
6.2 Conclusiones	428

PARTE V- REFERENCIAS

Bibliografía

Libros y Revistas	447
Legislación	467

Jurisprudencia	474
<u>Lista de Anejos:</u>	
Anejo 1: Baremos utilizados en valoración médica del Daño corporal	497
Anejo 2: Escala de la Pérdida del Placer en la Vida	504
Anejo 3: Propósito del Daño Punitivo por Jurisdicciones EUA	505

PARTE VI - RESUMEN EN FRANCÉS

CHAPITRE VII: RESUME EN FRANÇAIS

7.1 Contexte Historique	512
7.2 Contexte Conceptuel	523
7.3 Notions Générales sur l'Évolution du Préjudice Moral dans le Droit Civil	547
7.4 Préjudice Moral : Droit Nord-Américain	562
7.5 Conclusions	589

AGRADECIMIENTOS

Mis más profundo agradecimiento al Dr. José Javier De Los Mozos Touya por sus valiosos consejos y su apoyo constante durante esta aventura.

A mis padres y hermanos quienes han sido fuente de inspiración y fortaleza para alcanzar todas las metas propuestas.

A mis amados sobrinos, en quienes deposito la esperanza de un futuro mejor...

PARTE I

PROEMIO

ABREVIATURAS

[A]

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AF	Académie Française
AK	Alaska
AL	Alabama
ALR	American Law Reports
AP	Audiencia Provincial
ARAJL	Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
ADC	Anuario de Derecho Civil
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
APA	Audiencia Provincial de Asturias
APH	Archives de Philosophie du Droit
APM	Audiencia Provincial de Murcia
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse
AZ	Arizona
A.2d	Atlantic Reporter

[B]

BOE	Boletín Oficial del Estado
-----	----------------------------

[C]

CA	California
Cass. 1 ^o , civ.	Tribunal de Casación de Francia, Primera Sala Civil
Cass. 2 ^o , civ.	Tribunal de Casación de Francia, Segunda Sala Civil
Cass. soc.	Tribunal de Casación de Francia, Sala Social
CE	Constitución Española / Constitution Espagnole
CELAPR	Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico
CEUA	Constitución de los Estados Unidos de América
CCE	Código Civil de España / Code Civil d'Espagne
CCF	Código Civil de Francia / Code Civil de France
CCassF	Cour de Cassation de France
CCI	Código Civil de Italia / Code Civil Italienne
CCP	Code de Procédure Pénale
CCPR	Código Civil de Puerto Rico / Code Civil de Porto Rico
CPC	Código Penal de California
CPE	Código Penal de España / Code Pénal d'Espagne
CO	Colorado
CT	Connecticut

[D]

D	Digesto
DC	District of Columbia
DE	Delaware
DPR	Decisiones de Puerto Rico

[E]

ed.	editor
ep	en principio
EUA	Estados Unidos de América / États Unis

[F]

FL	Florida
FTCA	Federal Tort Claims Act
F.2d	Federal Reporter, 2nd series
F.3d	Federal Reporter 3rd series

[G]

GdP	Gazette du Palais
GA	Georgia

[H]

HI	Hawaii
----	--------

[I]

IA	Iowa
Ibid.	Ibidem
ID	Idaho
IL	Illinois
IN	Indiana
INSEE	Institut National de la Statistique et des Études Économiques
Inst.	Instituciones

[K]

KS	Kansas
KY	Kentucky

[L]

LA	Luisiana
loc. cit.	loco citato (en el lugar citado)
LPRA	Leyes de Puerto Rico Anotadas
LRCSVM	Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

[G]

GdP	Gazette du Palais
-----	-------------------

[M]

MA	Massachusetts
MD	Maryland
ME	Maine
MI	Michigan
MN	Minnesota
MO	Misouri
MS	Mississippi
MT	Montana

[N]

nc	nota al calce
NC	North Carolina
ND	North Dakota
NE	Nebraska
NH	New Hampshire
NJ	New Jersey
NM	New Mexico
NV	Nevada
NY	New York

[O]

OH	Ohio
OK	Oklahoma
OR	Oregon

[P]

PA	Pennsylvania
----	--------------

[R]

RAE	Real Academia Española
RDP	Revista de Derecho Privado
RTD Civ.	Revue Trimestrielle du Droit Civil
RFDC	Revue Française du Dommage Corporel

[R]

RI Rhode Island

[S]

SAPM Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid

SC South Carolina

SD South Dakota

So.2d Southern Reporter

ss. siguientes

STC Sentencia Tribunal Constitucional (España)

STS Sentencia Tribunal Supremo de España

STSPR Sentencia Tribunal Supremo de Puerto Rico

[T]

TCE Tribunal Constitucional Español / Tribunal
Constitutionnel Espagnol

TCF Tribunal de Casación de Francia

TEDH Tribunal Europeo de los Derechos Humanos / Tribunal
Européen de Droits Humains

TN Tennessee

TPI Tribunal de Primera Instancia Puerto Rico

trad. traductor

TSE Tribunal Supremo Español / Tribunal Suprême Espagnol

TSEUA Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América

TSF Tribunal Supremo Francés

TSPR Tribunal Supremo de Puerto Rico / Tribunal Suprême de
Porto Rico

TX Texas

[U]

US US Law (United States Supreme Court Law)

USC United States Code

UT Utah

[V]

VA Virginia

VIH Virus de Inmunodeficiencia Humana / Virus de
l'immunodéficience Humaine

VT Vermont

[W]

WA	Washington
WI	Wisconsin
WV	West Virginia
WY	Wyoming

[OTRAS]

III 2d	American Jurisprudence 2d
--------	---------------------------

INTRODUCCIÓN

Las influencias socio-económicas y culturales de los países inciden en su sistema de justicia. Los países con estructuras sociales vanguardistas han adoptado estructuras jurídicas que promueven el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la acción u omisión de otro semejante. Esta ha sido una forma de mantener el orden social y hacer justicia a lo largo de la historia. No obstante, sabemos que en los orígenes de nuestro Derecho positivo, la conceptualización de la protección a los bienes e intereses personales no estaban enmarcadas de una visión resarcitoria sino punitiva. Con el devenir del tiempo, la visión fue canonizada y aplicaron elementos de naturaleza moral a la imposición de responsabilidad civil. Cuando hacemos referencia a la moralización de la responsabilidad civil, nos referimos a la influencia de los preceptos religiosos en el Derecho y no al tema de estudio, que no está en la actualidad determinado por una mentalidad religiosa o los principios morales del bien y el mal.

Las influencias y el control económico, los intereses pecuniarios de las grandes entidades jurídicas y naturales han llevado a desnaturalizar paulatinamente los principios fundamentales del ser humano y a tratar de comprar todo lo que está dentro y fuera del comercio del hombre. Se compran bienes muebles, inmuebles, semovientes, pero de igual manera se negocian valores e intereses fundamentales del ser humano, algunos de una

forma más soslayada que otros. Por ejemplo, ya no nos sorprende escuchar ofertas de alquiler de vientres, asistencia en procesos de fertilización, compraventa de órganos internos, compañía de otras personas, venta de información sobre la intimidad de nuestros semejantes y transacciones que trascienden nuestra capacidad creativa, sobretodo con el impacto de la tecnología en nuestra vida cotidiana. Estas tendencias sociales van atadas a la realidad sobre la importancia que ofrecen los países civilistas a los bienes patrimoniales en su sistema de codificación, como apunta DE CASTRO.¹ El poder y el estatus social está, en muchas de nuestras sociedades, relacionado de forma directa con el cúmulo de bienes que se tiene o la estirpe de la que se proviene. Esta visión, desde época antigua, ha influenciado en la conceptualización del Derecho de daños, incluyendo el manejo de la responsabilidad civil extracontractual. La codificación y su interpretación por parte de la doctrina y los tribunales en materia de responsabilidad civil ha brindado énfasis al patrimonio de los individuos, mientras que se mantiene silencio sobre los bienes inmateriales y derechos fundamentales.

Las noticias que estremecían a todos, tales como el asesinato de una figura pública, la llegada del hombre a la luna, la aparición del virus de inmunodeficiencia humana (V.I.H.), el efecto de los ataques con armas químicas, la gripe aviar, el ébola, los atentados terroristas, el matrimonio

¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., "Los llamados derechos de la personalidad: dos estudios provisionales", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1959, vol. 12, núm. 4, p. 1238-1239.

entre parejas del mismo sexo y otros temas de relevancia mundial, nos parecen más comunes cada vez. Todos los supuestos que tienen impacto en la vida cotidiana de los ciudadanos, así como la influencia global y la capitalización de los valores han creado controversias que llegan a diario a los tribunales, aun en aquellos países más conservadores y los que profesan con rigor las virtudes públicas y privadas de su cultura.

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

El nacimiento de la figura del daño moral, ha estado impregnada de paradigmas sobre su esencia. Es decir, cuando preguntamos, incluso en la actualidad, a legos y juristas sobre el daño moral, no es extraño escuchar que se trata de las angustias mentales que sufre una persona como consecuencia de una actuación ilícita o un daño. Incluso, según veremos más adelante, para los tribunales que administran la justicia diariamente, se

le hace difícil concretar en sus fallos la modalidad del daño moral configurado en los casos y su correspondiente adjudicación resarcitoria. El daño moral es más que zozobra, llanto, insomnio, ansiedad, euforia, depresión y toda la gama de experiencias psíquicas que experimentan los individuos que han sido objeto de daño moral. El daño moral es la antítesis del daño patrimonial, es decir, todo daño que se configura como consecuencia de una actuación ilícita y no tiene impacto en la pecunia del individuo. También es denominado como daño no económico o extrapatrimonial y ha sido el resultado de un proceso paulatino de reflexión y la evolución de mentalidades fundamentadas en los principios sociales tradicionales.

Se han experimentado grandes batallas en el proceso natural de nacimiento, evolución y subsistencia de la figura. Dichos encuentros se caracterizan por un desarrollo lento de los fundamentos filosóficos que dan paso a la existencia del concepto con independencia de otras figuras jurídicas; la aplicación en el campo de batalla, es decir, en los tribunales que tienen ante sí la intrínscala social cotidiana que no pueden ser despachadas livianamente con la aplicación del derecho como una receta de cocina; los reveses e intentos de moralizar el concepto, atribuyendo al ejercicio del reclamo de justicia principios de bondad o maldad para invalidar su existencia; por último, la inconsistencia en los órganos jurisdiccionales en la interpretación y aplicación de la figura, impactada

por la ausencia de referentes específicos que disminuyan el error humano en el ejercicio de valoración. Como veremos a través del desarrollo del tema, la codificación civil en materia de daños es general, pero deja un espacio para su aplicación a los daños morales. A pesar de que se observa un avance, todavía existe un grado tal de heterogeneidad en la conceptualización, alcance y aplicación del tema que algunos exponentes lo han denominado como un misterio casi imposible de descifrar.²

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

Dentro de los movimientos doctrinales hay críticos que plantean la imposibilidad de resarcir un daño a los intereses espirituales del ser humano a través del dinero. RIPERT, hacía una dura crítica en la década de los años 1940 a los individuos que reclamaban la reparación de un

² Cour de Cassation, Cycle Risques, assurances, responsabilités 2006-2007, Sixième conférence, La réparation du préjudice extra-patrimonial, 2 juillet 2007, [en línea]. [Consulta: 20 de julio de 2014]. Disponible en: http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9_488.html. Traducción nuestra. Texto original en francés: “Le préjudice extra-patrimonial est un mystère du droit de la responsabilité. La notion de préjudice extra-patrimonial semble d’ailleurs insaisissable.”

perjuicio moral, indicando que puede resultar impactante para los perjudicados ir a convertir en dinero sus lágrimas frente a un tribunal.³ Una forma clara y simple para describir el proceso donde el éxito o fracaso del caso estriba no solo en la participación de peritos que pongan al juzgador en posición de entender la magnitud del perjuicio acaecido, sino en la habilidad de la parte perjudicada por describir de manera diáfana su experiencia y porque debe ser acreedor de reparación. La subjetividad que enmarca los daños morales no ayuda en el proceso de ponderación judicial. Los contornos personales impactan directamente la manera en que los perjudicados interpretan y experimentan el daño, los valores sociales y las pautas de referencia social magnificarán o reducirán el impacto en el detrimento causado al otro.

Se pretende mediante el desarrollo de este trabajo exponer la conceptualización del daño moral en el Derecho civil español y analizar el mismo tomando como referencia el desarrollo de este concepto legal en otras jurisdicciones, entre otras, el Derecho francés, el puertorriqueño y el norteamericano. Se cubrirá además, la subjetividad en la administración de la justicia cuando hay ausencia de disposiciones legales dirigidas a proteger los intereses incorporeales y la forma de reparar los mismos cuando son afectados.

³ RIPERT, G., *Le prix de la douleur*, D. 1948, Chr., pág. 1. Literalmente en francés, el autor expresa: “[i]l peut être choquant d’aller monnayer ses larmes devant les Tribunaux.”

Para iniciar el desarrollo del tema se propone una breve exposición de antecedentes históricos relevantes al tema, dando énfasis al tema general de los daños. Comenzamos a observar la transformación de un sistema que utilizaba el castigo como disuasivo de conductas no aceptadas, centrados en el actor del daño a uno reparador que busca un remedio para la víctima que sufre el agravio. El recorrido lo hacemos de manera general para establecer las bases de la transformación del daño y poder apreciar cómo la visión social juega un rol determinante en la definición de los intereses materiales y espirituales del ser humano. También resulta interesante considerar el tiempo que tomó a las civilizaciones que nos antecedieron evolucionar de una visión a otra, lo que nos servirá de parámetro para entender que a pesar de que se habla hace mucho tiempo del daño moral, aún se encuentra en un proceso evolutivo.

Luego se posiciona el daño moral dentro del tema de la responsabilidad civil extracontractual y el Derecho de daños en general. A través de la conceptualización ofrecida en los países estudiados se presenta el alcance del daño moral, poniéndose de manifiesto su individualidad e independencia del daño patrimonial. Como parte del estudio, se evalúa el tratamiento ofrecido al daño moral en jurisdicciones que tienen en común el sistema codificado fundado en el Derecho civil, en particular España, Francia y Puerto Rico, con menciones aisladas de otros países, tales como Italia, Bélgica, Alemania y Portugal.

Tras evaluar la conceptualización del daño moral en las principales jurisdicciones estudiadas, se hace una revisión de la legislación, jurisprudencia y doctrina de la figura para determinar cuán formalizado está el concepto. Adelantamos que el protagonismo en el proceso lo tienen los foros judiciales, que han forjado determinaciones que han delineado los contornos de la figura del daño moral, con eco en la doctrina de los diferentes países estudiados. A pesar de la gran actividad jurisprudencial sobre el tema de estudio, debemos sostener que los tribunales han sido muy cuidadosos en fundamentar sus determinaciones mediante la interpretación de los artículos relacionados a la responsabilidad civil extracontractual, como característica de un sistema basado en la ley.

El ejercicio que más dificultad conlleva y donde no existen referentes paralelos de comparación ha sido el estudio del tratamiento ofrecido por los Estados Unidos de América a los daños morales. Poseen un sistema de Derecho diferente al estudiado en los países europeos y Puerto Rico. La individualidad y soberanía de los territorios que componen los Estados Unidos de América presenta un reto en la evaluación de la figura y la ponderación de puntos de referencia. La exigua doctrina sobre el tema apenas distingue entre los daños patrimoniales y los no económicos. Se contextualizan en la jurisprudencia norteamericana, daños cuyo paralelo representa un perjuicio moral en las jurisdicciones civiles, pero hay otras modalidades que ni siquiera han sido objeto de ponderación judicial.

Incluso, veremos que la mentalidad al manejar ciertos daños morales dista de la aplicada en España, Francia y Puerto Rico. Aún estas diferencias ofrecen la oportunidad de conocer y aprender de los procesos. La jurisdicción norteamericana nos ofrece, en particular, la oportunidad de conocer y evaluar el uso y efectividad de los daños punitivos como mecanismo disuasivo de conductas ilícitas y la intervención de jurados en el proceso de ponderación judicial en casos civiles.

Finalmente, se establecen hallazgos y conclusiones relevantes al tema estudiado que sirven de base para estudios posteriores y para posicionar el daño moral en los países estudiados. Las reflexiones finales sobre el tema, también sirven de base para el desarrollo de propuestas relacionadas a la codificación de la figura o su inserción en la codificación actual.

CAPÍTULO I

METODOLOGÍA

1.1 Colección de datos

El proceso de recolección de datos ha sido extenso, lento y lleno de retos. La base para el estudio es el Derecho español y se comenzó el proceso haciendo un estudio bibliográfico de fuentes primarias y secundarias sobre el tema general de la responsabilidad civil extracontractual y dentro de ese contexto, se evaluó posteriormente el daño moral. Habiendo examinado la extensa bibliografía disponible sobre el tema, se procedió a realizar un bosquejo que permitiera desarrollar el tema de manera adecuada, tomando en consideración que el proceso incluye comparación de diferentes sistemas de derecho. La propuesta original pretendía tocar los mismos temas en las tres principales jurisdicciones

civiles estudiadas, es decir España, Francia y Puerto Rico, pero pronto descubrimos que el desarrollo del daño moral en las tres jurisdicciones no ha ido a la par y por ende no existe una perfecta correlación de temas. Por tanto, se encontrarán en el trabajo temas que han sido objeto de discusión en algunas jurisdicciones y en otras no. A esos efectos se hacen planteamientos generales para poner en perspectiva al lector sobre la ausencia del planteamiento en el país que así aplique.

Se comenzó la travesía con la lectura de múltiples lecturas sobre el daño moral, lo que ayudó a romper paradigmas, que son comunes en la mente de los que nos exponemos al tema. Aunque hay abundante literatura sobre el tema, los escritos y estudios más serios versan sobre controversias relacionadas con la existencia del daño moral o la valoración del mismo. Por tal motivo, se hizo lectura de publicaciones en diferentes fuentes de referencia, tratados generales, libros específicos sobre el tema, artículos de revistas profesionales e incluso ponencias de tratadistas y expertos en el tema. Muchas lecturas fueron visitadas en múltiples ocasiones y en el proceso de introspección se descubrieron detalles que nos permitieron contextualizar el tema libremente, sin circunscribirnos a conceptos tradicionales. Como parte del proceso de estudio, se fueron completando los temas propuestos, no sin antes caer en más de una ocasión en la tentación de brincar jurisdicciones y adelantarnos a encontrar equivalencias en los países objeto de estudio, solo para descubrir que solo conseguíamos

hacer del proceso uno más complicado. El análisis jurisprudencial fue uno de los procesos de mayor relevancia para el presente trabajo. Proceso arduo y complicado en la medida que el acceso y la organización de los materiales varía de una jurisdicción a otra. Esto sin hacer referencia al volumen de información en diferentes formatos e idiomas que fueron manejados.

De vuelta al principio, se procedió a establecer un marco conceptual del tema principal y luego de desarrollar el mismo bajo el contexto del Derecho español, se comenzaron a estudiar e introducir de manera paulatina las consideraciones del tema en Francia y Puerto Rico. A pesar de que se trata de un tema centenario, podemos catalogar su desarrollo como contemporáneo porque no es hasta hace algunas décadas que se plantean supuestos que han permitido apreciar el alcance del daño moral en un contexto importante al llegar a equipararlo al daño patrimonial, figura que conocemos desde el Derecho romano arcaico. Las determinaciones judiciales sobre el tema son de gran interés y aportación.

El avalúo de los diferentes esfuerzos por comprender la figura del daño moral nos llevó a concluir que la jurisdicción que mayor estructura ha proporcionado al tema es Francia. Aunque su sistema de clasificación ha sido objeto de críticas, hay que reconocer que sirve de excelente parámetro para un estudio de esta naturaleza donde el objetivo principal es contextualizar el tema con relación al desarrollo obtenido en varias

jurisdicciones. Siendo así, se tomó el sistema de clasificación de los daños morales desarrollado en Francia y conocido como Dintilhac. A base de las categorías reseñadas en el sistema francés, se comenzó la búsqueda de jurisprudencia sobre los diversos temas, experiencia enriquecedora. Con el estudio de la jurisprudencia se pudo apreciar verdaderamente la *praxis* en la aplicación del daño moral, concepto que de entrada causa dificultad en contextualizar por su carácter abstracto. Nuevamente, el ejercicio de navegar por los sistemas jurisprudenciales de España, Francia y Puerto Rico no resultó tan sencillo como se podría pensar en una propuesta inicial. Se utilizaron digestos para ubicarnos en temas específicos, se recurrió al uso de bases de datos electrónicas, tales como Aranzadi para la jurisprudencia española, LegiFrance para la jurisprudencia francesa, Microjuris para la puertorriqueña, Westlaw para la norteamericana y v|lex para información general. La ventaja que proporcionaron dichos instrumentos electrónicos como complemento de las referencias bibliográficas encontradas en España, Francia, Puerto Rico y Estados Unidos, fue el obtener jurisprudencia contemporánea y los últimos pronunciamientos de los principales foros judiciales con relación al tema de estudio.

Una de las características innovadoras del trabajo es la hazaña de incorporar en el estudio una jurisdicción totalmente diferente a las de corte civil, en particular los Estados Unidos de América. No solo representa este

reto un esfuerzo por comprender un sistema de Derecho diferente al nuestro, sino que además plantea problemas adicionales, tales como la soberanía de los territorios que componen la nación norteamericana, situación que les permite legislar e interpretar en sus respectivos Tribunales Supremos el tratamiento que ofrecen a las controversias que tienen ante sí. Por otro lado, la existencia de figuras y elementos extraños al Derecho civil, tales como el uso de jurados para ventilar casos de daños y el uso del disuasivo del daño punitivo, distinguen esta jurisdicción. La razón para haber seleccionado los Estados Unidos de América como uno de los objetos principales de estudio, es que el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, país donde vivimos y postulamos todos los días, posee un sistema de derecho combinado. Se utiliza el Derecho civil para los asuntos privados y del Derecho común norteamericano en lo relativo al aspecto público, no obstante, en ocasiones apreciamos la influencia de uno y otro sistema en la aplicación del Derecho. El análisis del sistema norteamericano resulta de gran relevancia personal, por la aplicabilidad que posee en nuestro entorno profesional y también sirve de aportación al sistema educativo europeo, ya que lo normal es utilizar a Inglaterra como punto de referencia en el estudio del Derecho común y no necesariamente a los Estados Unidos de América. Resultará interesante ver que a pesar de que es una nación que figura como una de las principales potencias mundiales, con una visión vanguardista sobre muchos temas, se encuentra rezagada en el manejo de

los derechos inmateriales del ser humano y en la reparación de los daños extrapatrimoniales.

En nuestro ánimo de enriquecer el tema y proporcionar una perspectiva más amplia, se buscó información sobre el manejo del tema en Italia, Alemania y Bélgica para reseñar apuntes relevantes que nos permitieran contextualizar el mismo. Como parte del proceso investigativo y de desarrollo del tema y en consideración de lo amplio y ambicioso del proyecto, visitamos las jurisdicciones estudiadas para hacer investigación en las principales universidades y fuentes de referencia.

El proceso de estudio y recopilación de datos es tan extenso, interesante y cautivante que en muchas ocasiones nos hizo pensar que aún nos faltaba más por leer, más por buscar y más por analizar. No obstante, el trabajo recoge a nuestro entender una perspectiva amplia y seria del tema del daño moral en los países estudiados y nos sirve de referencia para contextualizar su alcance y etapa evolutiva.

1.2 Análisis de datos

Los datos recopilados fueron analizados dentro del contexto del país donde fueron generados, pero también en contraposición con las demás jurisdicciones estudiadas. Se destacaron las posiciones similares, así como las dicotomías, en algunas instancias antagónicas, con lo que parece ser la norma. Según se fueron desarrollando los temas se analizaron y se dedicó

un capítulo a discutir los Hallazgos y Conclusiones más relevantes y de mayor aportación al daño moral. En este apartado final se evalúan los antecedentes históricos y su concordancia con el daño moral actual y el desarrollo que ha tenido el mismo en las jurisdicciones estudiadas.

Las manifestaciones realizadas sobre el desarrollo del daño moral en los países estudiados no van dirigidas a concluir que el tema se ha desarrollado de mejor manera en un lugar que en otro, toda vez que cada uno de ellos se desarrolla a su propio ritmo y conforme a las peculiaridades socio-culturales del lugar donde nacen. Utilizamos como referencia las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales de los países estudiados, buscando denominadores comunes y disimilitudes que reflejan la visión del pueblo sobre los temas de estudio y no su corrección o desacierto sobre los mismos.

PARTE II

NOCIONES GENERALES

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Resulta pertinente introducir unos breves apuntes sobre la cultura romana, sobre la cual se basa este capítulo, así como un breve recorrido por las diferentes etapas por las que discurrió y evolucionó previo a entrar a la discusión del tema estudiado. Esto nos permitirá contextualizar las figuras jurídicas que se exponen y evitar la tendencia a extrapolar de la época romana conceptos para interpretarlos a la luz de la definición contemporánea.

El Derecho Romano es el punto de partida y la fuente principal de las máximas, reglas, principios y axiomas jurídicos utilizados de forma recurrente en las Sentencias del Tribunal Supremo de España. Añadimos

que también son utilizadas en otros países, cuyo derecho es de raíz civilista, como ocurre en Francia y Puerto Rico. Incluso, veremos que aún en las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, país cuya tradición jurídica deriva del Derecho común, se pueden encontrar principios y máximas romanas citadas en las Sentencias emitidas por su máximo foro judicial.

Roma legó a las civilizaciones modernas grandes aportaciones en el entorno social, religioso y legal. Se mira la historia romana como punto de referencia cuando se estudia el desarrollo del Estado. El éxito del Estado en la conquista de otros pueblos y su gran evolución política desde la época arcaica no deja de sorprender a los estudiosos. También constituye la base del desarrollo religioso cristiano, alcanzando la Iglesia su máxima expresión de unidad y proliferación tras la caída del Imperio. No menos importante es la aportación realizada por la civilización romana en el área del Derecho. El desarrollo intelectual y la proliferación del pensamiento jurídico tuvo gran importancia en las jurisdicciones de corte civil por todo el mundo. Las obras de mayor relevancia, preservadas bajo el mandato de Justiniano, ponen de manifiesto la clara definición del concepto de derecho que tenían los romanos. Así pues, por ejemplo, comienzan las *Instituciones de Justiniano*, que más adelante atenderemos, definiendo el concepto de justicia de la siguiente manera: “*La justicia es la constante y firme*

voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo.”⁴ Hoy podemos reconocer la valiosa aportación de esta civilización, a pesar de que en su momento no eran percibidas como tal por los países subyugados que recibieron los preceptos y máximas legales de manera hostil, durante los procesos de conquista.

En el estudio del Derecho romano encontramos escollos debido a la pérdida de información valiosa y la ausencia de registros exactos y confiables que nos permitan llegar a conclusiones categóricas sobre el tema estudiado. Tito Livio nos reseña en el Libro Sexto, sobre la reconciliación de los órdenes (389-366 a.C.) que su labor estuvo envuelta en la oscuridad, en parte por su gran antigüedad y porque los registros escritos eran muy pocos y escasos en aquella época y los que existían se perdieron casi todos en el incendio de la ciudad.⁵ Existen grandes vacíos que no se han podido subsanar y sirven de alimento a los más creativos y aventureros historiadores quienes suplen el silencio con su propia voz. A pesar de esta limitación, hacemos uso y referencia de los denominadores comunes y la ayuda de los peritos en el contorno cultural para dar una aproximación a la génesis de los preceptos legales que hoy estudiamos.

⁴ La definición de Justicia está en el Libro Primero, Título I de las Instituciones de Justiniano. El texto original en latín es «*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*»

⁵ Véase Tito Livio, VI, 1.

Los romanos, desde una fase temprana de su desarrollo, dividían los asuntos de la ciencia jurídica en dos categorías principales, el Derecho público y el Derecho privado. El Derecho público en época romana atendía los asuntos asociados con los organismos públicos, las relaciones entre los ciudadanos y los dioses, las relaciones con otros Estados, entre otros. Por su parte, el Derecho privado, se circunscribía a los individuos y las relaciones entre ellos. En el presente trabajo nos limitaremos a revisar y comentar los aspectos relacionados al Derecho privado y todo lo que pueda guardar una relevancia con el tema del *daño moral*.

2.1 Derecho romano: contextualización socio-cultural

A diferencia de otras culturas donde se confundían los preceptos de orden legal con los religiosos y morales, los romanos distinguían, desde el albor de la evolución social, los preceptos legales de aquellos de orden moral. La sociedad romana adoptó y diferenció los conceptos *ius*, *fas* y *boni mores*. El primero, *ius*, hace referencia a los conceptos lo justo, lo debido y por consiguiente a una noción general del derecho, aunque no constituye una traducción literal del concepto.⁶ De acuerdo a KASER, el concepto *ius* era utilizado en más de una forma por los romanos.⁷ En

⁶ SEGURA MUNGUÍA, S., *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las Voces Derivadas*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, p. 403, nos refiere que el término *ius* se relaciona al derecho, justicia y su base etimológica proviene del sánscrito, término *yoh*.

⁷ KASER, M., *Roman Private Law*, Londres: Unisa Press, 1993, p. 21; GIMÉNEZ CANDELA, T., *Derecho Privado Romano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 57-59; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, Madrid: Ediciones Académicas, S.A., 2004, p. 165-166.

algunas ocasiones se refería al derecho objetivo, en particular a instituciones y reglas jurídicas, mientras que en otras ocasiones se refería al derecho subjetivo y a la forma en que los individuos podían proceder legalmente. A manera de ejemplo, nos presenta las diferencias antes reseñadas en la aplicación de la contraposición de las máximas «*ius quo populus Romanus utitur*» y «*alicui ius esse utendi fruendi*». En adición, podía encontrarse el uso del término *ius* para referirse a situaciones específicas o posiciones legales.⁸ El *fas*, se refería al orden general del universo que afecta y dirige a todos, incluyendo seres humanos y a las deidades romanas. Era el equivalente al derecho divino, un es lo lícito dentro del ámbito religioso. Se utilizaba además como sobrenombre de *Temis*, diosa de la Justicia y era una especie de ley revelada que sancionaba con penas de carácter religioso. El *boni mores*, por su parte, hace referencia al concepto de bondad, conducta honesta y moral y en general a las buenas costumbres desplegadas en la sociedad romana. La inobservancia de estas reglas de conducta podía acarrear para el ciudadano romano ser calificado

⁸ El *ius quo populus Romanus utitur* se refiere al conjunto de normas que los romanos aplican (derecho objetivo), mientras que el *alicui ius esse utendi fruendi* se refiere al goce de cualquier derecho (derecho subjetivo); GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid: Reus, 1995, p. 328, también aduce que el término *ius* es utilizado por los romanos para referirse en algunas ocasiones al derecho subjetivo y en otras al derecho objetivo; CABANELLAS DE TORRES, G., *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*, Buenos Aires: Heliasta, 2007, p. 504-505 nos presenta las diferentes acepciones del término en Roma, entre las cuales se encuentran “derecho humano” en contraposición al “derecho sagrado”, administrar la justicia (*ius dicere*), juicio (*iudicium*), determinaciones judiciales con fuerza de ley (*ius facere*); BERGER, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia: The Lawbook Exchange, Ltd., 2014, p. 525-526.

de infame en el censo y los actos jurídicos celebrados en su contra eran considerados inmorales.

En su esfuerzo por distinguir los preceptos legales de los morales, los romanos adoptaron máximas que se referían al particular. No obstante, la separación entre los asuntos legales, morales y religiosos no era evidente en la época arcaica porque todos los conceptos emanaban de los principios religiosos. Fue mediante un proceso paulatino que los romanos crearon el derecho como un concepto separado e independiente de la religión y la moral. Celso, jurista del siglo II d.C. definió el derecho como el arte de lo justo y lo bueno «*Ars boni et aequi*»; mientras que Ulpiano, jurista que vivió entre el siglo II y III d.C. lo definió como la voluntad perpetua de dar a cada uno su derecho «*Constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi*». También explicó que el derecho está fundamentado en tres preceptos legales y éticos que son: vivir honestamente «*Honeste vivere*», no perjudicar a otro «*Alterum non laedere*» y dar a cada uno lo suyo «*Suum quique tribuere*».

Roma ha sido, por siglos, la cuna del estudio del Derecho para los expertos que se dedican a la reflexión y el análisis de problemas jurídicos de manera exclusiva. Se pueden encontrar referencias de civilizaciones antiguas en las cuales sacerdotes, filósofos u otros miembros del componente social administraban la justicia, como una facultad vinculada al orden divino, pero este no es el caso de Roma. Es allí donde se

experimenta por primera ocasión la aparición de expertos que se dedican a la exégesis de preceptos legales a lo largo de trece siglos de historia, de una manera independiente al orden religioso y político, aunque sin desentenderse de los mismos. El Derecho, dentro de la cultura romana, experimentó cambios trascendentales a lo largo del tiempo acuñando conceptos que todavía subsisten y son de aplicación cotidiana.

El desarrollo del Derecho romano data desde la fundación de Roma hasta la muerte del Emperador Justiniano. Durante ese período se pueden distinguir cuatro etapas históricas, basadas en el esquema o enfoque político que prevaleció durante los mismos. Éstas son: la Monarquía, la República, el Principado y el Dominado. A pesar de que algunos estudiosos del Derecho prefieren utilizar otros parámetros (derecho arcaico, derecho preclásico, derecho clásico y derecho tardío o postclásico) no existe consenso en dichas clasificaciones por lo que he optado por referirme a los períodos históricos como marco de referencia para contextualizar los antecedentes históricos.⁹ Muchos de los preceptos a estudiar en el Derecho civil, surgieron y fueron transformándose de manera sutil a través de los periodos antes mencionados, sin que podamos dar fe

⁹ ESPITIA GARZÓN, F., *Historia del Derecho Romano*, Colombia: Universidad de Externado, 2012, p. 42. Según este autor Guarino, Di Pietro y Lapieza sustentan una postura donde el derecho arcaico corresponde con el periodo de la Monarquía, el derecho preclásico corresponde a la República, el derecho clásico con el Principado y el derecho postclásico con el Dominado. Por el contrario, los autores D'Ors y González de Cancino sostienen que la concordancia no es exacta y que el derecho arcaico se extendió hasta los primeros años de la República, el derecho preclásico se extendió desde la Ley de las XII Tablas hasta finales de la República, el derecho clásico coincide con el Principado y el derecho tardío concuerda con el Dominado.

exacta de su nacimiento. Sin embargo, no deja de tener relevancia la fecha aproximada de su aparición porque es preciso conocer el contexto social en el que fueron aprobados para conocer la pertinencia de su aplicación.

Se menciona que Roma fue fundada para el año 753 a.C. y sus integrantes dimanaban de etnias vinculadas a los latinos y a los sabinos.¹⁰ De ahí que se adopten leyendas populares como la del “*rapto de las sabinas*” para representar las dinámicas surgidas en el devenir cotidiano de la civilización romana. A pesar de que dichas etnias están emparentadas entre sí, sus respectivos habitantes fueron integrándose en lo que se conoció posteriormente como Roma. Algunos estudiosos del tema reseñan el estado de caos que imperaba en los orígenes de Roma, calificándolos de “salvajes” y “anárquicos”.¹¹ Su origen es incierto y se suple el vacío histórico con la leyenda de Rómulo, quien se quedó con el poder absoluto, tras asesinar a su hermano. Para mantenerse en el poder, instituye el sistema real, mediante el cual establece controles y funda el primer sistema social convirtiendo a Roma en una gran metrópoli.

2.1.1 Primer período: la Monarquía

Rómulo fundó Roma en el año 753 a.C. y utilizó un poder monárquico que sirvió de denominador para el primer período histórico que se extendió

¹⁰ RABINOVICH, R.D., *Derecho romano para Latinoamérica*, Quito: Cevallo, 2006, p. 32.

¹¹ IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, Granada, 1998, p 75; IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, Méjico, 2001, p. 189-191.

hasta el año 510 a.C. El Rey ostentaba el cargo máximo en la política, la religión y la milicia. Se organizó el gobierno tomando como referencia el sistema etrusco, donde se dividía la ciudadanía en grupos con funciones militares y políticas o “curias” y el cuerpo asesor compuesto sustancialmente de personas mayores o “senados”.¹² Los patricios, grupo aristocrático y sacerdotes a cargo de cumplir con las múltiples funciones sacramentales adoptadas de los etruscos y los plebeyos tenían un lugar prominente en el desarrollo de la sociedad. Por su parte, se denominaban plebeyos los ciudadanos menos influyentes dentro de la sociedad romana.

Es la época que comienza a formarse el Derecho romano y es denominada como la época arcaica o embrionaria. Las referencias históricas sobre la evolución del derecho para esta etapa son escasas y poco fiables, según reseña Tito Livio, previamente aludido. Incluso, los romanos de etapas posteriores tenían lagunas sobre el origen de algunas instituciones legales y suplían dichos vacíos con leyendas de carácter mitológico.

La familia era la base de la sociedad romana y el padre era la figura central sobre la cual giraba toda autoridad. Están sometidas a él, mujeres, hijos, siervos, animales e inmuebles. También se acuña en este período la base del término pecunia o riqueza, ya que se media la capacidad

¹² La etimología de la palabra “senado” nos refiere al término “anciano” que era descriptivo de los ciudadanos que lo componen, también denominados padres. El **sēnātūs**, [sēnex], era el consejo, asamblea de ancianos; senados denominado «*Senatus Populusque Romanus*», S.P.Q.R.

económica del jefe de familia conforme al *pecus* que tuviese, entiéndase el ganado, especialmente el ovino. Esta realidad social de la época se preserva en los principios legales, dirigidos a proteger los bienes patrimoniales.

2.1.1.1 Sistema de Derecho predominante

El Colegio de Pontífices tenía delegada la potestad de interpretar la voluntad divina y de aplicarla a los hombres de conformidad. Los preceptos legales que distinguen este período son el *ius*, el *mos* y el *fas*. El *ius* es un concepto acuñado para denominar la justicia de los hombres, en contraposición con el *fas* que hace referencia a la justicia divina.¹³ El primero podía ser modificado o alterado por el hombre y las consecuencias de su inobservancia sólo tenía efectos en los humanos. La segunda, por el contrario, era inmutable para el hombre, sólo podía ser modificada por voluntad de los dioses y su incumplimiento suponía el ultraje a los preceptos de orden sobrenatural y divino. En el contexto cultural de la Roma arcaica el temor a los dioses era tan arraigado que permeaba en toda la dimensión del quehacer humano, así pues la ofensa al prójimo o al orden natural de las cosas podía constituir una violación al ordenamiento divino o *fas* y por consiguiente acarrear consecuencias letales para su infractor. El otro concepto relevante en la época es el *mos* y se refiere a las

¹³ IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p 208; IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, New York: Oxford University Press, 2001, P. 190. En esta última referencia, el autor define el *Fas* como 'lo que aparece, la luz, o una indicación (divina), un oráculo divino', como *fatum*."

costumbres.¹⁴ Es un término en latín paralelo al término *éthos* en griego que hace referencia no solo a las costumbres sino al carácter de la persona. En latín ambas concepciones están contenidas en el *mos-moris* o costumbres. Estas figuras jurídicas contienen prohibiciones y permisos de la conducta humana conforme al modo que se observaba el culto religioso y los procedimientos adivinatorios o anuncio del futuro. Son los sacerdotes de esta época los que declaran lo que es *justo e injusto*, lo *fasto* o lo *nefasto*. Los magistrados patricios ejercían la función de administrar la justicia en el ámbito privado y en la represión de crímenes y delitos. A pesar de que no se establece de manera categórica, existen referencias históricas a legislaciones efímeras que fueron aprobadas durante el período para regular la vida familiar, la falta de fidelidad, el abandono de hijos menores de tres años, las faltas graves de la mujer, el orden de sucesión, el tiempo de luto que se debía observar antes de contraer nuevas nupcias, tipificación de varios delitos, entre otros, el homicidio voluntario e involuntario, parricidio y adulterio. A pesar de que existen referencias a dichas legislaciones que fueron compiladas en libro de Sexto Papirio, se establece de igual manera que su existencia fue fugaz y el pueblo siguió aplicando la costumbre como fuente principal del derecho.

¹⁴ El concepto también tiene como acepción la voluntad, el deseo, el capricho o el gusto; no obstante se reconoce como definición etimológica el significado de costumbre en las siguientes frases: *morem alicui gerere* (uso, costumbre); *sicut meus est mos* (tal como es mi costumbre).

En esta temprana etapa del desarrollo histórico del sistema de Derecho romano se instituyó la *censura* como mecanismo para preservar la moral. El concepto de *moral* atendido mediante la intervención del Censor no guarda relación con el concepto de *daño moral* estudiado en la presente disertación. Los principios morales protegidos por el Censor romano eran los dispuestos por los caracteres de las personas desde el punto de vista de la bondad o malicia que despliegan en su comportamiento social.¹⁵ Se trataba de la acción del Estado romano, mediante la figura del Censor, interviniendo en casos que impactaban la sociedad, tales como: el perjurio, el adulterio, el divorcio sin justa causa, la falta de humanidad con los subordinados, la vida licenciosa, la prodigalidad, la alteración de relaciones económicas, la falta de respeto a la autoridad, entre otras.¹⁶ El contexto social es del Estado interviniendo con sus ciudadanos y no guarda relación con el concepto de daño moral actual.

2.1.2 Segundo período: la República

La segunda etapa se denomina “*La República*” y se distingue por los cambios sociales que se generan entre los años 510 al 508 a.C. Este período se extiende por seis siglos, hasta el año 27 a.C. y podemos apreciar la transformación del Derecho romano al pasar de la época arcaica a la

¹⁵ La Real Academia Española presenta como una de las definiciones de la palabra *moral* de la siguiente manera: “*Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.*”

¹⁶ IHERING, R.V., *El Espíritu del Derecho Romano*, 2001, op. cit., p. 291.

preclásica, también denominada época del esplendor, a partir del año 130 a.C. Se denomina así porque fue en esta época donde se reseñan las mayores aportaciones escritas al Derecho romano, formando una estructura que no dependía únicamente de la interpretación de la voluntad divina o del uso y costumbre prevaleciente.

Durante este segundo período surge la figura del *Pretor* quien ejercía en un cargo público como magistrado para resolver conflictos entre personas privadas. Para el año 336 a.C. se designa al Pretor, quien asume jurisdicción de administrar o “decir el *ius*”. Ya para el año 242 a.C. los pretores habían aumentado a cuatro y posteriormente se siguen aumentando y especializando conforme a la necesidad. Surgen las figuras del pretor urbano y del peregrino y van secularizándose los conceptos legales, perdiendo la influencia o formalismo sacramental que las distinguía en el periodo anterior. A partir del siglo III a.C. se comienza a experimentar una dinámica de enseñanza a través de la discusión pública de casos concretos o imaginarios y la aplicación de la alternativa jurisprudencial más justa posible o la proposición de regulaciones diferentes que se adaptaran a la realidad social de la época.

Las legislaciones aprobadas durante la República fueron el resultado de la deliberación y participación de las dos castas sociales que convivían en Roma y permean en ella los intereses de los plebeyos en las áreas de la política, el derecho y el desarrollo económico-social. Las leyes de mayor

relevancia fueron: (1) la Ley de las XII Tablas, la cual constituye el primer esfuerzo por codificar el Derecho, que hasta ese momento era creado y administrado por el Colegio de Pontífices de manera oral; (2) las leyes Valeria Horatia que ofrece protección divina a los tribunos de la plebe, manifestando consecuencias patrimoniales a los que incumpliesen la misma; equiparan las leyes a los plebiscitos y regulan el acceso de los magistrados a los cargos; (3) la ley Canuleya que permite a los plebeyos contraer matrimonio; y (4) las leyes Licinias que permiten que al menos uno de los cónsules sea plebeyo y le abre las puertas a ocupar otros cargos públicos.

La primera jurisprudencia clásica se caracterizó por un riguroso casuismo con pocos intentos de sistematización y sin fundamentación jurídica de las decisiones o el *ratio iuris*. Posteriormente, cobra una importancia trascendental en la época clásica y se desarrollan reglas jurídicas contenidas en las opiniones y comentarios de los expertos del Derecho, creando precedentes que eran aplicados a casos análogos.

Es durante este período que se desarrolla la ciencia jurídica con exponentes como Apio Claudio, Escisión Nasica y Tiberio Coruncanio. A partir de este momento, no nos encontramos ante una sociedad que solo legisla y administra normas de carácter legal, sino ante grupos de doctrinarios que analizan y disertan sobre los preceptos jurídicos, promoviendo reflexiones relacionadas a las instituciones jurídicas y sus

aplicación y conveniencia en el entorno cultural. Es por ello que se dice que la ciencia jurídica tuvo su origen y vio la luz en Roma. Uno de sus máximos exponentes fue Marco Tulio Cicerón. Fue éste quien precisamente reseña, en uno de sus múltiples escritos, que era punible que la Ley de las XII Tablas sancionara la composición de canciones o versos satíricos, los cuales comportasen una difamación o una injuria a otros, ya que se debía dar la oportunidad de responder a la acusación y poder defenderse judicialmente. En esta etapa histórica, lo que tratan de censurar con la pena de muerte es el agravio que se hace a la honra y la imagen ajena mediante epítetos cantados o escritos, cosa que en la actualidad nos parecería totalmente desmesurado y desproporcional.

Algunos autores modernos tratan de relacionar las censuras a las injurias en época romana con el daño moral, no obstante, la naturaleza de la acción era penal y las consecuencias podían ser letales, dependiendo del grado de ofensa desplegado. Por otro lado, no todas las personas tenían legitimación para reclamar ante el pretor por la difamación o injuria sufrida.

2.1.2.1 Sistema de Derecho predominante

En este período histórico las costumbres constituyeron la base de la vida jurídica del pueblo. Los *mores* o sistema de reglas adoptadas mediante las costumbres de los antepasados sirvieron de base para el desarrollo de

importantes legislaciones escritas que transforman el sistema legal y promovieron la interpretación judicial por parte de especialistas del derecho que no estaban directamente vinculados con el Colegio de Pontífices. Las legislaciones que despuntan en el período republicano son la Ley de las XII Tablas y la Ley Aquilia.

2.1.2.1.1 Ley de las Doce (XII) Tablas

Es considerada una de las mayores aportaciones de la cultura romana al Derecho. Es la primera compilación de disposiciones jurídicas con el propósito de administrar la justicia de la época y promover la libertad y la igualdad, dentro de la concepción cultural de la época entre patricios y plebeyos. Este conjunto de normas legales no dependía, como su antecesor, de la interpretación sacerdotal y de facultades sobrenaturales o augurios, sino que se basaban en leyes escritas y compiladas.¹⁷ La importancia de esta legislación antigua era tal, que resultaban vinculantes sus disposiciones y su influencia se dejó sentir aún en la época de Justiniano. La misma contenía líneas generales de la organización política y de la convivencia ciudadana y fue considerada por Tito Livio como la fuente de todo el Derecho Público y Privado Romano. Hay autores que cuestionan la integridad de los textos de las XII Tablas, ya que su transmisión a la época actual ha sido a través de fragmentos y citas literarias que se encuentran a

¹⁷ GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano*, 9ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 27-28.

finés de la época de la República, lo que aumentan la probabilidad de que hayan sido alteradas.¹⁸ Otra de las limitaciones es que la compilación de normas no abundaba sobre los conceptos, dando paso a interpretaciones variadas, dinámicas que aún prevalecen en nuestra época.¹⁹

Las XII Tablas contenían regulaciones relacionadas al derecho procesal civil, derecho de familia, derecho hereditario y tutela, negocios jurídicos de la época, limitaciones al derecho de propiedad y relaciones de vecindad; derecho penal y proceso penal, derecho sagrado y dos capítulos adicionales que contenían disposiciones de naturaleza diversa. Las Tablas VIII y IX contenían las disposiciones relativas al derecho y proceso penal. Las mismas se caracterizaban porque conservaban vestigios del reconocimiento de venganza privada en la medida que se reconocía como un medio para castigar el daño o la ofensa recibida. También se pueden identificar elementos de naturaleza religiosa en la tipificación de algunos preceptos jurídicos y en su aplicación, como es el caso del delito de hechicería.²⁰

¹⁸ WOLFGANG, K., *Historia del Derecho Romano*, Barcelona: Ariel Derecho, 1999, p. 32.

¹⁹ GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 28.

²⁰ WOLFGANG, K., op. cit., p. 38-39. Reseña en su escrito que aún en esta etapa se encuentran referencias que reflejan cuán arcaica estaba la mentalidad romana al hacer exorcismos al fruto que está adherido al tallo para hacerlo estéril (VIII, 8a); murmurar malos encantamientos contra otras personas (VIII, 1); el llevarse de un campo ajeno al propio fuerzas para hacer crecer semillas (VIII, 8b).

DESCAMPS coincide con otros estudiosos del tema que señalan esta época como el origen de la responsabilidad civil, ya que se comienza a realizar una distinción fundamental en los delitos públicos o *crimina*, que era castigado con penas corporales o pecuniarias a favor del fisco o *aerarium* y delitos de naturaleza privada, denominados *delicta* o *maleficia*, que estaban compuestos por acciones delictivas menos graves que se podían ejercitar sólo a instancia de la parte agraviada y se sancionaban con penas pecuniarias.²¹ Más que concebir el delito como un concepto general, los romanos tipificaron como delitos civiles varios supuestos, creando pequeñas figuras, tales como el *iniuria*, *furtum* y *damnum iniuria datum*, donde se reconocía a las víctimas el derecho a instar una reclamación.²² Para que se pudiese considerar una actuación ilícita como *delictum* era necesario que estuviese previamente tipificada en la *lex publica* o en el *edictum praetoris*. Posteriormente, estas figuras del derecho penal privado adoptado en Roma evolucionan y algunas pasan a formar parte de las fuentes de las obligaciones en la tradición civilista.

En el caso de los homicidios, se procedía con una pena pecuniaria, si los mismos eran involuntarios y con la pena de muerte si eran voluntarios. La pena de muerte era aplicada por el Estado o se facultaba a la familia o a la *gens* de la persona fallecida para realizar la venganza de sangre. Cuando

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

²² Ibid.

el delito acarreaba una lesión corporal se amplían los preceptos de la ley del talión y el sistema permitía una pena pecuniaria contemplada en la ley o un pacto o acuerdo entre las partes involucradas. Si no se lograban acuerdos, ni se establecían penas pecuniarias, la víctima tenía la posibilidad de ejercer el talión. Según va evolucionando el derecho van desapareciendo las instancias donde se puede utilizar el talión y estos supuestos delictuales se van integrando al concepto de *iniuria* que constituye una conducta que no tiene fundamento los principios legales de la época. Más que referirse a una acción contraria a derecho, se refería a la ausencia de autorización.²³

Mediante la intervención pretoria se introdujeron, en esta época, cuatro promesas que tenían que ver con los daños inmateriales. En el derecho moderno, serían susceptibles de reparación bajo el concepto del daño moral, sobretodo tomando en consideración los ajustes culturales y evolutivos que han acaecido, pero en la época tenían una connotación delictiva. En esta época no se reconocían como ofensas a los derechos morales y no existía una teoría general de la reparación del daño. La lesión del honor, la fama y la dignidad de la persona se manejaban a través de las siguientes figuras jurídicas:

1. “*Convicium*”: es la más antigua de todas y se trata de un tipo de difamación estilizada, cuyo origen emana del uso de la magia y de justicia del pueblo. Se congregaban personas en una asamblea en el hogar de una

²³ DESCAMPS, O., op. cit., p. 69.

ciudadano para levantar insultos y clamores abusivos.²⁴ Los insultos e insolencias se dirigían hacia una persona específica, configurándose el delito, aunque la persona no estuviese presente. La acción se podía ejercitar si el *Convicium* se alejaba de los estándares morales de la comunidad donde se llevó a cabo el mismo y si exponía al agraviado a pérdida de su reputación o al deprecio de otros, que a su vez es definido como una intensa sensación de falta de respeto o reconocimiento y aversión. La sociedad romana permitía el insulto público a sus ciudadanos, siempre que no se excedieran de los parámetros aceptables. En el Derecho de daños moderno, esta práctica constituiría un daño moral, pero en esta época era tolerable a menos que conllevara consecuencias a la estima social.

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

3. “*Ne quid infamandi causa fiat*”: es el edicto más general y permitía utilizar el “*actio iniuriarum*” contra aquella persona que causara un daño a la reputación de otro. Los romanos eran susceptibles a los asuntos que

²⁴ Ulp. D. 47, 10, 15, 12; Ulp. D. 47, 10, 15, 7.

podían causar un daño al honor y la reputación por lo que los supuestos eran amplios.²⁵

4. “*Servum alienum verberare*”: mediante este edicto se castigaba a la persona que golpeaba o torturaba el esclavo de otra persona. El castigo no estaba justificado por la golpiza per se, sino por la injuria o insulto que indirectamente se causaba a su dueño.²⁶ El insultar a una mujer casada, burlarse de un esclavo ajeno y jugar dados con él, eran otros ejemplos de injuria indirecta punibles bajo este edicto.

A partir de la transformación en el haber jurídico que supone la aprobación de las XII Tablas se experimentó un cambio en la administración de la justicia. Desde la Monarquía y hasta los primeros siglos de la República, la tarea de conservar, interpretar y aplicar el Derecho recaía en el Colegio de los Pontífices. Eran sacerdotes que, además de sus dotes espirituales que le permitían dictar la voluntad de los dioses, tenían conocimiento del Derecho y lo aplicaban conforme a sus propias técnicas, lógica y fundamentación. Eran los concedores de ritos,

²⁵ De acuerdo a SCHULZ, la “*action iniuriarum*” proporcionaba una protección sólida contra los intereses inmateriales, en especial contra la difamación. Sin embargo, califica de “desdichada” por su impacto en la aplicación de los supuestos de daño o lesión material. En ambas instancias, material o inmaterial, se requería la presencia de dolo. En adición, la acción no era transmisible a los herederos. Esto implicaba, que en los casos donde la víctima fallecía, sus herederos no podían instar la causa de acción y en aquellos casos donde se produjo el daño por un acto negligente, pero no doloso, quedaba impune dicha acción. SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. SANTA CRUZ, J., Barcelona: Bosch, 1960, p. 573; FERNÁNDEZ PRIETO, M., *La Difamación en el Derecho Romano*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 19, 22.

²⁶ ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 1058.

fórmulas, términos jurídicos, que aplicaban a la administración del derecho, haciéndolo subjetivo y carente de uniformidad. Luego de la adopción de las XII Tablas se comienza a experimentar un proceso de separación de la religión y el Derecho.

2.1.2.1.2 Ley Aquilia

La Ley Aquilia constituyó la legislación romana de Derecho privado de mayor importancia posterior a las XII Tablas.²⁷ Esta legislación la que sirvió de base a pandectistas y civilistas modernos en la elaboración de la teoría de la responsabilidad extracontractual y en su época sirvió a los romanos de parámetro para reglamentar la figura de delito civil de daño. Con la aprobación de la Ley Aquilia se derogaron las disposiciones legales previas que atendían el problema del daño ilícito, incluyendo las partes correspondientes de las XII Tablas.²⁸ La naturaleza de la ley ha sido objeto de gran debate, ya que presenta elementos de una acción penal que busca la sanción del culpable, pero al mismo tiempo contiene una característica reipersecutoria.²⁹ La naturaleza penal de la acción se destaca por cuatro

²⁷ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 953.

²⁸ Ulp. D. 9, 2, 1, « "[I]ex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit. »

²⁹ DESCAMPS, O., op. cit., p. 133. Geneviève, V. *Traité de Droit Civil*, 2^a ed., Paris: LGDJ, 1996, p. 13, lo explica de la siguiente forma: « Mais l'évolution la plus importante est certainement celle qui a amené nos anciens auteurs à dissocier la responsabilité civile de la responsabilité pénale, Inspirés par la distinctions romaines entre 'délit public' et 'délit privé' 'action pénale' et 'action réipersécutoire', ils ont en effet peu à titre principal par l'Etat alors que la réparation des dommages est une affaire qui intéresse d'abord les particuliers et, à partir de là, ils ont commencé à faire la distinction entre peine et indemnisation ».

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

En su origen, la Ley Aquilia contenía tres secciones o capítulos, de los cuales prevalecieron el primero y tercero, quedando el segundo en desuso en el Derecho romano clásico. El jurista Gaius preservó el primer capítulo en su obra sobre los comentarios al edicto provincial y Ulpiano hizo lo mismo con el tercer capítulo en sus comentarios al Edicto. Ambos capítulos fueron incorporados al Corpus Juris Civilis oportunamente. Los capítulos rezan como sigue³⁰:

“Capítulo I: **«Si quis servum servamve alienum alienamve, quadrupedumve, pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare ero damnas esto».**

«Que quien matase injustamente a un esclavo ajeno, una esclava ajena o ganado cuadrúpedo, será condenado a

³⁰ Traducciones y comentarios a los capítulos tomados de: DOMINGO, R. [et al.], *Textos de Derecho Romano*, Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 256.

pagar al propietario tanto dinero cuanto fuera su valor máximo en ese año».

Capítulo II: **«*Si adstipulator pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto*».**

Acción para que el adestipulante que hizo reconocimiento de pago en fraude del estipulante le indemnice en la cuantía del perjuicio sufrido.

Capítulo III: **«*Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit in diebus triginta proximis, tantum aes ero dare damnas esto*».**

«De las demás cosas, fuera de las muertes de esclavos y ganado, si alguien causara daño a otro quemando, quebrando o rompiendo injustamente, será condenado a dar al propietario tanto dinero como valga la cosa en los treinta días próximos».

En términos generales, la ley reconocía la posibilidad de reparación pecuniaria por los atentados que causaran perjuicio al patrimonio, negándose la posibilidad del resarcimiento de los perjuicios de naturaleza moral. El raciocinio tras esta posición es que en la Roma antigua las cosas, los esclavos y los animales eran considerados objetos dentro del comercio de los hombres y constituían parte del patrimonio. No se concebía la valoración de los bienes inmateriales o del cuerpo del hombre libre, negándose también cualquier tipo de intento por valorar los daños morales, según los conceptualizamos en la actualidad. Ni siquiera era posible

considerar la posibilidad de valorar el *pretium doloris*, como lo hacemos en la actualidad.³¹

El primer capítulo de la Ley Aquilia atendía el asesinato vicioso de esclavos y de cuadrúpedos. Para que fuese de aplicación esta disposición legal la muerte tenía que ser infligida con intención.³² DESCAMPS nos plantea que en esta antigua legislación se requería que el acto dañino fuese la consecuencia de un evento afirmativo y previsto en la ley.³³ La atención que la muerte se podía producir en varias modalidades: mediante el uso de un arma, por estrangulación, mediante el uso de un instrumento o utensilio distinto a un arma tradicional, utilizando el cuerpo, pero no las manos (D., 9, 2, 7, 1); por el lanzamiento de una jabalina (D., 9, 2, 9, 4); por caída tras una cargada (D., 9, 2, 7, 2); por el lanzamiento de una persona a una piedra (D., 9, 2, 7, 7); por la administración de veneno (D., 9, 2, 9 ep), entre otros.³⁴ Ya a finales de la República, la influencia del Pretor en la administración de la justicia lleva a considerar aspectos subjetivos en la determinación de la culpa. Posteriormente, se reconoce la posibilidad de sancionar a los que cometen tentativa de asesinato mediante la acción del *quasi occidere*.

³¹ DESCAMPS, O., op. cit., p. 124.

³² ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 988.

³³ DESCAMPS, O., op. cit., p. 45.

³⁴ DESCAMPS, O., op. cit., p. 31.

El segundo capítulo era sobre la liberación de un deudor en fraude de acreedores y el tercero proveía remedios para los otros supuestos de daño ilegal de la propiedad. Nos parece interesante aludir a la interpretación que ofrece D'ORS sobre el daño en esa época que es la siguiente: “*todo detrimento patrimonial contra derecho*”. También nos dice que en el ámbito del derecho privado se puede tratar de la reparación de todos los daños patrimoniales.³⁵

El tercer capítulo está relacionado con bienes muebles y semovientes. Se responsabiliza por el uso de fuego para lesionar a otro o para destruir su propiedad, el uso de fuerza tal que resulte en la fractura de un miembro del cuerpo o de algo. Cuando hace referencia a la acción de romper se refiere a una lesión corporal por mutilación mediante rasgadura o rotura de la piel o el cuerpo. Por ello, se puede relacionar con el delito contemplado en las XII Tablas de *membrum ruptum*.³⁶ Según evoluciona el concepto, se van admitiendo variaciones del delito, tales como los golpes inferidos a una esclava embarazada o contra una yegua preñada, el daño causado a una embarcación de transporte o incluso por la adulteración del trigo al mezclarlo con arena. Ya para la segunda mitad del siglo I a.C. se aceptan

³⁵ D'ORS, J.A., *Elementos de Derecho Privado Romano*, Pamplona: EUNSA, 1992, p. 107. El autor hace la distinción entre la pena en derecho privado, que en principio, siempre es monetaria, de la multa que tiene carácter público y no siempre tienen impacto económico.

³⁶ DESCAMPS, O., op. cit., p. 34, 47. DESCAMPS, citando a Huvelin, P., nos clarifica que en Roma antigua, el término de *l'iniuria* no tenía una conceptualización específica, sino que se denominaban todos los actos violentos que no tenían identidad propia, como lo podría ser el *membrum ruptum* o *l'os fractum*.

dentro de este capítulo los daños causados a todo tipo de bienes, incluyendo los inmuebles.

Los tres capítulos tenían como denominador común que una persona causó daño sobre la propiedad de otro. Es este el momento en que resulta relevante contextualizar el momento en que se aprueba la legislación para entender el alcance de la protección que provee. La legislación se aprueba luego de la segunda guerra púnica lo que deja a Roma con un inflación que afectaba sustancialmente su economía. A pesar de que el pueblo romano se distinguió por proteger el honor y la imagen de sus ciudadanos, en este momento histórico la prioridad era atender la problemática patrimonial, producto del estado crítico de la economía.

Uno de los cambios de mayor relevancia con la aprobación de la Ley Aquilia es que flexibilizó el avalúo del daño sufrido por la víctima del daño y se aleja del uso de penas fijas que existían anteriormente.³⁷ Por ejemplo, la pena en los casos del capítulo primero, donde se infligía una herida mortal a un esclavo, era el pago del valor más alto que tuviese el esclavo o el cuadrúpedo durante el año anterior al evento.

En el caso del capítulo tres que proveía remedios para los daños no mortales infligidos sobre la propiedad de otro, incluyendo a esclavos y cuadrúpedos se establecía la diferencia en valor en el término de treinta

³⁷ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 961.

días. Ha sido amplia la disputa sobre la aplicación del término dispuesto en la ley, en particular si el mismo se computaba antes de la ocurrencia del evento delictivo que ocasionó el daño o posteriores al mismo. Según ZIMMERMANN, la interpretación más acogida es la de DAUBE, quien propuso que se hacía un análisis del valor del objeto agraviado (esclavo o semoviente) durante los treinta días posteriores al evento y se comparaba con el valor previo al daño infligido.³⁸ Esa diferencia constituía la penalidad a ser impuesta al que infligió el daño. Algunos proponen que los treinta días aludían al tercer capítulo de la ley donde se establecía el término que tenía el causante del daño para restituir o para compensar por la misma, antes que el juez fuese llamado a valorar los daños.³⁹ Otra parte de la vertiente doctrinal, avalada por SCHULZ, establece que el término de treinta días se refería al valor que tenía el objeto agraviado antes de la ocurrencia del evento que le ocasionó el daño.⁴⁰

Como parte de la compensación a la que tenía derecho el agraviado en los supuestos del tercer capítulo, se consideraban los daños consecuentes, es decir, los valores añadidos. Entre ellos, nos presentan como ejemplos los siguientes: el esclavo que había sido instituido como heredero y era asesinado antes de aceptar la herencia, en este caso el que causó el daño tenía que compensar el valor del esclavo y la porción de la herencia que

³⁸ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 964.

³⁹ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 968.

⁴⁰ SCHULZ, F., op. cit., p. 562.

hubiese recibido en su día, ya que ésta formaba parte del patrimonio de su dueño. Otro ejemplo típico de la época era cuando se asesinaba a un esclavo que había cometido fraude, antes de que su dueño pudiese, por medio de la tortura, hacerlo confesar el crimen y delatar a sus cómplices. Gastos adicionales a los que podía ser acreedor el agraviado incluían la compensación de gastos médicos en la atención del esclavo o semoviente y la compensación por lucro cesante en aquellos casos que se podía estimar. Esta mecánica jurídica bárbara nos remonta a la realidad cultural de la época donde prevalecían los elementos patrimoniales sobre los morales.

La causa de acción bajo la Ley Aquilia no era transmisible a los herederos. En aquellos supuestos donde el daño era infligido por un hijo o esclavo, el *paterfamiliae* respondía bajo la figura del *actio noxalis* y tenía que pagar la suma adeudada. El *paterfamiliae* podía relevarse de responsabilidad si accedía a entregar al delincuente. Si se trataba de varios delincuentes se podía instar una causa de acción individual contra cada uno y si uno de ellos pagaba los daños no liberaba de responsabilidad a los otros.⁴¹ En materia delictual no se le imputa responsabilidad criminal a los menores de siete años (infantes), los que poseían enfermedad mental, los intoxicados por alcohol o drogas y los que actuaban en legítima defensa o estado de necesidad. Sí se reconoce desde la época arcaica, la responsabilidad de los inductores y cooperadores y se les denominaba bajo

⁴¹ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 973.

el término *ope consiliove*. En esa época se acuña el concepto de *Damnum iniuria datum*, concepto estrechamente vinculado a la responsabilidad civil.⁴²

El daño previsto y sancionado por la *lex Aquilia* tenía que ser causado *corpore corpori*, es decir, mediante el empleo de fuerza muscular del actor a la cosa y como consecuencia se causa un daño a ésta. La protección de la ley también estaba disponible en los supuestos donde se causaba daño corporal a un hombre libre, en cuyo caso tenía derecho al abono de los gastos relacionados con la curación y los salarios que dejare de percibir por no poder trabajar. En esta etapa histórica toda compensación resultante de la culpa o negligencia es prevista para los casos donde se causa un daño de naturaleza patrimonial.⁴³ En principio, el único remedio contemplado en la ley para estos daños era una sanción de carácter penal y no se admitía la posibilidad de reparación de un daño moral, independientemente de su configuración.⁴⁴ No estaban contemplados en la pena impuesta el valor del afecto del dueño del bien agraviado, sino que se limitaba al valor que objetivamente tenía para cualquier otro ciudadano. Específicamente el D. 9.2.33 pr, hace referencia a la ausencia del valor afectivo en la pena impuesta al establecer lo siguiente: *Si servum meum occidisti non effectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis*

⁴² DESCAMPS, O., op. cit., p. 12.

⁴³ En el Derecho justiniano se equipara la culpa con la negligencia (D. 9, 2, 44).

⁴⁴ DESCAMPS, O., op. cit., p. 42.

*occiderit, quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*⁴⁵ De manera expresa, se excluye el componente moral de la estimación de los daños experimentados.

La ley Aquilia fue modificada durante periodos subsiguientes a la República y se amplió su aplicación a supuestos que originalmente no fueron contemplados.⁴⁶ En su origen, la Ley Aquilia era de aplicación cuando el sujeto del daño era un esclavo o bestia cuadrúpeda de otro, es decir, parte de su patrimonio. Curiosamente, el agraviado participaba del proceso valorativo, pues le correspondía aforar el daño y el pretor ponderaba la razonabilidad de la misma y la fijaba.⁴⁷ Si el daño era infligido sobre un liberto no aplicaban las disposiciones de esta legislación.⁴⁸ El raciocinio es que bajo la ley romana, el valor del cuerpo de un hombre libre no se podía expresar en términos pecuniarios, «*[L]iberum corpus nullam recipit aestimationem.*» A pesar de ello, se

⁴⁵ GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 257. La traducción realizada por el autor es: “*Si mataste a mi esclavo, opino que no se ha de apreciar la afección, como si alguno hubiere matado a tu hijo natural que tú quisieras estimarlo en mucho, sino en cuanto valiera para todos. También dice Sextio Pedio que las cosas se aprecian no según la afección, ni la utilidad de cada cual, sino con arreglo a la común.*”

⁴⁶ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1017.

⁴⁷ FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid: Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928, p. 232.

⁴⁸ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1014.

vieron supuestos aislados donde se aplicó la “*actiones legis Aquiliae utiles*” cuando los *fili familias* resultaban heridos.⁴⁹

Según fue evolucionando el Derecho romano, y en particular la ley Aquilia, se comenzó a ampliar la protección ante los supuestos de daño corporal. Se aceptó que a través de las acciones al amparo de esta ley se pudiesen recuperar los gastos relacionados al tratamiento médico incurrido para el manejo de los agraviados, así como la pérdida de ingresos y el lucro cesante. Con relación a la procedencia para solicitar resarcimiento por el dolor, sufrimiento y desfiguración causada por otro, la postura de los juristas romanos fue negarse a reconocer la posibilidad de una compensación en los casos de desfiguración causada por otros.⁵⁰ Posteriormente, se reseña que comenzaron a dar importancia al impacto de una desfiguración en la apariencia física, especialmente, la de la mujer para la cual la belleza era un aspecto de extrema importancia porque facilitaba su posibilidad de matrimonio y por ende su estabilidad económica.⁵¹ Se puede apreciar nuevamente, cómo se contextualiza la imagen propia y la belleza desde una perspectiva patrimonial y no moral, en contraposición con la noción moderna de daño moral por perjuicio estético.

⁴⁹ FISCHER, H.A., op.cit., p. 227; DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, 9 *Anuario de Derecho Civil*, p. 449, 454 (1956); Ejemplos específicos se pueden encontrar en Ulp. D. 9, 2. 5, 3 y Ulp. 19, 2, 13, 4.

⁵⁰ Gaius, D. 9, 3, 7. DESCAMPS, O., loc. cit., nc. 35.

⁵¹ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1027. Gaius, D. 9, 3, 7.

La idea de compensar a las víctimas con cantidades fijas de dinero para suministrarles confort no es un concepto propio de la época, sino que tiene sus orígenes en las leyes germánicas, varios siglos más tarde.⁵² Los ciudadanos romanos estaban bajo la convicción de que sus derechos inmateriales se habían estimado en la valoración económica concedida por concepto de daños. Otro aspecto que no es evidente en esa época es la diferencia entre *iniuria* y *culpa*. No es hasta finales del período de la República que se introduce el concepto de *culpa* para atender determinadas conductas ilícitas que no estaban tipificadas en la ley.⁵³ En el período de Justiniano es que se realiza la distinción entre *iniuria* y *culpa* y se establece que son dos requisitos separados e independientes para establecer responsabilidad aquiliana.⁵⁴ La *iniuria* por su parte es considerada como una injusticia producida por una actuación que no estaba aceptada, para la cual no es necesario evaluar si hubo o no intención (*dolus*).⁵⁵ La culpa, por su parte es esencial al evaluar los elementos subjetivos y objetivos del acto reprobable bajo la legislación aquiliana.

La naturaleza de la ley Aquilia ha sido disputada por algunos tratadistas. Hay quienes plantean que su naturaleza es puramente penal, mientras que otros sostienen que es de naturaleza mixta debido a que

⁵² ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1026.

⁵³ PASCHALIDIS, P., “What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?”, *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*. 2008, p. 323.

⁵⁴ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1006-1007.

⁵⁵ PASCHALIDIS, P., op. cit., p. 323.

aunque su origen es penal, concurre con acciones reipersecutorias.⁵⁶

Justiniano la describe como una acción mixta en sus instituciones.

3.1.2.1.3 Jurisprudencia

La interpretación y aplicación de los preceptos legales había recaído históricamente en el Colegio de Pontífices, quienes custodiaban los *mores* y algunas legislaciones y las interpretaban cuando era requerido. Los Pontífices fueron el marco de referencia jurisprudencial hasta que se aprueba para el año 304 a.C. el Apio Claudio que era una colección de formularios procesales denominados *Ius Flavianum* o *liber actionum*.⁵⁷ Con la aprobación de estos escritos se proporciona publicidad a las formas verbales, requeridas para iniciar los procesos legales. Una mirada retrospectiva nos permite apreciar cómo se van creando los contornos de un derecho procesal para la administración efectiva del derecho sustantivo vigente en la época, dotando de uniformidad los procesos legales en el sistema vigente.

2.1.2.1.4 Edictos del Pretor

La figura del Pretor surge con el propósito de resolver conflictos entre personas privadas, como hemos reseñado anteriormente. El Pretor era fuente de interpretación legal y administrador de la justicia. Las fuentes de

⁵⁶ IHERING, R., op. cit., p. 102; BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Milano: Giuffrè, 1983, págs. 111-112.

⁵⁷ ESPITIA GARZÓN, F., op. cit., p. 84.

donde emanaban sus determinaciones eran la razón natural y el sentido común.⁵⁸ No podemos perder de perspectiva que se trata de individuos que tenían una formación cívica y jurídica superior al ciudadano común. Estos individuos estaban dotados de un don divino que se encontraba limitado únicamente por su propia conciencia y la opinión pública.⁵⁹ A pesar de sus capacidades cuasi-divinas que les atribuye el autor, los pretores hacían uso de tres fuentes de referencia: las interpretaciones de los jurisconsultos, la legislación en materia de Derecho privado y los consejos de sus asesores.

La finalidad de las determinaciones pretorianas eran corregir las inequidades y suplir el conocimiento en las áreas de derecho legislado que no estuviesen claro en el contexto social. Para cumplir con su misión, los Pretores corregían mediante su interpretación o la enmienda de leyes existentes.⁶⁰ También suplían el vacío legislativo mediante la intervención extrajudicial y las determinaciones interdictales.

2.1.3 Tercer período: el Principado

El tercer periodo, conocido como “*El Principado*”, se extendió desde el siglo 27 a.C. hasta el 284 d.C. Uno de sus máximos exponentes es Cayo Julio César, quien adviene emperador y posteriormente dictador perpetuo.

⁵⁸ MEHESZ, K.Z., *El Pretor y la Jurisprudencia Pretoriana*, Asunción: Bibliográfica Jurídica Paraguay S.R.L., 1998, p. 24-25.

⁵⁹ MEHESZ, K.Z., op. cit., p. 68-69.

⁶⁰ MEHESZ, K.Z., op. cit., p. 109-110.

En esta época destacó el Príncipe Domiciano, quien según Suetonio, “dijo el *ius* de un modo diligente e industrioso”, “advirtió a los funcionarios que no se dejasen llevar por testimonios falsos”, “Denunció a los jueces vendidos y a sus consejeros”, “Los escritos difamatorios, publicados para el pueblo, que afectaban a los principales ciudadanos y sus mujeres, fueron abolidos, no sin denostar a sus autores.”⁶¹ En esencia, se proyectó como un ícono de virtualidad y buen ejemplo para el pueblo.

2.1.3.1 Sistema de Derecho predominante

A partir del año 30 a.C. surge la jurisprudencia clásica alta o central que se extendió hasta el año 130 d.C. aproximadamente. Durante este periodo se experimenta el máximo esplendor creativo de la jurisprudencia romana, caracterizada por su autonomía y la creación de su propia estructura mental, alejándose de las influencias griegas. Los jurisconsultos gozaban del apoyo imperial al permitirles el derecho de dar respuestas a las cuestiones jurídicas que se les plantean o “*ius respondendi*”. Esto era un beneficio que otorgaba el Príncipe a los juristas que así lo solicitaban, vinculándolos con la Cancillería imperial. Por un lado, el título le dotaba de prestigio y autoridad, pero por el otro le comprometía porque en muchas instancias eran implicados con las luchas políticas. Esto último mereció frecuentes críticas sociales al imputarles que su independencia de criterio

⁶¹ RABINOVICH-BERKMAN, R.D., *Derecho romano para Latinoamérica*, Quito: Cevallos, 2006, p. 49, citando a Suetonio (Domiciano, 8). Según el diccionario de la Real Academia Española, el término “denostar” significa: “Injuriar gravemente, infamar de palabra”.

mermó al estar vinculados con el Imperio y criticar su incursión en el Derecho público, sin abandonar el Derecho privado. Todavía en este período podemos observar la influencia de la religión sobre el Derecho cuando se define el concepto jurisprudencia en las *Instituciones* de Justiniano como “...el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto.”⁶²

Se produjo abundante literatura jurídica, entre las cuales destacan los dictámenes resolviendo consultas, las colecciones de casos y de materiales ordenados por los edictos del Pretor, comentarios a obras de otros autores y monografías sobre temas concretos. La literatura jurídica del Principado se puede clasificar en las siguientes categorías: *Institutiones*: que consistían de obras sencillas y sistemáticas que eran utilizadas en la enseñanza del Derecho. Eran obras promulgadas por el emperador Justiniano donde se explicaban los tratados utilizados en la jurisprudencia de la época de manera sencilla y metódica. El *Epítome* consistía de manuales breves, también utilizados en la enseñanza del Derecho; *Regulae-Definitiones* compilaban obras elementales que contenían principios, máximas, aforismos jurídicos, entre otras cosas; *Sententiae-Opiniones* acumulaban posturas esbozadas por los juristas sobre situaciones presentadas ante ellos que constituían controversias; *Comentarii* que según su nombre sugiere,

⁶² La definición se encuentra en las *Instituciones de Justiniano*, Libro Primero, Título I. El texto original en latín reza de la siguiente manera: «*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justae atque injustae scientia.*»

consistía de comentarios a la obra de Sabino o los Edictos del Pretor; *Questiones, Disputationes* compuestas por libros que contenían debates sobre casos prácticos reales o imaginarios; y *Digesta* o tratados generales de Derecho privado.⁶³

2.1.3.1.1 Crímenes tipificados en la época

A pesar de que se destaca la merma en la aportación intelectual creativa en materia de legislación, señalamos a continuación algunas leyes criminales cuyo impacto en el ámbito inmaterial o en una combinación mixta, es decir impacto inmaterial y pecuniario resulta evidente⁶⁴:

§3.1.3.1.1.1 “*Calumnia*”: A través de la *lex Remnia* se instituyó como ilícita la acusación falsa e infundada de un crimen a otro.

§3.1.3.1.1.2 “*Iniuria*”: la *lex Cornelia* penaliza al pago de una pena monetaria las injurias personales de golpes, palizas y violaciones de domicilio. También incluyó la publicación de escritos con intención difamatoria, en cuyo caso, la persona que resultaba culpable quedaba inhabilitado para testificar. Reseñado en Ulpiano D. 47, 10, 5, 1 y 2; Ulpiano D. 47, 10, 5, 9.

⁶³ Los Principios generales del Derecho, proveniente del estudio de las reglas jurídicas romanas, son considerados la tercera fuente del Ordenamiento Jurídico Español, situación que surge del párrafo primero del artículo 1 del Código Civil.

⁶⁴ ESPITIA GARZÓN, F., op. cit., p. 239-248.

Vemos dentro de esta época histórica otro cambio marcado en el área del Derecho con el comienzo de la época Postclásica o de Decadencia, que comenzó en el año 230 d.C. Es en esta época que Gayo hace la distinción entre el *ius civil*, aquél propio de la ciudad o pueblo que lo legisle y el *ius* de gentes que es igual a todos los hombres.

2.1.4 Cuatro período: el Dominado

El último periodo histórico romano se denomina “*El Dominado*” y comienza con el final de la anarquía militar que dura cincuenta años (235-284 d.C.). Se señala el advenimiento de Diocleciano, para el año 284 d.C. como el fin del gobierno anárquico militar. A pesar de que no hay fusión del elemento religioso, el jurídico y el político, se reconoce que el obedecer al Estado romano es un deber de fe. Las etapas que envuelven este período son la Diocleciana, del 230 al 330 d.C., la Constantiniana del 330 al 430 d.C. y la Teodosiana del 430 al 530 d.C.

A partir de Constantino, el Derecho romano postclásico comienza a adquirir sus características más notorias. Se adoptan leyes generales que contenían una exposición de motivos y la parte dispositiva. Las leyes o *leges* aprobadas por el Emperador pasan a formar la principal fuente de Derecho de la época. Con la influencia imperial en la producción jurídica, se comienzan a experimentar problemas con la adopción de la costumbre como fuente de Derecho y la influencia del cristianismo en el ámbito legal

y la epitomación de las obras clásicas.⁶⁵ Sin embargo, es este apoyo en la producción de escritos jurídicos lo que ha permitido conocer la aportación de la civilización romana en el ámbito del derecho.

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

2.1.4.1 Sistema de Derecho predominante

2.1.4.1.1 Codificación Justiniana

El Emperador Justiniano, llegó al poder en el año 527 d.C. y se extendió hasta el año 565 d.C. Su intromisión en el ámbito religioso fue

⁶⁵ Según el Diccionario de la Real Academia Española el vocablo Epítome, proveniente del lat. *epitōme*, y este del gr. ἐπιτομή, significa “Resumen o compendio de una obra extensa, que expone lo fundamental o más preciso de la material tratada en ella.”

también conocida y su gran labor de construcción y creación, entre ellas la obra de codificación legal de aquel tiempo.⁶⁶

Durante su incumbencia Justiniano completa y recopila el Derecho anterior, denominada el *Corpus Iuris Civilis*, que es parte del *Ius commune medieval*. En este trabajo de compilación logra separar las *leges* (legislaciones escritas) del *ius* (derecho procedente de todas las otras fuentes). El documento de suprema trascendencia jurídica esta compuesto de cuatro partes: *Codex*, *Digesta*, *Instituciones* y lo que denominan *Novelas*, donde se compilan las constituciones promulgadas por Justiniano entre los años 534 y 565 d.C. De no haber sido por la labor de recopilación del Derecho realizada durante este último periodo, no se hubiese transmitido el conocimiento del Derecho romano a las civilizaciones modernas de la misma manera. Como reseñamos al principio del Capítulo, hay lagunas en el estudio del Derecho romano por la falta de documentación y compilación adecuada. WOLFGANG sostiene que el Código tuvo vigencia por pocos años y fue objeto de nuevas redacciones en posteriores tareas de codificación. Esto afectó la autenticidad del escrito original.⁶⁷

Los Digestos o Pandectas representan la parte más importante y extensa de la compilación y recogen gran parte de la jurisprudencia clásica,

⁶⁶ WOLFGANG, K., op. cit., p. 171.

⁶⁷ WOLFGANG, K., op. cit., p. 173.

es decir parte del *ius*. Está compuesto por fragmentos de las obras de jurisconsultos que obtuvieron la concesión del *ius respondendi*.

Las Instituciones tenían, como propósito primordial, servir de base para la enseñanza del derecho, aunque también se les reconoció valor normativo ante los tribunales. Consistían de fragmentos tomados de los jurisconsultos clásicos, sin referencias específicas de sus fuentes. Estaban inspiradas en las Instituciones de Gayo, Marciano, Florentino y Ulpiano. Sus redactores fueron, precisamente dos profesores de Derecho, Teófilo y Doroteo.⁶⁸

Las *Novelas* surgen con un fin práctico, que era incluir las constituciones aprobadas a partir del año 534 d.C. sin tener que realizar nuevas enmiendas al Código. Todas las *Novelas* comenzaban con un prefacio que contenía la exposición de motivos y terminaban con un epílogo que regulaba su aplicación. Esta técnica permitía difundir no solo el estado de derecho vigente, sino asegurar uniformidad en su aplicación, al incluir el propósito legislativo en su compilación.

En esta época se experimenta una reducción de la intervención pública ante los delitos desarrollados en el Principado. La condena de algunos de esos delitos, como el del arrebato de bienes mediante violencia, cobijaba una condena mayor “*quadruplum*”, que consistía del “*simplum*” como

⁶⁸ WOLFGANG, K., op. cit., p. 175; PETIT, E., *Tratado Elemental de Derecho Romano*. California: Anaya Editores, S.A. 2010, p. 74.

medida resarcitoria y el resto era por concepto de pena. Se comienza a experimentar un cambio de visión con relación a los delitos, ya que a excepción del delito de hurto, los demás comprendían una suma pecuniaria por concepto de pena y otra por concepto de resarcimiento del daño causado al patrimonio ajeno.

Los compiladores modificaron el concepto de daños, aunque permaneció inalterado el requisito de la existencia de un nexo causal, se acuñó el concepto de *responsabilidad aquiliana*, mediante la cual se adjudicaban controversias en el ámbito penal y en el civil al amparo de la *lex Aquilia*.⁶⁹ A pesar de que algunos clasificaban el término *iniuria* dentro del derecho privado y no público, en esta época se experimenta su aplicación en ambos regímenes, civil o criminal.⁷⁰

2.2 Aportaciones trascendentales del Derecho romano pertinentes al estudio del daño moral

2.2.1 Derecho privado y Derecho público

En la estructura del Derecho romano antiguo es posible distinguir el derecho objetivo o *regula agendi*, que son un conjunto de reglas prescritas y administradas por el poder social, quien se aseguraba de su cumplimiento y el derecho subjetivo *iuria*, cuyas normas establecían prerrogativas a favor

⁶⁹ ESPITIA GARZÓN, F., *Historia del Derecho Romano*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 401.

⁷⁰ ESPITIA GARZÓN, F., op. cit., p. 402. Según Diocleciano, la acción de *iniuriarum* era de naturaleza privada y no pública (C. 9, 35, 7).

de determinadas personas e imponían obligaciones a otras.⁷¹ Los derechos también eran clasificados en absolutos o relativos. Los primeros, permitían que el dueño pudiese ejercitar o disponer de los mismos a su arbitrio, mientras consideraba que el poder de los demás era una mera consecuencia de los mismos. Es decir, el derecho se podía interponer contra todos porque existía un derecho absoluto sobre el objeto de derecho. En cambio, los relativos, le conferían un derecho que podían interponer sobre una o varias personas determinadas.

2.2.2 La familia y la capacidad de obrar

La base de la sociedad romana era la familia. El derecho permeaba en la constitución social de Roma al investirse en el jefe o *pater* la capacidad jurídica. Dentro del grupo que se encontraba sometido a éste, poseía una función fiscalizadora con total autoridad y responsabilidad sobre los que tenía bajo su tutela y control. Posteriormente, surgen las familias de descendientes que provenían de un mismo progenitor, creando el concepto de *gens*. Son los patricios, pertenecientes a esos grupos y los padres o jefes de familia, los únicos individuos que gozaban de derechos privados del *ius civile quiritium*. En sus comienzos la sociedad romana no reconocía derechos a los miembros de la familia, sino que los depositaba en la figura central del jefe del grupo. Ulteriormente, se distinguió entre el hombre

⁷¹ SERAFINI, F., *Instituciones de Derecho Romano*, Bilbao:Espasa-Calpe, S.A., 1927, p. 133.

libre y el esclavo, estableciéndose que sólo el liberto es *personæ*, por ende tiene derechos, mientras que el esclavo es considerado como un objeto.⁷²

Para ser sujeto de Derecho en Roma era necesario reunir tres cualidades: *status libertatis*, *status civitatis*, y *status familiae*.⁷³ La primera cualidad requería que el sujeto de Derecho fuese una persona liberta, pero no era suficiente por sí solo para conceder dicha capacidad. También se requería poseer ciudadanía, es por ello que los extranjeros, aunque fuesen libertos, no eran considerados sujetos de Derecho. Por último, se requería la independencia familiar, es decir que sólo podían ser sujetos de Derecho los cabeza de familia o los que no estaban sometidos a la autoridad familiar de otra persona. Esto tenía un impacto trascendental en la legitimación del sujeto para reclamar sus Derechos. Sólo el “*patre o matre familiae*” podía ejercitar un Derecho por los daños sufridos por las personas que estaban bajo su tutela o autoridad.

Las clasificaciones se fueron modificando para incluir a los individuos, conforme al estatus que ocupaban en la familia, así se distinguía entre los que eran dueños de sí o *sui iuris* y los que estaban sometidos a la autoridad del padre o *alieni iuris* o *personæ subiectæ*. Dentro de esta última categoría se encontraban los menores, los locos y los pródigos. El Derecho privado en la antigua Roma reconocía tres

⁷² Justiniano, refiriéndose al esclavo, dice que no es una persona, *nullum caput*, I, 1, 16, 4.

⁷³ *Paul. 2 Sap. D. 4,5,11*: “...tria sunt enim quae habemus, libertatem, civitatem, familiae”.

modalidades de poder sobre otra persona libre: *patria potestas*, *manus* y *mancipium*.⁷⁴ Por patria potestad, se entendía el conjunto de derechos que el padre de familia tenía sobre sus propios hijos. El *manus*, era el poder que el marido poseía sobre su mujer, mediante el cual se le equiparaba al hijo (*loco filiae*) para fines de tutela y sus bienes se transferían por título universal a su marido. El *mancipium*, era el poder jurídico privado que un ciudadano romano podía tener sobre otro ciudadano, sin que la persona sujeta a dicho poder perdiera la libertad.⁷⁵ En el Derecho justiniano, se eliminaron los conceptos de *manus* y *mancipium*, quedando vigente el de patria potestad.

Para los romanos la edad a la que los ciudadanos advenían capaces para emitir su voluntad y ejercitar sus derechos comenzaba con la madurez sexual o pubertad. Al final de la República, se fijaron los catorce años como el umbral para advenir capaz legalmente, mientras que los sabinianos mantuvieron el principio de la madurez sexual apreciada en cada caso para los varones: *qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest* (Gayo I, 196), mientras que las hembras, por el contrario, la alcanzaban a los doce años.

⁷⁴ GAI., I, 48-49: *Quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae. 46. Earum personarum quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.*

⁷⁵ SERAFINI, F., op. cit., p. 199-202.

Los enfermos mentales o *furiosi* no eran capaces de celebrar negocios jurídicos mientras se hallaren bajo el efecto de la perturbación mental que sufrieran. En Gayo III, 106 se reseña que el loco es *quia non intellegit quid agat*.

2.2.3 El delito

La concepción romana del delito incluía todo acto ilícito privado sancionado con una pena y que ocasionara un daño a otro.⁷⁶ En su origen, era castigado de una manera bárbara con la aplicación de la Ley del Talión. Esta legislación primitiva, estaba basada en la venganza, calificada por GUZMÁN BRITO como un impulso que se manifestaba en el individuo que había sufrido un agravio patrimonial o moral y que se caracterizaba en la época por ser privado, ilimitado y colectivo.⁷⁷ Según fueron evolucionando, los romanos comenzaron a distinguir el delito privado (*iniuria, furtum, damnum iniuria datum y rapina*) que eran parte del «*delictum*», de los procesos criminales, denominados «*crimina*», los cuales eran ventilados mediante procedimientos de naturaleza pública (*iudicium publicum*). Con la aprobación de la Ley de las XII Tablas se regularon las consecuencias de las penas delictuales, haciéndolas menos bárbaras y previendo la posibilidad de imponer multas o aceptar pactos monetarios en lugar de la ley del Talión.⁷⁸ Con la ley Aquilia se adoptó un sistema más

⁷⁶ DI PIETRO, A. [et al.], *Manual de Derecho Romano*. 4ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985, p. 265; PETIT, E., op. cit., p. 428.

⁷⁷ GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 232.

⁷⁸ PETIT, E., op. cit., p. 429.

completo en el análisis de los delitos y sus consecuencias. Con esta legislación se comenzó a ver la intención criminal del autor del delito y se evaluaban las penas de acuerdo al deber infringido, la voluntad del agraviado y la discreción del juzgador.

Así pues, cuando aseveramos que en su origen el Derecho romano trataba el daño privado como un delito, no hacemos referencia a la noción contemporánea, con connotaciones criminales, sino a una nomenclatura arcaica cuyo significado se aplica de forma más genérica a las circunstancias donde se infringía una obligación o un deber de actuar. La tipificación de los delitos en esta época antigua está basada en la experiencia de vida de los romanos y en la imposición de normas morales vigentes en la época, por lo que no hace sentido extrapolar a nuestros tiempos las figuras para tratar de comprenderlas, de manera literal y desvinculada de su realidad histórica.

2.2.3.1 Injuria

La palabra «*Iniuria*» era utilizada para referirse a toda acción contraria a derecho. El origen de la figura “*Iniuria*” parece encontrarse en los incisos 8, 4 de las XII Tablas.⁷⁹ En esa referencia se utiliza el lenguaje «*Si iniuriam faxsit, XXV poenae sunt*», configurándose el concepto en aquellos casos donde se actuaba mal con relación a otro. La acción de

⁷⁹ ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York: Oxford University Press. 1996, p. 1050.

injuria proveía una protección a la parte agraviada y conforme a lo plasmado en las XII Tablas procedía sólo en aquellos casos donde se dañaba la integridad corporal.⁸⁰ Esto era un requisito indispensable para que prosperara la acción, aunque el propósito subyacente tras el delito de injuria era humillar al otro y lesionar sus derechos inmateriales. El derecho consuetudinario permitió la ampliación del concepto de *iniuria* para considerar una ofensa cuando se infligía en el cuerpo, en la condición jurídica o en el honor de una persona.⁸¹ Fueron los pretores quienes en la aplicación del Derecho romano ampliaron el alcance del delito para cubrir los daños causados a “víctimas de ofensas que no recayeran en el cuerpo”.⁸² Los entornos culturales prevalecientes en la civilización romana crearon la necesidad de proteger los intereses inmateriales de sus ciudadanos. FERNÁNDEZ PRIETO nos señala que era común en la época romana que se congregaran en fiestas y actividades sociales a cantar las virtudes y alabanzas del prójimo, lo que fue decayendo hasta encontrar instancias donde públicamente se cantaban infamias e injurias a otros, lesionando sus intereses personales.⁸³

Hay autores como FERNÁNDEZ y PARICIO que realizan un análisis de la época romana partiendo de conceptos contemporáneos y concluyen

⁸⁰ MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, P. Dorado (trad.). Bogotá, Colombia: Temis, S.A. 1999, p. 485.

⁸¹ MOMMSEN, T., op. cit., p. 486.

⁸² Ibid; JARAMILLO VÉLEZ, L., *Derecho romano*, 9ª ed., Medellín: Señal Editora, 1991, p. 249.

⁸³ FERNÁNDEZ PRIETO, M., op. cit., p. 23.

que la jurisprudencia de finales del siglo I a.C., en particular la de Lebeón, realiza una interpretación del concepto *iniuria*, donde específicamente lo relaciona al daño moral. Lo relacionan al concepto denominado entonces como *contumelia*.⁸⁴ Los autores señalan que éste fue el comienzo de la práctica de la aplicación delictual en casos de daño moral. También señalan el Edicto Perpetuo de Adriano como fuente de referencia para las fórmulas en los casos de ofensas al honor. CURSI rechaza esta posición y arguye que la *contumelia* se conocía y repudiaba desde la ley de las XII Tablas, sin embargo, no es hasta el advenimiento de la *lex Aquilia* que se tipifica a través de la revisión pretoria antes mencionada.⁸⁵ El argumento para sustentar la teoría de CURSI es que el *dominus* o dueño del esclavo tenía potestad sobre éste, quien era considerado *alieni iuris*, de tal suerte que todo evento con impacto legal afectaba al amo y no al esclavo. Se infligía sobre el *dominus* no solo un daño patrimonial, sino una usurpación de sus capacidades legales sobre el esclavo, lo que era considerado *contumelia* en el derecho de la época, rechazando así toda proposición de un daño moral o no pecuniario en esta causa de acción.

En las *Instituciones de Justiniano*, se dedica el Título IV del Libro Cuarto, al tema de las Injurias. Nos reseña que el origen del término está relacionado con el concepto de ultraje que viene del griego y que sigue su

⁸⁴ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARRICIO, J., *Fundamentos de Derecho privado romano*, 8ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 437.

⁸⁵ CURSI, M. F., “What did *occidere iniuria* in the *lex Aquilia* Actually Mean?”, *Roman Legal Tradition*, 7 (2011), p. 22.

evolución a través de la *lex Aquilia* donde se explica que el perjuicio causa injuria.⁸⁶ Se amplía el término y se estableció que no solo cubría las agresiones físicas, sino que también incluía ofensas a derechos naturales, que hoy serían calificados como daños morales, tales como: publicaciones libelosas «*ad infamiam alicujus libellum aut carmen escripserit, composuerit, ediderit*», versos infamantes, entre otros supuestos específicos.

Para ZIMMERMANN y SCHULZ, el «*actio iniuriam*» no tenía como requisito indispensable el daño al cuerpo, sino que estaba diseñada para proteger los intereses inmateriales.⁸⁷ La acción era un reflejo del respeto que tenían los romanos hacia el valor de los individuos dentro de la sociedad. Era una sociedad que apreciaba el buen nombre, la dignidad y el honor de los individuos. Esta visión no es totalmente compatible con lo reseñado por Aulus Gellius cuando manifiesta que llegó el momento en que se requería una enmienda a la acción de injuria porque la consecuencia jurídica y económica era nominal, perdiendo el efecto disuasivo que perseguía. Así pues, presenta el ejemplo de Lucius Veratius, quien se entretenía golpeando el rostro de las personas que conocía. Tras él iba su esclavo y su labor consistía en dar a las víctimas el pago de los 25 asses,

⁸⁶ ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Melquiades Pérez Rivas (trad.), Buenos Aires: Heliasta, 2005, p. 246-249.

⁸⁷ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1062.

cantidad que estaban prevista como castigo en la acción de injuria.⁸⁸ Evidentemente, el propósito de Lucius Veratius no era causar un daño físico, sino insultar o humillar a sus víctimas, lo que previsiblemente tendría un impacto en la dimensión inmaterial. Con el paso del tiempo, el requisito de ataque físico se dejó sin efecto y la sanción se amplió a otros aspectos no físicos de la personalidad.

La *Iniuria* era en sentido amplio, el «*quod non iure fit*», o aquello que se hacía fuera del ámbito del derecho y se denominaba así toda lesión personal. En la ley de las XII Tablas se admitían tres especies de injurias: *membrum ruptum* que se circunscribía a la amputación de un miembro o inutilización de un órgano; *os fractum* y las *iniuriæ* simple, que incluía lesiones menores.

Todas las acciones relacionadas con las lesiones personales se recogieron en la acción que el pretor denominó “*actio iniuriarum æstimatoria*”. Según evolucionó la acción se reconocieron varios tipos de injurias, que fueron denominadas como “*verbis, facto, scriptis y gestibus*”, mientras que otros las denominaron “*realis (verbalis), litteris, libellus famosus y consensu inferuntur*”⁸⁹ Se llegó a reconocer que una modalidad de injuria podía consistir en ofensas verbales, denominada “*iniuria*

⁸⁸ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1052.

⁸⁹ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1064-1065; MOMMSEN, T., op. cit., p. 490.

litteris".⁹⁰ Esta modalidad se distinguía del delito de libelo que era denominado como "*libelo famosus*". Su transformación permitió que se incluyera la protección contra ultrajes a una persona en voz alta y públicamente, atentados al pudor y la difusión de conceptos y frases difamatorias que fueron denominadas *ademptata pudicitia e infamatio*. No obstante, en este tipo de acción sólo se castigaba el delito doloso y no incluía aquellos causados por negligencia.⁹¹ Se presumía la presencia del "*animus iniuriandi*" o la intención real de infligir una injuria por contumelia a la otra persona mediante el ataque a su dignidad o reputación. Le correspondía al demandado probar que no tenía dicha intención en su mente.⁹² Esta presunción no aplicaba a personas con posiciones de autoridad y algunos profesionales, tales como magistrados, maestros, doctores y astrólogos, entre otros. La acción tenía como propósito proteger los intereses inmateriales y preservar el honor y la dignidad. En aquellos casos donde se causaba un daño patrimonial y uno inmaterial se podían acumular las acciones de "*iniuriam*" y la provista por la Lex Aquilia.⁹³ La acción se podía ejercitar cuando las ofensas cometidas eran causadas a las personas libres o sobre aquellos que estaban sometidos a ellos. En este caso, la pena no era una estimación pecuniaria del daño material sufrido

⁹⁰ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1064.

⁹¹ DIAZ BAUTISTA, A. y DIAZ BAUTISTA, C., *El Derecho romano como introducción al Derecho*, Murcia: DM Librero, 2010, p. 210.

⁹² ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1065; GIMÉNEZ CANDELA, T., op. cit., p. 399 define la *contumelia* como la «ofensa a la personalidad».

⁹³ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1064.

porque se consideraba que la integridad de una persona libre era incalculable. En los casos de ofensa moral, existía al igual que hoy día, una dificultad para valorar económicamente el daño causado a las personas objeto de derecho. Ante dicha situación, el juzgador solía aceptar la valoración realizada por la víctima, siempre que estuviese dentro de un parámetro de razonabilidad. De lo contrario, el Pretor podía limitar la *condemnatio* a un límite máximo.⁹⁴

La *lex Cornelia de iniuriis*, adoptada para el año 81 a.C., penaliza tres tipos de injurias, aquellas causadas con violencia: golpes, intimidación y violación del domicilio. Se contempla bajo esta legislación la posibilidad de que el agraviado solicitara como remedio una pena privada a favor de éste en los casos de “*iniuriæ atroces, un iudicium publicum de re private*”. Más adelante, en el Derecho imperial, se configuran las injurias graves como crímenes extraordinarios y se dejaron en el Derecho privado los casos de injuria leve.⁹⁵

No todos los casos de *injuria* prosperaban. El pretor hacía uso de su juicio valorativo para determinar si se configuraba el delito o no. Reseña MOMMSEN que en los siguientes supuestos la acción de *injuria* no procedía:

⁹⁴ DIAZ BAUTISTA, A., op. cit., p. 210; ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1070-1071.

⁹⁵ SANTA CRUZ TEIJEIRO, J., *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946, p. 435.

1. “Cuando el hecho lo hubieran ejecutado individuos no susceptibles de imputabilidad.” Es decir, incapaces.

2. “Cuando se realizaban actos cuyo fin no fuesen violar el derecho.”

3. “En todos los casos en que se realizaran actos permitidos por el derecho.” Con la salvedad de que el que llevaba a cabo la acción tenía legitimación para hacerlo, como es el caso del *pater familiae* imponiendo un castigo contemplado en la ley.

4. Tampoco procedía cuando “el castigo se hubiera impuesto mediando error.”

5. Cuando el agraviado había prestado su consentimiento.

6. “La injuria intentada, pero no consumada.”⁹⁶

El demandante determinaba la compensación que requería como resarcimiento de la ofensa recibida, estableciéndose que en los casos más graves, el pretor podía establecer una fianza para garantizar el pago de la pena que en su día sería impuesta.⁹⁷ La manera de contrapeso creado por los romanos para evitar la radicación de acciones viciosas e infundadas al amparo de este delito fue proscribir que el que radicara una acción calumniosamente era a un castigo similar al de la calumnia.

⁹⁶ MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, Bogotá: Temis, 1999, p. 491-493. Véase también a GUZMÁN BRITO, A., op. cit., pág. 234 quien establece que no delinquen los infantes (citando a Gai. 3.208; D. 4.3.13.1; 9.2.5.2; 47.2.23; 50.17.111 pr), ni los dementes (citando a Gai. 3.106).

⁹⁷ MOMMSEN, T., op. cit., p. 496.

2.2.3.2 Furtum y rapina

El *Furtum*, definido por algunos como hurto, era el delito más típico de la época y se configuraba cuando se sustraían bienes ajenos sin que el dueño se percatara. También incluía el concepto, denominado por GUZMÁN BRITO, JÖRS y MIQUEL como “estafa” que consistía en retener bienes ajenos que estaban bajo la custodia del infractor.⁹⁸ Para conocer su alcance, MIQUEL cita la definición expuesta por Paulo (D.47,2,1,3) donde se establecía que “*El hurto es la sustracción fraudulenta con ánimo de lucro, bien sea de la misma cosa, o de su uso o de su posesión.*”⁹⁹

Sus orígenes se remontan a la época de las XII Tablas, en particular se reseñan sus concepciones más rudimentarias en la Tabla VIII, 12 ss.¹⁰⁰ En la República, la pena para el que incurría en *furtum* era la muerte y luego se amplió para considerar el pago del doble del valor de la cosa perdida como consecuencia del acto, lo que hacía evidente el carácter punitivo de la acción.¹⁰¹ Además de la acción penal, el agraviado podía instar una acción “*reipersecutoria*” o mediante la “*condición furtiva*” por lo que el infractor

⁹⁸ GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 242-243; JÖRS, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1965, p. 359; MIQUEL, J., *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: PPU, 1987, p. 421.

⁹⁹ MIQUEL, J., op. cit., p. 421. El texto original en latín es el siguiente: “*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eiusve possessionisve.*” (Paulo D. 47,2,1,3).

¹⁰⁰ JÖRS, P., op. cit., p. 360.

¹⁰¹ MOMMSEN, T., op. cit., p. 465.

estaría sujeto a una acción penal y una civil.¹⁰² El *furtum* aplicaba cuando el objeto era un bien mueble o semoviente que fuese propiedad de otra persona.¹⁰³ Esto implica que incluso los semovientes y seres humanos sujetos a la propiedad del *pater familiae* podían ser objeto en este delito. Un aspecto interesante es que para que se configurara el delito de *furtum* se requería la existencia de un daño, es decir, que la víctima hubiese sufrido un daño como consecuencia del acto culposo.¹⁰⁴

La Rapina, aunque tipificado como un delito distinto al *Furtum*, es la concepción antigua del delito de robo, según MIQUEL, se trata de un *furtum* mediando violencia.¹⁰⁵

2.2.3.3 Damnum iniuria datum

El concepto general de daño o «*damnum*», en principio, contempla las ofensas causadas a otro con impacto patrimonial. Bajo la Ley de las XII Tablas se recogían supuestos específicos que constituían daños, basados en la vivencia cotidiana, sin que se estructurara una definición general aplicable a todos los casos.¹⁰⁶ Más tarde con la aprobación de la *lex Aquilia* se provee uniformidad a la legislación relacionada con los daños y se considera este delito como el ilícito que se configuraba cuando se destruía

¹⁰² KASER, M., *Derecho Privado Romano*, Madrid: Reus, 1982, p. 164.

¹⁰³ MOMMSEN, T., op. cit., p. 460.

¹⁰⁴ MOMMSEN, T., op. cit., p. 463.

¹⁰⁵ MIQUEL, J., op. cit., p. 422.

¹⁰⁶ JÖRS, P., op. cit., p. 364.

o se deterioraba una cosa ajena.¹⁰⁷ La aportación de la jurisprudencia y los dictámenes pretorios fueron de gran importancia para conocer el alcance de la acción *damnum iniuria datum*. Para Ulpiano, los casos donde procedía el *damnum iniuria datum* se encontraban presentes los daños patrimoniales, así como aquellas ofensas a la dignidad del *pater familias*.

A través de la *lex Aquilia* y el *damnum iniuria datum* se explicaron los requisitos para la configuración del delito y otros requisitos para ejercitar la acción, a saber, los siguientes¹⁰⁸:

1. Tenía que existir el elemento de culpa y sólo procedía la imposición de responsabilidad cuando el daño se causaba mediando culpa.

2. No aplica a los daños causados por omisión y se requería que fuese el resultado inmediato de la intervención del actor sobre la cosa. No era necesaria la pérdida de la cosa, ya que en algunos supuestos se reconoció la acción en cosas que disminuyeron su valor.

3. Con la *lex Aquilia* se aumenta el número de personas legitimadas a instar la acción. Por analogía se comenzó a reconocer como agentes con legitimación activa para instar la acción al usufructuario, al usuario, al acreedor pignoraticio y al poseedor de buena fe de la cosa dañada.

¹⁰⁷ GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 253.

¹⁰⁸ JÖRS, P., op. cit., p. 365; BERGER, A., op. cit., p. 425-426.

4. Se estableció, mediante legislación, el parámetro del valor objetivo para compensar por daños, pero jurisprudencialmente se amplió para incluir reclamaciones de ganancias frustradas.

Con la interpretación jurisprudencial del delito de daño se introduce la posibilidad de compensar económicamente los efectos de la intervención ilícita sobre la víctima. También se amplía el concepto delictual para imponer responsabilidad por daños a las personas que actuaban mediando culpa o negligencia. La aplicación jurisprudencial del concepto de daños permitió, eventualmente, el reconocimiento del lucro cesante en adición a la estimación de los daños causados a la cosa.

2.2.3.4 Infamia

La infamia era la deshonra o descrédito al que podía estar sujeto un ciudadano romano cuando el demandado se alejaba de los preceptos sociales aceptados incurriendo en actividades indecorosas, perversas y viles. PETIT la define, dentro del contexto romano, como “*un ataque a la consideración que disfruta en la sociedad, que implica para él [ciudadano] pérdidas más o menos graves.*”¹⁰⁹ Los romanos distinguían dos tipos de *infamia*, cuando se configuraba en las acciones de los individuos sin que estuviese castigada por el derecho y cuando la ley declaraba o imponía, mediante determinaciones judiciales, la procedencia

¹⁰⁹ PETIT, E., op. cit., p. 173.

de dicha calificación. Formaba parte del edicto del Pretor y el ser calificado de infame tenía consecuencias sociales descomunales, tales como inhabilitarlo para ocupar un cargo público, hacerlo incapaz de ser testigo o juez. Entre las causas para ser calificado de infame se encontraban las condenas criminales y algunas de naturaleza civil que implicaban mala fe, así como incurrir en faltas inmorales u ocupar ciertas profesiones como la de comediante o gladiador. La declaración de infamia era vitalicia.

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

Posterior a la caída del imperio romano de Occidente (476 d.C.) y de Oriente (565 d.C.) emergen los reinos bárbaros. Se desarrollan varias compilaciones de Derecho romano postclásico, tales como el Edicto de Eurico (476 d.C.), Edicto de Teodorico, la *Lex Romana Visigothorum* (506 d.C.) y la *Lex Romana Burgundionum* o *lex Gundobada* (516 d.C.).¹¹⁰ Las compilaciones de Derecho romano vulgar adoptadas en los reinos germánicos tras la caída del imperio, siguieron aplicándose por mucho tiempo.

¹¹⁰ El Código de Eurico regulaba las cuestiones en material penal, civil y abundaba brevemente sobre la parte procesal. La *Lex Romana Visigothorum*, posteriormente conocida como *Breviarium Alaricianum* contenía parte de la jurisprudencia de Paulo, epitome de Gayo, un fragmento de los *libris responsorum* de Papiniano, fragmento de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como interpretaciones de los compiladores. La existencia de la *lex Romana Burgundionum* fue efímera y luego de su desaparición se vuelven a aplicar los preceptos de la ley visigoda.

2.1.5.1 Surgimiento de Europa y la continuidad del imperio romano

Se apunta el año 800 d.C. como el comienzo de Europa con la coronación que realizó el Papa León III sobre Carlomagno. A través de la Iglesia se logra la adhesión del derecho en los diferentes países que componían Europa. Con la creación del Sacro Imperio Romano Germánico, se busca la unidad del derecho, recogido en la máxima “*unum imperium, unum ius*”. Hasta el momento las codificaciones más prominentes eran la *Corpus Iuris Civilis*, procedente de los textos de Justiniano y la *Corpus Iuris Canonici*, compuesta por textos y cánones conciliares promulgados por Graciano en su obra Concordia de los Cánones Discordantes o el Decreto de Graciano.

Las colecciones jurídicas promulgadas durante la alta Edad Media se caracterizaban por la presencia de elementos propios del Código Justiniano, al igual que los preceptos del Derecho canónico y el Derecho local de cada uno de los estados feudales. Posteriormente, durante la Baja Edad Media, cobra importancia nuevamente el Derecho romano, junto al Derecho canónico adoptándose el Derecho común o *Ius Commune*. Este último estaba integrado por elementos técnicos, propios del Derecho romano Justiniano y elementos ideológicos provenientes del pensamiento cristiano y del Derecho canónico. El estudio del Derecho común se realizó a través del método de lógica escolástica, desarrollado sobre bases aristotélicas. Se crean instituciones universitarias medievales y escuelas de

Glosadores o juristas que realizaban aclaraciones terminológicas en los textos del *Corpus Iuris*.

En esta época del *Ius Commune*, la responsabilidad se caracteriza por los elementos penales que la acompañan.¹¹¹ No se habla de la responsabilidad por falta personal, sino que se utilizan los fundamentos romanos del delito público o delito privado. Paulatinamente comienzan a surgir los elementos que eventualmente formarán parte de la responsabilidad general por falta personal y la reparación. La influencia religiosa del cristianismo es determinante en la visión de la responsabilidad individual.¹¹² También se perpetúa el elemento punitivo en la adjudicación de responsabilidad por la mentalidad religiosa que vincula las acciones y omisiones culposas con los pecados. Los juristas canónicos vinculan la teoría de la restitución con el séptimo mandamiento, que prohíbe tomar o retener el bien del prójimo injustamente. Tanto la postura romana como la canónica vinculan los fundamentos con las consecuencias de los actos, contribuyendo al nacimiento de la responsabilidad civil.

El Derecho común se fue expandiendo a través de Europa y su influencia románica era favorecida por algunos monarcas que se resistían a la supremacía del Sacro Imperio. A través del Derecho romano,

¹¹¹ DESCAMPS, O., op. cit., p. 19, 171.

¹¹² DESCAMPS, O., op. cit., p. 473.

especialmente el adoptado durante el Dominado, justificaban la independencia del poder civil frente al papado.

El Derecho natural tuvo su máxima expresión durante el siglo XVIII, junto al racionalismo por lo que fue denominado el Siglo de las luces. La propuesta del Derecho natural es la aplicación de un derecho de carácter universal que se basa en la naturaleza del hombre. La falta, como base de responsabilidad, se convirtió en axioma incontrovertible durante este período. Los juristas naturales de la época, entre ellos Grotius, no hicieron referencia al Derecho romano en este análisis sobre la falta y su relación con la responsabilidad, sino que tuvo su origen en los pandectistas.¹¹³ A partir de ahí, la responsabilidad dejó de formar parte del derecho delictual. Un dato interesante es que los juristas naturales mantuvieron una mentalidad que favorecía la compensación por pérdidas puramente patrimoniales.

En Alemania, el Derecho romano fue introducido más tarde que en otros países europeos, sin embargo, para el año 1495, ya se consideraba uno de los exponentes principales del Derecho. Fue la escuela de SAVIGNI la responsable del estudio del Derecho romano como base del derecho actual. El *Corpus Iuris* se utilizaba como referencia principal para el estudio del Derecho romano. Eventualmente, se deja a un lado el Derecho romano para comenzar la aplicación del denominado *usus*

¹¹³ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1034.

modernus pandectarum. Con la aprobación del Código Civil Alemán (BGB) en el año 1900 perdió vigencia el Derecho de pandectas lo que marcó un nuevo comienzo en la ciencia jurídica de dicho país.

2.1.5.2 Derecho privado en Francia y codificación

Los grupos bárbaros que habitaban la región hasta la Edad Media, dieron un giro a los preceptos legales para ajustarlos a las prácticas sociales de la época. La familia de las víctimas de un daño, tomaban la justicia en sus manos y era común utilizar la venganza como remedio a un agravio. Paulatinamente, se comienza a ver la práctica de que el causante del daño compensara económicamente a la víctima, mediante el pago de una multa privada. En los casos de muerte, la compensación la recibían los familiares y el propósito era restituir la paz y el orden social mediante el pago de la compensación. Es decir, se utilizaba como un disuasivo para evitar el caos y no como un remedio al daño causado.

En las regiones del sur de Francia, la introducción del Derecho Común fue más fácil y rápida porque aún estaba arraigada la tradición romana a diferencia de las regiones del norte donde resultó más difícil porque existía un Derecho consuetudinario bien desarrollado (“*Droit coutumier*”). A pesar de ello prevaleció la Recepción y por consiguiente el Derecho común en toda Francia.

La influencia del Derecho canónico fue fundamental para el desarrollo Derecho de daños y la filosofía resarcitoria que le caracteriza. La institución del Derecho germánico antiguo “Wergeld” surge como la base para el restablecimiento del daño causado, aunque todavía con influencias pretéritas del Derecho romano, siendo su traducción más común el “rescate de la sangre”, como denominaron los alemanes “*Wergeld*”.¹¹⁴

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

¹¹⁴ LE GOFF, J. *La civilización del occidente medieval*, J. de C. Serra Ráfols (trad.), 1969, Barcelona: Juventud, p. 66.

privado.¹¹⁵ La aportación de DOMAT y POTHIER en el desarrollo de los conceptos de delito y cuasi-delito, ajenos a todo tipo de penalidad, dentro del contexto del Derecho civil, resultaron determinantes para el nacimiento de la obligación, que a su vez establecía la necesidad de reparación.¹¹⁶

Los códigos adoptados se inspiraron en el Derecho privado romano de la época clásica, con grandes influencias del Derecho canónico. Se sustituye la visión punitiva por una moralista del daño, en la medida que se establece el daño como centro del sistema de la responsabilidad civil, matizado por nociones morales de la conducta buena y mala. Napoleón adoptó el Código Civil francés en el año 1804, basado en el Derecho romano y éste constituyó el modelo para los demás códigos civiles occidentales.

En Francia habían escuelas de juristas organizados en colegios gremiales cuya formación académica se basaba en la tradición romanística. A través de la aplicación del Derecho en las cortes francesas se va desarrollando el «*droit français común*». El momento histórico en el que se aprueba el Código Civil Francés (CCF) ayudó a su proliferación a varios países europeos, tales como Italia, Bélgica, Holanda y parte de Alemania, a través de la vía política y militar.

¹¹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., “La indemnización por causa de muerte”, *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1956, p. 456; FISCHER, H.A., *Los daños civiles y su reparación*, Madrid: Victoriano Suárez, 1928, p. 236-237.

¹¹⁶ DESCAMPS, O., op. cit., p. 287-288.

El Código Civil de Francia, adoptado en el año 1804, mientras que el Alemán (BGB) se adoptó en el año 1900. Ambos, son la base o punto de referencia para el desarrollo de las codificaciones de otros países europeos. Posterior a la aprobación del Código Civil Francés, de base romanista y consuetudinaria, siguen la aprobación de otras codificaciones procesales en el ámbito civil y penal, así como las codificaciones comerciales y penales. En España, la adopción de su Código Civil se materializa en el año 1889 durante el siglo de las codificaciones y del liberalismo. Al igual que los códigos de Francia y Alemania, su base es el Derecho romano.

Durante esta época de codificación se dio un fenómeno de patrimonialización del Derecho civil. El Código de Napoleón fue denominado como el Código de la propiedad o de los bienes, ya que se dio énfasis a las posesiones o titularidades patrimoniales del individuo dejando a un lado la protección de sus derechos fundamentales y los bienes que se encuentran atados a su persona.¹¹⁷ No fue hasta la aprobación de la Constitución Alemana de Weimar que un país europeo de corte civilista establece la importancia de los bienes de la personalidad al mismo nivel que los derechos patrimoniales.

¹¹⁷ PERREAU, E.H., “Les droits de la personnalité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1909, 501, p. 502.

2.1.5.3 Derecho privado en España y codificación

El proceso de Recepción en España fue paulatino. Se experimentó en diferentes momentos conforme avanzaban las nuevas tendencias por las regiones geográficas. Los lugares más cercanos a Italia, tales como Cataluña, Mallorca y Valencia fueron más sensibles a la Recepción por la tradición romanista y el desarrollo de una burguesía mercantil e industrial. En otras regiones como Aragón y Navarra, Castilla y León la incursión de la Recepción fue más lenta y halló una dura resistencia. En el siglo XIII, el Rey Alfonso X el Sabio ordenó la creación de una gran recopilación en castellano del Derecho Común y nacieron “*las Siete Partidas*”, que aunque poco aplicadas en su época, se convirtieron en Derecho subsidiario y eventualmente se impusieron al Derecho tradicional castellano. El daño fue definido en la Partida VII, Título XV, Ley I, como el “*empeoramiento o menoscabo o destruyimiento que ome rescibe en si mesmo o en sus cosas por culpa de otro.*” El texto, al igual que la codificación actual, no niega la presencia de perjuicios extrapatrimoniales cuando se refiere al menoscabo que recibe el hombre en sí mismo o sobre su persona, así como en sus cosas.

Las Siete Partidas del Rey castellano-leonés, Alfonso X, “el Sabio” son consideradas una de las obras fundamentales del Derecho común europeo, escrita en el siglo XIII. Para esa época, el escrito representaba una codificación que atendía los asuntos de naturaleza privada de manera

aceptable, pero se abogó por la adopción de un Código. La evolución del escrito tardó hasta el año 1889 cuando finalmente España adopta su Código Civil.

El Derecho romano posee un valor incalculable en el estudio del Derecho Privado moderno. Es indispensable para ver la evolución del pensamiento jurídico desde su concepción original hasta la actualidad. Al ser la base, el elemento común entre las diferentes culturas estudiadas en esta tesis, se tiene que partir de ahí como un mínimo común denominador para luego analizar las variantes adoptadas por los diferentes países en el tratamiento del tema estudiado.

2.1.5.4 Derecho privado en Puerto Rico y codificación

La isla de Puerto Rico fue descubierta el 19 de noviembre del año 1493, durante el segundo viaje de Cristóbal Colón a lo que más tarde se denominó América. En comparación con el amplio marco evolutivo de las otras jurisdicciones estudiadas, la ciencia jurídica en Puerto Rico nace a la vida hace poco tiempo y las referencias históricas claramente nos demuestran que adquirió por abolengo español sus raíces de tradición romanista.

Para el año 1508 Juan Ponce De León comenzó la colonización de la isla por encomienda del gobierno Español. El sistema de derecho adoptado en las islas colonizadas del Caribe eran *las Siete Partidas*, la Nueva

Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación.¹¹⁸ En el año 1835 se extiende a Puerto Rico el Reglamento Provisional para la Administración de la Justicia de España, con ciertas variantes. La adopción de legislaciones españolas en Puerto Rico fue paulatina y se extienden en primera instancia las legislaciones comerciales y penales, por el claro deterioro de la normativa legislativa en esas áreas para la época. En virtud del Real Decreto de 31 de julio de 1889, se extendió el Código Civil de España a Puerto Rico, veinte días posteriores a su publicación en el periódico oficial llamado *La Gaceta*. La publicación se realizó el 12 de diciembre de 1889, entrando en vigor el 1 de enero de 1890.¹¹⁹ El Tribunal Supremo de Puerto Rico certificó que el Código Civil se hizo extensivo a Puerto Rico el 31 de julio de 1880 y comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1890.¹²⁰

Luego de la guerra Hispano-Americana se estableció en Puerto Rico un Gobierno civil y en virtud de la Ley Foraker se constituyó una Comisión para revisar las leyes de la isla, entre otras cosas. La mencionada Comisión rindió un informe donde realizaron recomendaciones al Código Civil desde su Título Preliminar hasta el libro cuarto.¹²¹ El Código Civil fue revisado y se aceptaron las recomendaciones, entrando en vigor el

¹¹⁸ LALINDE ABADIA, J., *La administración española en el siglo XIX Puertorriqueño*, Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos, 1980, p. 112-124.

¹¹⁹ VÁZQUEZ BOTE, E., *Derecho Civil de Puerto Rico*, Tomo I, Vol. I, San Juan: FAS Ediciones Jurídicas, 1972, p. 128-129.

¹²⁰ *Rodríguez v. San Miguel*, 4 D.P.R. 208 (1903); *Torres v. Rubianes*, 20 D.P.R.337 (1914).

¹²¹ VÁZQUEZ BOTE, E., op. cit., p. 132.

Código Civil de Puerto Rico el 1 de marzo de 1902. A pesar que la Comisión que tuvo a su cargo la revisión legislativa, incluyendo el Código Civil estaba compuesta por dos norteamericanos, que a penas conocían el sistema de derecho civil y un puertorriqueño, que a penas conocía el sistema de derecho común norteamericano. La influencia de dicho sistema de derecho en el Código Civil puertorriqueño permeó causando confusión en algunas áreas que requirieron enmiendas posteriores. Durante el período del 1928 al 1930 se adoptaron enmiendas al Código Civil de Puerto Rico para enmendar y eliminar algunas modificaciones realizadas en el 1902, que resultaban perjudiciales al sistema de derecho civil adoptado en la isla. A pesar de la influencia norteamericana, permaneció vigente la legislación civil en todo lo relacionado al derecho privado, adoptándose principios de derecho común norteamericano en materia de derecho público.

2.3 Derecho común anglosajón

Tenemos que regresar nuevamente a la raíz romana para comprender el impacto de sus preceptos legales en la ciencia jurídica del derecho común anglosajón o “*Common Law*”. Se distinguen tres periodos diferentes donde la ciencia jurídica romana impacta el continente europeo. La primera, durante la invasión de Roma a las Galias; la segunda, durante la Edad Media, tras el descubrimiento del *Corpus Iuris*, y la tercera, en la

época de la codificación.¹²² La influencia del Derecho de raíz romana no tuvo impacto lo suficientemente intenso en el sistema de derecho que se desarrolla en Inglaterra como para absorberlo. En cambio, se desarrolló un sistema independiente, con matices aislados de la influencia romana.

Roma fundó las principales ciudades de la actual Inglaterra, denominada por ellos Britania, pero la influencia romana no fue determinante en dicho territorio. La invasión de los anglosajones, que eran germánicos no romanizados, causó el distanciamiento de la cultura, y por consiguiente, del Derecho romano. El Derecho romano no prevaleció en la ciencia jurídica inglesa y posteriormente la anglosajona, pero se puede distinguir la recepción del mismo en el Derecho inglés.

Hubo tres momentos decisivos en el proceso de evolución de la ciencia jurídica inglesa. El primero, la influencia de la Iglesia y la doctrina de los glosadores. Se señala el uso de algunos términos latinos para explicar y aclarar el derecho inglés. El segundo, es en el momento en que la Recepción se impone en Alemania, para el siglo XVI. En ese periodo se reseña la adopción de doctrinas romano-canónicas en áreas como el matrimonio, derecho marítimo y mercantil. A pesar de que el Derecho romano no es una de las materias que se estudiaban en las universidades de la época, Oxford y Cambridge, sí el Derecho canónico era parte del

¹²² LÓPEZ MONROY, J., *Sistema Jurídico del Common Law*, Méjico: S.A. Editorial Porrúa, 1999, p. 3.

currículo y a través de éste aquellas disposiciones de origen romano que impactaron y formaron parte del Derecho canónico extendido por toda Europa.¹²³ El tercero y último, se experimenta en el siglo XIX cuando se comienzan a observar referencias a máximas romanas en las sentencias de los tribunales ingleses.

A pesar de que el sistema jurídico anglosajón fue denominado “*Common Law*”, el mismo no emana del Derecho común europeo de raíz romana. En Inglaterra, se denominó Derecho común al derecho nacional, cuya fuente de poder emanaba del Rey y sus cortes. Por el contrario, el Derecho común europeo era un Derecho transitorio, centrado en la difusión del conocimiento a través de las instituciones educativas de la época que se dedicaban a la exégesis del Derecho romano medieval.¹²⁴ Existen varias diferencias sustanciales entre el Derecho común europeo y el anglosajón, entre ellas despuntan en el Derecho Común Anglosajón las siguientes:

1. No existe codificación.
2. No se hace distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.
3. El Tribunal Inglés es la autoridad máxima en materia de ordenamiento jurídico.

¹²³ GARCÍA Y GARCÍA, A., *En el Entorno del Derecho Común*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 17.

¹²⁴ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York: Aspen, 2009, p. 137.

4. No existe distinción entre el derecho sustantivo y procesal.

5. La Ciencia Jurídica, en contraposición con el Derecho Romano y sus derivados, no posee tanta relevancia.

Según COING, aquellos países que fundamentan su sistema jurídico en la casuística o decisiones jurisprudenciales “*case-law*” son más difíciles de transferir en otros sistemas culturales que aquellas que son basadas una normativa clara.¹²⁵ El Derecho romano y el derecho común anglosajón desplazaron los derechos locales por las determinaciones y aplicaciones jurisprudenciales de los tribunales del Rey, convirtiendo el mismo en *Ius Commune*.¹²⁶ El Derecho común anglosajón está predicado en las determinaciones jurisprudenciales y el principio de publicidad.

La historia del Derecho común inglés se divide en tres períodos, a saber: (1) la etapa anglosajona; conquista normanda y nacimiento del *common law*; (2) apogeo del *common law* y nacimiento del *equity*; y por último, (3) Derecho inglés contemporáneo. Siendo el Derecho común inglés la base para el desarrollo de la ciencia jurídica norteamericana, realizaré un breve recorrido por las etapas del desarrollo del Derecho común inglés como exordio al sistema judicial estudiado.

¹²⁵ COING, H., *Derecho privado europeo*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, Vol. I, p. 41.

¹²⁶ COING, op. cit., Vol. I, p. 125.

2.3.1 Evolución histórica del Derecho común en Inglaterra

2.3.1.1 Etapa anglosajona

Esta primera etapa data desde la prehistoria hasta el siglo XI cuando se experimenta la conquista normanda. Se distinguen en este período las diversas invasiones que tuvo Inglaterra, comenzando con la romana que se extiende por un periodo de cuatro siglos (del siglo I al V). La invasión romana tuvo un impacto político, militar y religioso. Es mediante la influencia religiosa que también se difunden los principios de la ciencia jurídica romana, como hemos mencionado antes. Al igual que surge en el resto de Europa, el latín es el lenguaje utilizado por el clero para el estudio y la aplicación del Derecho. Aún en Inglaterra, las cortes del Rey utilizaban el latín como lenguaje oficial en los récords y escritos. Posteriormente, se introduce el francés como lenguaje oficial hablado en las cortes del Rey.¹²⁷

Este período se caracteriza porque la ley no estaba escrita y era difundida verbalmente a través de las generaciones.

2.3.1.2 Conquista Normanda y nacimiento del *Common Law*

Se reseña en este período el reinado de Guillermo el Conquistador, quien adviene al trono Inglés en virtud de las Leyes Sálidas, durante el año 1066 y paradójicamente desconoce las costumbres y el idioma inglés, por

¹²⁷ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 152.

ser heredero de la tradición francesa. Para subsanar su ignorancia del entorno que iba a reinar se crea un sistema tripartita que estaba compuesto de un Consejo denominado *Curia Regis*, que eventualmente se convierte en el Parlamento; sistema de Tribunales que aplicaran el “*common lay*” que más tarde es traducido al inglés como “*common law*” mediante el cual se perseguía conocer la verdadera forma de vivir y ser de los anglos y sajones que vivían en el territorio¹²⁸; y el tercer componente que fue la distribución de tierras y el reconocimiento de propiedades lo que evita enfrentamientos entre baronazgos y el poderío del rey.

Es a partir de la Edad Media hasta el presente que se desarrolla el Derecho común inglés como sistema jurídico. Su sistema está fundado en la instrucción de los jueces a través de las escuelas judiciales y su formación está basada en la administración de la justicia mediante la aplicación de la equidad.

El sistema de derecho privado se distinguió porque los reyes legislaban sobre dicha materia y los tribunales de los reyes, *Curia Regis*, emitían dictámenes a través de los *Writs*. Los *Writs* eran órdenes emitidas por los Cancilleres del Rey a una parte para que se presentara ante los Tribunales centralizados a responder por los actos imputados.¹²⁹ En los

¹²⁸ El sistema judicial implantado requería que los procedimientos judiciales se celebraran ante la presencia de doce (12) habitantes del reino, que fuesen iguales a los que eran objeto del proceso judicial. Esta práctica da origen al nacimiento al juicio por jurado que no se utiliza en el Derecho Procesal Civil de raíz romana.

¹²⁹ *Black's Law Dictionary*, 8ª. Edición, Thomson-West, Minnesota, 2004, p. 1640.

casos donde la controversia giraba en torno a un asunto de Derecho, los jueces adjudicaban la controversia, pero si existían disputas sobre la apreciación de los hechos, los jueces remitían el caso ante un jurado que escuchaba y emitía su dictamen.¹³⁰ Según evoluciona el Derecho, se van creando fórmulas y *Writs* aplicables a casos concretos. Más tarde surge el concepto de *Equity* o equidad, pero como un concepto de Derecho que se contraponen al *Common Law* y que es administrado por los Tribunales de Cancillería.¹³¹ En las primeras etapas del *Common Law* y el *Equity* se crearon controversias de los Tribunales que los administraban con relación a cuál de éstos prevalecería en caso de controversias. Aunque se reconoce inicialmente el *Equity* como el sistema que prevalece, más tarde se integran ambos a través de la reforma judicial, en el siglo XIX. Según LANGBEIN, LETTOW y SMITH, el *Equity* no podía subsistir como un sistema independiente al *Common Law*, sino que más bien era un sistema supletorio, creado para subsanar las lagunas existentes de este último.¹³²

El sistema judicial fue ubicado en un lugar específico, en lugar de ser itinerante como era el uso y costumbre de la época medieval. Se estableció en Westminster y se especializó, dividiéndose en tres: Tribunal de las Causas de Hacienda o *Exchequer*; Tribunal de las Causas Comunes o

¹³⁰ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 86.

¹³¹ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 271.

¹³² LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 286.

Common Pleas; y Tribunal de la Materia Penal o *King's Bench*.¹³³

Eventualmente, la distinción desaparece y los tres tribunales atienden cualquier tipo de controversias, independientemente de su naturaleza. Uno de los aspectos característicos de este período es que se adopta en el ámbito procesal el debido proceso de ley mediante la modificación del sistema probatorio.

2.3.1.3 Etapa del apogeo del *Common Law* y nacimiento del *Equity*

El punto de partida de esta época es el reinado de los Tudor en Inglaterra, cerca del año 1485 y se extiende hasta la concepción del *Judiciary Act*, es decir hasta el año 1873. Se distingue este periodo por la expansión y desarrollo del *Common Law* y en contraposición de ésta, el surgimiento del *Equity*. El *Equity* es un concepto que nos refiere a los principios de justicia e imparcialidad; es el cuerpo de principios que determina lo que es justo, correcto; también puede ser definido como la referencia a los principios de justicia utilizados para corregir o suplementar la ley en la aplicación de determinadas circunstancias.¹³⁴ En el sistema de Derecho común inglés, nace como resultado de la insatisfacción de particulares con el Tribunal de Westminster, quienes acuden al monarca con una petición de intervención ante la aplicación arbitraria de la justicia.

¹³³ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 9. LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 122.

¹³⁴ GARNER, B.A., *Black's Law Dictionary*, 8ª. Edición, Thomson-West, Minnesota, 2004, p. 579.

Como consecuencia se adopta el *Equity* que suple el vacío y las lagunas existentes en el sistema de Derecho común inglés.¹³⁵

2.3.1.4 Etapa del Derecho inglés contemporáneo

El Derecho inglés contemporáneo surge con la aprobación del *Judicature Act* en el periodo entre 1873 y 1875. A partir de esa fecha, los tribunales atienden controversias donde aplican el *Common Law* así como el *Equity*. Surgen al comienzo de este periodo las Comisiones Administrativas que son foros donde se ventilan procedimientos donde el Estado interviene y donde se aplican los principios del Derecho común inglés.¹³⁶

2.3.2 Desarrollo del concepto de daños en el sistema del Common Law inglés

En el Derecho primitivo, los ingleses clasificaban las causas de acción en tres: reales, personales y mixtas.¹³⁷ Las personales, se manejaban haciendo la distinción de las que emanaban de una obligación contractual y las que surgían *ex delicto*.

En la Edad Media baja, entre los siglos XII y XV, se clasifican las acciones en tres grupos distintos: las relacionadas con la propiedad; las reclamaciones por daños y perjuicios; y las relacionadas con obligaciones

¹³⁵ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 23.

¹³⁶ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 30.

¹³⁷ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 15.

contractuales. Las reclamaciones por daños y perjuicios, estaban subdivididas en: (1) *Trespass*; (2) *Actio on the case*; (3) *Trovero/Trover and Conversion*; (4) *Convenant*; y (5) *Special Assumpsit*.

En el “*Writ of Trespass*” se basa la teoría de la responsabilidad por daños del sistema de Derecho común inglés.¹³⁸ El origen se asocia con los principios religiosos de la época, ya que el término *trespass* posee una connotación de injusto o perjuicio en el contexto bíblico.¹³⁹ El concepto abarca la teoría general del daño, así como los daños emergentes y las reclamaciones por lucro cesante. El recurso proveía mecanismos para la celebración de juicio por jurado, en los procedimientos de naturaleza civil, así como la adjudicación de resarcimiento monetario por los daños cometidos. Al principio se requería que el demandado hubiese empleado la fuerza y con sus acciones violentaran la paz del Rey, aunque se denominaban como requisitos ficticios, ya que en la práctica perdieron todo tipo de efectividad. Desde el Siglo XIV la figura del «*Trespass*» se podía utilizar en situaciones de: entrada ilegal a tierras ajenas; interferencia indebida con personas o con los bienes de otros. Las acciones donde se imputaba responsabilidad se manejaban con la acción de «*Trespass*» que se enfocaba en la causalidad del daño al otro, sin considerar la presencia o no de la culpa. Es decir había una presunción de que el causante del daño era

¹³⁸ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 17; IBBETSON, D., “How the Romans did for us: Ancient Roots of the Tort of Negligence”, *UNSW Law Journal*, Volume 26(2), p. 475-514.

¹³⁹ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 103.

culpable y este podía levantar defensas para liberarse de responsabilidad. Cuando se presentaban esas defensas, el juicio no giraba en torno a la conducta culposa del actor, sino en la conducta correcta de éste. Si existía un supuesto bajo el cual estaba justificada la acción del acusado, éste se excusaba y si no superaba el peso de la prueba se imponía responsabilidad.

El concepto fue evolucionando hasta que en el siglo XIV surgió el «*Actio on the Case*», mediante el cual se relataban los hechos materiales para sustentar la reclamación.¹⁴⁰ Esta modalidad permitía la reclamación por daños sobre cualquier objeto sin que se requirieran los elementos de uso de fuerza, violencia o la ofensa a la paz del Rey. De acuerdo a LANGBEIN, LETTOW LERNER y SMITH, esta figura legal fue la precursora del *tort of negligence* actual, así como otras figuras en materia de contratos.¹⁴¹ La palabra ‘tort’ fue acuñada del francés por los ingleses y puede ser traducida al castellano como perjuicio, daño o falta. Los franceses, a su vez, tomaron el vocablo tras la influencia del vocablo latín *tortum*, sustantivo del participio *torqueo*, que significa torcido. El término *tort* fue adoptado en la profesión legal para definir aquel daño que está reconocido por ley en oposición de los daños que son exclusivamente violaciones a las normas establecidas por la moral social.¹⁴² El primer caso reseñado en las cortes inglesas, bajo esta causa de acción, estaba

¹⁴⁰ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 17.

¹⁴¹ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 104.

¹⁴² GOLDBERG, J.C.P., ZIPURSKY, B.C., *Torts*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 1.

relacionado con impericia profesional. En el mismo se instó una reclamación contra un doctor que mató el caballo de un hombre mediante el empleo negligente de su profesión, Waldon v. Mareschal, Y.B., M. 43 Edw. III, f.33, pl. 38 (1369).¹⁴³ En principio, los casos ventilados bajo esta causa de acción se relacionaban con pérdidas, producto del incumplimiento de un contrato o causada de forma indirecta. Ya para el comienzo del siglo XVI se habían adicionado otros supuestos, tales como: molestias (*nuisance*), difamaciones y se comenzaron a ventilar algunas acciones derivadas de la obligación contractual. Las cortes inglesas impusieron límites a las reclamaciones instadas bajo esta causa de acción hasta el año 1833 cuando se decidió el caso de Williams v. Holland, *10 Bing 112* y las cortes inglesas admitieron controversias por conducta negligente bajo esta causa de acción. No fue hasta mediados del siglo XIX que comenzó a definirse la causa de acción de responsabilidad basada en negligencia de manera sustantiva. Con el uso del «*Action on the Case*», para el comienzo del siglo XVI, se comienza a transformar la acción añadiendo instancias bajo las cuales se podía evaluar la responsabilidad del demandado. En sus comienzos se aplicó a depositarios que no cuidaron con diligencia los bienes depositados, Coggs v. Bernard (1703) 1 Com 133; 92 ER 999. También se utilizó en los casos donde el demandado aparentaba ejercer una conducta lícita, pero la misma ocasionaba daños a terceros, como el caso donde un individuo que practicaba el ejercicio ecuestre causó daños a una

¹⁴³ GOLDBERG, J.C.P., ZIPURSKY, B.C., op. cit., p. 478.

mujer al practicar el deporte en un área que no era adecuada para ello, Mitchell v. Allestry (1676) 3 Keb 650; 1 Vent 295. IBBETSON plantea que el cambio experimentado en el uso de la acción en el caso o «*Action on the Case*» es un reflejo del cambio en mentalidad.¹⁴⁴ En lugar de enfocar la evaluación del caso en el resultado final se centraban en el análisis de la existencia de una conducta negligente o descuidada de parte del demandado. Este cambio en el análisis jurídico constituyó una de las primeros pasos hacia el concepto de responsabilidad por culpa o negligencia desarrollado posteriormente en el sistema de derecho inglés.

Señala IBBETSON que en este contexto, el derecho común basado en responsabilidad o el *torts* experimentó una “romanización”.¹⁴⁵ En primer término se observa la influencia que ejerció el Derecho romano, vigente en la *lex Aquilia* sobre la figura del “*Action on the Case*” del Derecho común. Se atribuye la conexión entre estas dos figuras a la participación de los tratadistas Naturales, en particular Grotius y Pufendorf, quienes influyeron en la aplicación de los conceptos romanos tanto en el “*Action on the Case*” como en el “*Trespass*”. A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, comienzan a surgir casos donde se aplican estas causas de acción no solo a supuestos donde hay culpa, sino en aquellos donde se imputa negligencia. Ya para el año 1695, se reseñan eventos donde se

¹⁴⁴ IBBETSON, D., op. cit., p. 502.

¹⁴⁵ Ibid.

establecían vínculos entre la ausencia de previsión por parte del demandado y el accidente inevitable.¹⁴⁶

Otra de las acciones diseñadas para atender las reclamaciones en daños y perjuicios es el *trover*. Mediante esta acción se reclama al individuo que ha desposeído a otro de sus bienes muebles. Las clasificaciones de *Convenant* y *Special Assumpsit* son figuras que exclusivamente tratan con las reclamaciones que emanan de las obligaciones contractuales.¹⁴⁷

Un elemento fundamental en el daño causado por negligencia en el Derecho común es la obligación de obrar con cuidado o diligentemente. Cuando se toma en consideración la existencia de responsabilidad se evalúa cuál era el deber del demandado y si se alejó o violó su obligación de actuar de cierta manera. Uno de los principales exponentes de esta teoría en el Derecho común anglosajón fue Samuel Pufendorf.¹⁴⁸ Según definido por los tratadistas del Derecho común, la obligación de obrar con cuidado y diligencia fue expresada en sus inicios de la siguiente manera: “*every man ought to take reasonable care that he does not injure his neighbour*”.¹⁴⁹ Es ésta la esencia del concepto de *torts*, cuya definición es tan amplia, que de acuerdo a LÓPEZ MONROY y otros tratadistas ingleses, se puede

¹⁴⁶ *Gibbons v. Pepper* (1695) 1 Lord Raymond 38; 91 ER 922.

¹⁴⁷ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 17.

¹⁴⁸ IBBETSON, D., op. cit., p. 509.

¹⁴⁹ IBBETSON, D., op. cit., p. 511.

describir, pero no definir.¹⁵⁰ Aquellos que se aventuran a buscar una definición lo presentan como un agravio o injuria en el ámbito civil que no se relaciona con las obligaciones contractuales y cuyo remedio puede conseguirse por medio de la adjudicación de daños.¹⁵¹ Es la violación a la norma de conducta impuesta por la ley a un individuo con respecto a otro en una circunstancia particular. A los efectos de determinar la procedencia de una reclamación bajo *torts* resulta inmaterial la ausencia de intención de injuriar (*dolus*) y la ausencia de reconocimiento de la falta.¹⁵²

El sistema de Derecho común anglosajón, mediante la participación de un jurado, permite el consenso de miembros de la comunidad, quienes concluyen si existía o no un deber u obligación de actuar de determinada manera y si la persona demandada violó dicho deber, alejándose de la conducta de una persona prudente y razonable.¹⁵³

2.3.3 Derecho común norteamericano

El sistema judicial norteamericano nace del sistema de Derecho común inglés, como consecuencia previsible del control político, religioso y judicial que ejercían las monarquías europeas sobre los territorios que controlaban en América.

¹⁵⁰ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 67.

¹⁵¹ GARNER, B.A., op.cit., p. 1526.

¹⁵² LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 68.

¹⁵³ IBBETSON, D., op. cit., p. 512.

La primera colonia inglesa en Norteamérica data del siglo XVII en Virginia y sus fundadores eran individuos que tenían la visión de permanecer en el nuevo continente, en algunos casos por sus conflictos políticos y/o religiosos en sus países de origen.¹⁵⁴ Se fueron desarrollando gobiernos autónomos hasta desarrollar un sistema político autocrático por la poca o ninguna jurisdicción ejercida por Inglaterra sobre sus territorios.

Se establecieron Tribunales de Cancillería, de corte inglés en todas las colonias reales. Las mismas no fueron acogidas con mucho agrado por los colonizadores porque las percibían como entidades que perpetuaban la Equidad del sistema anglosajón, con las implicaciones políticas que ello acarrea.¹⁵⁵ Se modificó el concepto y las cortes norteamericanas coloniales disponían de asuntos de ley y equidad indistintamente.

En el año 1776 las colonias americanas logran la independencia y con el fin de alejarse del sistema monárquico inglés desarrollan una estructura constitucional basada en la separación de tres poderes, el ejecutivo, legislativo y judicial. Se crea una Federación compuesta por los Estados y una de las primeras gestas fue la concepción y posterior aprobación de la ley suprema, la Constitución de los Estados Unidos de América. En ella delinear los poderes de las tres ramas de gobierno, basado en un enfoque democrático.

¹⁵⁴ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 172.

¹⁵⁵ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 378-379.

Los Estados Unidos de América estuvo expuesto al sistema jurídico inglés, compuesto a su vez por el *Common Law* y el *Equity* y crean, tras su independencia, un sistema judicial bajo estos mismos principios.¹⁵⁶ No obstante, ya en el siglo XVIII surge una legislación de equidad propia de las colonias. El sistema judicial está fundamentado en las decisiones de los Tribunales, que crean precedentes y por otro lado la aprobación de legislaciones. A diferencia del Derecho común Inglés, los Norteamérica posee un sistema dual paralelo, uno de carácter federal y de aplicación en cada uno de los Estados y territorios de los Estados Unidos de América y otro análogo en cada uno de los foros estatales o territoriales, que poseen soberanía política, capacidad para aprobar leyes y adoptar un sistema judicial local. El sistema federado aprobó en el año 1792 legislación para que los reclamos basados en equidad se manejaran conforme a los principios, reglas y usos propios de los Tribunales de Equidad.¹⁵⁷ En la misma legislación y en otras posteriores, siendo las más relevantes aprobadas en 1822, 1842 y 1912, se reconoce el poder del Tribunal Supremo Federal para establecer Reglas Federales de Equidad.¹⁵⁸

Para esta época, el sistema judicial norteamericano contaba con pocos abogados, la literatura legal era primitiva y los pocos textos

¹⁵⁶ LÓPEZ MONROY, J.D.J., op. cit., p. 188-189.

¹⁵⁷ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 381.

¹⁵⁸ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 382.

existentes provenían de Inglaterra.¹⁵⁹ El primer tratado inglés sobre Derecho común fue desarrollado por William Blackstone y a pesar de recibir muchas críticas constituyó uno de los pilares del desarrollo del Derecho común en los Estados Unidos de América.¹⁶⁰ El primer tratado de Derecho común norteamericano surge en el año 1788 y posteriormente se establece un sistema organizado mediante el cual se publican las determinaciones del Tribunal Supremo Federal que resultarán vinculantes para los tribunales inferiores.¹⁶¹

La doctrina del precedente judicial se remonta al año 1826 cuando el Canciller James Kent publicó en el primer volumen de comentarios al sistema legal americano la norma en cuanto a este particular.¹⁶² Se establece que los tribunales de menor jerarquía estaban obligados a decidir conforme a las determinaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo Federal, en casos similares, a menos que se pudiese establecer que la ley fue mal interpretada o aplicada en el caso particular.

¹⁵⁹ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 816.

¹⁶⁰ WORTH MATRAVERS, P., *The Civil Code and the Common Law in The Influence of the FRENCH CIVIL CODE on the Common Law and Beyond*, Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 23.

¹⁶¹ LANGBEIN, J. H.; LETTOW LERNER, R.; SMITH, B. P., op. cit., p. 824-828.

¹⁶² La publicación denominada *Commentaries on American Law* reseñó el siguiente mandato de Kent a las cortes inferiores: “*A solemn decision upon a point of law, arising in any given case, becomes an authority in a like case, because it is the highest evidence we can have of the law applicable to the subject, and the judges are bound to follow that decision so long as it stands unreversed, unless it can be shown that the law was misunderstood or misapplied in that particular case.*” (Énfasis suplido). Abstracto obtenido de LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 837.

2.3.3.1 Fuentes de Derecho

Todos los sistemas judiciales poseen fuentes de referencia a las cuales recurren para resolver controversias específicas de hechos. El sistema de Derecho común norteamericano no se basa en legislaciones codificadas como sucede en el sistema de Derecho civil, sino que descansa primordialmente en determinaciones jurisprudenciales. En materia de Derecho privado, las publicaciones que podrían ser análogas a la codificación europea son los *Restatements of the Law*, promulgados por el Instituto de Legislación Americana a partir del año 1932.¹⁶³ Esta compilación de leyes tenía efecto persuasivo en los Tribunales, pero no vinculante, como sucede con las determinaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo norteamericano.

2.3.3.2 Desarrollo del concepto de Daños en el sistema del *Common Law* en Norteamérica

A pesar de que en Inglaterra el concepto nació temprano en la Edad Media, en los Estados Unidos de América tardó en evolucionar y no fue hasta finales del siglo XIX que se consideró una rama independiente del Derecho.¹⁶⁴ El desarrollo del concepto en el entorno norteamericano se

¹⁶³ El *American Law Institute* (ALI, por sus siglas en inglés) fue creado en el año 1923, luego de intensas discusiones entre académicos y juristas sobre la necesidad de crear un sistema codificado de leyes. LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 851-853.

¹⁶⁴ WHITE, G.E., *Tort law in America: an intellectual history*, New York, New York: Oxford University Press, 1980, p. 3.

atribuye a la industrialización y sus efectos. Según la teoría de WHITE, el desarrollo del concepto surge dentro de un concepto histórico tras la guerra civil y la necesidad de promover unidad y orden en un sistema secular, independiente de influencias religiosas.¹⁶⁵ Los primeros intentos por definir el *torts* fueron generales y se podía observar que trabajaban con una definición amplia y vaga del concepto. Por ejemplo, en el primer tratado publicado por Francis Hilliard, se incluyen capítulos dedicados a temas sobre crímenes, derechos reales, derecho probatorio, difamación y daños.¹⁶⁶ En el año 1921, todavía existían daños que no tenían una identidad o definición establecida. SMITH, escribió un artículo sobre los “Torts” sin nombre particular donde argumenta que la ausencia de un nombre no impide que se reclame por dicho concepto.¹⁶⁷ En esa época los derechos bajo los cuales se podía dividir los diferentes tipos de “torts” eran el derecho a la libertad personal y seguridad, el derecho a la reputación y el derecho a la propiedad.¹⁶⁸

A pesar de que el nacimiento del concepto se produce en el Siglo XIX, ya desde el siglo anterior se reseñaban casos ante los Tribunales norteamericanos donde se imputaba responsabilidad a médicos y abogados que violaban sus obligaciones contractuales con sus pacientes y clientes,

¹⁶⁵ WHITE, G.E., op. cit., p. 6-7.

¹⁶⁶ WHITE, G.E., op. cit., p. 12.

¹⁶⁷ SMITH, J. “Torts without particular names”, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, vol. 69, n° 2, Enero 1921, p. 91.

¹⁶⁸ Ibid.

respectivamente.¹⁶⁹ Para esa época no era evidente la distinción entre responsabilidad absoluta y negligencia. Se vincula a los Tribunales de los Estados con mayor desarrollo económico el surgimiento de reclamaciones basadas en negligencia y no en responsabilidad absoluta.¹⁷⁰ De un análisis de las determinaciones jurisprudenciales de la época se puede concluir que los jueces americanos estaban convencidos que aplicaban una regla de negligencia que surgía de la legislación en lugar de considerar que estaban creando una norma jurisprudencial para manejar casos de negligencia.¹⁷¹

El sistema de *writs* era utilizado para instar reclamaciones por daños y perjuicios, pero se convirtió en una tarea onerosa, debido a la gran diversidad de legislación en la Estados Unidos de América y la tendencia de los tribunales a crear excepciones en la respectivas jurisdicciones.¹⁷² No existía hasta ese momento un interés por desarrollar una teoría uniforme, sino un interés pragmático de atender la situación. Se comenzó a abolir el uso de los *writs* en gran parte de los Estados en la década de los años 1950 y se intentó codificar el sistema de Derecho norteamericano, tarea que no tuvo éxito.

¹⁶⁹ LANGBEIN, J. H., LETTOW LERNER, R., SMITH, B. P., op. cit., p. 889. WHITE, G.E., op.cit., p. 3.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ SCHWARTZ, G., "The Character of Early American Tort Law", 36 *U.C.L.A. L. Rev.* 641 (1989).

¹⁷² WHITE, G.E., op. cit., p. 8.

El primer tratado americano sobre los “torts” fue escrito por Francis Hilliard en el año 1859. La crítica más severa al sistema, hasta entonces utilizado, de los *writs* es su singular proceso de inversión. Esto es, que la parte sustantiva relacionada a la clasificación de los daños sufridos sustituyeron la parte procesal remedial. Se consideraban los daños antes de seleccionar la causa de acción que se podía instar en busca de un remedio, lo que implicaba que el sistema adoptado estaba tan fraccionado que lo hacía poco práctico.¹⁷³

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

¹⁷³ WHITE, G.E., op. cit., p. 11.

*Muchas son las penurias a que el hombre se ve sometido en este mundo...;
pero de todas ellas la más grave es la que le sobreviene... de su misma especie...
El daño que el hombre recibe de los hombres es más grave que el que recibe de las
fieras rabiosas y de las víboras dañinas.*
Abenhazam de Córdoba

CAPÍTULO III

ENTORNO CONCEPTUAL

3.1 Teoría general del daño en el Derecho civil

La responsabilidad en la esfera civil está vinculada a la teoría general de las obligaciones. Sobre dicho particular, el Art. 1089 del Código Civil de España (CCE) dispone que “[L]as obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y **de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.**” (énfasis nuestro).¹⁷⁴

¹⁷⁴ El equivalente en el Código Civil de Puerto Rico es el Art. 1042, 31 L.P.R.A. sec. 2992 y en el Código Civil Francés dedican en el Título IV, Capítulo II, los Arts. 1382 y 1383 a discutir los Delitos y Cuasi Delitos y a establecer la obligación que nace de la conducta ilícita. El Código Civil Italiano incorporó en el Título I del Libro IV sobre Obligaciones, el Art. 1173 sobre la Fuente de las Obligaciones.

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

La cuarta fuente de las obligaciones enumerada en el artículo, es la que se denomina Responsabilidad Extracontractual, también aludida por parte de la corriente doctrinal como *Derecho de daños*.¹⁷⁵ El Derecho de daños constituye un sector autónomo dentro del Derecho civil, según lo califica DÍEZ-PICAZO, debido a la función indemnizatoria que contiene la disposición del art. 1902 CCE.¹⁷⁶ Es reconocido dentro del análisis de los daños y sus consecuencias, que los mismos surgen como incumplimiento a un deber hacia otro, ya sea por obligaciones contractuales o extracontractuales. Este último, se distingue de la contractual, ya que surge luego de que se realiza el acto ilícito que no es el producto del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación previa, como ocurre en el caso de los daños contractuales. No faltan autores que proponen que ambos tipos de responsabilidad formen parte de un mismo régimen jurídico, lo que resulta incompatible con la codificación vigente, ya que se dedican regímenes diferentes para cada uno de ellos y en ellos hay elementos sustantivos y procesales propios de cada una.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Sobre este particular se hace mención de las obras de DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid: Civitas, 2000; HERRADOR GUARDIA, M.J., *Derecho de Daños 2013*, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2013; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *El Desbordamiento del Derecho de Daños: jurisprudencia reciente*, Navarra: Cizur Menor Civitas: Thomson-Reuters, 2009; CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., *Derecho de Daños*, Barcelona: Bosch, 1999, entre otros.

¹⁷⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 28. La concordancia del art. 1902 del CCE con el Código Civil de Puerto Rico (CCPR), es el art. 1802 y con el Código Civil de Francia (CCF), los arts. 1382-1383. Como acabamos de señalar, el Derecho de daños es otro término para referirse a la responsabilidad civil extracontractual.

¹⁷⁷ *Tratado de Responsabilidad Civil*, REGLERO CAMPOS, F. (coord.), Navarra: Thomson Aranzadi, 2007, p. 129.

Habiendo puesto en contexto la responsabilidad dentro del Derecho de daños, hacemos una breve revisión semántica del vocablo *daño*. La palabra *daño* proviene del latín ‘*damnum*’. Esta palabra latina se utilizaba para referirse a una ‘condena o castigo’. En su origen, el concepto de *daño* se utilizaba para reflejar la connotación penal que acarrea el mismo. El énfasis era sobre la acción imprudente, negligente o mal intencionada que afectaba a los demás. Al utilizar el término *dañar* o “*damnare*” implicaba que la persona había sido condenada judicialmente o declarada culpable. La Real Academia Española (RAE) define el vocablo *daño*, en términos generales, como la acción de *dañar*, que proviene de latín *damnāre* y se refiere a causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.¹⁷⁸ La Academia Francesa (AF) presenta una definición más específica al estudio que realizamos y lo presenta como un perjuicio material o *moral* causado, con o sin intención, a un tercero (énfasis nuestro). Los italianos han incorporado en la definición del término la esfera moral del ser humano al calificarlo como una pérdida del bien material o moral, de la integridad o funcionalidad causada a otra persona o a una cosa.

¹⁷⁸ Diccionario de la Real Academia Española, *Daño/Dañar*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: lema.rae.es/drae/?val=daño. Diccionario en línea de la Académie Française, *Domage*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: atlif.atlif.fr/dendien/scripts/generic/cherche.exe?15;s=3141818535; Dizionario di la lingua italiana, *Danno*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: http://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/D/danno.shtml. Grande Dizionario Italiano di Gabrielli Aldo, *Danno*, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: http://www.grandidizionari.it/Dizionario_Italiano/parola/D/danno.aspx?query=danno.

En el contexto jurídico, ESRICHE lo definió, haciendo referencia a las Partidas, como “[E]l detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona.”¹⁷⁹ De las definiciones antes presentadas podemos colegir que, en materia de responsabilidad civil, se evalúa el efecto que posee el daño o perjuicio sobre la víctima a quien se le ha vulnerado un derecho. Nótese, que hasta el momento no se hace distinción entre los términos daños y perjuicios propiamente.

Los profesionales del Derecho suelen utilizar las palabras *Daño* y *Perjuicio* de manera indiscriminada para referirse al impacto negativo que poseen las acciones y omisiones culposas y/o negligentes en las personas naturales y jurídicas. En las jurisdicciones de corte civilista estudiadas, es común encontrar el uso de ambos conceptos como sinónimos, pero un estudio más profundo del tema nos lleva a concluir que hay distinciones entre los dos términos.

La etimología del léxico perjuicio, por su parte, nos refiere a la palabra latina ‘**praeiudicium**’, palabra compuesta del prefijo ‘prae’ y el término ‘iudicium’, cuyo significado es la adjudicación o veredicto que suceden al juicio.

¹⁷⁹ ESRICHE, J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, corregida notablemente y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho americano por Juan B. GUIM, Besanzon: Librería de Rosa, Bouret y Co., 1995, p. 528. En la obra se hace referencia a la Ley 1, Título 15, Part. 7.

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

Ninguno de los Códigos civiles estudiados incluyen, en sus respectivos artículos sobre el sistema de responsabilidad civil, una definición separada de los conceptos daño y perjuicio. Las definiciones han sido provistas por la doctrina. Su extensión y especificidad ha variado,

conforme a sus exponentes. LARENZ, por ejemplo, define el daño como “*todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya sea en sus bienes vitales o naturales, en su propiedad o en su patrimonio*”.¹⁸⁰ La definición es tan amplia que no permite distinguir entre los conceptos de daño y perjuicio.

El uso indistinto de ambos términos en el Derecho civil francés constituye un pleonismo de acuerdo con la opinión de PLANIOL, quien sostiene la postura de que ambos vocablos hacen referencia al mismo concepto y su uso conjunto no tiene otro propósito que resaltar la gravedad del evento. Por su parte, SANTOS BRIZ apunta que en el Derecho civil español ocurre lo mismo, ya que los codificadores utilizaron los términos daños y perjuicios con el fin de proporcionar énfasis al concepto y en lugar de establecer una distinción jurídica, su intención fue utilizar una construcción lingüística para romper con la monotonía en la locución.¹⁸¹ Para los autores citados, el uso deliberado de los términos daños y perjuicios no tiene un propósito jurídico, sino uno lingüístico.¹⁸²

¹⁸⁰ LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, T. 1, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 193. PLANIOL, M. *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tomo II, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, n° 744, p. 255.

¹⁸¹ SANTOS BRIZ, J., *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, 2ª ed. Madrid: Montecorvo, S.A. 1977, p. 150.

¹⁸² Los codificadores del Código Civil español utilizaron los términos daños y perjuicios de manera conjunta en los Arts. 220, 229, 360, 379, 511, 562, 690, 712, 715, 1101, 1106, 1107, 1108, 1122, 1135, 1150, 1270, 1298, 1486, 1489, 1540, 1556, 1559, 1571, 1591, 1625, 1686, 1718, 1729, 1769, 1838 y 1903. Por otro lado, los codificadores optaron por utilizar el vocablo daño de manera exclusiva en los Arts. 576, 590, 612, 1023, 1063, 1390, 1393, 1752, 1784, 1902, 1904, 1906, 1907, 1908, 1909 y 1910; mientras que utiliza de manera exclusiva el término perjuicio en los Arts. 382, 383, 493, 520, 564, 577, 587, 588,

Existe una propuesta doctrinal que establece que los conceptos no son equivalentes entre sí, sino que hacen referencia a asuntos que están entrelazados, pero no son lo mismo. De una parte, NAVEIRA ZARRA sostiene que al utilizar los términos daño y perjuicio de forma separada en el Código Civil español se debe entender de manera amplia y abarcadora todo tipo de daño, mientras que cuando se utilizan de manera conjunta se pretende equiparar el daño a la figura de daño emergente y perjuicio a la figura de lucro cesante, posición que no acogemos en la medida que limita los términos al daño patrimonial, excluyendo totalmente la posibilidad de utilizarlos para aludir al daño moral.¹⁸³ Para sustentar su posición, realiza un examen del Digesto y los comentarios de García Goyena con relación a los Arts. 1105 y 1106 del CCE. En los comentarios de García Goyena se hace referencia al daño emergente o “*quantum mihi abest*” y el menoscabo o perjuicio al “*quantumque lucrari potui*” o lucro cesante. Las Siete Partidas, en particular la Partida V, Título VI, Ley II utiliza los términos estudiados, dando el alcance de daño emergente y lucro cesante, respectivamente.¹⁸⁴ Por su parte, CALFAYAN, en su tesis doctoral, sostiene que en el Derecho civil francés se aplican de forma diferente los

1295, 1779, 1889 y 1893. Al menos en cuatro Artículos del Código Civil español se utiliza de manera individual el término daño y luego el término perjuicio dentro del mismo articulado. Ejemplo de esta situación ocurre en los Arts. 1077, 1122, 1903 y 1905.

¹⁸³ NAVEIRA ZARRA, M. M., *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Madrid: Editorial REUS, 2006, p. 72-75.

¹⁸⁴ PUIG BRUTAU define el término “**daño emergente** como aquel efectuado cuando el objeto del daño es un interés actual, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado.” PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, 1983, tomo II, vol. 3, p. 182.

conceptos daños y perjuicios, al establecer que el daño está relacionado con el sentido de pérdida, mientras que el concepto perjuicio no solo atiende el aspecto de la pérdida en sí, sino el de la consecuencia de tal pérdida.¹⁸⁵ La autora no hace alusión a los términos daño emergente y lucro cesante, sino que presenta el daño y el perjuicio en su contexto más general. Vemos que la doctrina francesa relacionada con daños morales, distingue ambos conceptos, utilizando el vocablo perjuicio para definir el menoscabo causado a las víctimas de acuerdo a la categoría de daño causado y para denominar las categorías de daños morales que se han desarrollado hasta el momento.

En este trabajo se utilizan los términos daños y perjuicios de ambas formas, es decir, en ocasiones hablamos de daños y perjuicios en el sentido general y sin hacer distinción entre ambos, según surge de la codificación estudiada. En otras instancias, nos referimos a los términos de manera independiente, para hacer referencia a la conceptualización doctrinal, con el propósito de mantener uniformidad con los términos acuñados por ésta. Nos parece más lógico pensar que se trata de conceptos diferentes, aunque su distinción sea sutil, toda vez que si la intención hubiese sido hablar del mismo término, sería más apropiado aludir a ellos como daños o perjuicios. Al referirse a daños y perjuicios, parece que hablamos de dos cosas distintas, pero íntimamente relacionadas. El daño como el evento ilícito y el

¹⁸⁵ CALFAYAN, C., *Essai sur la notion de préjudice*, Tesis para el doctorado en Derecho, Université de Paris I (Pantheon-Sorbonne), 12 de noviembre de 2007.

perjuicio como las consecuencias experimentadas por la víctima del daño infligido.

Quedando superado el tema etimológico de los términos daños y perjuicios, pasamos a ver el impacto de los mismos cuando el autor ha tenido participación en la ocurrencia del evento. Los daños causados por el dueño de los bienes o intereses sobre sí mismo, no poseen relevancia jurídica cuando se contempla la responsabilidad civil.¹⁸⁶ Entre los ejemplos de daños que no son susceptibles de ser admitidos bajo los principios de responsabilidad civil se encuentran los ocurridos cuando la persona asume un riesgo evidente mientras se practica una actividad inherentemente peligrosa, como lo sería trabajar con animales salvajes, realizar actos de acrobacia sin medidas de precaución, practicar deportes extremos, auto infligirse heridas, auto flagelarse como parte de una práctica religiosa o actividad hedónica, en fin, no adherirse al comportamiento del hombre prudente y razonable. Bajo este mismo principio, los herederos de un causante que ha fallecido como consecuencia de no haber recibido resucitación cardiopulmonar en el establecimiento sanitario donde se encontraba, tras dejar instrucciones específicas de que no le resucitaran, no

¹⁸⁶ OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 26^a ed. actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas De Las Cuevas, Argentina: Editorial Heliasta, 1999, p. 270.

tendrían posibilidad de reclamar daños por la omisión o por el efecto de la eutanasia pasiva de la cual fue sujeto su causante.¹⁸⁷

Para adentrarnos al tema propuesto en este Capítulo, es necesario recurrir a las fuentes legales, de manera que podamos apreciar el alcance del vocablo daño en las diferentes jurisdicciones. Los Códigos Civiles de España, Francia, Italia y Puerto Rico, poseen como denominador común la inclusión de preceptos legales dirigidos a establecer la obligación de reparar los daños causados a terceros, cuando median acciones u omisiones culposas o negligentes. Encontramos en los Art. 1902 del CCE, Art. 1382 del CCF, Art. 2043 del CCI y el Art. 1802 del CCPR, respectivamente, un lenguaje casi idéntico para atender la obligación del actor ante el daño causado.¹⁸⁸

Los artículos de los Códigos Civiles dirigidos a lidiar con la problemática del daño acaecido en el ámbito de la responsabilidad civil

¹⁸⁷ En la STS de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 720) se desestimó una reclamación realizada por los padres de un joven de 16 años que resultó tetraplégico luego de lanzarse en estado de embriaguez aguda a la piscina de un hotel, del que no era cliente y al que accedió en grupo por una escalera de incendio en horas de la madrugada. En la STS de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399) el Tribunal desestimó una reclamación de parte de un deportista que sufrió pérdida de su ojo izquierdo producido por un rebote de una pelota durante el transcurso del juego. Estableció el Tribunal que “...en materia de juegos o deportes de este tipo la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro es que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales...”

¹⁸⁸ Art. 1902 CCE: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”; Art. 1382 CCF: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”; Art. 2043 CCI: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.”; Art. 1802 CCPR: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

extracontractual se fundan en uno de los tres principios del derecho, engendrados en la época romana, “*alterum non laedere*”.¹⁸⁹ El propósito de este axioma legal es recoger la norma de convivencia social que establece la prohibición de causar daño a otro individuo. En los países de tradición civilista, en particular en Puerto Rico, es común el uso del aforismo “*obrar como un hombre prudente y razonable*” para referirse al patrón de conducta ideal al que todo ciudadano, independientemente de su género y dentro de su capacidad, debe aspirar o la “*diligentia*” de un “*pater familias*”. En la medida que el ser humano incurre en un acto u omisión que no está permitido legalmente o se infringe el principio del “*alterum non laedere*”, se incurre en una conducta ilícita. Si se produce(n) daño(s) a otro(s) como consecuencia de la conducta ilícita, surge por consiguiente la obligación de reparar el perjuicio causado.

La transgresión de una norma establecida mediante legislación no es un requisito para establecer la responsabilidad del autor del daño.¹⁹⁰ La reparación del daño causado procede, siempre y cuando se demuestren varios elementos indispensables para que se configure la causa de acción. En particular, el demandante que establece una reclamación en daños y perjuicios extracontractuales, tiene que probar: a) existencia de una acción

¹⁸⁹ Los otros dos componentes de los principios cardinales del Derecho romano, o la “*tria iuris praecepta*”, son “*Honeste vivere*” y “*Suum cuique tribuere*.”, Ulp. D 1,1,10,1.

¹⁹⁰ El Tribunal Supremo Español (TSE), discutió este principio en la Sentencia de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9911): “*Las materias relativas a la responsabilidad contractual y a la denominada responsabilidad extracontractual no exigen como hecho generador un delito o falta, o una infracción administrativa, respondiendo generalmente a conceptos genéricos y atípicos.*”

u omisión que produjo el acto ilícito extracontractual; b) que la actuación u omisión es antijurídica; c) culpa o negligencia del agente; d) producción de un daño; e) relación causal o nexo entre la acción u omisión imputada y el daño.¹⁹¹ El TSPR ha sintetizado los requisitos antes mencionados en tres y los presenta de la siguiente manera: (1) que se haya sufrido un daño; (2) que exista un acto u omisión culposo o negligente; y (3) que exista un nexo causal entre el daño y la acción u omisión culposa o negligente.¹⁹²

Algunos estudiosos del tema han planteado que los daños y perjuicios son elementos fundamentales y de gran importancia en la constitución de la responsabilidad civil.¹⁹³ La diversidad de causas de acción que emanan de los daños sufridos en relaciones extracontractuales son tan diversos como los códigos genéticos que se encuentran en el ADN de los seres vivientes. VICENTE DOMINGO atribuye la proliferación de reclamaciones al fenómeno social que experimentan los pueblos más desarrollados donde se busca vindicar el daño sufrido y donde llegan al punto de reclamar

¹⁹¹ SANTOS BRIZ, J., “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”, España: *Ed. Rev. Der. Privado*, 1984, t. XXIV; BRAU DEL TORO, H., *Los daños y perjuicios extracontractuales en Puerto Rico*, San Juan: Publicaciones JTS, 1986. SSTS del TSE de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7675), 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 5801), 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161), 3 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3890), 2 de marzo de 2001, 6 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 237), 23 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10935) y 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6826). Del Tribunal de Casación de Francia (TCF), véase: 2^o Civ., 22 de febrero de 2007, pourvoi n^o 06-10.131, Bull. 2001, II, n^o 47.

¹⁹² TSPR López v. Porrata Doria, res. 4 de octubre de 2006, 169 D.P.R. 135 (2006); Blás v. Hopsital Guadalupe, 146 D.P.R. 267, 322 (1998); Sepúlveda de Arrieta v. Barreto, 137 D.P.R. 735, 753 (1994); Bonilla v. Chardón, 118 D.P.R. 599, 610 (1987).

¹⁹³ Sobre este particular véase a VICENTE DOMINGO, E., *El Daño*, en Tratado de Responsabilidad Civil, 4^a Ed., Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 304, la cual cita a LE TOURNEAU y CADIET: *Droit de la responsabilité*, p. 196 y a YZQUIERDO: *Sistema*, p. 146, para sustentar su posición.

compensación por toda frustración personal con la imposición de responsabilidad. Abunda sobre el fenómeno, planteando que existe una tendencia de reclamar a los seguros de los presuntos autores del daño, despersonalizando el proceso y aminorando el sentido de culpabilidad que puedan poseer los reclamantes.¹⁹⁴ Queda claro, sin embargo, que para que proceda una acción donde se reclame responsabilidad civil es indispensable la existencia de un daño y perjuicio real y no especulativo, que constituya una transgresión a los principios esbozados en la ley, la moral o el orden público vigentes en la sociedad y que haya conexión entre el causante del daño y el perjuicio sufrido por la víctima.

Aún en los casos donde podría resultar para algunas jurisdicciones clara la transgresión de un derecho y la ocurrencia de un daño, los elementos éticos y principios morales podrían cambiar el resultado final de la valoración judicial. Los autores franceses, LE TOURNEAU y CADIET presentan, a manera de ejemplo, un caso donde el Tribunal se negó a reconocer la ineficacia de un establecimiento sanitario que falló en interrumpir el embarazo de una mujer, bajo el argumento de que el nacimiento de un infante no genera un daño que sea susceptible de resarcimiento, salvo casos particulares, como será discutido más adelante.¹⁹⁵

¹⁹⁴ VICENTE DOMINGO, E., *El Daño*, op. cit., p. 305.

¹⁹⁵ LE TOURNEAU, P., CADIET, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2000, p. 173.

El TSPR ha definido la culpa o negligencia, producto del acto ilícito que genera daño y perjuicio, como “...*el incumplimiento de unas obligaciones y deberes impuestos por la naturaleza, por la ley y por la ética, necesarias a la convivencia social.*”¹⁹⁶ El alcance del Art. 1802 del CCPR ha sido interpretado por el TSPR quien ha calificado el daño como todo menoscabo material o moral que una persona sufre en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o patrimonio, en violación a una norma jurídica, por lo que su actor debe responder.¹⁹⁷

Es algunos casos, pueden concurrir las obligaciones nacidas por el quebrantamiento de las normas de convivencia social y por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación contractual. En estos casos, el perjudicado tendrá que elegir entre ambos remedios, tarea que no resulta fácil. El alcance de nuestro estudio se circunscribe a los daños que nacen del incumplimiento del deber general de convivencia, al que nos referimos antes, como “*deber impuesto por la naturaleza*” haciendo eco de las expresiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Es el daño que genera responsabilidad civil extracontractual y en particular estudiamos, dentro de ésta amplia gama de posibilidades, los denominados como *daños morales*.

¹⁹⁶ TSPR, Ramos v. Orientalist Rattan, 130 DPR 712 (1992).

¹⁹⁷ TSPR, Nieves Díaz v. González Massas, 178 DPR 820 (2010); Sagardía De Jesús v. Hospital Auxilio Mutuo, 177 DPR 484 (2009); Ramírez Ferrer v. Conagra Foods PR, 175 DPR 799 (2009); Santini Rivera, et al. v. Serv. Air, Inc., 137 DPR 1 (1994).

La finalidad de la responsabilidad civil, o el Derecho de daños, es de carácter resarcitorio o compensatorio. En principio, la responsabilidad civil se establece y valora conforme a la gravedad del daño causado y no en función de la conducta o imputabilidad del actor; se reconoce legitimación activa en los familiares de las víctimas; se contempla la posibilidad de adquirir un seguro de responsabilidad civil; y no es de aplicación la presunción de inocencia.¹⁹⁸ Estas características, demuestran el carácter compensatorio y no punitivo que debe regir el derecho de daños en el Derecho civil. Precisamente, estas son algunas de las distinciones que podemos encontrar cuando lo comparamos con la forma de manejar los agravios morales en el Derecho común norteamericano, en el cual se contempla la posibilidad de imponer daños punitivos como disuasivo, según se discute en el Capítulo V sobre el Derecho común norteamericano. Otra gran distinción esta basada en la tipicidad o atipicidad de los daños extracontractuales que poseen los dos sistemas de Derecho.

España, Francia y Puerto Rico se distinguen, dentro de las jurisdicciones civilistas, por tener un sistema de clasificación de daños abierto o atípico.¹⁹⁹ Esto quiere decir, que los daños están definidos de manera general en la codificación y esto permite que en la práctica el análisis y aplicación de los principios de daños sea amplia, permitiendo que

¹⁹⁸ Sobre este particular se puede ver STS de 8 de abril de 1991 (RJ1991, 72).

¹⁹⁹ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, Bosch, 1994, p. 54-55.

se exija reparación a todos los supuestos que los tribunales determinen configuran un ilícito sujeto a reparación. El sistema de Derecho común norteamericano está configurado de tal forma que contiene unas categorías de daños previstos que limitan la discreción en la interpretación y adjudicación de daños. Resulta más restrictivo el proceso de reclamar reparación de los daños que no están contenidos en el sistema ya tipificado.

3.1.1 Caso particular del Derecho penal español con relación a los daños civiles y su reparación

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

han concedido remedios civiles dentro de la jurisdicción penal y se han establecido precedentes judiciales.

Como es de esperarse, la mecánica procesal ha sido criticada por un sector de la doctrina.²⁰⁰ Se plantea el hecho de que se ventilen asuntos civiles en jurisdicciones penales, lo que podría dar una connotación punitiva a la reparación del daño, mientras que hay otros que plantean que los jueces de jurisdicciones penales tienden a ser más condescendientes al imponer responsabilidad civil, luego de haber impuesto una pena.²⁰¹ Otra crítica conceptual ha sido que no existen dos fuentes de responsabilidad civil, sino una sola y por consiguiente los casos deberían ventilarse en la jurisdicción civil y no penal.²⁰² La fuente de las obligaciones en materia civil es el daño y no el delito, razón por la cual concluyen los autores citados que constituye un error ofrecer un remedio en el ámbito penal a los daños materiales y morales. A parte de los planteamientos esbozados, no podemos perder de perspectiva que el quantum probatorio en los procesos

²⁰⁰ Entre otros, podemos mencionar a YZQUIERDO TOLSADA, M., *El perturbador artículo 1092 del Código Civil: cien años de errores*, en Libro Conmemorativo del Centenario del Código Civil, Madrid, 1990, t. II, p. 2109 y ss.; también se puede encontrar del mismo autor, críticas en “La responsabilidad civil en los últimos proyectos del Código Penal: más de lo mismo”, *Rev. Iniuria*, n° 6, 1195, p. 35 y ss.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., p. 353; CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona: Aranzadi, 1987, p. 88 y ss.

²⁰¹ YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil en los últimos proyectos del código penal”, *INIURIA: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 6, p. 546 y ss., plantea los matices penales que puede conllevar la reparación civil en el ámbito penal, al igual que RUIZ VADILLO, E., *Comentarios a la legislación penal*, Madrid: Edersa, 1985, t. V., v. 1, p. 392 y ss.

²⁰² BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca: Ratio Legis, 2007, p. 373.

civiles y criminales varía, incluso en los procedimientos contencioso-administrativo, que también ventilan reclamos por concepto de daños morales. Los resultados de los ejercicios de administración de la justicia en los tres foros jurisdiccionales mencionados son diferentes y por tanto concurrimos con la doctrina que favorece la disposición de reclamaciones sobre daño moral en las salas civiles y no en las penales o contenciosas-administrativas.

3.2 Clasificación de los daños conforme al impacto económico sobre el individuo

Los daños se clasifican con arreglo a los intereses de aquellos que han experimentado el perjuicio. Los intereses pueden ser de naturaleza patrimonial, cuando existe un menoscabo, valorable en dinero, sobre los intereses económicos del perjudicado. Por el contrario, cuando no es posible efectuar una valoración en dinero o no existe una base análoga para estimarlo, estamos ante la presencia de un daño no patrimonial, también conocido como extrapatrimonial, daño moral o como han denominado los italianos daño no pecuniario.²⁰³

²⁰³ Algunos de los exponentes de la división bipartita del daño a base del impacto económico son: CARBONNIER, J., *Droit civil : Les obligations*, 16^e ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1992, t. 4, p. 206; LALOU, H., *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e ed., par P. Azard, Paris : Dalloz, 1962, p. 149; MAZEAUD, L., TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e ed., Paris : Montchrestien, 1965, t. I, p. 293; MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de droit civil : Obligations, Théorie générale*, 8^e ed. Par F. Chabas, Paris Montchrestien, 1991, t. II, vol. 1, p. 410; SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, t. II, p. 525; VINEY, G., *Traité de droit civil : Les obligations, La responsabilité civile: conditions*, Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1982, t. IV, p. 250. Los italianos se resistieron a adoptar el término “daño moral” y en su lugar lo denominan daño no

El daño patrimonial o económico se divide a su vez en dos categorías, daño emergente y lucro cesante, términos que más adelante exponemos y que también han sido denominados con otros nombres dentro de la doctrina. DE CUPIS, por ejemplo, llama el daño emergente como pérdida experimentada y al lucro cesante como falta de ganancias, mientras que FISHER los denomina como daño positivo y lucro frustrado, respectivamente.²⁰⁴ El Tribunal Supremo de Puerto Rico, utilizando la nomenclatura adoptada por DE CUPIS, acogiendo las dos categorías de daños patrimoniales.²⁰⁵ La tendencia jurisprudencial puertorriqueña ha sido distinguir en las sentencias los dos tipos de daños patrimoniales cuando concurren en una misma causa de acción.

Los daños y perjuicios que impactan el patrimonio, tienen como consecuencia la disminución en los bienes, medios, situación económica o utilidad del perjudicado. Los bienes patrimoniales están caracterizados por su susceptibilidad de ser valorados pecuniariamente de manera objetiva; por su capacidad de suplir una necesidad económica, formando parte de la riqueza material del individuo; y por su exterioridad, es decir, son bienes o intereses que, por lo general, no están integrados a su poseedor.

patrimonial o no pecuniario, *Digesto: Discipline Privatistiche Sezione Civil*, UTET, 4ª ed., p. 84.

²⁰⁴ DE CUPIS, A., *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*, 2ª ed., Barcelona: Editorial Bosch, 1975, p. 312; FISCHER, H.A., op. cit., p. 41.

²⁰⁵ Véase los siguientes casos del Tribunal Supremo de Puerto Rico: *Figueroa Pizarro v. Western Assurance, Co.*, 87 D.P.R. 152 (1963); *Ortiz Rivera v. Aetna Life Insurance, Co.*, 89 D.P.R. 640 (1963); *Hernández v. Matanzo*, 34 D.P.R. 755 (1925); *The Powerlight of Puerto Rico v. CRUV*, 115 D.P.R. 654 (1984); *Vázquez v. Ponce Asphalt*, 113 D.P.R. 39 (1982).

En contraposición, los bienes extrapatrimoniales o morales, no son susceptibles de valoración pecuniaria de manera objetiva, no responden a una necesidad económica y en algunas instancias son inseparables del poseedor. Hacemos la salvedad de que la última característica no requiere que sea parte integral del sujeto o poseedor, ya que existen supuestos donde el bien extrapatrimonial puede estar depositado en otro objeto, persona o animal, como podría ser el caso del interés que genera el autor sobre una obra artística, el interés que poseen las personas sobre el bienestar de sus seres queridos o sus mascotas.

3.2.1 Daños patrimoniales

El Código Civil Español establece en el art. 1106 que “La indemnización de daños y perjuicios comprende, *no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”²⁰⁶ (Énfasis suplido). El propio artículo establece que existen dos posibilidades para que proceda el resarcimiento, lo que ha sido denominado como daño emergente o el valor de la pérdida que hayan sufrido, es decir, el costo de la reparación del daño que resulta necesaria y los gastos relacionados, asumidos por el perjudicado o un tercero.²⁰⁷ La STS de 28 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6681) dispuso que es el daño

²⁰⁶ El CCPR dispone lo mismo en su Art. 1059, 31 L.P.R.A. sec. 3023; el CCF lo establece en su Art. 1149 y el CCI en su Art. 1223.

²⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, op. cit., p. 322.

que consiste “*en la pérdida sufrida, efectiva y conocida*”. El lucro cesante, por otro lado, es el valor de la ganancia que el acreedor no podrá obtener o la pérdida de ingresos, cuando está directamente relacionada con el evento dañoso. En la STS del 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404), el TSE definió el concepto indicando que “*el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto de los daños materiales, cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado.*” La aplicación de este principio reparador incide en las relaciones contractuales como en las extracontractuales, según nos ilustra PUIG BRUTAU.²⁰⁸

3.2.1.1 Daño emergente

El daño emergente es uno de los componentes del daño patrimonial susceptible de reparación pecuniaria. Se refiere al menoscabo o destrucción de un bien o interés que experimentó el perjudicado y que está directamente vinculado a la acción u omisión culposa o negligente del causante.

El ejercicio que requiere la determinación del daño emergente resulta más sencilla, toda vez que se trata de bienes o intereses que pertenecen al patrimonio del afectado al momento de producirse el daño o son susceptibles de determinación mediante un ejercicio matemático. No

²⁰⁸ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona: Bosch, 1983, vol. III, p. 182.

obstante, hay consecuencias futuras del daño emergente y por ello, algunos estudiosos del tema introducen la modalidad del daño emergente futuro. Le distinguen del daño emergente tradicional al evaluar el momento en que se manifiesta el daño. Es decir, el menoscabo que se produce sobre bienes o intereses existentes al momento de ocurrir el acto ilícito serían los daños emergentes presentes y los que se relacionan a dichos daños, pero persisten, son los daños emergentes futuros.²⁰⁹ El concepto de daño emergente futuro no debe confundirse con el concepto de lucro cesante, ya que son dos aspectos totalmente diferentes. Otra de las peculiaridades es que el daño no tiene que ser puramente patrimonial, sino que también el concepto aplica a los casos donde el daño es de naturaleza moral, pero repercute en el patrimonio del individuo.

Para ilustrar el concepto de daño emergente, en contraposición con el daño emergente futuro debemos recurrir a un ejemplo más concreto. Para aprovechar la ocasión e integrar con los daños morales, veamos como ejemplo, el caso de un atleta olímpico que es víctima de un accidente automovilístico y como resultado le tienen que amputar sus piernas e insertarle implantes para que pueda desplazarse y compensar sus funciones motoras. El daño emergente presente estará asociado al impacto monetario que se relaciona con el menoscabo por la pérdida de los bienes que tenía durante el accidente, en este caso los compromisos profesionales en el

²⁰⁹ DE CUPIS, A., op. cit, p. 320.

ejercicio del deporte y por otro lado, los gastos económicos relacionados al cuidado médico que requiere hasta su recuperación. El daño emergente futuro consistirá en los costos del cuidado médico requeridos para atender las secuelas permanentes de su condición física y/o emocional, como sería el caso donde se requieran múltiples operaciones para aumentar la capacidad funcional del individuo y su calidad de vida.

El daño emergente se puede configurar por una pérdida de oportunidad. Este concepto pretende atender la pérdida patrimonial que experimenta una persona al no tener la posibilidad de ejercitar un derecho o aprovechar un bien futuro por la intervención de un tercero y no lo debemos confundir con la pérdida de oportunidad en los casos extrapatrimoniales que discutiremos más adelante.

El Tribunal Supremo de España reconoció en la STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106) el daño moral que sufrieron unos padres que perdieron un hijo tras ahogarse en una piscina municipal, pero el fallo vino como consecuencia de una mala práctica legal y no por el incidente del fallecimiento. Es decir, el Tribunal impuso al abogado que los representaba una obligación de resarcir a sus clientes por no haberles informado el sobreseimiento de la acción penal y el término que tenían para instar una reclamación civil por daños. Califica el Tribunal el daño que constituye la

pérdida de oportunidad de radicar una acción civil como daño moral.²¹⁰ La acción civil que tenían los padres del menor fallecido contra el Ayuntamiento ciertamente constituía una acción por daño moral, sin embargo, la pérdida de la oportunidad de radicar una acción civil, por sí, constituye un potencial agravio a un bien patrimonial al no tener la posibilidad de recibir un resarcimiento por la falta de diligencia del letrado.²¹¹ Algunos críticos han establecido que la inclinación jurisprudencial tiene el propósito de evadir los rigurosos procesos de valoración objetivos para determinar la magnitud del daño patrimonial y en su lugar reconocer un daño moral, cuya valoración estará determinada por reglas de equidad, con un alto grado de discreción judicial.²¹²

3.2.1.2 Lucro cesante

El lucro cesante se produce cuando se impide a una persona aprovecharse de lo que le hubiera correspondido, según lo presenta

²¹⁰ A pesar de que parece evidente que el potencial de obtener compensación económica constituye un daño patrimonial resarcible, recientemente se ha observado el surgimiento de una tesis jurisprudencial dirigida a calificar la pérdida de oportunidad como un daño moral. El raciocinio para esta determinación es que se frustran las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva de los intereses encomendados al letrado. Véase las SSTs de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871); 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013); 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106); 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372); 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914); 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121); y 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1830).

²¹¹ El TSPR decidió un caso análogo en *In re Montes Fuentes*, 174 D.P.R. 863 (2008) donde impuso responsabilidad a un abogado que no diligenció los emplazamientos de las partes demandantes y el tribunal archivó el caso con perjuicio, perdiendo los demandantes la oportunidad de ventilar su caso y reclamar resarcimiento.

²¹² CERVILLA GARZÓN, M., “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”, *Actualidad Civil*, n° 40, 2003, p. 1080. GÓMEZ POMAR, F., “Hacer pagar al mensajero”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n° 1, 2003.

MANRESA, quien también le denomina daño negativo.²¹³ CASTÁN TOBEÑAS, por su parte, vincula el lucro cesante con el mandato del Código Civil de reparar la “*ganancia dejada de obtener*”, aplicándolo a los daños de naturaleza contractual y extracontractual.

El Tribunal Supremo Español ha interpretado que el Art. 1106 del CCE contiene la base legal para compensar el lucro cesante al hacer referencia a la ganancia que ha dejado de percibir el acreedor.²¹⁴ Ha sido bien claro el TSE al establecer que para estimarse el lucro cesante se tiene que ser riguroso en la prueba de la pérdida de ganancias y no pueden basarse en especulaciones. El grado de certeza requerido para establecer la existencia del lucro cesante está relacionado con la probabilidad de la ocurrencia del evento. Es decir, no se requiere una certeza matemática de que el perjudicado obtendría una ganancia de no haber ocurrido el daño, pero hay que establecer la probabilidad real para que el tribunal pueda reconocerla y ordenar su compensación.²¹⁵ En la Sentencia del 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8094), el TSE estableció que el “[P]rincipio

²¹³ MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid: Revs, 1967, p. 276. Al presentar el concepto, el autor reconoce la concurrencia de los caracteres “futuro, contingente, variable y discutible” y por ello indican que esto contrasta con la certeza y la seguridad de prueba que caracteriza el daño emergente, razón por la cual debe ser calculado con mayor prudencia. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil y Foral*, Madrid: Revs, 1983, p. 243.

²¹⁴ Véase SSTs de 22 de junio de 1967 (RJ 1967, 2996); 3 de marzo de 1978 (RJ 1978, 759); 14 de junio de 1978 (RJ 1978, 2239); 10 de enero de 1979 (RJ 1979, 18); 27 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1497); 17 de julio de 2002 (RJ 2002, 6252); 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8094); del TSPR véase *SLG Rodríguez v. Nationwide*, 156 D.P.R. 614 (2002); *Puerto Rico Freight v. Corp. Desarrollo de Exportaciones*, 187 D.P.R. 42 (2012).

²¹⁵ SANTOS BRIZ, J., op. cit., p. 267-268, 275-276.

básico de la determinación del lucro cesante es que se delimita por un juicio de probabilidad. A diferencia del daño emergente, daño real y efectivo, el lucro cesante se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (...)”.

Al analizar el lucro cesante en la responsabilidad civil extracontractual se realiza un análisis denominado *concepción diferencial del daño*, acuñado en principio por MOMSEN y aludido por la doctrina contemporánea.²¹⁶ El ejercicio conlleva el análisis del estado de situación patrimonial antes de ocurrir el daño y un ejercicio hipotético de cuál sería la situación actual del patrimonio de no haber ocurrido el evento dañoso. El análisis no se circunscribe solamente al cómputo aritmético, sino que se toman en consideración otros factores, tales como la razonable verosimilitud de su existencia y aspectos procesales. Con este análisis, el tribunal puede determinar el daño global sufrido por el acreedor.²¹⁷ Igual línea de análisis utiliza el TSPR al analizar casos de esta naturaleza.²¹⁸

²¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, op.cit., p. 309; SANTOS BRIZ, J., *Comentario al art. 1.106 del Código Civil*, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.) *Comentario del Código Civil*, T VI, Barcelona: Bosch, 2006, p. 189.

²¹⁷ SSTS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9811), 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1322), 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7987), entre otras.

²¹⁸ Escobar Galarza v. Banuchi Pons, 114 D.P.R. 138 (1983); Vda. de Seraballs v. Abella Hernández, 90 D.P.R. 368 (1964); Rodríguez v. Ponce Cement Corp., 98 D.P.R. 201 (1969); Suro v. E.L.A., 111 D.P.R. 456 (1981); Velázquez v. Ponce Asphalt, 113 D.P.R. 39 (1982), entre otras.

Existen varias modalidades del lucro cesante, entre las cuales distinguimos el menoscabo en el potencial de generar ingresos, el que surge en los casos donde se produce una muerte y los dependientes del finado demuestran que sufrieron una interrupción real y efectiva del ingreso proveniente del patrimonio del causante y la pérdida de oportunidades, la que refleja un grado mayor de incertidumbre.²¹⁹

El lucro cesante en la modalidad de menoscabo del potencial para generar ingresos también se aplica a los casos donde la persona adulta que resulta agraviada por el daño le sobreviene una incapacidad para generar ingresos futuros o merma la capacidad para así hacerlo, como secuela del daño experimentado. Para que proceda la causa de acción se requiere prueba específica de los ingresos que generaba el agraviado antes de sufrir el daño y cómo se verán afectados como consecuencia del acto ilícito. Se requiere que se demuestre que con razonable probabilidad se frustró una ganancia futura al no poder continuar obteniendo el ingreso. Se han visto casos de menores de edad, sin previo historial de producción de ingresos, donde los tribunales han compensado bajo esta modalidad. Para ello, los tribunales evalúan el status del menor al momento de la incapacidad y su proyección futura razonable. También, consideran el tipo de núcleo familiar

²¹⁹ La pérdida de oportunidad es un concepto acuñado del francés "*perte d'une chance*". Ha sido adoptado también por la doctrina italiana, quienes prefieren denominarlo como la pérdida de la posibilidad de utilidad futura, como denomina ZENO ZENCOVICH, V. en "Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura", *Riv. Dir. Comm.*, 1986, II, p. 213. Sobre el mismo tema, véase además en la doctrina puertorriqueña a GONZÁLEZ TEJERA, E., *Derecho Sucesorio Puertorriqueño*, San Juan: Ed. Ramallo, 1983, vol. I, p. 260-261.

donde vive, el grado de estabilidad del hogar, la edad, salud física y mental previa, inteligencia, disposición, educación alcanzada, hábitos de estudio, habilidad en el entorno escolar, talentos, intereses específicos, entretenimientos y destrezas y grado de madurez.²²⁰

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

3.3 Daños morales

Los primeros esfuerzos por definir la figura del daño moral fueron imprecisos y vagos. En gran medida, se debe a la intangibilidad del concepto. Los seres humanos poseemos absorbemos y analizamos la

²²⁰ TSPR, Pate v. USA, 120 D.P.R. 566 (1988); Rodríguez Cancel v. AEE, 116 D.P.R. 443, 458 (1985).

información de lo que nos rodea a través de los cinco sentidos. Todo lo que se pueda percibir a través del mundo material se simplifica. Cuando tratamos de definir conceptos abstractos o, como en este caso, cuando los daños lesionan intereses subjetivos intangibles y abstractos, llegar a un consenso de una definición universal se torna más difícil. Según DÍEZ-PICAZO, la concurrencia de elementos adicionales, tales como la trivialización del concepto y la participación de juristas desprovistos de experiencia han causado una deformación de la idea que en un principio parecía confusa y que hoy está “*menos clara que nunca*”.²²¹

En los sistemas de Derecho continental en Europa, en particular el español, el término *daño moral* es adoptado de la noción de *dommage moral*, acuñada en el Derecho francés. Los creadores del Código Civil francés asociaron la responsabilidad civil con la moral, debido a la influencia del Derecho canónico. Bajo dicha doctrina y la influencia de los principios de buena conducta, el daño causado mediando culpa o dolo debía ser reparado.²²² De igual manera, la influencia romano-germánica en el Derecho puertorriqueño tiene como base el Derecho español y por consiguiente sigue la misma línea evolutiva en la doctrina relacionada con el daño moral. Otro factor común que distingue la codificación española,

²²¹ DÍEZ PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Pamplona: Ed. Thomson Civitas, 2008, p. 13.

²²² AGUILAR-ROSS, P., HERRERA-BRAVO, R., *Derecho Romano y Derecho Canónico: Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*, Granada: Comares, 1994, p. 56.

francesa y puertorriqueña es la forma lacónica con la que abordan la definición de daño. No se precisa el tipo de daño, razón por la cual los tribunales de éstas jurisdicciones han determinado que el articulado aplica tanto a daños de naturaleza patrimonial como a los daños morales.

3.3.1 Definición del término

Como hemos mencionado anteriormente, existe heterogeneidad en la definición del término *daño moral* en los diferentes países de orden civil que hemos estudiado. En primer lugar, hacemos referencia a lo establecido en las diferentes doctrinas estudiadas. DÍEZ-PICAZO, lo denomina como una “*figura borrosa*”, precisamente por la dificultad que representa definir lo abstracto de algo que aún se encuentra en evolución.²²³ El desarrollo y extensión del término sigue ampliándose como las vertientes de agua en el mar. La creatividad ha jugado un rol prominente en el ejercicio de conceptualización de la figura que todos conocen, pero pocos se coinciden al definirla.

Hay una tendencia a limitar el concepto a los perjuicios emocionales o sufrimientos psíquicos experimentados por el ser humano tras ocurrirle un daño. Es común en estos casos que hablen de llanto, tristeza, zozobra, insomnio, pérdida de interés por actividades cotidianas, melancolía, rabia,

²²³ DÍEZ-PICAZO, *Derecho de Daños*, op. cit., p. 324. El Digesto Italiano reconoce que existe un problema de nomenclatura al tratar de definir el término y hace referencia a la adopción de los términos daño moral y daño no patrimonial provenientes del francés, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, 4ª ed., Torino: Utet, 1997, t. XIV, p. 83 y ss.

frustración, alteración de patrones alimentarios, pérdida de la libido, pérdida de autoestima y autoconfianza, sentimientos de culpa, pérdida de concentración y así subsiguientemente, podríamos continuar enumerando efectos y síntomas relacionados con el estado psicofísico del ser humano cuando experimenta un menoscabo, pérdida o ultraje a su integridad física y/o emocional. No obstante, esta es una visión limitada, bajo la conceptualización moderna y se refiere más bien a algunas de las manifestaciones del perjuicio moral y no al concepto del daño moral en sí mismo. No hay una posición unánime con relación a la definición del término, al punto que algunos autores se niegan a definir el concepto, por estimar que dentro de los daños morales se incluyen perjuicios tan heterogéneos que es imposible su precisión.²²⁴ Las aproximaciones al término son tan variadas que incluso dentro de la mismas jurisdicciones podemos encontrar múltiples concepciones y aplicaciones divergentes.

La corriente doctrinal que prevalece define el daño moral en términos negativos, entiéndase, aquellos daños que no son patrimoniales. Esta visión fue adoptada como una propuesta innovadora por la doctrina. DE CUPIS, GÓMEZ ORBANEJA y BORELL MACÍA son algunos de los exponentes de la definición por contraposición.²²⁵ Esta posición parece ser la más

²²⁴ SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op., cit., p. 140.

²²⁵ DE CUPIS, A., *El Daño*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1975, p. 32, GÓMEZ ORBANEJA, E., "La acción civil de delito", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1949, p. 200 y BORELL MACÍA, A., *Responsabilidad derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona: Bosch, 1953, p. 157. En el Derecho italiano, asumieron igual postura

patrocinada por los exponentes doctrinales y más recientemente ha sido reiterada por VICENTE DOMINGO, quien hace eco de la Sentencia del 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590) del TSE al concluir que la naturaleza del daño moral no es patrimonial, sino que recaen en el acervo espiritual de la persona, al igual lo hacen MARTÍN-CASALS y ROCA TRIAS.²²⁶

El italiano PACCHIONI, también lo conceptualiza en la misma línea, pero hace la salvedad de que el perjuicio no tiene ningún tipo de repercusión sobre el patrimonio presente o futuro.²²⁷ GÓMEZ ORBANEJA también postula la esencia extrapatrimonial del daño moral y señala que no puede existir disminución directa o indirecta del patrimonio del perjudicado como requisito de su constitución.²²⁸ Esta posición no es del todo correcta, porque según veremos más adelante, hay daños morales puros donde no hay impacto al peculio de la víctima, mientras que hay otros que sin dejar de ser daños morales repercuten directamente en las finanzas de quien lo experimenta.

FORCHIELLI, P. & VILLANI, A., *Responsabilità Civile*, Padova: CEDAM 1968, vol. I, p. 17.

²²⁶ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 336. Véase STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089); MARTÍN-CASALS, M., *El daño moral*, Derecho Privado Europeo, Colex, 2003, p. 858; ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños*, 5ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 125.

²²⁷ PACCHIONI, G., “Del risarcimento dei danni morali”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1911, v. II, p. 240.

²²⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona: Bosch, 1951, t. II, p. 302 y ss.

Hay otros exponentes que hacen un intento por elaborar una definición propia, manteniéndose alineados a la postura doctrinal vigente. Por ejemplo, ORTIZ RICOL define el concepto como “*los daños que se presentan como consecuencia o repercusión subjetiva de daños reales derivados de lesiones inferidas a los bienes de la personalidad*”.²²⁹ Por su parte, CASTÁN lo define como “*los que afectan a los bienes inmateriales de la personalidad, extraños al patrimonio sobre el cual no repercuten de forma inmediata*”.²³⁰ DE ÁNGEL postula que “*los daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suele denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales*.”²³¹ Mediante esta definición, observamos cómo se prolifera en un sector de la doctrina el uso de los términos daños extrapatrimoniales y daños morales como sinónimos. Sin embargo, cuando se profundiza en el término daño moral y el extrapatrimonial, observamos que no existe reciprocidad en los términos. Otro denominador común en la vertiente doctrinal presentada por estos autores es que limitan el alcance del daño a los bienes de la personalidad, dejando a un lado la posibilidad de que se configure el daño moral en personas jurídicas y otros supuestos que trascienden los derechos de la personalidad.

²²⁹ ORTIZ RICOL, G., “Los daños morales”, *Revista de Derecho Español y Americano*, año III, núm. 12, p. 141-160.

²³⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho de Obligaciones*, 10ª ed., 1968, p. 191 y ss.

²³¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid: Civitas Ediciones, S.L., 1993, p. 675.

En la doctrina francesa, los hermanos MAZEAUD lo definen como “*aquel que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial.*”²³² Esta definición sostiene la misma posición que sigue la mayor parte de la doctrina española, toda vez que en lugar de decir lo que es el daño moral, dicen lo que no es. La novedad es que en el ejercicio semántico, utilizan el término ‘*derecho extrapatrimonial*’ para denominar los derechos agraviados por la acción y ello trasciende a los derechos de la personalidad, incluyendo otros intereses no pecuniarios del individuo.

MARTÍN CASALS, luego de realizar un análisis de derecho comparado, argumenta que “[L]a amplitud de la tipología de daños que pueden tener cabida dentro de la genérica categoría de daño moral dificulta una definición precisa y válida para todos los ordenamientos de nuestro entorno. Tal vez por esta razón, una primera aproximación conduce a dar una definición negativa de daño moral. **Daño moral es, así, el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado.**” (Énfasis nuestro).²³³

Es propio hacer referencia al diccionario de la lengua española para entender la acepción del término *Moral*. En lo pertinente al tema estudiado,

²³² MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civile*, op. cit., p. 162.

²³³ MARTÍN CASALS, M., *El daño moral, Derecho Privado Europeo*, Sergio Cámara (coord.), Editorial Colex, 2003, p. 857.

se puede definir como algo *que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o la conciencia; conjunto de facultades del espíritu, por contraposición a lo físico.*²³⁴ Igual raciocinio aplica el italiano SCOGNAMIGLIO al denominar este tipo de daños como espirituales, dando un enfoque dirigido al derecho de la personalidad y el daño a valores afectivos.²³⁵

Hay vertientes doctrinales en Italia, Francia y España que se oponen a la denominación de daño moral y prefieren llamarlo daño extrapatrimonial, como lo postulan RAMACCI, CRESPI y SCOGNAMIGLIO, entre otros. Argumentan que constituye un error equiparar los términos, ya que el daño moral es más limitado que el extrapatrimonial.²³⁶ De igual manera en las doctrinas española y francesa encontramos autores que sostienen igual tesis, la cual acogemos como parte de nuestro análisis e integramos como una determinación importante en el ámbito de estudio. No obstante, traemos a la atención que la jurisprudencia no hace referencia a estas

²³⁴ Real Academia Española, términos “Daño” y “Moral”, (<http://www.rae.es>), búsqueda el 2 de febrero de 2012. En el Diccionario Jurídico Lexjurídica, el Daño Moral es definido como una lesión, de carácter afectivo y no patrimonial, sufrida por una persona que da base a una indemnización en derecho. (<http://www.lexjuridica.com/diccionario.php>), búsqueda del 3 de abril de 2012.

²³⁵ SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, p. 141, citando a Scognamiglio, “Il danno morale”, en *Riv. Dir. Civ.*, 1957, vol. I, p. 277 y ss..

²³⁶ RAMACCI, F.: *Istituzioni di Diritto Penale*, G. Giappichelli (ed.), Torino, 1992, p. 361; y *Corso de Diritto Penale*. II, Torino: Giappichelli, 1993, p. 313; CRESPI, A./STELLA, F./ZUCALÀ, G.: *Comentario breve al Codice Penale*, Milán: Padua: Cedam, 1992, p. 477; SCOGNAMIGLIO, R., “Il danno morale mezzo secolo dopo”, *Riv. di Dir. Civ.*, 1957, vol. I, p. 286.

diferencias deontológicas y sigue denominando el concepto como daño moral.²³⁷

El daño extrapatrimonial está compuesto por actividades ilícitas que repercuten en la esfera material o física del ser humano y en su dimensión inmaterial o espiritual. Por consiguiente, la concepción general del daño moral, que incluye tanto la esfera material como la inmaterial, siempre que no recaiga sobre el patrimonio, ha quedado superada por la denominación de daño extrapatrimonial. Incluso, nuestra propuesta original del estudio del daño moral estaba predicada en la conceptualización general y no en la conceptualización estricta que hace VICENTE DOMINGO y otros miembros de la comunidad jurídica cuando le atribuyen un sentido bipartita, distinguiendo entre daños extrapatrimoniales no personales y los personales. En esencia, los primeros, se infligen contra personas jurídicas y los otros, están predicados en los daños infligidos a los seres humanos. Esta última categoría se bifurca a su vez en el daño moral puro y los corporales. Los corporales tienen la característica además de poder trascender al patrimonio en ciertas instancias específicas.²³⁸ Mediante esta definición, se

²³⁷ GARCÍA SERRANO, F.: “*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*”, en *ADC*, 1972, t. XXV, p. 802; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “La responsabilidad por daño moral”, en *ADC*, 1966, t. XIX, p. 86; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, op. cit., p. 118 y ss.; VICENTE DOMINGO, E., op. cit., p. 50 y 51; En la doctrina francesa, véase a MAZEAUD, H., *Lecciones de Derecho Civil*, Luis Alcalá-Zamora y Castillo (trad.), Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, Vol. III, p. 67-68 y LALOU, H., *La Responsabilité Civile: principes élémentaires et applications pratiques*, Paris: Dalloz, 1932, 2ª ed., p. 82.

²³⁸ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 49-52, 187. También sostiene esta posición ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual: Introducción al estudio jurisprudencial*, Madrid: Civitas, 1977, p. 65 y

subordina el daño moral al extrapatrimonial convirtiéndolo en uno de los dos componentes principales del mismo, siendo el otro componente el daño físico a la persona.²³⁹ VICENTE DOMINGO, indica que el daño extrapatrimonial incluye no solo el aspecto espiritual de la persona, sino el físico. Reconoce una definición general del *pretium doloris*, que lo materializa en dos dimensiones, el dolor puramente físico que experimenta la víctima y el daño moral puro.²⁴⁰ No obstante, favorece una visión más estricta del *pretium doloris* y lo define como “la indemnización destinada a asegurar la reparación de los sufrimientos físicos sufridos por la víctima durante el tiempo de la incapacidad.”

La autora reconoce en los daños corporales la posibilidad de acarrear consecuencias pecuniarias y no pecuniarias, mientras que en las instancias donde no se materializan las consecuencias monetarias, establece que el daño corporal puede estar dividido a su vez en dolor físico o en *pretium doloris*. Cuando lo experimentan terceros sería *pretium affectionis* en lugar de *pretium doloris*.

BUSTO LAGO, J. M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Edit. Tecnos, 1998, p. 86.

²³⁹ GARCÍA SERRANO, F., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, Madrid: ADC, 1972, p. 802. Los franceses LE TOURNEAU, P., CADIET, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris : Dalloz, 2000, también apoyan esta distinción.

²⁴⁰ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 187. Conforme a la definición adoptada por OSSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Argentina: Heliasta, 1999, p. 793, el “*pretium doloris*” se refiere a la indemnización que se concede a la víctima de un delito o accidente por el sufrimiento físico experimentado, aparte otros resarcimientos materiales o económicos.

GARCÍA SERRANO, por su parte, se muestra más tajante al decir que resultaría absurdo excluir la relevancia jurídica de la lesión física al pretender poner como sinónimos los términos daño extrapatrimonial y daño moral.²⁴¹

Al ponderar casos de daños y perjuicios, hay ocasiones que no resulta evidente la separación patrimonial o extrapatrimonial del daño y el perjuicio sufrido. En múltiples ocasiones son concurrentes y la distinción entre ambos puede resultar una tarea difícil y propensa a confusión.²⁴² Sobre el área gris que acabamos de establecer, DIEZ PICAZO y ÁLVAREZ VIGARAY sostienen la tesis de una composición tripartita del daño moral, compuesta por el daño personal (que incluye las lesiones a la integridad física y moral), el daño moral puro (excluye la afección física) y los que afectan al patrimonio.²⁴³ DE CUPIS nos señala que también se pueden configurar daños económicos indirectos que parten de un daño moral que tiene consecuencias en el patrimonio de la víctima.²⁴⁴ La concurrencia de los dos tipos de daños no da lugar a una doble restitución,

²⁴¹ GARCÍA SERRANO, F., op. cit., p. 802.

²⁴² Tomemos por ejemplo, el caso de un cantante que sufre un daño al ser operado de sus cuerdas vocales. Tendrá un daño físico que puede ser traducido en un daño patrimonial en ambas modalidades, daño emergente y lucro cesante al verse incapacitado de proseguir su carrera, pero también puede experimentar un daño moral al no poder disfrutar de la música y el placer que deriva al interpretarla, así como el perjuicio que pueda sufrir durante la recuperación física y el impacto emocional que causa el proceso.

²⁴³ DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Madrid: CIVITAS, 1999, p. 326; *El escándalo del daño moral*, op.cit., p. 73, citando a ÁLVAREZ VIGARAY, “La responsabilidad por daño moral”, *ADC*, 1966, p. 81, 85.

²⁴⁴ DE CUPIS, A., “I fatti illeciti”, *Trattato di diritto civile*, Grosso e Santoro-Passarelli, Milán, 1961, p. 44-45.

sino que se trabaja de manera integral y de resultar pertinente se efectúa una sola restitución o compensación monetaria, en caso de no ser posible la primera.

Para armonizar las posiciones antagónicas que giran en torno a la clasificación basada en el patrimonio, SANTOS BRIZ adopta un esquema de gradaciones del daño moral, donde establece diferentes categorías.²⁴⁵ El primero es el *daño moral puro*, denominado de esta manera porque no tiene efecto alguno sobre el patrimonio de quien lo sufre. El término *daño moral impropio* es reservado por el autor para denominar los supuestos en los cuales la lesión de intereses trasciende a valores del patrimonio y concurrentemente se lesiona un interés de naturaleza extrapatrimonial. La tercera modalidad, denominada *daño moral secundario al patrimonio*, se produce como consecuencia del daño al patrimonio o parte de este. Es el efecto que produce en el sujeto la pérdida o lesión de un objeto que es parte de su patrimonio, como lo sería por ejemplo, la pérdida de una joya familiar o de una obra de arte con un significado particular y por consiguiente perjudica el acervo espiritual del agraviado.

Los opositores de la tendencia a definir el daño moral, subordinándolo al aspecto monetario no se hicieron esperar. El italiano SCOGNAMIGLIO, por ejemplo, plantea que no es posible construir una correlación inversa entre ambos términos en la medida que la naturaleza de

²⁴⁵ SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 142.

los daños patrimoniales y los no patrimoniales es diferente.²⁴⁶ Otra posición es la adoptada en la doctrina francesa por los hermanos MAZEAUD, fue la de diferenciar la naturaleza del sufrimiento experimentado, es decir, si impactan o lesionan la parte social del individuo al atentar contra su reputación, honor, estima pública o si por el contrario atentan contra la parte afectiva de la persona.²⁴⁷ A pesar de la postura de los detractores, prevalece la definición por oposición al daño patrimonial.

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

El Tribunal Supremo de España ha expresado además que es un daño “relativo e impreciso” y su compensación sólo se puede realizar por

²⁴⁶ SCOGNAMIGLIO, *El daño moral, contribución a la teoría del daño extracontractual*, F. Hinestrosa (trad.), Bogotá: Publicaciones Universidad de Externado en Colombia, 1962, p. 38; —. “Il danno morale”, *Riv. Dir. Civ.*, 1957, p. 227 y ss.

²⁴⁷ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., *Traite Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*, 5^a ed., vols. 1-3, Paris: Montchrestien, 1957, p. 378 y ss.

aproximación, constituyendo un resarcimiento económico como satisfacción compensatoria del sufrimiento causado.²⁴⁸ Sobre el uso del dinero para compensar el daño causado, GOODIN expresa que hay dos posibilidades.²⁴⁹ La primera, denominada por el autor como *means replacing compensation* o compensación que sustituye los medios y se caracteriza porque el dinero concedido va dirigido a sustituir experiencias similares para la víctima, mientras que en la segunda categoría, denominada *ends displacing compensation*, o compensaciones que desplazan los fines, se caracteriza por que el dinero no sustituirá experiencias equivalentes, pero proporcionará la posibilidad de llenar el vacío ocasionado por el daño.

Independientemente del estudio de los signos lingüísticos del término daño moral, de los efectos sincrónicos y diacrónicos del mismo, de las atribuciones de los diferentes exponentes de la doctrina legal española, hay que dar especial atención a la determinaciones judiciales que establecen precedentes disuasivos y en muchas instancias establecen precedentes que parecen vincular el curso de acción prospectivamente. El Tribunal Supremo Español ha expresado que los daños morales “*representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades, o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya*

²⁴⁸ STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970).

²⁴⁹ GOODIN, R. “Theories of compensation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, vol. IX, no 1, p. 60.

reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de la instancia.”²⁵⁰ A partir de la primera determinación sobre el particular, el TSE ha sido consistente en reconocer el daño moral dentro de la doctrina civilista como una figura distinta al daño patrimonial y ha profundizado en los supuestos donde la misma se configura, esto ante la ausencia de disposiciones legales que así lo definan.

El sistema de derecho alemán los denomina como “*daños no patrimoniales*”, mientras que el sistema de derecho francés y el italiano le denominan “*daños morales*”, “*daños inmateriales*” o “*daños no económicos*”. Los italianos lo definen como la perturbación injusta del estado de ánimo del lesionado como resultado de la ofensa recibida.²⁵¹

Antes de finalizar el ejercicio de definir el daño moral, deseamos presentar nuestra reflexión sobre la información doctrinal y jurisprudencial aludida. El daño moral, en efecto ha sido definido en contraposición con los intereses patrimoniales y esta definición hemos visto no es mutuamente excluyente. Es decir, en algún momento los exponentes de esta vertiente doctrinal tienen que admitir los supuestos donde el daño moral repercute en la esfera patrimonial. Aún el ponderado y serio estudio que propone la

²⁵⁰ SSTS de 12 julio 1999 (RJ 1999, 4770); 22 febrero 1959; 28 febrero 1964; 22 abril 1983; 26 febrero 1984.

²⁵¹ Cass., 13 gennaio 1975, n. 126 in Resp. civ. prev., 1975, 695; Cass., 25 agosto 1977, n. 3856, ivi, 1978, 138; Cass., 22 marzo 1979, n. 1646, ivi, 1979, 799.

distinción entre daño moral puro y el daño corporal con repercusiones pecuniarias, parte de la premisa que un daño moral puro no tiene consecuencias pecuniarias, con lo cual respetuosamente disentimos. Al igual que la lesión física requiere de cuidados para su recuperación, materializándose el impacto pecuniario del daño extrapatrimonial al cuerpo, de igual manera la lesión puramente moral podría requerir de asistencia para su recuperación. Tomemos, a manera de ejemplo, el caso de un político o un funcionario del orden público contra el cual se desarrolla una campaña infundada de fraude o malversación de fondos públicos. Aunque eventualmente se clarifique la situación, recuperar la confianza del pueblo conllevará el uso de dinero para restituir su honor e imagen pública y los gastos relacionados con la defensa judicial de su derecho, consecuentemente conllevará un impacto económico, presente y posiblemente futuro. Presente, en la medida que tendrá gastos relacionados con su defensa judicial y futuros, si aún prevaleciendo en el ejercicio de su derecho, se lesiona la confianza de la que goza en la sociedad y por mejor trabajo que realicen los relacionistas públicos no logra prevalecer, viéndose forzado a dejar la carrera pública.

Proponemos que los daños deben ser clasificados en términos generales, en aquellos que recaen sobre un bien patrimonial y los que no recaen sobre intereses pecuniarios, siguiendo la corriente doctrinal y jurisprudencial moderna. Concurrimos que el término daño

extrapatrimonial es más amplio que el concepto de daño moral y alberga la posibilidad de incluir todo tipo de manifestación del daño, ya sea física o espiritual. No obstante, al profundizar en el tema, debemos ser lo suficientemente flexibles para reconocer que cualquier daño extrapatrimonial o moral tiene el potencial de generar efectos económicos que no cambian la esencia de su constitución extrapatrimonial. Utilizando el término acuñado por VICENTE DOMINGO, se trata de desdoblar las diferentes categorías y subdivisiones de los daños y no de la esencia de cada uno de ellos.

3.3.2 El daño a la salud en el Derecho italiano

El Tribunal Supremo Español ha distinguido los daños materiales de los morales. En la STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 1230) se expresó que: *“El daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano que son atacados; puede ser directo, o más frecuentemente indirecto, que es el sufrido a consecuencia de un daño personal; el atentado a la integridad física no sólo produce daño directamente, sino también un indudable daño moral, el “pretium doloris” que debe ser resarcido.”* El 16 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3160), el TSE determinó que la víctima no aportó prueba del daño emergente y lucro cesante sufrido tras un ataque sexual del cual fue objeto, pero era patente el daño moral y procedió a conceder compensación económica para resarcir los mismos.

Parte de la doctrina arguye que los daños y perjuicios extrapatrimoniales pueden ser divididos entre los daños corporales y los que son puramente morales. Sus exponentes en España han estado expuestos al raciocinio que sobre el particular hicieron los italianos luego de aprobar su Código Civil en el año 1942. SCOGNAMIGLIO, por ejemplo, hace un análisis para el año 1957, donde sugiere la distinción entre los daños personales de los morales puros. Define los daños personales como las lesiones a la integridad física o emocional, al honor, la libertad sexual, entre otros.²⁵² Los daños morales, por su parte, los define como aquellos que afectan la esfera psíquica del sujeto, es decir, sus sentimientos y afecciones. Los daños extrapatrimoniales que consisten en daños corporales, también denominados por el autor como daños personales, siempre son resarcibles por sí mismos, mientras que los morales lo serán en exceptuadas circunstancias, según lo establece el CCI en su art. 2059.²⁵³ Desde una perspectiva más amplia de lo que constituye el daño moral, los mismos se compensan bajo la codificación italiana en la medida que estén entrelazados con el daño a la integridad física de la persona. Interesantemente, el CCI dispone en el art. 2057 que la víctima que sufre un daño físico permanente tiene derecho a una reparación monetaria que impondrá el tribunal, tomando en consideración la naturaleza del daño y la condición de las partes. El resarcimiento se realiza en forma de anualidad y

²⁵² SCOGNAMIGLIO, R., op. cit., p. 292 y 296.

²⁵³ El CCI dispone en su art. 2059 lo siguiente: “*Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge.*”

el tribunal debe tomar las previsiones necesarias para su cumplimiento.²⁵⁴ Basándonos en la discusión sobre el alcance del daño moral, que incluye las consecuencias físicas y morales en la víctima, podríamos afirmar que la legislación italiana presenta un conflicto en la aplicación de ambos artículos cuando el daño moral se manifieste de manera permanente sobre la esfera física del agraviado. No obstante, el Tribunal de Génova en las Sentencias de 25 de mayo, 30 de mayo y 20 de septiembre de 1974, reconoció el *danno biologico*, o daño a la salud, susceptible de reparación monetaria. La legislación que sirve de base para sustentar que los daños a la salud serían compensados a pesar de que constituyen daños morales, se encuentra en el Art. 2.059 del CCI que limita el resarcimiento del daño moral a los casos provistos en la ley, el Art. 185 del Código Penal que provee la posibilidad de compensación en casos de daño a la salud y las disposiciones del Art. 32 de la Constitución italiana, la cual reconoce el Derecho a la salud como un derecho fundamental.²⁵⁵ El Tribunal Constitucional italiano, confirmó mediante Sentencia Núm. 184 de 30 de junio de 1986 que en efecto existe un alto interés por proteger la salud de los ciudadanos y que en la medida que los artículos antes mencionados proveen un remedio al agravio a la

²⁵⁴ El texto integral del artículo es como sigue: “*Quando il danno alle persone ha carattere permanente (2) la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele.*”

²⁵⁵ La traducción de la primera parte del Art. 31 de la CI es la siguiente: La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará la asistencia gratuita a los indigentes.

salud, no son inconstitucionales las determinaciones para resarcir los daños en estas instancias.

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

Según BUSNELLI y COMANDÉ, el art. 2057 del CCI ha sido consistentemente ignorado por la jurisprudencia, razón por la cual la concepción general es que si la reparación pecuniaria de los daños morales no están prevista mediante legislación, no procede la misma.²⁵⁶ Hay tratadistas italianos que argumentan que la compensación del daño moral en Italia tiene un carácter punitivo, toda vez que la legislación que autoriza su reparación es la que surge del art. 185 del Código Penal Italiano (CPI).²⁵⁷ El perjudicado puede instar la reclamación para el resarcimiento

²⁵⁶ BUSNELLI, F.D. y COMANDÉ, G., "Non-pecuniary Loss Under Italian Law", W. HORTON ROGERS, & H. KOZIOL (eds.), *Tort and Insurance Law*, Austria: Springer Wien New York, vol. 2, p. 136.

²⁵⁷ Ibid.

del daño sufrido como parte del proceso criminal, según surge del Código de Procedimiento Penal Italiano, art. 14.

En España, los exponentes de la teoría no confrontaron el problema con las disposiciones de ley relacionadas con el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales, ya sean éstos por concepto de los daños a la salud física o psíquica de la persona.²⁵⁸ El art. 1902 del CCE hace referencia general del daño y no resulta restrictivo, como lo es el art. 2059 del CCI. Las consecuencias jurídicas del daño moral y del físico o corporal en el Derecho español resultan iguales, a diferencia del Derecho italiano donde el primero solo podrá ser resarcido si así lo dispone alguna legislación. La utilidad de discernir ante qué tipo de daño extrapatrimonial nos encontramos es poder concretar su alcance y romper paradigmas sobre la materialidad del mismo.

3.3.3 Naturaleza de la indemnización

Existen varias posturas con relación a la naturaleza de la indemnización de los daños extrapatrimoniales. Como hemos reseñado, una parte de la doctrina sostiene que es imposible proveer un remedio económico al perjuicio de los derechos extrapatrimoniales. En contraposición a esa doctrina, STARCK, postula que las condenas por

²⁵⁸ Entre los exponentes de esta corriente doctrinal en España encontramos a GARCÍA SERRANO y BRAVO, quienes justifican las calificaciones de daño extrapatrimonial antes aludidas bajo el principio de que el ser humano es una unión indisoluble de cuerpo y alma y ambas esferas tienen que ser protegidas por la legislación.

concepto de daño moral tienen una implicación punitiva para el autor y una resarcitoria o satisfactoria para la víctima.²⁵⁹ Para sustentar su posición, argumenta que la pena varía en función a la gravedad del daño y el perjuicio ocasionado, lo que representa una visión punitiva de la actividad resarcitoria. Expone además, que la persona que ha padecido el daño moral experimenta un resentimiento hacia el responsable, lo que es considerado por STARCK, como un deseo de venganza ante el cual los tribunales no pueden desentenderse e ignorarlo. La doctrina no pretende equiparar el concepto al de la pena privada, ya que expresan conscientemente que el propósito tras la indemnización monetaria es poner al perjudicado en un estado análogo al que se encontraba antes de acaecer el evento ilícito. DE ÁNGEL, por su parte, niega categóricamente que exista una función punitiva o preventiva en el resarcimiento de los daños morales, aunque reconoce que a pesar de ello, generalmente se observa la función preventiva.²⁶⁰ La jurisprudencia francesa ha mantenido esta misma postura, negándose a reconocer la naturaleza de la indemnización como una pena privada.²⁶¹

²⁵⁹ STARCK, B., *Droit civil: Obligations*, Paris, Litec, 2^a Ed., 1985, vol. I, p. 63-64. Similar posición sustenta ALVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", *ADC*, 1966, p. 81 y sigs.;

²⁶⁰ DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad Civil*, Madrid: Civitas, 1993, p. 62.

²⁶¹ Cass. 2^e civ., 28 novembre 1962, n^o 61-10.454, Bull. civ. II, n^o 553 ; Cass. 2^e civ., 8 mai 1964, n^o 63-10.723 Bull. civ. II, n^o 358 ; Cass. Crim., 8 juillet 1975, n^o 74-93.006.

A pesar de que nos queda claro que el fin compensatorio tiene la finalidad de reparar o satisfacer el daño ocasionado en estos casos, parece existir una tendencia jurisprudencial a aplicar lo que BARRIENTOS ZAMORANO ha denominado el “sesgo punitivo”.²⁶² El juzgador de los hechos, aunque trate de abstraerse de la situación de hechos para emitir un juicio imparcial, posee un marco de referencia basado en sus vivencias y conocimientos. Su perspectiva del bien o el mal y de la apreciación del costo de vindicación es diferente. En el ejercicio de adjudicar, le acompañan también los paradigmas y esquemas mentales predeterminados, que en algunas instancias, también incluirá el deseo de corregir y castigar al actor de los hechos para que sea más precavido en el futuro. A pesar de que el autor lo enmarca en el contexto del daño moral, esta peculiaridad muy bien podría también aplicarse a los casos de naturaleza patrimonial y anticipamos que tendrá una correlación directa con la atrocidad del daño. Con esto queremos decir, que mientras mayor sea la ofensa o el distanciamiento de los estándares sociales y mayores sean las consecuencias del daño en la víctima, mayor será el sesgo del juzgador en el ejercicio de adjudicación, ya que estará directamente relacionado con la capacidad de indignación del ser humano que tiene ante sí la difícil tarea de hacer justicia.

²⁶² BARRIENTOS ZAMORANO, M., op. cit., p. 57.

La falta de equivalencia entre el perjuicio acaecido y la acción resarcitoria en los casos de daños morales es uno de los temas de mayor estudio. Se busca la fórmula idónea para estimar los daños y proveer remedios económicos a cosas que por definición no se encuentran dentro del comercio de los hombres. De ahí que sobrevengan las disonancias que tienen origen en la diferencia de los medios sociales de las partes. Esta teoría postula que existe una relación inversa entre los factores patrimonio y satisfacción. Es decir, a mayor patrimonio tenga el perjudicado menor será la satisfacción que puede ofrecer una reparación pecuniaria del daño moral y viceversa.²⁶³ A base de esta teoría, podríamos colegir que la motivación de la víctima al recurrir en una acción judicial varía de acuerdo a la condición económica o patrimonial que posea, independientemente el propósito de la acción sea vindicar un perjuicio extrapatrimonial. Por ejemplo, aquellos que menos dinero tienen, buscarán un resarcimiento económico que les permita vivir de igual o mejor manera que antes de sufrir el perjuicio. Por el contrario, aquellas víctimas que posean un patrimonio más abundante buscarán satisfacer el agravio mediante el escarmiento de la parte culposa y la adjudicación monetaria que puedan obtener como resarcimiento, será un aspecto secundario en su reclamo de justicia.

²⁶³ MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", *Asociación de profesores de Derecho civil*, Centenario del Código Civil, Madrid: CEURA, 1990, t. II, p. 1241.

3.3.4 Clasificaciones del daño moral

Con la aprobación de la Ley del 5 de julio de 1985, artículo 31, los franceses confirmaron la clasificación de los daños morales basada en: (1) la porción de la indemnización otorgada con carácter personal; (2) los sufrimientos físicos y morales; y, (3) los daños estéticos y del placer (“d’agrément”). El sistema de clasificación de daños morales francés es el más estructurado y completo que se ha adoptado en Europa continental. Utilizamos dichas clasificaciones para compararlas con los desarrollos jurisprudenciales y legislativos en las demás jurisdicciones estudiadas, incluyendo la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, la cual carece de un sistema de referencia propio.

Los galos distinguen los daños extrapatrimoniales conforme a su extensión, es decir, si son de carácter temporero o permanente y de acuerdo a ello han desarrollado las diferentes posibilidades de daños. En España, el baremo que es utilizado como referencia para compensar daños morales es el adoptado por la LRCSCVM, el cual incluye factores de corrección para incapacidad temporal y permanente, dependiendo de factores, tales como historial previo de patologías o daños. El mismo adopta los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones o secuelas que tengan como consecuencia una incapacidad futura. Dicho baremo es

aplicado por analogía a otros supuestos de daños morales donde no se ven envueltos los elementos de la ley de tránsito.²⁶⁴

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

3.3.4.1 Daños extrapatrimoniales temporeros

Anticipamos que la distinción basada en la duración del daño es propia del sistema francés y no hay referencias de una estructura similar en España y Puerto Rico. La duración del perjuicio en las víctimas es tomada en consideración, pero usualmente en las determinaciones jurisprudenciales no se hace adjudica un apellido al daño para reflejar si es de carácter transitorio o permanente.

3.3.4.1.1 El déficit funcional temporero

²⁶⁴ Véase, a manera de ejemplo, la reciente determinación del TCF, Cass. civ., 2^o, 11 décembre 2014, 13-28.774, Publié au bulletin y el Caso resuelto por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7^a) 187, 2003, de 27 de marzo (JUR 2003, 231405) donde la perjudicada sufre un resbalón en charco de agua cercano a máquina frigorífica y se hace referencia al Baremo de la LRCSCVM para cuantificar la indemnización por el daño moral sufrido. Véase además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4^a), 2, 2002 de 15 de febrero, (JUR 2002, 115145). En este caso se aplicó, por analogía, las cuantías establecidas en el Baremo de la LRCSCVM para los daños morales en casos de muerte, en un caso de homicidio doloso de un joven de 19 años.

Se denomina con este nombre la pérdida de la calidad de vida y del disfrute de experiencias similares de la vida cotidiana. Se reconoce que la persona que tiene que recluirse en centros de salud, mientras se recupera, sufre al separarse de su entorno familiar y de amistades, así como de la privación de las actividades que usualmente realiza. El Tribunal de Casación de Francia lo definió como la incapacidad funcional total o parcial durante el tiempo de hospitalización, cirugía y/o recuperación. También se extiende a la pérdida de calidad de vida y del disfrute de la vida durante la enfermedad traumática.²⁶⁵ Este tipo de daño toma en consideración las actividades del diario vivir, de entretenimiento, así como las profesionales y las que naturalmente comprenden al ser humano, entre ellas la sexualidad que no pudieron ser realizadas por el estado de salud en el que se encontraba la víctima. Es por ello que los tribunales franceses compensan los daños sexuales y del placer (“d’agrément”) temporeros dentro de la categoría de déficit funcional temporero y no con una clasificación independiente del mismo. La intensidad del sufrimiento es calificada en una escala del 1 (menos serio) hasta el 7 (más serio) y se denomina también como “préjudice de souffrance” o el *quantum doloris*. Los tribunales franceses han utilizado otros adjetivos para describirlo, entre los cuales se encuentran: “*l’incapacité traumatique temporaire à caractère personnel*” y “*le trouble dans les conditions de vie courante*”, todos los términos hacen referencia a daños transitorios que se superan con el paso

²⁶⁵ Cass. civ., 2^e, 28 mayo 2009, Bull. civ. II, No. 131.

del tiempo. Existe una tendencia a compensarlos cuando se trata de menores o de personas retiradas, en contraposición, se ignora cuando se trata de individuos productivos que reciben compensación por pérdida económica secundaria al daño moral.

3.3.4.1.2 Los sufrimientos acaecidos

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

duplicidad de compensaciones.²⁶⁶ No perdamos de perspectiva que bajo esta categoría se analizarán las secuelas temporeras en las víctimas y se considerarán por separado las que resulten permanentes.

3.3.4.1.3 Los daños estéticos temporeros

Se trata de la incapacidad sufrida por un individuo tras una alteración física que es pasajera. Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, los hematomas relacionados a los traumas sufridos, cicatrices, problemas del habla, uso de muletas o bastones, entre otros que habrán de superarse en el corto plazo. En el caso más reciente publicado por el TCF, se compensa a la víctima de una agresión por daños estéticos temporeros, luego de que tuviera que someterse a varias cirugías estéticas correctivas por un periodo aproximado de seis años.²⁶⁷ Lo que nos presenta este ejemplo es que el término temporal en los tribunales franceses está delimitado por un elemento de probabilidad de recuperación, más que un elemento de razonabilidad. En la medida que a los seis años quedó superado el perjuicio estético se calificó de temporero y no permanente. Esto nos pone en perspectiva de que el análisis será la proyección de recuperación de la víctima, es decir, si se prevé que superará el daño estético o si aún con las intervenciones paliativas y restaurativas quedarán secuelas de carácter

²⁶⁶ Cass. civ. 2^e, 5 janvier 1994, Bull. civ. II, No. 15; Cass. civ. 2^e, 9 décembre 2004, Resp. civ. et assur. 2005, com. No. 50; Cass. civ. 2^e, 16 septembre 2010, No. 09-69433, Esp. civ. et assur. 2010, com. No. 20; D. 2011, p. 641, obs. H. ADIDA-CANAC y GRIGNON-DUMOULIN.

²⁶⁷ Cass. civ., 2^e, 11 décembre 2014, 13-28.774, Publié au bulletin.

permanente. Para hacer esta determinación, al igual que los demás casos de perjuicios corporales, será necesaria la intervención de un profesional de la salud que ponga al tribunal en posición de comprender la magnitud del perjuicio causado a la víctima.

3.3.4.2 Daños extrapatrimoniales permanentes

Esta categoría se refiere a los eventos permanentes que trascienden el estado de recuperación de la víctima. Son las cicatrices físicas y emocionales que pueden quedar luego de un perjuicio y que han sido clasificadas en diferentes categorías que se discutirán adelante. Se ha mostrado gran sensibilidad al cambio que ocurre en la vida de las víctimas como consecuencia del daño o perjuicio sufrido. Adelantamos que en esta categoría no nos limitamos a la estructura tradicional francesa, sino que también hemos incluido variantes de daños morales que se han ido introduciendo jurisprudencialmente y sus contrapartes en los otros sistemas de Derecho estudiados.

3.3.4.2.1 Déficit funcional permanente

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

vida cotidiana, que ordinariamente están relacionadas a ese tipo de atentado.

En España, se evalúa la incapacidad física y moral de la víctima y se compensa, sin necesariamente reconocer la misma categoría que en Francia. En la STS de 3 de noviembre (RJ 1995, 8353), el tribunal determinó que procedía la indemnización por concepto de daño moral a la víctima que como consecuencia de un evento culposo sufrió la amputación de una pierna, secuela permanente que le impedía desarrollar cualquier tipo de trabajo y varias actividades del diario vivir. Al igual que en las otras categorías, vemos como en España se procede con el resarcimiento del daño causado, ubicándolo bajo el apartado genérico de daño moral, pero al evaluar la justificación nos podemos percatar que se trata de un daño corporal de incapacidad permanente.²⁶⁸

Conforme a la doctrina y la jurisprudencia francesa, bajo esta categoría se incluyen los daños morales por concepto del impacto emocional acaecido junto a los perjuicios físicos permanentes que pueda experimentar la víctima, para evitar una doble compensación.²⁶⁹ El reconocimiento de la dimensión extrapatrimonial del daño funcional

²⁶⁸ STS de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5212). En este caso se menciona que entre los daños morales compensados existe una incapacidad permanente de la víctima tras resultar sepultada tras derrumbe de su casa por obras en la finca colindante, pero no se hace referencia a qué incapacidad permanente tuvo.

²⁶⁹ Civ. 2°, 16 septembre 2010, No. 09-69433, Resp. civ. et assur. 2010, com. no. 320.

permanente fue confirmada mediante una sentencia del TCF el 28 de mayo de 2009.²⁷⁰

En Francia, el proceso para valorar este tipo de daño se lleva a cabo en dos fases. La primera consiste en realizar una evaluación clínica, una vez la víctima se estabiliza, para determinar el por ciento de incapacidad, denominado “*le taux de l’incapacité permanent partielle (IPP)*”. Para ello, los peritos hacen referencia al baremo Rousseau, un amplio documento en el que se desglosan las secuelas y se sugieren porcentajes de incapacidad.²⁷¹ El documento es una referencia que goza de gran respeto dentro de la comunidad médico-forense, siendo reconocido por el más alto foro judicial francés. La segunda fase es la evaluación judicial de la valoración del daño. Para ello utilizan una metodología denominada “*le calcul au point*” y consiste en realizar un ejercicio aritmético con la puntuación adjudicada a la incapacidad. Se toma en consideración la incapacidad y la edad de la víctima, las cuales tienen una correlación inversa (a mayor incapacidad, mayor puntuación y a mayor edad, menor puntuación). La lógica es que mientras más joven es la víctima más tiempo tendrá que soportar las consecuencias permanentes del daño y mientras mayor el grado de incapacidad, menos funcionalidad tendrá y por consiguiente mayor dependencia tendrá de terceras personas.

²⁷⁰ Civ. 2^e, 28 mai 2009, no 08-16829, D. 2010.

²⁷¹ Para un desglose más específico de los baremos utilizados en el ejercicio de valorar el perjuicio moral, véase el Anejo 1.

En Puerto Rico, se ha denominado esta clasificación del daño como “angustias físicas” y reconoce en ella toda secuela de dolor físico o corporal. Su tratamiento jurisprudencial lo ha separado de la figura del daño moral y le ha dado independencia, en ocasiones compensando a las víctimas sin hacer referencia a la esfera moral del daño.²⁷² En gran medida, la confusión surge porque hasta el 1948, los tribunales de primera instancia en la isla realizaban la adjudicación de los casos sin hacer determinaciones de hechos claras que distinguieran el concepto de las compensaciones concedidas. No es hasta el caso de Meléndez v. Metro Taxi Cabs, 68 D.P.R. 766 (1948), que el TSPR requiere a los tribunales de menor jerarquía que realicen determinaciones de hecho claras y específicas para facilitar los procesos de revisión. El alcance de esta categoría en el Derecho puertorriqueño incluye desde heridas leves, traumas, laceraciones hasta fracturas, mutilación, daño a estructuras óseas o a los órganos internos, incluso eventos que culminen con la muerte. Los elementos que se toman en consideración son la severidad de la incapacidad, es decir, si es una incapacidad para desempeñar un oficio o si trasciende a la esfera personal afectando la capacidad para desarrollar tareas básicas del diario vivir. Por otro lado, se evalúa la edad de la víctima, tomando como parámetro la expectativa de vida y cuánto tiempo tendrá que soportar la vida con la incapacidad sobrevenida. A pesar de ello, el TSPR ha sido inconsistente y

²⁷² Zalduondo v. Sánchez, 15 D.P.R. 231 (1909); Filardi v. Barreda, 24 D.P.R. 391 (1916); Rodríguez v. National Cash Register, 35 D.P.R. 663 (1926); Font v. Viking Construction, Corp., supra.

no se ha apreciado uniformidad al evaluar los elementos antes mencionados.²⁷³

Otra gran clasificación que ha realizado el TSPR es la de “angustias mentales”, apartado en el que se ubican todas las sensaciones experimentadas a nivel emocional y mental cuando el individuo se percata de que ha sufrido una lesión. El tribunal ha reconocido que la angustia mental puede ser pasajera, pero también hay instancias donde puede durar toda la vida. Para que sea resarcible, no pueden ser meras penas pasajeras, sino que se requiere que el demandante demuestre que su salud, bienestar o felicidad quedaron quebrantados.²⁷⁴ La tendencia jurisprudencial en Puerto Rico es a compensar por separado las angustias mentales de las físicas. Se pueden encontrar casos donde se ha reconocido el daño moral por incapacidad permanente, aunque el término “incapacidad” también ha sido utilizado para referirse a la pérdida de felicidad.

3.3.4.2.2 Daño moral por pérdida de amenidad (“d’agrément”)²⁷⁵

Este tipo de daño se incluía originalmente en la incapacidad permanente parcial en Francia, no es hasta la década de los años 1950 que comenzó a presentarse de manera autónoma. Hasta los años 1970, se calificaba este tipo de daño como la incapacidad para llevar a cabo ciertas

²⁷³ AMADEO-MURGA, A.J., *El valor de los daños en la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 2012, p. 315-315.

²⁷⁴ *Moa v. E.L.A.*, 100 D.P.R. 573 (1972).

²⁷⁵ También podría ser traducido como perjuicio de agrado o del placer.

actividades de ocio (“*loisir*”), como por ejemplo, la práctica de algún deporte o alguna actividad artística. En su origen, se limitaba a las personas que tenían una destreza o habilidad particular y que experimentaban placer al ejecutar la misma, siendo más notable la ejecución en el plano artístico o en los deportes. No obstante, la evolución del concepto ha permitido a los jueces aplicar este tipo de daño en otros casos de privación de distracciones y satisfacciones producidas por las actividades de ocio en general, tanto en el ámbito cultural, deportivo y social, entre otras. Se trata de una reducción en la capacidad para experimentar satisfacciones o goces de la vida, tras ocurrir un daño. La evolución de este daño ha llegado al punto en que los tribunales europeos han adjudicado responsabilidad por la incapacidad de disfrutar de actividades de entretenimiento (“*hobbies*”) durante un periodo de convalecencia.²⁷⁶ Ciertamente, esta compensación sería parte de un perjuicio de carácter temporero, previamente aludido, si se trata del tiempo de convalecencia no una secuela permanente.

En España, la pérdida de amenidad ha sido considerada en dos modalidades, la primera, los casos donde la persona está imposibilitada de realizar actividades sociales o recreativas (de ocio) y la segunda, en los casos donde se pierde el placer del disfrute de la vida. El concepto fue aplicado por el TSE en un caso criminal donde concedió compensación por concepto de daños morales y a esos efectos, lo presentó de la siguiente

²⁷⁶ Paris, 23/01/1979, Gaz. Pal. 1980, I Somm. 90.

manera: “...sino que le ha privado para el resto de su vida de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo, en definitiva una situación de parcial desvalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia...”²⁷⁷ Son escasas las ocasiones en que el TSE se ha pronunciado adjudicando responsabilidad bajo esta modalidad de daño moral, ya que parece incluirlo en otras categorías de daño físico.

En Puerto Rico, se sigue una vertiente más cercana a la norteamericana al incluir esta causa de acción dentro de los denominados daños hedónicos. El concepto de daños hedónicos fue utilizado por primera ocasión en el caso de Sherrod v. Berry, 629 F. Supp. 159, 164 (1985) y son daños concedidos en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos de América por la pérdida del disfrute de la vida o por el valor de la vida misma. En este caso, la pérdida de amenidad se reconoce y otorga como partida separada del valor productivo que poseía la víctima. También se configura en el daño sufrido por la víctima de una lesión personal cuyas secuelas limitan su vida. El primer caso de daño de amenidad se ventiló en Puerto Rico en el año 1962 al reconocer como un daño la limitación física

²⁷⁷ SSTS de 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3171); 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514); 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4349).

que le impedía a la víctima correr o dedicarse a los deportes.²⁷⁸ Como advertimos en el apartado anterior, el TSPR ha reconocido bajo la clasificación de “incapacidad”, la pérdida de amenidad, adjudicando controversias relacionadas con el daño moral bajo este apartado genérico. Por la argumentación que surge de los casos resueltos podemos concluir que se trata de supuestos donde se ha querido compensar la pérdida de amenidad, pero se le ha denominado de manera general.²⁷⁹

Otra dimensión en esta clasificación la encontramos cuando el TSPR determinó que el impacto al medio ambiente puede constituir un daño moral en la medida que se ocasiona un daño al paisaje con valor ecológico que afecta la propiedad del demandante.²⁸⁰ Para sustentar el efecto surgido en el demandante y el daño experimentado por este, el tribunal hace referencia a lo decidido en Paoli Méndez v. Rodríguez, 138 D.P.R. 449 (1995) donde expresó que: “[e]l medio ambiente natural y la naturaleza no sólo sirven el propósito de que el hombre pueda utilizarlos para su subsistencia material, sino para su recreación y uso del tiempo libre, para la contemplación de su belleza y majestuosidad, para sentirse orgulloso de su patria, para mejorar su calidad de vida, y para lograr un desarrollo

²⁷⁸ Morales Muñoz v. Castro, 85 D.P.R. 288, 297 (1962). En Muñoz v. The N.Y. & P.R. S/S Corp., 72 D.P.R. 582 (1951) se reconoció el daño a una persona que luego del accidente no pudo tocar el piano.

²⁷⁹ Véase los casos: Moa v. E.L.A., supra; Ruiz Santiago v. E.L.A., 116 D.P.R. 306 (1985); Rodríguez Cancel v. A.E.E., 116 D.P.R. 443 (1985); Cintrón Adorno v. Gómez, 147 D.P.R. 576, 589 (1999); Rodríguez et al. v. Hospital et al., 186 D.P.R. 889 (2012).

²⁸⁰ Rivera v. S.L.G. Díaz, 165 D.P.R. 408 (2005).

integral de la personalidad y su autorrealización como ser humano.” A esos efectos, se reconoció que el demandante se vio privado de disfrutar del ecosistema que le rodeaba, lo que tenía un impacto directo sobre su estado anímico y sentimientos, ordenando que se procediera con la valoración del daño moral infligido. En España, se han ventilado controversias similares sobre la responsabilidad de actores al causar daño al medioambiente, imponiéndoles la responsabilidad monetaria de resarcir el daño causado, pero sin hacer alusión al daño moral de los afectados.²⁸¹ En los casos donde si se ha reconocido el daño moral causado a los demandantes es los supuestos de inmisiones de ruido ilícitas causadas por construcciones que afectan las áreas aledañas a su vivienda, apartado que tratamos por separado como una categoría que emerge de la jurisprudencia contemporánea como una modalidad del daño moral.²⁸²

La pérdida de amenidad es un daño que se ha vinculado con los perjuicios físicos del individuo. VICENTE DOMINGO considera que esta categoría de daño es el aspecto moral del perjuicio fisiológico que experimentan las víctimas que sufren un daño a su cuerpo.²⁸³

Se han generado controversias sobre la reparación del perjuicio en el caso de personas que se tornan incapaces como consecuencia del daño

²⁸¹ Véase STS de 2 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1003).

²⁸² STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431).

²⁸³ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 195.

sufrido. De manera específica, nos referimos a las víctimas que se encuentran en estado vegetativo o en coma, tras sufrir el acto u omisión dañosa o negligente. La tendencia jurisprudencial y doctrinal ha sido reconocer el derecho a ser compensados en este tipo de supuesto. Los argumentos para justificar la posición han sido variados, pero prevalece el análisis de que de no haber sido por el evento dañoso, la víctima no se encontraría en el estado clínico en el que se encuentra.²⁸⁴ Hay jurisdicciones, como Italia y Alemania que prefieren enfocar el daño en la destrucción de la personalidad o “*zerstörung der persönlichkeit*”, como justificante para que nazca la obligación de reparar. En Italia se compensa, de manera consistente, a través del denominado “*danno alla salute*”, al cual aludimos anteriormente.²⁸⁵

En Francia, el Tribunal de Casación determinó que el estado vegetativo crónico de un ser humano no excluye su derecho a ser indemnizado en todas las esferas, en atención a sus derechos y dignidad como ser humano.²⁸⁶ El Tribunal realizó un análisis donde equipara la víctima con las personas que comúnmente se encuentran en posición de

²⁸⁴ Cass. 2^e civ., 7 décembre 1978, n^o 77-12.013, Bull. Civ. II, n^o 269. AUBRY, C., [et al.], *Droit civil français : Responsabilité délictuelle*, 8^a ed., Paris : Librairies Techniques, 1989, vol. 6, p. 85.

²⁸⁵ BUSNELLI, F.D. y COMANDÉ, G., op. cit., p. 143.

²⁸⁶ Cass., Civ.1^e, 22 février 1995, n^{os} 92-18.731 et 93-12.644, Bulletin civil, II, n^o61, Dalloz 1995, p :69, note Y. CHARTIER, JCP, 1995, I, 3853, observations G. VINEY, D.1996, 233, observations D. MAZEAUD, RTD civ., 1995, p :629, observations P.JOURDAIN ; Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, n^o 93-18.465, Bull. civ. II, n^o 224.

expresar su voluntad.²⁸⁷ En España, aunque pocas, no faltan Sentencias que recogen la postura jurisprudencial del tema. En la STS 30 de enero de 1990, (RJ 1990, 74), se impuso la obligación de indemnizar a una víctima que tras un acto de negligencia médica quedó clínicamente muerta. En Italia y Alemania se ha vinculado el estado vegetativo o comatoso, producto de un daño, como un daño biológico susceptible de reparación, independiente del estado de conciencia de la víctima. En Bélgica, por el contrario, se requiere que la víctima sea capaz de experimentar dolor y sufrimiento para poder reclamar el daño moral sufrido. Aún en esta jurisdicción que parecía tener claro el supuesto, se han reportado casos donde se pone en duda la capacidad de la víctima a sentir dolor, luego de observar cambios clínicos que apuntan a una mejoría y un grado de sensibilidad subyacente.²⁸⁸

Con relación a los daños sufridos por la víctima que se encuentra en estado comatoso o vegetativo, el TSPR ha variado su postura con relación al tema. Hasta hace poco se había determinado, al igual que la postura de Bélgica, que siempre que se pudiese establecer el sufrimiento acaecido en la víctima como consecuencia del daño sufrido, se debía compensar, Blas v. Hospital Guadalupe, 146 D.P.R. 267 (1998). No obstante, modificó su posición posteriormente cuando estableció que independientemente del

²⁸⁷ Cour d'Appel Bordeaux, 18 avril 1991, Gaz. Pal, 1993, p. 216.

²⁸⁸ COUSY, H., DROSHOUT, D., "Non-Pecuniary Loss Under Belgian Law". *Tort and Insurance Law*. W. Horton Rogers y H. Koziol (eds.) Austria: Springer Wien New York. 2001, p. 38.

dolor que haya o no podido experimentar la víctima durante su estado comatoso o vegetativo, se debe compensar. En Sagardía De Jesús v. Hospital Auxilio Mutuo, 177 D.P.R. 484 (2009), el Tribunal describe su posición de la siguiente manera: “[E]sta lesión corporal, así como su afección a su facultad de sentir, son compensables. El que una persona esté en estado de coma o sedada como consecuencia de un acto torticero, constituye una lesión corporal compensable como daño moral. Dicha compensación no se fundamenta en la percepción del dolor solamente sino, entre otras cosas, en la lesión que sufrió, la cual la mantiene en la condición comatosa o imperceptible al dolor.”

No han faltado estudiosos del tema que difieren de esta posición. LARROUMET, argumenta que el daño sufrido por personas en estado de coma sólo debe compensarse si la víctima puede percibir las secuelas del daño.²⁸⁹ MARTÍN-CASALS, por su parte, lo considera como un efecto de *solatium*, cuyo propósito es ofrecer a la víctima la posibilidad de procurarse alternativas que reduzcan su dolor y desagrado, sobrevenido tras el daño.²⁹⁰ Al igual que este autor, los tribunales han adoptado una tendencia reparadora fundamentada en el principio de equidad.

España, Francia, Austria, Alemania e Italia son algunos países europeos cuyos tribunales han determinado que se debe indemnizar a las

²⁸⁹ Civ., 10 décembre 1986, J.C.P. 1987, IV, 62; LARROUMET, en D. 1979, I.R., p. 66.

²⁹⁰ MARTÍN-CASALS, M., *El daño moral*, op. cit., p. 857.

víctimas que quedan en estado vegetativo o en coma. La dignidad del ser humano ha sido utilizada como argumento principal para equiparar el daño de aquellos que poseen sus capacidades cognitivas y sensoriales sustancialmente limitadas como consecuencia de un acto u omisión dañoso. Aún en aquellos países donde no se admite la posibilidad de resarcir un daño moral cuando la víctima está en algún estado de presunta inconciencia, como la coma o estado vegetativo, han encontrado excepciones a su posición. En Bélgica, por ejemplo, la existencia de un daño inmaterial está sujeto a la percepción del dolor y sufrimiento que experimenta la víctima, razón por la cual de ordinario se niegan a reconocer daños morales a una persona que no está consciente del dolor o agravio que ha sufrido. COUSY y DROSHOUT nos señalan que los tribunales belgas han comenzado a reconocer que las personas que se encontraban en coma o estado vegetativo deben ser resarcidas mientras se encontraban en dicho estatus clínico.²⁹¹

La evaluación de este daño conlleva la apreciación subjetiva del estilo de vida de la víctima para poder distinguirla de los aspectos fisiológicos o funcionales que pueden ser evaluados mediante criterios objetivos. Varias legislaciones la han definido como la privación del placer de la vida normal o del placer de la existencia misma. Es decir, trabajar en

²⁹¹ COUSY, H., DROSHOUT, op. cit., p. 37-38.

las tareas cotidianas, mantenimiento del hogar, ir de paseo, viajar, conducir y cualquier otra función que realiza el ser humano en su vida cotidiana.

La definición provista por el TSE en la Sentencia de 7 de mayo de 1987, (RJ 1987, 3022) parece ser amplia al manifestar que consiste en la privación de *“la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una inevitable inclinación al desánimo en definitiva una situación de parcial desvalimiento.”* Pero más inclusiva y general es la provista por VINEY al describirlo como *“la pérdida de los goces ordinarios de la vida cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.”*²⁹²

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

²⁹² VINEY, G., “La responsabilité: effets”, *Revue Internationale de droit compare*, 1988, citado por BARRIENTOS ZAMORANO, M., op. cit., p. 75.

mentales que son pesares añadidos a la naturaleza humana.²⁹³ Propone además, que bajo este raciocinio debería ser más fácil establecer la existencia del daño por pérdida de capacidad para el disfrute de la vida que en los casos donde se alegan daños por angustias físicas y/o mentales.

3.3.4.2.3 Daño estético permanente

El Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptó en el Art. 11 de la Resolución 75-7 el 14 de marzo de 1975 con el propósito de reducir las diferencias en las posturas legislativas y jurisprudenciales de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el tema de la reparación de daños en casos de lesiones corporales y de muertes. A esos efectos, aportó una definición general del daño y esbozó el sentir de la comunidad europea sobre el daño estético al plantear lo siguiente: *“La víctima debe ser indemnizada del perjuicio estético, de los dolores físicos y de los sufrimientos psíquicos. Esta última categoría incluye con respecto a la víctima, diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentido de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado”*.²⁹⁴

²⁹³ CAPPALLI, R. B., “Tort Damages in Puerto Rico”, 46 *Rev. Jur. U.P.R.* 241, 271 (1977).

²⁹⁴ Conseil de l’Europe, Comité des Ministres, *Résolution (75) 7, Relative à la Réparation des Dommages en cas de Lésions Corporelles et de Décès, le 14 mars 1975*, [en línea]. [Consulta: 7 de julio de 2014]. Disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1390297&SecMode=1&DocId=651102&Usage=2>.

El daño estético permanente pretende indemnizar las alteraciones físicas que son definitivas en la persona luego de su recuperación, tales como cicatrices, amputaciones, anomalías al caminar, entre otras. Como podemos observar, este tipo de daño no se circunscribe a lesiones en el rostro de un individuo, sino que se extiende a cualquier parte del cuerpo que haya sido alterada de manera permanente. Se trata de manera independiente de aquellos daños funcionales relacionados con las actividades profesionales. En la actualidad no existe en Francia un baremo médico-legal que permita la apreciación objetiva de este tipo de daño. Gracias a los avances en el campo de la medicina, se podría observar en estos casos una restitución parcial, mediante las correcciones quirúrgicas que pueden proporcionar las cirugías estéticas, lo que eventualmente redundaría en una reducción proporcional de la compensación económica que debe realizar el causante. Las secuelas no tienen que estar en partes del cuerpo que se encuentren constantemente expuestas. En Cass. civ., 2^e, 9 octubre 2014, 13-23.345, Inédit, el TCF confirmó una determinación de los foros inferiores donde reconocían a un empleado que sufrió una enfermedad pulmonar secundaria a la exposición al asbesto en su lugar de trabajo, indemnización por concepto de daño estético por la cicatriz que quedó luego de que tuvieron que practicarle una lobectomía superior izquierda.²⁹⁵ La cicatriz tenía aproximadamente veinte centímetros y estaba

²⁹⁵ La lobectomía es un término que se utiliza en neurocirugía para referirse a la ablación

ubicada en el dorso lateral izquierdo. En otro caso reciente, el TCF confirmó una sentencia en contra de un menor y sus padres por las secuelas que el menor dejó a otro menor, al cual quemó con alcohol en el cuello, cara y pecho, en un quince por ciento (15%) de la superficie corporal.²⁹⁶ El tribunal concedió indemnización por concepto del daño estético temporero y permanente.

La STS del 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919) establece que la deformidad tiene que poseer carácter permanente para que sea compensada bajo esta modalidad del daño moral. Esto con independencia a los remedios paliativos que la ciencia pueda aportar para mejorar la lesión, como lo sería el caso de cirugías estéticas correctivas. Se reconoce que la secuela puede ser somática, física o de ambas naturalezas.

El CPE de 1848 requería que para que procediera una indemnización por daño estético, el ofendido quedase “notablemente deforme” y de esta manera se configurara un perjuicio estético por deformidad. No obstante, el TSE reconoció en la Sentencia de 30 de mayo de 1988 (RJ 1998, 4111) que *“la morfología humana tiene consecuencias graves en el aspecto económico, social, individual, psicológico e, incluso, psiquiátrico de la persona.”* Basado en ese argumento cambió el estándar requerido para que una víctima tenga derecho a ser indemnizada por daño estético y lo calificó

quirúrgica de un lóbulo del pulmón.

²⁹⁶ Cass. civ., 2^e, 11 septembre 2014, 13-16.897, Publié au bulletin.

diciendo que solo es necesario “*que la deformidad sea sentida por el sujeto que la sufre*”.²⁹⁷ La valoración del daño no se estima a base de factores subjetivos de belleza, sino de secuelas visibles que afectan la estética del agraviado. El Tribunal para ilustrar la subjetividad del particular hace referencia a la pregunta de Pascal “*¿qué curso hubiera seguido la historia del mundo si la nariz de Cleopatra hubiera sido más corta?*” y la oposición al famoso refrán del oso en el cual se reclama “*El hombre y el oso, cuanto más feo, más hermoso*”.²⁹⁸ Este factor ha sido claramente internalizado por las empresas y profesionales de la publicidad quienes han cambiado los estándares de belleza del vaquero del viejo oeste americano al concepto inglés del metrosexual, hombre del siglo XXI que se caracteriza por su gran preocupación por su imagen que lo llevan a trascender las barreras del cuidado personal y la imagen. Vemos una reciente tendencia en las pasarelas de ser más inclusivos en la selección de modelos que representan los contornos sociales optando por modelos con discapacidades físicas e intelectuales.²⁹⁹ Esta tendencia socio-cultural de redefinir los parámetros de

²⁹⁷ Sentencias que confirman esa posición en España: SSTs de 15 de junio de 2001 (RJ 2001, 6558); y 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394), por citar algunas.

²⁹⁸ Centro Virtual Cervantes, *El hombre y el oso, cuanto más feo, más hermoso*, [en línea]. [Consulta: 27 de junio de 2014]. Disponible en: <http://cvc.cervantes.es/lengua/refranero/ficha.aspx?Par=58616&Lng=0>. El refrán alude a la belleza masculina y establece que la misma no es importante para su virilidad y atractivo.

²⁹⁹ Lo apuntamos como un fenómeno y estrategia de los medios y lo denominamos como tendencia ya que en diferentes países se ha observado el particular. Winnie Harlow, modelo con vitiligo de la compañía Desigual, Aimee Mullins no posee piernas, Heather Kuzmich con síndrome de Asperger, Debbie Van Der Patten, quien perdió el brazo derecho a los 19 años en un accidente automovilístico, Melanie Gaydos, quien padece de displasia ectodérmica y Jack Eyers, veterano de guerra que perdió una pierna, son algunos de los múltiples modelos que han llegado a pasarelas de renombre internacional y han roto con los paradigmas de la belleza.

belleza y estética, eventualmente podría tener un impacto en las reclamaciones judiciales y en la valoración de los estándares de belleza e integridad corporal, aunque no vislumbramos un cambio drástico de posición. A diferencia de los casos que se ventilan de manera cotidiana en los tribunales, los casos reseñados a manera de ejemplo en el mundo de la moda han encontrado en su diferencia un activo y esta no será la norma social, sino un reflejo de inclusión y tolerancia.

En Puerto Rico, el TSPR reconoció por primera ocasión en el año 1952 el derecho a ser resarcido por daño moral relacionado con cicatriz y desfiguración que afecta la capacidad de la víctima. En particular, la víctima, una dama que viajaba en barco de Nueva York a Puerto Rico, sufrió una lesión permanente en su mano luego de que fuera lanzada de un lado a otro de la embarcación por el mal tiempo y se lesionara con el cristal roto de una vitrina. Como secuela se quedó permanentemente afectado el movimiento de extensión del dedo pulgar de la mano izquierda y quedó con una cicatriz.³⁰⁰

3.3.4.2.4 Daño moral sexual

Desde la década de los años 1970 los tribunales franceses reconocen el perjuicio sexual como una modalidad del daño moral, independiente de

³⁰⁰ Muñoz v. The N.Y. & P.R. S/S Co., supra.

las otras.³⁰¹ Se trata de la alteración o privación de funciones sexuales del individuo, incluyendo la libido y la reproducción.³⁰² En una determinación del 17 de junio de 2010, el TCF le definió, a base de la nomenclatura Dintilhac, el daño sexual indicando que incluye todos los perjuicios relacionados a la esfera sexual, a saber: el perjuicio morfológico relacionado a los atentados a los órganos sexuales primarios y secundarios resultantes en una disfunción permanente; el perjuicio relacionado al acto sexual, en sí mismo, que consiste en la pérdida del placer al sostener relaciones sexuales y la pérdida del deseo también referido como libido; y la pérdida de la capacidad física para realizar el acto sexual o la pérdida de la capacidad de experimentar placer y el perjuicio relacionado a la imposibilidad o dificultad para procrear. Los tribunales franceses han extendido el reconocimiento de este daño no sólo a la persona que siente una disminución o pérdida en el interés sexual, sino en la pareja que indirectamente sufre la privación de una vida sexual ordinaria. En el 1978, el Tribunal de Châlons-Sur-Marne determinó que se debía compensar a una mujer cuyo esposo se negó a consumar el matrimonio durante dos meses y medio como consecuencia del daño sexual sufrido.³⁰³ Prácticamente todos

³⁰¹ BOURRIÉ-QUENILLET, M., “Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation”, *JCP.G* 1996, I, n° 3986 ; GROUDEL, H., “ Les facettes de l’autonomie du préjudice sexuel ”, *Resp. civ. et assur.* 1993, chr. N° 7 ; MELENNEC, L., “ Le préjudice sexuel ”, *Gaz. Pal.* 1977, 2, p. 255.

³⁰² También se alude al término como ‘pretium voluptatis’ que es la pérdida de la libido en un paciente que presenta una depresión post-traumática.

³⁰³ Trib. Gr. Inst. Châlons-Sur-Marne, Res. 16 de marzo de 1978, *Gaz. Pal.* 1978, II, Somm. 399.

los tribunales europeos reconocen la necesidad de reparar o compensar a los perjudicados de ataques o abusos sexuales, toda vez resulta evidente que constituyen un ataque a la dignidad que crea un daño moral.

El TCF distinguió la necesidad de evaluar este daño de manera independiente al déficit funcional objetivo, toda vez que las secuelas genito-sexuales varían de una persona a otra dependiendo de su edad, género, situación familiar, las prácticas sexuales anteriores, entre otros factores y existen factores que dificultan el proceso de cuantificar el daño y de integrarlo al baremo establecido para la compensación de los Atentados a la Integridad Física y Psicológica (AIPP, por sus siglas en Francés).³⁰⁴ Originalmente, este daño moral se incluía en la compensación por perjuicios por pérdida de placer, pero paulatinamente se le fue reconociendo autonomía a la figura.³⁰⁵ La excepción continúa siendo los casos laborales donde se compensa dicho daño a través de la pérdida del placer, toda vez que la ley que regula dicha área del derecho reconoce expresamente el daño de la pérdida del placer y no así el daño sexual.³⁰⁶

³⁰⁴ El baremo para la determinación de la compensación de perjuicios en casos físicos y psicológicos es denominado “Atteinte Permanente à l’Intégrité Physique ou Psychique”, AIPP, por sus siglas en francés. La evaluación realizada por un perito en medicina, certificado en la reparación de perjuicios corporales, en una escala de 0 a 100, tomando en consideración la edad de la víctima y mediante la comparación de casos similares.

³⁰⁵ Civ. 2^e, 18 juin 1997, Resp. civ. et assur. 1997, com. no. 288; Civ. 2^e, 12 mai 2005, Bull. civ. II no. 122; Resp. civ. et assur. 2005, com. no. 212 obs. H. Groutel.

³⁰⁶ L. 452-3 del Código de Seguridad Social de Francia. El Texto del artículo, creado al amparo del decreto 85-1353 1985-12-17 art. 1 JORF 21 de diciembre de 1985, en lo pertinente, establece que: “...la victime a le droit de demander à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale la réparation du préjudice causé par les souffrances physiques et morales par elle endurées, *de ses préjudices esthétiques et d'agrément* ainsi que celle du préjudice résultant de la perte ou de la diminution de ses possibilités de

El TSE ha tenido ante su consideración casos de naturaleza civil donde se reclaman daños morales por secuelas relacionadas a la disfunción sexual de demandantes tras un accidente laboral. En la STS de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988, 771), el tribunal reiteró su posición con relación a la procedencia de daños morales por el impacto en los sentimientos afectivos elementales del ser humano. La mayor parte de los atentados contra la integridad sexual se ventilan en las salas penales de los tribunales españoles donde se proveen remedios de daños morales en caso de ser aplicable. En la STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014, 3578) el tribunal concedió compensación por daños morales tras sufrir la víctima de stress postraumático tras una agresión sexual, con acceso carnal. En otra instancia, vemos como el tribunal toma conocimiento del relato de una menor de edad con discapacidad intelectual moderada que fue víctima de violación por parte de tres jóvenes en varias ocasiones y concede daño moral derivado por los episodios vividos, en ausencia de testimonio pericial que sustentara algún tipo de secuela grave, dado su condición de déficit en el desarrollo.³⁰⁷ Nos parece interesante la STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275) donde el TSE reitera la procedencia de los daños morales tras un evento de agresión sexual y dispone que por su propia naturaleza es imposible una determinación precisa en términos monetarios. “*El daño*

promotion professionnelle...” (Énfasis suplido). En la medida que no se utiliza el término perjuicio sexual, los tribunales adjudican dichas controversias utilizando la figura del perjuicio de pérdida del placer.

³⁰⁷ STS de 4 de junio de 2014 (RJ 2014, 4509).

moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza de la misma y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico.”³⁰⁸ Vista la justificación del TSE podríamos colegir que en los casos de agresión sexual en España la concesión de daños morales representa una multa civil análoga a la que se impone en la jurisdicción norteamericana a través de los daños punitivos.

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

³⁰⁸ El TSE cita casos previos donde sostuvo igual determinación: SSTS de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8703); 18 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7862), entre otras.

desarrollo, el evento le afectará y por consiguiente procedió a indemnizarle por ello.

En Puerto Rico, el Tribunal Supremo ha tenido ante su consideración varios casos que van desde agresiones sexuales hasta eventos externos que han afectado el funcionamiento sexual del individuo. En los casos de agresión sexual se ha reconocido la existencia de un daño moral cuando la víctima ha sido violada, cuando se ha configurado una tentativa de violación y cuando la víctima ha sido hostigada sexualmente, haya o no agresión envuelta.³⁰⁹ Un caso donde se compensó por el impacto en la sexualidad de la víctima sin que hubiese agresión fue el caso del individuo que sufrió de un estado mental de reacción de conversión luego de que cables de alta tensión se cruzaran frente a su residencia y ocasionaran una fuerte explosión. Como secuela del evento, el perjudicado tuvo problemas físicos relacionados con parálisis del lado izquierdo, emisiones nocturnas de orina y semen y disfunción sexual, que le impidió por largo tiempo tener intimidad con su esposa. Se reconoció el perjuicio sexual a la víctima y a su esposa como parte del daño moral acaecido.³¹⁰

3.3.4.2.5 El daño de incapacidad de contraer nupcias (“d’établissement”)

³⁰⁹ Elba A.B.M. v. U.P.R. y otros, 125 D.P.R. 294 (1990); Rivera Pérez v. Cruz Corchado, 119 D.P.R. 8 (1987); Martínez v. Chase Manhattan Bank, 108 D.P.R. 515 (1979).

³¹⁰ Concepción Guzmán v. A.F.F., 92 D.P.R. 488 (1965).

Este daño consiste en la pérdida de una oportunidad de establecerse en un proyecto de vida familia normal a causa de la gravedad de la incapacidad sobrevenida como consecuencia del daño. Es la pérdida de la oportunidad de casarse, de formar una familia, de tener hijos y otros aspectos que obligan a la víctima a realizar adaptaciones y resignaciones sobre el plano familiar. Aunque no está claro para muchas personas si este daño debe considerarse como parte del perjuicio por pérdida del placer o del perjuicio sexual, los tribunales franceses le han reconocido su autonomía.³¹¹ La posición jurisprudencial ha sido defender la figura y ha reiterado su posición de distinguirlo del daño sexual y del que hemos definido para efectos de este trabajo como daño de amenidad o “*préjudice d’agrément*”.³¹² Más reciente aún, ha reiterado su identidad en contraposición con la figura del daño excepcionalmente permanente en la decisión del 13 de enero de 2012, donde el TCF vuelve a definir de la siguiente manera: “*Le préjudice d’établissement consiste en la perte d’espoir et de chance de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap.*”, Cass. 2e civ. 13 janvier 2012, n° 11-10224.

En España y Puerto Rico no se ha planteado la existencia de un daño moral por incapacidad para contraer nupcias, independiente de las otras

³¹¹ Civ. 2^e, 30 juin 2005, Resp. civ. et assur. 2005, com. no. 316.

³¹² Cass. 2^e civ., 12 mai 2011, n° 10-17148. También lo había establecido en Cass. 2^e civ., 30 juin 2005, n° 03-19817.

categorías del daño moral que puedan estar relacionadas con el evento dañoso que impide el matrimonio.

Ahora bien, un tema que hemos atendido en las diferentes modalidades de daño discutidas a lo largo de este trabajo, pero sin detenernos a analizar hasta ahora, es la tendencia de cónyuges que se demandan entre sí alegando daños morales. Esta tendencia es relativamente moderna porque en los países de Europa continental con tradición romano-canónica imperaba la mentalidad patriarcal que posicionaba al marido como jefe de familia, estableciendo un tipo de inmunidad contra reclamaciones que no se relacionaran a la nulidad matrimonial u otras previstas en la codificación vigente en la época. En Italia, por ejemplo, la mentalidad antes de la reforma del Código Civil de 1942 era que la cabeza de la familia era el esposo y le correspondía decidir sobre todos los aspectos relacionados con la vida matrimonial y las relaciones filiales. Se le reconocía además, el poder de control sobre su mujer, incluyendo la capacidad de limitar toda actividad que a su juicio resultara incompatible con sus deberes familiares.³¹³ No fue hasta la consagración del principio de igualdad en la Constitución Italiana, en su art. 29 y la aprobación de la reforma del Derecho de familia en el año 1975, que se comenzó a

³¹³ CATTANEO, G., “Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali”, *Diritto e Procedura Civile*, 2003, p. 2291-2299.

reconocer la posibilidad de que ambos cónyuges reclamaran ante el foro judicial cualquier tipo de daño contra terceros o entre ellos.³¹⁴

En Francia, con la adopción de la Ley de reforma del divorcio, Ley 75-617 de 1975 de 11 de julio, se reconoció el derecho del cónyuge a ser resarcido por las consecuencias dañosas, que le haya ocasionado el divorcio.³¹⁵ Nótese que el lenguaje del CCF habla en términos generales de los daños e intereses ocasionados por el divorcio, contemplando la posibilidad de reclamaciones por concepto de daño moral. En Portugal, el art. 1792 del Código Civil contempla expresamente la posibilidad de que un cónyuge reclame al otro, en el proceso de divorcio, indemnización por daños no patrimoniales.³¹⁶

Hay quienes plantean que la democratización de la institución familiar y los tres principios que actualmente rigen el Derecho de familia: desarrollo de la personalidad, autonomía del sujeto familiar y la igualdad entre cónyuges, son los que han abierto las puertas a la posibilidad de la

³¹⁴ La reforma en el Derecho de familia se realizó mediante la adopción de la Ley 151-1975 de 19 de mayo.

³¹⁵ El Artículo 266 del Código Civil Francés dispone que “*Sans préjudice de l’application de l’article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu’il était défendeur à un divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu’à l’occasion de l’action en divorce*”.

³¹⁶ “*Artigo 1792º: (Reparação de danos não patrimoniais): 1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.*” El art. 1781, inciso c, establece que puede constituir la causa de ruptura de vida en común la alteración de las facultades mentales de uno de los cónyuges cuando dure más de tres años y la gravedad comprometa la posibilidad de vida en común.

aplicación del Derecho de daños en el Derecho de familia.³¹⁷ En España, se han ventilado casos en el más alto foro judicial donde se ha condenado a una de las partes a indemnizar al otro cónyuge por daños morales ocasionados por su comportamiento doloso, tras contraer matrimonio para satisfacer sus apetencias sexuales e incurrir en infidelidad, abandonando eventualmente el hogar.³¹⁸

3.3.4.2.6 El daño excepcional permanente

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

El concepto se ha ampliado a los casos donde sobreviven las víctimas y provee una indemnización para las consecuencias del cambio de vida de las personas cercanas y queridas, así como el efecto que causa la dependencia de éstos tras los eventos incapacitantes. Aún para los tribunales franceses resulta difícil distinguir la figura del daño

³¹⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales*, Daños en el Derecho de Familia, De Verda y Beamonte (coord.), Valencia: Aranzadi, 2006, p. 149-177.

³¹⁸ STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5901).

excepcionalmente permanente de las demás categorías del daño moral. En determinación de la Segunda Sala Civil del TCF de 11 de septiembre de 2014, se determinó que no procede la compensación bajo el daño excepcional permanente si ya ha sido concedido bajo otro supuesto. En este caso se había resarcido el daño bajo la figura del déficit funcional permanente. Los hechos del caso se relacionan con una tentativa de asesinato contra una joven que recibió varias heridas punzantes con un arma blanca por parte de su amigo íntimo.³¹⁹ El tribunal inferior entendió que el sufrimiento experimentado por la víctima al ser agredida por una persona tan íntimamente relacionada a ella no estaba previsto en la indemnización concedida bajo el apartado de daño temporero por sufrimientos experimentados. El TCF estimó que se duplicó la indemnización y que no procedía la aplicación del daño excepcionalmente permanente porque ya el tribunal había concedido un remedio.

Nuevamente, en la Sentencia emitida por la misma sala el pasado año, el TCF determinó que la víctima de una mutilación, cuya secuela conllevó la ceguera del ojo izquierdo, fue compensada doblemente por el tribunal inferior en contravención con el art. 706-3 del código de procedimiento criminal.³²⁰ El tribunal de instancia había concedido una indemnización por los daños extrapatrimoniales y el informe del perito judicial hacía referencia al impacto psicológico de las secuelas sobre la vida

³¹⁹ Cass., civ., 2^e, 11 septembre 2014, n° 13-24.344, Inédit.

³²⁰ Cass. Civ. 2^e, 16 janvier 2014, n° 13-10.566.

afectiva y familiar de la víctima. No surgían elementos distintos a los compensados por el déficit funcional permanente y daño estético, que justificaran la concesión de esta indemnización especial. El TCF recalcó el carácter excepcional de este daño y lo expresó de la siguiente manera: “*Le poste des préjudices permanents exceptionnels indemnise des préjudices extrapatrimoniaux atypiques, directement liés au handicap permanent qui prend une résonance particulière pour certaines victimes en raison soit de leur personne, soit des circonstances et de la nature du fait dommageable, notamment de son caractère collectif pouvant exister lors de catastrophes naturelles ou industrielles ou d’attentats.*”

En España, las lesiones permanentes se estiman a base del baremo adoptado mediante la LRCSCVM en los casos donde resulta aplicable, como un factor de corrección o complementario. En los casos donde no aplica el baremo por no tratarse de accidentes con vehículos de motor, el TSE ha utilizado los baremos como referencia para valorar los daños.³²¹

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

3.3.4.3 Daños extrapatrimoniales evolutivos

³²¹ Véase STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514) que a su vez cita varias sentencias previas, incluyendo la del 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 674). Expresa el TSE que “...el baremo, como criterio de cuantificación, tiene valor orientador en cuestiones ajenas a la circulación, lo que permite dotar de certidumbre y seguridad jurídica a las indemnizaciones.”

3.3.4.3.1 El daño específico por contaminación

Comprende las patologías que son evolutivas, según definidas por el informe Dintilhac, que no poseen cura y por tanto no se resuelven a través del tiempo. La aplicación típica es tras la contaminación por un agente exógeno de origen biológico, químico o físico que produce la aparición de una patología que pone en riesgo el pronóstico de vida. Este es el caso de las personas contaminadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), en cualquiera de sus etapas. En el año 1991, se creó en Francia un fondo de indemnización para las personas contaminadas por el VIH tras recibir transfusiones sanguíneas o derivados de sangre. La creación fue mediante la adopción de la Ley Núm. 91-1406, de 31 de diciembre de 1991. En la misma se definió el daño de contaminación como: *“un préjudice personnel et non économique recouvrant l’ensemble de troubles dans les conditions d’existence entraînées par la séropositivité puis, s’il y a lieu, par la survenance de la maladie déclarée”*.³²² El tribunal ha establecido que las repercusiones morales sobre la víctima en las diferentes etapas seropositivas son distinguibles y por consiguiente [fáciles] de compensar.³²³ Algunos elementos tomados en consideración en la fase inicial de la enfermedad son el déficit funcional, privación del placer, dolor

³²² Ministère de l’emploi et de la solidarité, Secrétariat d’Etat à la santé et à l’action sociale, Rapport annuel sur le dispositif d’indemnisation des hémophiles et transfusés contaminés par le virus de l’immunodéficience humaine (V.I.H.), La Documentation française, 1999, p. 6.

³²³ VINEY, G., JOURDAIN, P., op. cit., p. 325.

físico, daño estético significativo, sufrimientos morales y psicológicos, reducción de la expectativa de vida, incertidumbre sobre el futuro y la perturbación de la vida familiar. Posteriormente, en la etapa más avanzada de la enfermedad se evalúan los déficit funcionales, frustraciones, daño de la pérdida del placer, dolores físicos y daños estéticos que justifican por sí la reevaluación de la compensación ofrecida. La literatura sobre el tema proliferó en la década de los años 1990, con el desarrollo de los casos de SIDA, la etapa terminal de la mortal enfermedad.³²⁴ La reparación de este daño contempla todos los efectos psicológicos y fisiológicos del perjudicado. El TCF ha indicado que los miedos y angustias de las víctimas son tomadas en consideración en la valoración del daño.³²⁵ En la valoración del daño, el TCF ha establecido que no está incluido el déficit funcional, ya sea temporero o permanente, por lo que debe ser valorado y compensado de manera separada.³²⁶

En la jurisdicción francesa, el TCF ha establecido otras enfermedades de carácter crónico y terminal como condiciones que ameritan indemnización por concepto de daños morales cuando ha ocurrido una

³²⁴ BESSIÈRES-ROQUES, I., “Le préjudice spécifique de contamination : un nouveau préjudice ?”, *RFDC* 1993, p. 79 ; LAMBERT-FAIVRE, Y., “L’indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida, hier, aujourd’hui et demain”, *RTD Civ.* 1993, p. 1.

³²⁵ Cass. 1^e, Civ., 1^{er} avr. 2003, n° 01-00.575 : Bull. civ. 2003, I, n° 95 (VHC); CA. Rennes, 5 mai 2004, n°02/01879 (VIH).

³²⁶ Cass. Civ. 2^e, 24 septembre 2009, n° 08-17241; 19 novembre 2009, n° 08-11622, 08-16172 y 08-15853; 25 février 2010, n° 08-20942.

contaminación. Ejemplo de ello son las personas contaminadas con el virus de Hepatitis C, tras una transfusión sanguínea.³²⁷

En España, el TSE tuvo ante su consideración un caso donde los padres y hermana de dos niños que contrajeron hepatitis C y VIH tras recibir transfusiones de sangre para tratamiento de hemofilia que padecían, reclamaron daños morales. La controversia versaba sobre el alcance de la compensación concedida por concepto de daño moral a los reclamantes. El TSE, por vía de excepción, no solo validó la cuantía, sino que la aumentó para contemplar los sufrimientos acaecidos al experimentar el deterioro en la salud de los dos niños, uno de los cuales había fallecido al momento de ventilarse el proceso judicial y el otro se encontraba grave en etapa terminal.³²⁸ Cabe señalar que en esta jurisdicción, no se ha adoptado una categoría especial para el supuesto de contaminación con enfermedades terminales, sino que otorga los daños morales bajo los supuestos existentes.

La Audiencia Provincial de la Coruña (Sección 4ª), emitió Sentencia el 20 de marzo de 1998 donde condenó a dos instituciones sanitarias y a la Agencia de Seguros a indemnizar a los demandantes por la contaminación con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) a su hijo de 16 años de edad, tras un tratamiento con fibrinógeno contaminado, teniendo como

³²⁷ Cass., civ., 1º, 9 juill. 1996, nº 94-12.868; Bull. civ. 1996, I, nº 306; Cass., civ., 1º, 1 avr. 2003, nº 01-00.575; Bull. civ. 2003, I, nº 95.

³²⁸ SSTS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2005, 2641); de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161). Más reciente, véase el caso STS 2 de febrero de 2015 (JUR 2015, 47662).

secuela la muerte eventual del joven. En el Tribunal Supremo esta tendencia se reiteró en los casos de SSTS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169), 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 933) y 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 2406). La Audiencia Provincial de Madrid, reconoció a una dama el sufrimiento de daños morales tras la angustia de pensar si su esposo le había contagiado el VIH, ya que éste sabía que era seropositivo antes de contraer matrimonio y sostuvo relaciones sexuales con ella sin protección y sin advertirle del particular. El tribunal concedió indemnización a la peticionaria, arguyendo que a pesar de que no se había confirmado la existencia de la enfermedad en ella, se encontraban presentes los elementos del daño moral por el sufrimiento psíquico, zozobra, angustia, ansiedad, sensación anímica de inquietud y otras características que han sido reiteradas en la jurisprudencia española.³²⁹

Entre otras condiciones de salud compensadas bajo esta modalidad de daño moral en España se encuentran, el virus de Hepatitis C, aunque la tendencia en la compensación ha sido menor que en los casos donde la infección es con el patógeno del VIH, esto por las secuelas sociales y clínicas de la enfermedad.³³⁰ Algunos expertos entienden que también podrían incluirse los supuestos de cáncer, secundario a la inhalación de asbestos, tema que abordaremos más adelante, el padecimiento de la

³²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAPM) de 10 de julio de 2007 (AC 2007, 1899).

³³⁰ SSTS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1998, 1240); 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8055).

enfermedad de Creutzfeldt-Jacob causada por las hormonas de crecimiento, o la variante humana de la enfermedad de las vacas locas, tras la ingestión de carne contaminada con el prión.

En España, los tribunales han adoptado indicadores que sirven de marco de referencia al ponderar el alcance del daño sufrido y por consiguiente la compensación que concederán a las víctimas. En específico, se considera la edad de la víctima, la etapa en que se encuentra la enfermedad, las consecuencias físicas y psicológicas en la persona contagiada, la situación familiar, el impacto en la vida íntima del perjudicado y el costo del tratamiento.

3.3.4.3.2 El caso particular de la contaminación por asbestos en Francia:

Según anticipamos, discutimos el caso particular de las personas contaminadas con asbestos, toda vez que los tribunales franceses han creado una categoría de daño moral específica para este tipo de supuesto. Lo han denominado daño por ansiedad y fue definido por el TCF como una situación de inquietud permanente ante el riesgo de padecer de una enfermedad, Cass. soc., 11 mai 2010, n°. 09-42241. En este caso, el TCF reconoció el derecho de los trabajadores expuestos al asbestos a ser indemnizados por sus patronos, basándose en la ansiedad constante que viven al ver compañeros de labores que han enfermado y muerto de una condición de salud terminal, denominando este tipo de estado como daño

por ansiedad.³³¹ Por lo general, es invocado en los casos laborales de exposición al asbestos y se han reportado casos en tribunales de primera instancia por reclamaciones de exposición en centrales nucleares. El parámetro para definir ansiedad es la codificación que hace la Organización Mundial de la Salud.³³² A pesar de que este caso específico ha sido atendido con una perspectiva de seguridad social laboral y se ha requerido por ley la adopción de un registro de compañías e individuos que estuvieron trabajando en condiciones donde había asbestos presente, la aplicación del daño no es automática y se han documentado casos donde se ha denegado el daño por ansiedad por falta de prueba suficiente o por haber sido reparados de alguna otra manera contemplada en la legislación laboral.³³³

³³¹ Ya en el año 2002, el Tribunal de Apelaciones de Paris había reparado, por primera ocasión, el daño moral denominado perjuicio por ansiedad: CA. Paris, 14 fév. 2002, n° 2002/168616 et n° 2002/168613. Las determinaciones más recientes sobre el tema por parte del TCF son: Cass. soc., 17 décembre 2014, n°s 13-21254 13-21255 13-21256 13-21257 13-21258 13-21259 13-21260 13-21261 13-21262 13-21263 13-21264 13-21265 13-21266 13-21267 13-21268 13-21269 13-21270 13-21271 13-21272 13-21273 13-21274 13-21275 13-21276 13-21277 13-21278. Notamos que en las últimas determinaciones judiciales, también utilizan el término perjuicio de angustia para referirse al mismo tema. La creatividad de los tribunales de instancia y apelativos había promovido el uso del término “*préjudice d’angoisse*” a otro tipo de supuesto donde se reconocía a víctimas y terceros daños sujetos a resarcimientos cuando se encontraban en situaciones donde quedaban convencidos de que vivían los últimos instantes de su vida, como ocurrió en el caso de una balacera. Cabe señalar, que esta modalidad de daño moral no ha sido considerada por el TCF como un daño moral independiente.

³³² OMS- Organización Mundial de la Salud, ubica la ansiedad bajo las clasificaciones F40 (fobias) y F41 (otros trastornos de ansiedad). El TCF, Sala Social, hace referencia en sus Sentencias relacionados a casos de trabajadores expuestos a contaminación por asbestos, al trastorno de ansiedad generalizada (F41.1) y al trastorno de ansiedad no específica (F41.9). Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-20.136, Inédit.

³³³ Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-21.109, Inédit.

La controversia sobre la procedencia del daño por ansiedad en lugar del perjuicio específico por contaminación es algo que fue ponderado por el TCF, presentando su argumentación en sentencia publicada en Cass. civ., 2º, 20 juill. 1993, nº92-06.001 : Bull. civ. 1993, II, nº 274. El tribunal inició su argumentación haciendo una distinción entre el daño causado por la contaminación del virus de inmunodeficiencia humana en contraposición con el estadio terminal de la condición, SIDA. En ambos casos, aunque hayan diferencias en cuanto a los efectos de la enfermedad, se puede corroborar la existencia de la misma mediante pruebas diagnósticas. Por el contrario, la presencia de fibras de asbestos en los pulmones no se puede detectar en sus primeras etapas de desarrollo, cuando el ser humano aun está asintomático. Atribuye el tribunal la distinción en el hecho de que compensa una ansiedad fundada en los hechos de exposición al material contaminante, sin que necesariamente se haya corroborado su presencia, toda vez que el diagnóstico se realiza una vez se comienzan a experimentar síntomas en una etapa avanzada de la condición. Por esta razón, concluye el TCF que no se puede reparar la agonía de las personas expuestas al asbestos mediante el daño específico de contaminación el cual han reservado prácticamente para casos de contaminación con el VIH y Hepatitis y lo hace mediante la creación del perjuicio por ansiedad.

3.3.4.4 Daños a víctimas indirectas

La doctrina francesa denomina esta modalidad como “*préjudice par ricochet*”, que literalmente se traduce como daño por rebote. El mismo puede manifestarse en daños físicos y morales sobre personas que no son el objeto directo del daño, pero también sufren las consecuencias. Por ejemplo, hijo producto de un acto incestuoso que al descubrir que su padre es también su abuelo sufre de un daño psicológico grave.³³⁴ En ese caso la víctima del atentado sexual fue su madre, pero el menor una vez tiene uso de razón y toma conocimiento del particular sufre el daño. Este no es el típico caso de daño por rebote, ya que por lo general se manifiesta contemporáneo al evento y no a posteriori como el ejemplo que se presentó.

En otras instancias, el TSF determinó que procede la indemnización, por concepto de daños morales por rebote, a dos hijos menores de un hombre que perdió el brazo izquierdo en un accidente.³³⁵ La relación y las actividades que se desarrollan luego del daño no tendrán el mismo alcance, ya sea por el estado emocional en el que se encontraba el padre luego del accidente o por la limitación física que no le permitirá realizar ciertas actividades de ocio con sus hijos. De igual manera, se ha reconocido el impacto de la muerte de una persona en la vida de otros bajo este apartado. En otro caso decidido por el máximo foro judicial francés, se reconoció a

³³⁴ Cass. crim. 4 février 1998, Dalloz, 445 et seq., note D. Bourgault-Coudevylle.

³³⁵ Cass., civ., 2^e, 23 octobre 2003, 02-15.424, Inédit; en un caso similar, véase Cass., civ., 1^{re}, 28 octobre 2003, 00-18.794 y 00-20.065.

los hijos de una mujer que murió en un accidente, el derecho de reparación al daño moral por rebote como consecuencia del sufrimiento y las secuelas emocionales que quedaron luego del accidente.³³⁶ En el Derecho francés la primera determinación judicial que reconoció el derecho de los hijos a ser compensados por el daño moral relacionado con la pérdida de un padre se remonta al 1923 en el caso de *Lejars c. Consorts Templier*.³³⁷ En Francia, esta modalidad de daño moral ha sido severamente criticada porque la aplicación jurisprudencial ha sido muy dadivosa, extendiendo la legitimación a familiares que no son parte del núcleo inmediato de la víctima y llegando a reconocer hasta diez (10) familiares con derecho a indemnización por este concepto en un solo caso.³³⁸

En el Derecho Español se reconoce en el Código Penal, Artículo 113, la posibilidad de reparación del daño moral por rebote cuando tienen lugar como consecuencia de un delito. Así también el TSE se ha pronunciado en varias instancias donde se valida el principio de reparación del daño por rebote.³³⁹ Uno de los casos donde se puede apreciar con mayor facilidad es el de las víctimas de atentados terroristas en lugares públicos. En aquellos

³³⁶ Cass., crim., 16 novembre 2010, 09-87.211, Inédit.

³³⁷ Cass. civ., 13 février 1923, Dalloz périodique et critique (D.C.), 1, 52, note H. Lalou.

³³⁸ GALAND-CARVAL, S., *Non-pecuniary loss under french law*, in W. HORTON ROGERS, & H. KOZIOL (eds.), *Tort and Insurance Law*, Austria: Springer Wien New York, vol. 2, p. 93, citando un estudio realizado por la Comisión Bellet. En el mismo informe, se argumenta que en el 1979 hubo un aumento en el número de familiares compensados en casos de víctimas de accidentes fatales, quedando en una media de 5,3 para el año 1979.

³³⁹ SSTs de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3953) y 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 5018).

casos donde los atentados no van dirigidos a la víctima en particular, los criminales no conocen las víctimas, pero sus acciones ocasionan lesiones, traumas físicos y psíquicos, daños permanentes o incluso la muerte por el mero hecho de estar presentes en el lugar de los hechos, convirtiéndose en una víctima indirecta del atentado. El 17 de julio de 2008, el TSE emitió Sentencia en la sala de lo penal, Sección 1ª, donde se cuestionaba que las cantidades concedidas por concepto de daños era excesiva, incluyendo la atribuida por concepto de daños morales. El tribunal explicó que era razonable porque en la misma se incluía: *“el quantum destinado a paliar el perjuicio moral de los familiares directos de la joven por la durísima situación permanente en que la misma se encuentra, la cantidad que a ella misma se atribuye como perjudicada y aquella otra cantidad que se destina al cuidado en un futuro...”*

3.3.4.4.1 Daño por ausencia

Denominado en francés como *“préjudice d’accompagnement”* se configura, según la nomenclatura Dintilhac, cuando las personas cercanas a una víctima que ha fallecido experimentan desconcierto, horror, trastornos y otros sentimientos de desamparo luego de la muerte. En las modalidades donde el difunto sufrió una larga enfermedad también se consideran esas etapas terminales, aunque la denominación de daño por ausencia no se ajuste a dicha experiencia. Un elemento indispensable es establecer la cercanía afectiva o íntima que posee la persona con la víctima fallecida. La

Corte de Casación en Francia estableció, mediante Sentencia de 2 de febrero de 1931 (D. 1931.1.38 y ponencia de Pilon; S. 1931.1.123), que en estos casos se requiere que al reclamante poseer “*un intérêt affectivo, nacido de un vínculo de parentesco carnal o por afinidad*”, extendiendo el término afinidad a los que sostenían una relación de noviazgo. El TCF ha sido consistente en el reconocimiento de este tipo de daño.³⁴⁰

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

En Puerto Rico, el daño por ausencia tampoco reconoce como una causa de acción separada de las angustias mentales que haya podido experimentar la víctima que ha perdido a un ser querido. Incluso, se ha debatido la capacidad del reclamante para experimentar el daño. En Correa v. A.E.E., 83 D.P.R. 144 (1961), el TSPR se negó a conceder compensación por la muerte de la madre de una menor porque ésta tenía

³⁴⁰ Véase, Cass. civ. 1^e, 18 juin 2014, n° 13-13.471, Publié au bulletin; Cass. civ. 2^e, 21 novembre 2013, n° 12-28.168, Publié au bulletin.

solo tres años al momento de la pérdida. Posteriormente, concedió una compensación de \$8,000.00 a una infante por la pérdida de su madre, asumiendo una postura objetiva del daño.³⁴¹ A pesar de que el TSPR, al igual que el TSE, han tenido la tendencia a adjudicar la partida del daño moral de manera general y sin distinguir la compensación por modalidad de daño, no cabe duda que en la jurisprudencia puertorriqueña se ha reconocido la pérdida por ausencia como una modalidad de daño moral que debe ser compensada. En el análisis del daño por ausencia, el TSPR se ha visto influenciado por el derecho norteamericano, al adoptar los Artículos 60 y 61 del Código de Enjuiciamiento Civil tomando como referencia el Estado de California. Mediante dichos artículos se reconoce, a partir del año 1902, la legitimación activa de los herederos a demandar por las consecuencias relacionadas con la muerte del causante. En su comienzo, la aplicación del articulado excluía totalmente la compensación por concepto de daños morales e inicialmente en su aplicación el TSPR decidió conforme a la casuística norteamericana negando la compensación por dicho concepto.³⁴² Una década más tarde, el TSPR cambió su postura jurisprudencial permitiendo la concesión de daños morales en casos donde se producía la pérdida de un ser querido.³⁴³ Un aspecto importante, es que determinaron que la acción no era hereditaria, razón por la cual podían

³⁴¹ Rodríguez v. A.A.A., 98 D.P.R. 872 (1970).

³⁴² González v. San Juan Light and Transit Co., 17 D.P.R. 124 (1911).

³⁴³ Maldonado v. Porto Rico Drug, 31 D.P.R. 747 (1923); Orta v. P.R. Railway Light & Power Co., 36 D.P.R. 743 (1927).

reclamar los familiares cuyos vínculos afectivos fuesen lo suficientemente fuertes para experimentar un daño emocional. La interpretación se extendió y posteriormente se reconoció el daño moral a hermanos, nietos, abuelos, tíos, abuelos, concubina, prometida, novia y ex-esposa.³⁴⁴

3.3.4.4.2 Daño por pérdida de afecto

Esta pesadumbre moral nace del sufrimiento por la lesión o muerte de un ser querido, independientemente de las relaciones de derecho o de hecho. En Francia, se hace referencia al trauma que pueden experimentar los familiares de personas que fallecen, especialmente bajo circunstancias inesperadas y trágicas y se reconoce el derecho a indemnización de las víctimas por rebote en casos de fallecimiento de familiares.³⁴⁵ La adjudicación de daños bajo esta categoría opera de manera automática prácticamente. Se ha reconocido una presunción de daño a los familiares la cual puede ser rebatida.³⁴⁶ En España y en Francia se han superado las controversias relacionadas con el estado civil o la orientación sexual de los

³⁴⁴ Santini Rivera v. Serv. Air. Inc., 137 D.P.R. 1 (1994)- se reconoce derecho a padres y a novia; Velázquez Ortiz v. U.P.R., 128 D.P.R. 234 (1991)- abuelos; Meléndez v. Lebrón Rodríguez, 111 D.P.R. 45 (1981)- nieta; Zeno Molina v. Vázquez Rosario, 106 D.P.R. 324 (1978)- tía de crianza; Correa v. A.F.F., 83 D.P.R. 144 (1961)- concubina Blas Toledo v. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, 146 D.P.R. 267 (1998)- padrastro.

³⁴⁵ Cass. 1^o, civ., 28 octubre 2003, n^{os} 00-18.794 y 00-20.065.

³⁴⁶ La presunción puede ser rebatida. En el caso Cass. 1^o civ., 7 octubre 1992, *Responsabilité Civile et Assurance (Resp. Civ. et Ass.)*, 434, se reclamaban daños para la esposa por el perjuicio sufrido por su esposo, que fueron eventualmente desestimados porque se rebatió la presunción demostrando que había intenciones de divorcio al momento que ocurrió el daño.

demandantes. Se ha reconocido legitimación activa de las parejas sobrevivientes en instancias donde se mantenía una relación de hecho, independientemente se tratara de parejas heterosexuales u homosexuales, estableciéndose como discriminatorio el desestimar reclamaciones por el hecho de que el reclamante mantuviese una relación homosexual con la víctima.³⁴⁷ En Puerto Rico, por el contrario, no se ha reconocido esta modalidad del daño moral como una independiente a las angustias mentales y en cualquier tipo de modalidad, no se reconoce legitimación activa a parejas homosexuales que reclaman daño moral.³⁴⁸

Los elementos para establecer este tipo de daño son difíciles de definir y por consiguiente ponderar por parte de los juzgados. Criterios, tales como la cohabitación con la víctima, modificación de las relaciones interpersonales causadas por el difunto, así como factores socioeconómicos del demandante han sido tomados en consideración en la valoración del daño lo que resulta ajeno a la intensidad del dolor experimentado por la persona que hace la reclamación.

³⁴⁷ Audiencia Provincial de Sevilla, (ARP 2004, 480) de 6 de septiembre.

³⁴⁸ La tendencia es a establecer que la reparación concedida por concepto de daño moral incluye las modalidades de pérdida de compañía, afecto, angustias mentales y cualquier otra concedida, pero de manera global. Ejemplo de esta tendencia jurisprudencial la encontramos en los casos del TSPR: Batista v. Clínica Juliá, 71 D.P.R. 823 (1950); Roses v. Clínica Juliá, 67 D.P.R. 518 (1947); Travieso v. Del Toro, 74 D.P.R. 1009 (1953); Hernández v. Gobierno de la Capital, 81 D.P.R. 1031 (1960); Cintrón Adorno v. Gómez, 147 D.P.R. 576 (1999). En este último, la pérdida de compañía y afecto se concedió junto a la compensación de angustias mentales.

En los casos donde la víctima sobrevive, también se puede configurar el daño al afecto por la dificultad que causa el ver al ser querido incapacitado e impedido de realizar actividades rutinarias de manera independiente. La extensión de este daño ha sido reconocida en Francia a tíos y tías del perjudicado, lo que ha sido criticado por la doctrina francesa por considerarla muy amplia.³⁴⁹ La jurisprudencia gala reconoció por primera ocasión este tipo de daño el 2 de febrero de 1931, mediante una determinación de la Corte de Casación. En ese caso, el tribunal determinó que la indemnización del daño al afecto estaba limitado a familiares cercanos.³⁵⁰ Según ha evolucionado el concepto, los tribunales franceses han extendido la protección del daño al afecto a personas que no son parte del núcleo familiar tradicional, concediendo indemnizaciones por este concepto a hermanos, hijos ilegítimos, abuelos, nietos, novios, sobrinos, hijos de crianza, esposos en proceso de divorcio y concubinos que no estuviesen en adulterio.³⁵¹ En el caso de los nietos, los tribunales franceses han determinado que se toma en consideración la edad a la cual el infante puede experimentar este tipo de daño. Basado en esto, se registró una sentencia donde se reconoció a un niño de cuatro años que perdió a su

³⁴⁹ Cass. Civ. 16 de abril de 1996, D. 1996 IR 135.

³⁵⁰ Cass. Req. 2 de febrero de 1931, DH 1931.113, JCP 1931.II.41, S. 1931.I.123, DP 1931.I.38, rapp. Pilon).

³⁵¹ Hermanos, ver Cass. Req. 16 de diciembre de 2010, 10-11.628, Inédit; Concubina, ver Cass. Chambre Mixte, 27 de febrero de 1970, 68-10.276, Publié au bulletin; Abuela, ver Cass., Chambre Civile 2, 28 de febrero de 2013, 11-25.446 11-25.927, Publié au bulletin; Sobrinos e hijos de crianza, ver Cass., Chambre criminelle, 27 de enero 2004, 03-87.778, Inédit.

hermano en un accidente automovilístico, el derecho a reparación del daño moral por la pérdida de afecto y se valoró la misma en 20,000 francos.³⁵²

La indemnización de este daño ha sido producto de grandes controversias en Francia, pero los tribunales han sido consistentes en la protección y reconocimiento de la figura.³⁵³ En principio, las controversias giran en torno a la dificultad inherente al proceso de valoración del sufrimiento del perjudicado o lo que se requerirá para satisfacer o compensar su dolor. La aplicación de esta modalidad ha sido extendida por los tribunales a individuos que han perdido la compañía de un animal por la intervención de un tercero. Ejemplo de este tipo de reconocimiento se remonta al año 1962 cuando se emitió en Francia una sentencia por la muerte de un caballo de carreras. En la misma, se reconoció al dueño del caballo de carreras Lunus, el derecho a recibir una compensación por el daño moral sufrido tras la muerte del equino mientras se encontraba en un espacio provisto por un tercero.³⁵⁴ En determinaciones posteriores, los tribunales de Francia y España han reconocido el sufrimiento de personas que han perdido sus mascotas en eventos intensos como lo son el ataque en manos de otro animal y la muerte de la mascota tras una agonía de cinco días como consecuencia de un accidente causado por un conductor

³⁵² Bouges, 3 juin 1996, *Semaine Juridique* 1997, IV, 1486.

³⁵³ VINEY, G., JOURDAIN, P., *op. cit.*, p. 340-341.

³⁵⁴ Cass. 1^e civ., 16 janvier 1962, D. 1962, jur., p. 199. En otros casos similares, Cass. 1^e civ., 27 janvier 1982, n^o 80-15.947.

irreverente.³⁵⁵ En Puerto Rico también se ha reconocido que la pérdida de una mascota provoca daños morales compensables, aunque no se han ventilado casos contemporáneos sobre el tema.³⁵⁶

3.3.4.5 Daño moral por pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad es un tipo de reclamación que ha ido en aumento en las últimas décadas por la inconformidad de las víctimas y el fácil acceso al mecanismo judicial. El TSE reconoce que la tendencia jurisprudencial ha sido a compensar la pérdida de oportunidad como un daño moral a pesar de que hay instancias en las que se puede identificar un daño patrimonial o daño material.³⁵⁷

Se extienden estos supuestos donde se pierde la posibilidad de competir en actividades deportivas porque el transportista, aéreo o terrestre, experimenta retrasos, la pérdida de oportunidad de gozar de una buena salud por la intervención inadecuada de un profesional de la salud, entre tantas otras que podríamos enumerar.³⁵⁸

³⁵⁵ Tribunal de Rouen, 16 de septiembre de 1992, Gaz. Pal., 1993, p. 22; de igual manera la AP de Burgos (Sección 2a) emitió Sentencia núm. 573/2005 de 23 de diciembre donde reconoce daño moral al dueño de un perro que murió tras ser agredida fieramente por otro perro, (JUR 2006, 135610); la AP de Barcelona (Sección 17ª) emitió sentencia número 479, 2012) de 26 de septiembre, con igual reconocimiento, (JUR 2013, 15805). Véase el caso de 23 de diciembre de 2014 (AC 2014, 2359) donde se impone responsabilidad al veterinario por no supervisar adecuadamente una mascota que comió huesos y falleció.

³⁵⁶ Infante v. Leith, 85 D.P.R. 26 (1962).

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

³⁵⁸ Cass., civ., 1^o, 2 juillet 2014, 13-19.093, Inédit ; Cass., civ., 1^o, 13 mai 2014, 13-14.298, Inédit ; Cass., civ., 1^o, 11 mars 2014, 13-10.117, Inédit.

Vemos a clientes reclamando a profesionales, tales como abogados y notarios, por la pérdida de la oportunidad de instar reclamaciones por no orientar adecuadamente sobre términos perentorios y de estricto cumplimiento, así como casos donde se expiden escrituras que adolecen de elementos constitutivos y son declaradas nulas ab initio y no pueden ejercitarse derechos posteriormente. En estos casos, se hace una distinción entre el daño moral, en su modalidad de pérdida de oportunidad del lucro cesante. En los casos donde se ha compensado bajo el daño moral, la justificación gira en torno a la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado en los casos donde se demanda a los abogados o procuradores.³⁵⁹ Para clarificar las instancias donde se puede imputar como un daño moral la pérdida de oportunidad, el TSE estableció en STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) que *“Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial (aun cuando, insistimos, en un contexto descriptivo, ligado a la llamada a veces concepción objetiva, el daño padecido pueda calificarse como moral, en cuanto está relacionado con la privación de un derecho fundamental), el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones y, desde luego, en el caso enjuiciado, tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un*

³⁵⁹ Cass. 1^o, civ., 9 novembre 1999, n^o 98-17.369.

derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza.” Esta posición ha sido reiterada en Sentencias posteriores del mismo tribunal.³⁶⁰

Aun cuando la pérdida de oportunidad se califica como un daño material patrimonial, se discute la dificultad que representa valorarlo ante la incertidumbre que cerca el evento, toda vez que se compensa lo que pudo ser y no fue, basado en la probabilidad de la ocurrencia de un evento que no se materializó por la acción u omisión de otro.

En Francia, también se ha reconocido el daño por pérdida de oportunidad contra profesionales de la salud. En estos casos, puede que el daño sufrido por la víctima trascienda el daño moral y se compense también por la pérdida económica sufrida, Cass. 1^o civ., 29 juin 1999, n^o 97-14.254. También se ha compensado a pacientes que no han recibido toda la información por parte de los médicos, viciándose el consentimiento de los pacientes para someterse a procedimientos y por consiguiente la pérdida de oportunidad de emitir un juicio informado.³⁶¹

³⁶⁰ SSTS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993); 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792); 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919); 3 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 582); 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971); 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3690) y 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 52932).

³⁶¹ Cass. 1^o civ., 6 décembre 2007, n^o 06-19.301. En estos casos también se hace referencia al artículo R. 4127-36 del Código de Salud Pública y al artículo 1382 del Código Civil. Véase además Cass. 1^o civ., 3 juin 2010, n^o 09-13.591. En esta reitera que la falta de informar al paciente información para la toma de decisiones ocasiona un perjuicio que el Juez no puede dejar de reparar.

En Italia, este tipo de perjuicio moral es rechazado porque no se pueden establecer los requisitos de certeza y realidad requeridos en dicho país para que el perjuicio se pueda reparar.³⁶²

3.3.4.6 Daño moral o lesión al honor

Hay tratadistas que consideran que en los casos donde se realiza un agravio al honor o la imagen personal, se podría considerar una reparación puramente moral, excluyendo la compensación monetaria como parte del remedio.³⁶³ El Código Civil Español no contempla la posibilidad de resarcimiento como remedio para la reparación del daño moral. Como hemos mencionado ya, el CPE en su art. 113, sí contempla la posibilidad de resarcimiento a las víctimas, familiares y terceros como remedio al daño material o moral acaecido como consecuencia del delito.

El derecho al honor está garantizado, de manera expresa, en la Constitución Española (CE) en el Título I, Capítulo segundo, Sección 1ª, Artículo 18.³⁶⁴ Posteriormente, el 5 de mayo de 1982, se adoptó en España la Ley Orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La legislación tiene el

³⁶² VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 131.

³⁶³ SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166 y siguientes.

³⁶⁴ CE, Art. 18, “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.” En la CELAPR no aparece de manera expresa una referencia al honor, sino que el principio se encuentra enmarcado en los artículos 2 y 8 de la Sección 1, donde establece que “La dignidad del ser humano es inviolable...” y “Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra a su reputación y a su vida privada o familiar.”

propósito de viabilizar la protección, en el ámbito civil, de los derechos inalienables esbozados en la Constitución de España. El derecho al honor es reconocido como parte de los derechos de la personalidad, inherentes a la dignidad de la persona. Se puede asociar con la reputación, fama, prestigio personal y dignidad. Está íntimamente vinculado a la propia imagen y la dignidad del ser humano. Esta integración permea a través del art. 10.1 de la CE. En el ámbito internacional, el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra este principio al prohibir los ataques contra la honra y la reputación y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se codificó un lenguaje similar en el Artículo 11.

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

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

La intimidad personal y familiar es otro de los derechos consagrados de manera expresa en la CE. Los Tribunales españoles han sido enfáticos en la protección de este derecho de rango constitucional, denominando los atentados contra la intimidad personal como “*intromisión ilegítima*”. También se han registrado eventos donde la intromisión ilegítima se configura mediante la divulgación de información falsa e insidiosa que no ha sido corroborada y cuyo efecto en la víctima resulta detrimental.³⁶⁵ El atentado al derecho a la intimidad personal y familiar está directamente relacionado a la dignidad del individuo y va dirigido a preservar un estándar mínimo de calidad en la vida humana.³⁶⁶ En muchas instancias se ha debatido el alcance del derecho a la intimidad en contraposición con el derecho a la libre expresión, especialmente en casos donde el objeto de discusión es una figura pública. En estas instancias, los tribunales han establecido los parámetros para una ponderación individual, conforme a las peculiaridades de cada caso. En síntesis, para que prevalezca el derecho a la

³⁶⁵ SSTs de 27 de enero de 1998, RJ (1998, 551); STS de 27 de febrero de 1991, RJ (1991, 2441); STS de 29 de abril de 1994, RJ (1994, 2979); STS de 30 de diciembre de 1996, RJ (1996, 9511). Las STSS más recientes sobre el tema están relacionadas con la intervención de medios noticiosos y su asertividad en la difusión de información. STS de 23 de febrero de 2015 (JUR 2015, 393), 25 de febrero de 2015 (JUR 2015, 73935) y 26 de febrero de 2015 (JUR 2015, 88226).

³⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de STC de 2 de diciembre de 1988 (1988, 231).

libertad de información sobre los derechos de personalidad se requiere que la información sea veraz y que exista relevancia pública y no una mera curiosidad ajena.³⁶⁷ Una peculiaridad que se observa en el Derecho español es que exista una presunción de daño cuando se establezca que en efecto hubo una intromisión ilegítima.³⁶⁸

En Puerto Rico, igual que en España, se consagra en la constitución que “[T]oda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar.”³⁶⁹ El TSPR ha interpretado que el CCPR y la Constitución de PR poseen en sus respectivos articulados, fuentes básicas para promover una convivencia social responsable y pacífica, Cortés Portalatín v. Hau Colón, 103 D.P.R. 734 (1975) y Colón v. Romero Barceló, 112 D.P.R. 573 (1982). Se ha reconocido el daño al honor, bajo la rúbrica de daños a la reputación causada por una conducta ilícita.³⁷⁰ También se pueden encontrar sentencias donde se ha reconocido daño moral en otro tipo de violaciones constitucionales que se relacionan con el honor del individuo, en particular el arresto y la detención ilegal por parte de un funcionario público a un

³⁶⁷ STS 5 de abril de 1994, RJ (1994, 2938).

³⁶⁸ STS 4 de noviembre de 2003, RJ (2003, 1008).

³⁶⁹ Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Artículo II, sec. 8.

³⁷⁰ Irizarry, v. Puerto Rico Auto Corporation, 60 D.P.R. 1 (1942); Chico Ramos v. Editorial Ponce, Inc., 101 D.P.R. 759 (1973); Sociedad de Gananciales v. El Vocero, 135 D.P.R. 122 (1994); Krans Bell v. Kobbo Santarrosa, 172 D.P.R. 731 (2007).

ciudadano sin existir causa para ello³⁷¹ y persecución maliciosa, como consecuencia de acusaciones penales infundadas y por vía de excepción en casos civiles instadas con malicia.³⁷² Para que se configure una acción civil por lesión a la honra, la reputación y la intimidad, se requiere que exista culpa y negligencia del actor. El elemento de malicia tiene que estar presente en el caso de las figuras públicas y en el caso de particulares, se requiere que se pruebe la existencia de culpa o negligencia.³⁷³ Los daños que podrá recobrar la víctima de un caso de difamación estarán basados en un criterio objetivo de la pérdida de reputación y honra de la persona ante la sociedad.³⁷⁴

A diferencia de las Constituciones de España y Puerto Rico, la Constitución de Francia no manifiesta de manera expresa la protección de los ciudadanos contra ataques a la honra, vida privada o propia imagen. Se hace una referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre, cuyo artículo 4 establece “*La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui(...)*”. El CCF fue enmendado el 17 de julio de 1990 para introducir en su artículo 9 una disposición que atiende esta necesidad y que

³⁷¹ Ayala v. San Juan Racing, 112 D.P.R. 804 (1982); Casanova v. González Padín, 47 D.P.R. 488 (1934).

³⁷² López Tord v. Molina, 38 D.P.R. 823 (1928); Salas v. Burgos, 47 D.P.R. 97 (1934); Berrios v. International General Electric, 88 D.P.R. 109 (1963); y en el caso de pleitos civiles instados maliciosamente, véase Jiménez Álvarez v. Silén Maldonado, 131 D.P.R. 91 (1992).

³⁷³ Chico Ramos v. Editorial Ponce, Inc., supra; Maldonado v. Marrero, 121 D.P.R. 705 (1988); Torres Silva v. El Mundo, Inc., 106 D.P.R. 415, 420 (1977); González Martínez v. López, 118 D.P.R. 190 (1987).

³⁷⁴ Romany v. El Mundo, Inc., 89 D.P.R. 604 (1963).

lee como sigue: “*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent sans préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.*” En el CPF se contempla como delito, en el artículo 226-1, el atentado a la vida privada que se puede configurar de dos maneras: mediante la grabación o emisión, sin consentimiento del autor, de expresiones privadas o la fijación, grabación, transmisión de una imagen de la persona sin su consentimiento. La ley no define el derecho a la privacidad, pero jurisprudencialmente se ha extendido a la vida sentimental, estado de salud, la imagen, la práctica religiosa y las relaciones personales y familiares. A parte de esta disposición legal, los franceses hacen referencia a la Convención europea de derechos del hombre y libertades fundamentales, la cual contempla en su artículo 8 la protección a la vida privada y a la intimidad. Por otro lado, el artículo 29 de la ley de 29 de julio de 1881 establece lo siguiente: “*toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation.*” El TCF reconoce el atentado al honor, a la vida privada personal y familiar como fuentes de responsabilidad sujetas a resarcimiento por daño moral.³⁷⁵

³⁷⁵ Cass. civ., commerciale, 2 décembre 2014, 13-23.114, Inédit. En el Cass., civ., 1^e, 10 avril 2013, 11-19.530, el TCF impuso responsabilidad por difamación tras una publicación

En adición a los principios aplicables a la protección del honor y el derecho a la intimidad, el Derecho francés ha introducido una modalidad de daño al honor específica a los casos donde existe infidelidad conyugal. La Corte de Amiéns emitió una Sentencia con fecha de 5 de mayo de 1949 (Gaz. Pal., 1949. 2. 159) donde reconoció un daño moral a un cónyuge engañado. Como resultado, condenó a la persona que causó la ruptura matrimonial y que mantuvo una relación adúltera con el otro, la obligación de compensar al cónyuge engañado por el daño al honor infligido con su conducta. Aunque no se trata de un caso de adulterio, el TSE también reconoció el derecho al honor de la esposa cuya imagen quedó lesionada tras anularse el matrimonio por petición de su esposo, quien instó la solicitud de anulación matrimonial por el miedo que tenía a su madre. La mujer reclamó que la intromisión de su ex suegra le ocasionó un daño moral y prevaleció en su reclamo, ya que el tribunal estimó que las razones por las cuales quedó roto el vínculo matrimonial, de ordinario le impedirían rehacer su vida. STS de 21 de enero de 1957.

En Puerto Rico, también se registraron casos donde se lesionaba la imagen de la mujer al insinuar que no era virgen antes de llegar al matrimonio. En el caso de Morales v. Rivera, 8 D.P.R. 463 (1905), el esposo devolvió a su esposa al día siguiente de la boda alegando que no era virgen, quedando mancillada su imagen ya que al momento de llevar la

a través de la red social “Facebook” de expresiones del agraviado sin consentimiento de éste.

esposa a casa de sus padres, los vecinos estaban en los balcones y discurrían por las aceras cuando se suscitó la escena, además de tener que ventilar los pormenores en el proceso de divorcio. También se han reconocido daños morales por seducción y promesas de matrimonio incumplidas con el fin de tener relaciones sexuales.³⁷⁶

3.3.4.7 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción

En la primera parte de este capítulo, se mencionó la posición doctrinal con relación a los casos donde los matrimonios reclamaban daños por el nacimiento no planificado de una criatura. En términos generales se considera que el nacimiento de un ser humano no puede ser catalogado como un daño o perjuicio, sino como un evento natural positivo y no sujeto a responsabilidad de terceros. El equiparar el evento de nacimiento con un daño constituiría una antítesis a los principios naturales y de derechos humanos que imperan en nuestra sociedad.

Los tribunales en las diferentes jurisdicciones estudiadas han reconocido ciertas excepciones. Antes de entrar a las excepciones, tenemos que distinguir diferentes escenarios ante los cuales podríamos enfrentarnos.

³⁷⁶ Aponte v. Alonso, 46 D.P.R. 549 (1934); Ortiz v. Viera, 59 D.P.R. 358 (1941); Rivera v. Fagot, 79 D.P.R. 555 (1956). Cada vez se observaban compensaciones menores en estos casos, al cambiar la percepción social del agravio al aumentar los casos de madres solteras y relaciones de hecho, cambiando la percepción social sobre el particular. Desde el año 1956 no se han registrado casos similares en el TSPR.

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

no su hijo(a). A pesar de que en estos casos la falta del médico estriba en no informar y en el consentimiento viciado de proseguir un embarazo con riesgos no deseados, el efecto neto en materia de daño moral es el mismo, una reclamación al facultativo médico por las condiciones en las que nace la criatura.

En Francia, se ventiló un renombrado caso donde se reconoció el derecho de un menor incapacitado a demandar por las condiciones de salud con las que vino al mundo porque oportunamente el personal sanitario no dio la opción a sus padres de interrumpir el embarazo.³⁷⁷ En este caso, la madre expresó al médico que si había posibilidad de que su hijo naciera con impedimentos, prefería interrumpir el embarazo, ya que había sufrido rubeola en una etapa determinante del embarazo y era una consecuencia previsible. La prueba inicial resultó negativa, pero posteriormente hubo pruebas positivas a rubeola y la prueba confirmatoria no dejó lugar a dudas, a pesar de ello el médico aseguró que no habría problemas. El tribunal estableció que no solo los padres son acreedores de un derecho a indemnización por los daños morales experimentados, sino el menor impedido tiene una causa de acción independiente. Este caso resultó polémico, toda vez que sus detractores manifestaban indignación al ver cómo se compensaba el hecho de nacer y lo calificaban como un daño. Las críticas llegaron al punto de impulsar una ley anti-Perruche que adoptó el

³⁷⁷ El caso es conocido como el Caso Perruche, Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, 94-11.791, 94-14.158.

artículo L. 114-5 del código social y que dispone que no es posible ser indemnizado por “el perjuicio de haber nacido”, aunque distingue el derecho de las personas discapacitadas a obtener una indemnización suficiente para atender sus cuidados. Algunos entienden que esta última parte del artículo es letra muerta. Tres años después, se reconoce, como resultado de un caso en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el derecho de los discapacitados a ser compensados. El art. 2 de la Ley francesa Núm. 102/2005, del 11 de febrero, relacionada con los discapacitados y la igualdad de oportunidad, reconoce que tienen derecho a ser indemnizados por las consecuencias de su discapacidad, independientemente de cuales sean, toda vez que va dirigida a mejorar las condiciones de vida del ser humano. A diferencia de la Sentencia en el caso de Perruche, la ley no concede una reparación integral del daño moral relacionado con el hecho de nacer, sino un remedio para la búsqueda de una mejor calidad de vida del ser humano con discapacidad.

En España, la posición de los tribunales ha sido diametralmente opuesta al establecer que el facultativo médico responde por una mala práctica de su profesión cuando no realiza la interrupción del embarazo, según encomendado por la paciente. STS de 15 de febrero de 2013 (AC 2013, 2036). A pesar de que hay expresiones previas del Tribunal en la STS de 16 de junio de 1994 (AC 1994, 994) a los efectos de establecer que el nacimiento de un niño no produce un daño a sus padres, se plantea las

consecuencias económicas y de toda índole en la vida doméstica y laboral, procediendo a considerar como daños el cambio en la vida que produce la llegada de un hijo no deseado. También se reconoció el daño moral en el caso de un hombre que habiéndose sometido a un procedimiento de vasectomía, produce un embarazo y posteriormente deciden abortar la criatura. STS 3 de abril de 2000 (AC 2000, 1596).

En Puerto Rico, se ha reconocido en casos similares, donde se argumenta la ineficacia del proceso de esterilización y posterior embarazo. Se ha estimado que procede la causa de acción contra el facultativo médico, siempre que se pruebe que incurrió en mala práctica profesional.³⁷⁸ El alcance de la compensación parece ser mayor al que hemos visto en Francia y España, estableciendo el TSPR que “[D]e probarse la negligencia y la relación causal procede compensar por los gastos médicos incurridos en el parto y las esterilizaciones, angustias mentales y sufrimientos físicos, lucro cesante y demás daños.” Torres Ortiz v. Plá, 123 D.P.R. 637 (1989).

3.3.5 Reparación jurídica del daño moral

Unos de los temas álgidos en lo concerniente al daño moral es su valoración y la forma de repararlo. Las áreas de conflicto en la valoración de los daños no patrimoniales o morales giran en torno a los siguientes

³⁷⁸ En Puerto Rico, a diferencia de otros países civilistas, existe una presunción jurisprudencial a favor de la práctica del médico imputado y corresponde a la parte demandante establecer, mediante preponderancia de prueba, que el médico se alejó del estándar contemporáneo de la medicina y por consiguiente su negligencia causó un daño. Rivera v. Dunscombe, 73 D.P.R. 819 (1952), Ríos Ruiz v. Mark, 119 D.P.R. 816 (1987).

aspectos: (1) si los daños son susceptibles de reparación; (2) en caso afirmativo, si la reparación es una verdadera reparación o es más bien una satisfacción al ofendido sin que sea equivalente; (3) si la satisfacción al ofendido debe determinarse atendiendo criterios de expiación y pena para el agente, además de procurar aquella satisfacción; (4) cuál es el fundamento de la reparación de los daños morales; (5) si es posible atender los criterios de indemnización, satisfacción y pena o expiación al mismo tiempo que se efectúa la reparación de los daños morales.³⁷⁹

Mucho se ha debatido sobre la manera en que se deben reparar los daños morales en el derecho civil. Un sector de la doctrina argumenta que no se debe resarcir el daño moral bajo ninguna circunstancia. Su argumento principal es que al ser estar delineado en un marco abstracto, subjetivo e intangible es imposible su valoración económica con objetividad, provocando en muchos casos inequidad de la justicia. SANTOS BRIZ propone que esta debe ser la norma en los casos donde se materialicen daños puramente morales con efectos económicos por lesiones al honor, la reparación debe ser la reivindicación del sujeto. En la medida que desaparece la mala fama creada por el delito, el efecto económico adverso irá desapareciendo.³⁸⁰ A partir de ese ejemplo, propone que, en muchos casos, la reparación moral simple será suficiente desde la perspectiva del agraviado, pero esa posibilidad no está contemplada en la legislación

³⁷⁹ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 155-156.

³⁸⁰ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166.

española actualmente. Esta teoría cobra mayor sentido cuando se considera la relación inversa que existe entre la capacidad económica del agraviado y la eficacia del resarcimiento económico para generar satisfacción, aludida anteriormente. Es decir, mientras más bienes y dinero posea el agraviado, menos efectivo será el remedio económico, toda vez que ya cuenta con los recursos monetarios para procurarse una satisfacción e incluso podría tomar como un insulto la pretensión de compensar el daño moral sufrido. En estos casos, resultaría pertinente conocer la expectativa de la víctima en el proceso judicial y el remedio solicitado para conocer cuál es su concepción de vindicación.

Hay jurisdicciones donde el resarcimiento por daños morales, no patrimoniales, solo se puede configurar cuando está previsto en una ley. Así pues el sistema alemán y el italiano, de ordinario, no contemplan la posibilidad de una compensación monetaria en los casos donde se prueba la existencia de un daño no patrimonial.³⁸¹ Incluso, hay fuertes tendencias doctrinales en esas jurisdicciones que sostienen que el dolor no puede valorarse en dinero y que es suficiente para el lesionado el resarcimiento moral que la sentencia condenatoria que emita el Tribunal Penal.³⁸² Otra vertiente doctrinal sugiere una visión más pragmática y funcional del problema. La postura es que se debe compensar por el daño moral acaecido, con el fin de brindar los medios para que la persona pueda

³⁸¹ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 150.

³⁸² SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 151.

procurar medios que le permitan compensar o paliar el daño que sufre como consecuencia del agravio infligido. El TCF ha adoptado una visión objetiva de la pérdida y el daño sufrido. A esos efectos ha expresado que la indemnización de un daño no se valora en función de la percepción de la víctima sobre el daño, sino de una evaluación objetiva realizada por el tribunal.³⁸³

La posición de la doctrina en los países estudiados ha variado. Inicialmente, era incompatible la posibilidad de hablar de daño moral y reparación, basado en una conceptualización conservadora. Así, por ejemplo, encontramos que JOSSERAND, haciendo eco de la corriente doctrinal de su época, argumentaba que no se debía compensar con dinero el interés moral porque ello implicaría la fijación arbitraria del *pretium doloris*, eliminando el carácter compensatorio de la acción.³⁸⁴ Según ha ido evolucionando la discusión del tema de los daños morales, ha cambiado la postura sobre este particular. Actualmente, la doctrina y los tribunales han reconocido el principio de que todo daño y perjuicio debe ser reparado *in natura* o se debe proporcionar un resarcimiento en casos donde esa alternativa no sea viable.³⁸⁵ Basados en este principio y al hecho de que los artículos de los respectivos códigos civiles relacionados a los daños son tan

³⁸³ Cass. crim., 3 avril 1978, *Juris Classeur périodique (J.C.P.)*, II, 19168, note S. Brousseau.

³⁸⁴ JOSSERAND, L., *Cours de Droit Civil Positif français*, Paris: Sirey, 1930, II, p. 215.

³⁸⁵ BACACHE-GIBEILI, M., *Les obligations: la responsabilité civile extracontractuelle*, Larroumet, Christian (dir.), 2^a ed., Paris: Economica, 2012, p. 453.

generales que admiten la reparación del daño moral, en España, Francia y Puerto Rico argumentan, sin espacio a la duda, que los daños morales tienen que ser reparados. Equiparan el derecho a la reparación del daño patrimonial con el extrapatrimonial. Es decir, este será el estándar a menos que una legislación especial lo prohíba. Posición opuesta a la italiana y la alemana antes mencionada.

La casuística española y francesa no adoptaron la corriente doctrinal en contra del resarcimiento económico del daño moral, sino que acogieron la postura de que debe ser compensada en metálico. La mayor parte de la doctrina, parece coincidir en que si bien es cierto que no es posible restituir el daño moral *in natura* o *restitutio in integrum*, lo propio sería conceder una compensación económica que sirva de paliativo al agraviado que buscara la manera de procurarse satisfacciones que de alguna manera compensen el dolor que experimenta. El TSE asumió dicha posición en la STS de 7 de febrero de 1962 cuando expresó que “...*el dinero no puede aquí cumplir una función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gastos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral.*” El TCF y la

doctrina francesa han reiterado que la función de compensar las víctimas de daños morales es un reconocimiento social de lo que denominan la eminente dignidad del ser humano o “*l’éminente dignité de la personne humaine.*”³⁸⁶

El remedio más utilizado es la compensación monetaria, pero nada se ha estudiado sobre el efecto que tiene la compensación en las víctimas y si logran disipar, con la compra de satisfacciones, el sufrimiento causado por el perjuicio experimentado por el daño moral. Aun en aquellos casos donde la respuesta fuese en la afirmativa, hay que reconocer que no existe perfecta equivalencia entre la compensación y el daño experimentado. No es posible curar una enfermedad terminal en los casos de daño por contaminación, sustituir un miembro del cuerpo perdido sin disminuir la funcionabilidad del individuo, traer a la vida a un familiar o mascota perdida, en fin, atender todas las instancias de daño moral mediante una compensación económica. No se podrá alcanzar en estos supuesto un verdadero *restitutio in integrum*. Muy acertadamente, PINTOS decía que “*una transferencia bancaria es un anestésico imperfecto*” para referirse a la eficacia del dinero en la reparación del daño moral.³⁸⁷ A pesar de la falta de equivalencia, el dinero resulta ser el símbolo utilizado por el sistema judicial para darle objetividad a la vindicación de la víctima en la sociedad y resultaría de mucha

³⁸⁶ GALAND-CARVAL, S., op. cit., p. 92-93.

³⁸⁷ PINTOS AGER, J., *Baremos, seguros y derecho de daños*, Instituto Universitario de Derecho y Economía, Madrid: Civitas, 2000, p. 91.

pertinencia evaluar la efectividad del remedio concedido para fines de ponderar alternativas que confieran mayor uniformidad, relevancia y confiabilidad a los procesos de valoración.

La jurisprudencia italiana, la cual tiene las peculiaridades antes discutidas, considera los siguientes elementos al ponderar el *pretium doloris*: (1) la gravedad de la ofensa; (2) el grado de sensibilidad del ofendido; (3) las relaciones de parentesco, edad y sexo del perjudicado; (4) la situación económica del obligado a indemnizado y del perjudicado; (5) proporcionalidad entre la cuantía del resarcimiento del daño no patrimonial y la entidad del daño económico patrimonial sufrido por el damnificado.³⁸⁸ Estas consideraciones no son determinantes en el proceso valorativo en las jurisdicciones estudiadas aunque sería ingenuo pensar que no tienen ningún efecto disuasivo en la determinación final del tribunal.

El primer paso en el proceso de reparación del daño moral es determinar la naturaleza del resarcimiento, es decir si tendrá carácter punitivo o compensatorio. La posición del Tribunal Supremo Español no ha sido consistente en este sentido. Tan temprano como el 13 de noviembre de 1916, el TSE distinguió entre una pena y una indemnización como remedio viable ante un daño moral. En esa ocasión, clarificó que con la imposición de una pena, el Estado pretende que se repare el derecho social que ha sido perturbado, mientras que la indemnización es el ejercicio de la acción civil,

³⁸⁸ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 151.

privada, que tiene un carácter compensatorio. Posteriormente, en la Sentencia de 27 de enero de 1957, clasificó la compensación monetaria por daños morales como dual, es decir que se reconocieron elementos punitivos e indemnizatorios en la misma. Con esta clasificación se reconoció la posibilidad de coexistencia de ambos tipos de reparación. A pesar de ello, la doctrina y el TSE ha mantenido su posición de que la compensación económica adjudicada en los casos de daños morales tiene un fin resarcitorio y no punitivo. Las determinaciones judiciales no siempre están claras y como observamos en los casos de daños sexuales, la postura parece inclinarse a la búsqueda de una reivindicación social y un castigo al actor del daño y no a la reparación del daño moral y físico experimentado por la víctima.

3.3.5.1 Formas de reparación

Como hemos acabado de mencionar, hay una vertiente doctrinal que apoya la posición de la incapacidad económica como mecanismo resarcitorio para los daños morales, en particular los daños morales puros.³⁸⁹ Los argumentos presentados son que: (1) es imposible asignar un valor a conceptos puramente abstractos, que no guardan relación alguna

³⁸⁹ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 156-157; DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general de las obligaciones*, 2ª ed., La Habana: Temis, 1945, vol. II, p. 54 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY: “La responsabilidad por daño moral”, op. cit., p. 81-116; BATTLE VÁZQUEZ: “La evaluación del daño en las personas”, en *Centenario de la Ley del Notariado*, 1962, vol. II, p. 469 y ss.; GARCÍA SERRANO: “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *ADC*, 1972, p. 799 y ss. BACACHE-GIBEILI, M., op. cit., p. 454.

con el dinero. Ejemplo de ello serían las preocupaciones, disgustos, dolores físicos, entre otros. En la medida que son heterogéneos, no se puede ponderar su valor de manera uniforme; (2) aceptado el supuesto anterior, se promovería la radicación de demandas injustas en el ámbito civil y fomentaría provocaciones por parte de la víctima al conocer la posibilidad de un resarcimiento por el daño recibido, en el ámbito penal; (3) indemnizar daños morales puros provocaría un escenario lleno de galimatías ya que toda violación de derechos conlleva un impacto moral subjetivo, que no siempre alcanza niveles que requieran la reparación del daño o conllevan el nacimiento de una causa de acción; (4) se crearía una confusión que naturalmente emana de los conceptos de pena e indemnización del daño moral. Esto, podría llevar a los tribunales a utilizar conceptos penales, tales como la gravedad del hecho y la intensidad de la culpa, para ponderar la magnitud del daño y su compensación; (5) al no existir un principio esbozado en una legislación que permita la reparación de los daños morales, los tribunales usurparían los quehaceres de la rama legislativa si adoptan posiciones mediante la jurisprudencia.³⁹⁰ Tan temprano como la STS de 6 de diciembre de 1912 se comenzaron los ataques en esta dirección y el Tribunal se defendió inmediatamente

³⁹⁰ SANTOS BRIZ, *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 157.

precisando que estaba interpretando el concepto de daño en todas sus manifestaciones y no creando una figura nueva dentro del derecho.³⁹¹

En la doctrina francesa, se hizo también una fuerte crítica a la inacción legislativa al no establecer parámetros objetivos que delimiten la valoración de los daños morales, dejando en manos de los jueces la difícil obligación de valorar los daños morales, llegando a calificar a estos últimos de ‘*Ministros de Equidad*’.³⁹² Los tribunales han suplido el vacío que existe en la ley sobre la existencia, alcance y manejo del daño Moral. Es una de las áreas grises que promueven el uso de la equidad como remedio legal, cerrando la brecha procesal que existe entre el sistema de derecho común y el derecho civil sobre esta materia.

HERNÁNDEZ-GIL plantea que las obligaciones no tienen que tener su base en el ámbito patrimonial y que en los supuestos donde se encuentra fuera de la misma es posible su valoración.³⁹³ Dando por sentada la

³⁹¹ El Tribunal expresó: “...al someter el daño moral a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería necesario que se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo; cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de la equidad se limita, como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos ya preexistentes, que definen el daño en sus diferentes manifestaciones, para justificar, toda vez que es indiferente pedirla por la acción civil o penal, una indemnización económica, que si nunca es bastante como reparación absoluta de ofensas tan graves, al fin es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven perjudicada, y que llevan consigo, natural y lógicamente, otros daños, esto es, los materiales y sociales...”, STS de 6 de diciembre de 1912, J. Civ., tomo 125, 1912-3, núm. 95.

³⁹² MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civile*, op. cit., p. 73.

³⁹³ HERNÁNDEZ-GIL, A., “El problema de la patrimonialidad de la prestación”, *Rev. Der. Priv.*, 1960, p. 272-278.

posibilidad de una valoración de los daños morales, el autor atribuye un rango de principio general de Derecho con vigencia universal.

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

del evento dañoso³⁹⁴; (2) otra teoría supone que la reparación del daño es puramente indemnizatorio y no posee carácter penal alguno. Sin embargo, esta postura también posee sus debilidades, especialmente cuando se entra en el área de la valoración del daño sufrido, tarea que resultará imposible de realizar si no se tiene en cuenta el patrimonio del agente y el grado de culpa del mismo; (3) por último, existe una posición que propone la compensación de la aflicción y la ofensa sufrida. Bajo esta teoría no solo se compensa en el *pecunia doloris* o el menoscabo sufrido, sino que se introduce un concepto de compensación por daño punitivo, es decir se compensa la actuación del dañador y se reprocha su proceder. Para materializar la compensación bajo este supuesto es necesario conocer la situación económica del causante del daño.

Según CASTÁN, se deben reparar los daños morales mediante compensación. No obstante, reconoce que la evaluación de la magnitud de un daño moral, producto de un daño material, es más laxa que cuando se trata de un daño moral puro.³⁹⁵ Igual tratamiento surge en la evaluación del nexo causal entre el daño y el causante del mismo. Los tribunales poseen

³⁹⁴ Considérese por ejemplo al atleta que queda parapléjico y ya no puede practicar su deporte favorito o al pintor que queda ciego tras un accidente. A los que quedan desprendidos de la realidad tras una enajenación emocional o física, que no son capaces de reconocer a sus seres queridos, entre tantos otros ejemplos en los que aprender a vivir con una nueva realidad podría resultar casi imposible o de lo cual nunca sabremos porque su estado actual les impide comunicarse efectivamente y viven encarcelados en su propio cuerpo. En todos estos casos resulta difícil visualizar cómo el dinero puede proporcionar “satisfacciones” que le ayuden a borrar el perjuicio sufrido. La compensación monetaria se podría considerar como un esfuerzo reparador imperfecto.

³⁹⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral. Derecho de Obligaciones. las particulares relaciones obligatorias*, op. cit., p. 192 y ss.

amplio arbitrio para la ponderación del daño y su valoración. Para viabilizar el resarcimiento económico del daño moral se hace referencia a los artículos 1902 del CCE, 1106 y 1107, en los cuales no se excluye de modo absoluto su reparación.

Una posición menos favorecida, pero latente en las jurisdicciones estudiadas es que se debe eliminar la posibilidad de resarcir la víctima por el daño sufrido y en su lugar se debe imponer una pena privada como sanción a su comportamiento.³⁹⁶

La discreción judicial en la valoración de la indemnización es tal, que en la Sentencia de 6 de octubre de 1912 se dice que la misma no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en el litigio, sino en el reconocimiento prudente prestado en la reclamación y la discusión. Advierten además que la honra y el decoro personal son aspectos que están fuera del comercio de los hombres y solo quien sufre su agravio o pérdida puede apreciar su valor. Los tribunales han sido consistentes y celosos protectores de la discreción judicial dentro del proceso de adjudicación y valoración de los daños morales en todas los países estudiados.

El proceso de valoración del daño resulta complicado no solo para las partes, sino también para el juzgador. El TSPR ha descrito la complicación en la tarea valorativa y adjudicativa de los daños morales de manera gráfica

³⁹⁶ RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris: L.G.D.J., 1949, p. 183.

y desde una perspectiva que resulta de aplicación a todos los países estudiados. En *Urrutia v. A.A.A.*, 103 D.P.R. 643 (1975), el Tribunal expresó: *“Es difícil, por no decir angustiosa, la gestión judicial de estimación y valoración de daños, evidenciado ello en muchos dictámenes judiciales del pasado y los disensos que esporádicamente se producen en foros adjudicativos colegiados, como este Tribunal, animados todos sus integrantes por realizar con excelencia y a cabalidad la misión encomendada de impartir justicia. Bajo la formula amplia de responsabilidad consagrada en el Art. 1802 del Código Civil (31 L.P.R.A. sec. 5141), no existe una tabla o computadora electrónica que recoja todos los elementos y premisas inarticuladas que nutren la valoración del dolor físico y mental humano y permita, mediante la aplicación de unas teclas o el oprimir unos botones, obtener el resultado final apropiado. Esta función descansa sobre el ejercicio discrecional prudente, juicioso y razonable del juzgador de hechos animado por un sentido de justicia y de conciencia humana. El contacto con la prueba presentada en el proceso judicial de primera instancia y las impresiones derivadas de la apreciación visual del juez, es la razón básica para que en ausencia de un dictamen imponiendo una cuantía ridículamente baja o exageradamente alta, a la luz de la prueba sobre daños presentada, en nuestra función apelativa, implementemos la norma de abstención judicial fundada en criterios de estabilidad y de respeto a los tribunales de primera instancia.”*³⁹⁷

³⁹⁷ El TSPR visitó el mismo tema posteriormente, sosteniendo la dificultad del proceso en

Los criterios tomados en consideración por el Tribunal en la valoración del daño moral son las circunstancias de la persona ofendida y su posición social.³⁹⁸ Este es el caso en los supuestos de muerte ilegal donde existe incapacidad de demostrar el valor de la vida antes de la ocurrencia del daño que culminó con su muerte. En estas circunstancias, le corresponde al Tribunal fijar el importe de la oportuna indemnización de manera prudente.³⁹⁹

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

los casos de Escobar Galarza v. Banuchi Pons, 114 D.P.R. 138 (1983), Polanco v. Tribunal Superior, 118 D.P.R. 35 (1987), Blas v. Hospital Guadalupe, 146 D.P.R. 267 (1998) y Riley v. Rodríguez de Pacheco, 119 D.P.R. 762 (1997). En esta última se cita que aún para Salomón del siglo XX constituiría un reto determinar una justa y razonable compensación. “*La apreciación humana valorativa de elementos que no son ostensibles y visibles sino intangibles (emociones tales como dolor, alegría, tristeza, frustración, paz, tranquilidad del espíritu, honor y otras) no está exenta de cierto grado de especulación.*”

³⁹⁸ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 171.

³⁹⁹ STSS de 10 de julio de 1928, 7 de enero de 1919, 31 de marzo de 1930, 24 de mayo de 1947 y 4 de julio de 1970.

3.2.6 Estimación de los daños morales

El proceso de valoración de los daños morales tiene tanta importancia como la determinación judicial sobre la existencia o no del acto ilícito y de las consecuencias acaecidas. La subestimación de la valoración económica del daño, así como la imposición de una suma exorbitante tiene implicaciones fácticas en el proceso de resarcimiento. Si se asigna una suma menor a la debida, tendría el efecto práctico de aminorar la responsabilidad civil, mientras que la adjudicación excesiva podría considerarse como una acción punitiva contra el actor del daño.⁴⁰⁰ Ciertamente este enunciado se basa en parámetros de razonabilidad y a la discreción judicial que impera en los procesos de valoración de daños.

Superada la controversia relacionada con la procedencia de la traducción monetaria de los daños morales, los ordenamientos europeos han recurrido a la adopción de baremos con el ánimo de uniformar el proceso de adjudicar valor a un daño no económico. Los baremos son publicaciones, revisadas anualmente, que proporcionan una guía sobre los montos indemnizatorios que aplican a casos específicos de daños morales. Una crítica que se hace al sistema es que en muchas instancias los organismos públicos adoptan y difunden los baremos con el auspicio de

⁴⁰⁰ El Juez del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Hon. Federico Hernández Denton emitió un voto disidente en el caso de Nieves Cruz v. U.P.R., 151 D.P.R. 150 (2000) donde hace referencia al efecto negativo de adjudicar una suma inferior a la que en derecho procede en casos de daños y perjuicios.

compañías de seguros.⁴⁰¹ Otras limitaciones apuntadas son: el uso de gradaciones del daño que no corresponden a la nomenclatura médica; los baremos contienen marcos de referencia de las modalidades de daños morales más comunes que han sido ventilados ante los tribunales y la numeración no es exhaustiva; y que existen brechas que se ven afectadas no solo por las vivencias de la víctima, sino por las del juzgador también, resultando en compensaciones heterogéneas en casos similares. Parte de la doctrina critica el instrumento por no ser perfecto, comenzando por su fin compensatorio y no buscar el resarcimiento integral de la víctima. HOYA COROMINA, por ejemplo, los denomina como un mal necesario. Concluye que no son buenos, pero ayudan a determinar y fijar la cuantía que compensará el daño moral infligido, lo que constituye un “mal menor”.⁴⁰²

A pesar de las imperfecciones y limitaciones señaladas a los baremos adoptados en los países de corte civil, representan una guía que siempre estará sujeta a la discreción judicial. Corresponde al juzgador, como hemos apuntado antes, ponderar el caso ante su consideración y luego de concluir que los elementos constitutivos de la reclamación por daños y perjuicios se configura, adjudicar la cuantía que estima justa para compensar el daño infligido a la víctima. Aunque existen críticas relacionadas con la falta de

⁴⁰¹ BARRIENTOS ZAMORANO, M., op. cit., p. 436.

⁴⁰² HOYA COROMINA, J., “La valoración del daño corporal”, en J. A. Moreno Martínez, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Madrid: Dikynson, 2000. p. 263.

parámetros objetivos para la adjudicación de cuantías compensatorias en los casos ajenos a la LRCSCVM, el TSE ha reiterado la importancia de conservar la discreción judicial en el proceso adjudicativo y resarcitorio. En la STS de 26 de marzo de 1997, RJ (280, 1997) el tribunal expresó que *“[L]a cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consisten en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente... la función de calcular los daños indemnizables es atribuida expresamente por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes lo llevarán a cabo caso por caso, valorando las probanzas unidas a las actuaciones, sin que puedan hallarse sujetos a previsión normativa alguna, que por su carácter general no permite la individualización del caso concreto.”* Los foros apelativos han otorgado gran deferencia a las determinaciones judiciales en foros inferiores en los procesos de adjudicación de cuantías indemnizatorias.

Con excepción al baremo para la compensación de accidentes de tránsito adoptado en España en el año 1995, los baremos no son vinculantes para el juzgador y se postula que el imponer su aplicación sería contrario a derecho porque atentaría contra el principio cardinal de la evaluación *in concreto*. Este principio, conlleva la consideración de los elementos constitutivos de la vida de la víctima antes del accidente, ejercicio que se debe realizar en el proceso de valorización de los perjuicios acaecidos

como consecuencia del daño. Sobre este particular, el Tribunal Supremo de España, dispuso en la STS de 26 de marzo (RJ 2257, 1997), que “[La] cuantificación de los daños y perjuicios, cuando consistan en graves daños corporales o incluso la muerte, no se halla sujeta a previsión alguna normativa, sino que ha de efectuarla el órgano jurisdiccional discrecionalmente y, por lo mismo, escapa al control de casación... [La] existencia de numerosos baremos que adoptan la forma Orden, Decreto e incluso de Ley y que tienen la pretensión de servir de elemento normativo en los más variados campos de la responsabilidad civil y laboral, y concretamente en el sector de los daños producidos en accidente de tráfico, obliga a examinar el alcance que puede darse a tales baremos a la hora de formar el criterio judicial valorativo de los daños a indemnizar.” Aluden, en la Sentencia, a la doctrina jurisprudencial que establece que “...la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales.”

La doctrina jurisprudencial francesa sigue la misma línea de pensamiento que la española y permea en las determinaciones del Tribunal de Casación. En Francia reiteradamente se ha planteado que los jueces poseen un poder soberano para evaluar el monto del daño, utilizando el método que a su juicio resulta idóneo.⁴⁰³

⁴⁰³ Cass., civ., 2^e, 6 octobre 1976: Bulletin civil II, n^o 273. El texto de la determinación judicial es: “ (le juge) use de son pouvoir souverain pour évaluer, d’après la méthode de calcul lui ayant paru la mieux appropriée, le montant du préjudice “

A partir del año 1995, España adoptó un baremo para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación y el mismo contempla los daños corporales, incluyendo los morales, que pueden experimentar las víctimas.⁴⁰⁴ A partir de esta enmienda, la ley resulta vinculante en los casos de accidentes de circulación.

En Francia, se realizó un esfuerzo por parte del sistema judicial, con participación multisectorial, donde se analizó el problema y se adoptó una terminología o nomenclatura de los daños corporales que están basados en la distinción entre los daños patrimoniales y no patrimoniales, realizando una distinción basada en la temporalidad del daño, es decir, si son de carácter temporero o permanente.⁴⁰⁵ El esfuerzo realizado por los franceses surgió como parte de un programa de acción adoptado por el Consejo de Ministros el 29 de septiembre de 2004 con el fin de promover el derecho de las víctimas de daños corporales a una justa indemnización. Bajo el entendido que los baremos y la opinión de los expertos constituyen un marco de referencia que el juzgador considerará en el ejercicio de su amplia discreción, se han adoptado baremos para atender el tema de la

⁴⁰⁴ La Ley 30/1995 adoptó el sistema de valoración de daños aplicable a los accidentes de circulación y cada año se actualizan y publican a través del Boletín Oficial del Estado (BOE). Mediante la Resolución de 5 de marzo de 2014, se publicaron las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación. La ley fue enmendada y ahora se denomina Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM). Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. BOE, Núm. 64, 15 de marzo de 2014, págs. 23432-23437.

⁴⁰⁵ *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, DINTILHAC, J.P. (dir.), Francia: Ministerio de Justicia. Marzo 2006.

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

En el país vecino de Bélgica, se adoptó en el año 1998 una tabla que sirve de guía en la valoración del daño sufrido por una víctima. La misma es denominada “*Tableau Indicatif*” y ha sido actualizada en más de seis ocasiones por la Federación Nacional de Magistrados en las Cortes de Primera Instancia y la Real Federación de Justicia de Paz y las Cortes Policiales. Las críticas no han faltado, llegando a cuestionar la selección del

panel de profesionales , ya que en versiones recientes solo participaron jueces con menos experiencia que los creadores originales. Se plantea además que la adopción del documento debe ser con el fin de proveer una referencia y existe resistencia a que el mismo se convierta en vinculante en esa jurisdicción, ya que atenta contra la discreción judicial y el contenido ha sido cuestionado. Aunque actualmente la aplicación del baremo no es obligatoria, el mismo adopta criterios que deben ser considerados de manera persuasiva en la apreciación de los hechos, lo que influye de manera indirecta en el proceso de ponderación y avalúo jurisprudencial.

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

3.4 Teoría general del daño en el Derecho común norteamericano

En este apartado presentamos un adelanto de la descripción del sistema de Derecho común norteamericano con relación al manejo de los ilícitos análogos a los que hemos visto en este Capítulo. En los Estados Unidos de América (EUA), se clasifican los daños en tres categorías: económicos, no económicos y punitivos. Las primeras dos categorías de

daños constituyen lo que se conoce como *daños compensatorios*, cuyo propósito es revertir al demandante al lugar o condición en la que se encontraba previo a la ocurrencia del daño o, de esto no ser posible, compensar por la pérdida y corregir los males o daños causados por el demandado.

Los *daños económicos* se refieren a los gastos incurridos por el demandante como resultado de la ocurrencia del daño. Estas pérdidas incluyen ingresos pasados y futuros, gastos médicos pasados y futuros, salarios perdidos, servicios en el hogar, etc. En teoría, estas pérdidas deben ser de fácil cuantificación puesto que tienen equivalentes directos en el mercado. Los cálculos deben tomar en consideración los pronósticos sobre necesidades de cuidado médico, disponibilidad de oportunidades de trabajo y expectativa de vida.⁴⁰⁶ El paralelo en el Derecho civil son el lucro cesante y el daño emergente.

Los *daños no económicos*, por su parte, son concedidos para compensar el daño corporal del demandante, incluyendo dolor y desfiguramiento; angustias mentales incluyendo temor, ansiedad y depresión; y pérdida del disfrute de la vida incluyendo limitaciones a opciones de estilos de vida. La clasificación más significativa cuantitativamente dentro de la categoría de daños no económicos es la que

⁴⁰⁶ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., "Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards", 6 *Public Policy and Law*, 2000, p. 745; —, "Determining Damages: The Psychology of Jury Awards", *American Psychological Association*, 2003, p. 12; SHAPO, M.S., *Principles of Tort Law*, 2^a ed. St. Paul, MN: Thomson West 2003, p. 407.

conocemos como “dolor y sufrimiento”. A diferencia de los daños económicos, los daños no económicos no tienen equivalentes en el mercado, por lo que no pueden ser cuantificados mediante el intercambio de valores.⁴⁰⁷

Una de las principales características del sistema de Derecho común norteamericano es que concede el derecho al demandante a solicitar que el juicio sea celebrado frente a un jurado compuesto por ciudadanos imparciales, residentes del distrito y Estado en el que haya ocurrido el daño. El derecho a juicio por jurado se reconoce en la Carta de Derechos consagrada en la Séptima Enmienda de la Constitución Federal de EUA.⁴⁰⁸ Para el año 2007, el treinta y un por ciento (31%) de los casos civiles se ventilaron ante jurado, es decir, cerca de 46,200 casos por Estado y 2,100 casos adicionales en los foros federales en cada jurisdicción.⁴⁰⁹ A diferencia de otras disposiciones consagradas en la Carta de Derechos, que han sido extendida a los Estados al amparo de la Decimocuarta Enmienda, el Derecho a juicio por jurado en casos civiles no ha sido extendido. No obstante, un gran número de Estados de la nación han adoptado el derecho a juicio por jurado en casos civiles y la relación de jurados en casos

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

⁴⁰⁸ El texto de la Constitución es el siguiente: “*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law.*”

⁴⁰⁹ MIZE, G.E., HANNAFORD-AGOR, P., WALTERS, N.L., “State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts”, *National Center for State Courts*, 2007, p. 7.

criminales en contraposición a casos civiles es de tres a dos (3:2). La excepción es en el Estado de New York y de Connecticut cuya proporción se invierte y se celebran casos civiles con jurado cinco veces más de criminales.⁴¹⁰

Si el juez o los miembros del jurado determinan en un caso civil que el demandado es responsable, éste es tiene que compensar al demandante por su pérdida.⁴¹¹ La compensación, al igual que en los países de corte civil, se hace mediante el resarcimiento monetario a base del valor de la pérdida experimentada.

El Derecho común norteamericano conserva, en algunas instancias, el carácter punitivo de la norma que regula la obligación de restituir el daño causado por culpa o negligencia. Esto se debe a que en su proceso evolutivo, el Derecho anglosajón derivó del Derecho romano y por consiguiente de la Ley Aquilia, sin el impacto de la doctrina iusnaturalista tuvo en las codificaciones civiles. Conforme a KEMELMAJER, los tribunales norteamericanos admiten la aplicación de los daños punitivos con mayor extensión que los de corte inglés y los mismos se pueden agrupar en tres grandes categorías, a saber⁴¹²:

⁴¹⁰ *Civil Jury Trials in State and Federal Courts, Civil Action*, National Center for State Courts, vol. 6, no. 1, Summer 2007, p. 1.

⁴¹¹ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H, "Precious Little Guidance", op. cit., p. 744.

⁴¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?", *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, n° 31, 1993.

1) Cuando el presunto autor de la acción ilícita estime que el resarcimiento que debe al perjudicado es inferior a las ganancias obtenidas por él.

2) Cuando el riesgo de que la conducta dañosa sea sancionada por vía judicial es baja dado a que no es común el reconocimiento de responsabilidad en ese tipo de conducta, el daño particular es modesto en relación al costo total del proceso, o, porque el presunto autor del ilícito no está intimidado con el resultado final del proceso resarcitorio.

3) Cuando el sujeto causante del daño actúa con el fin de causar daño, independientemente del resultado o las consecuencias de sus acciones.

Los daños punitivos tuvieron su origen en los tribunales ingleses durante el siglo XVII y siguieron su evolución, siendo adoptados por los Estados Unidos de América, con pocas excepciones.⁴¹³ La compensación concedida por este concepto no es una indemnización por los daños sufridos, sino una multa privada. El propósito es disuadir y castigar al culpable de una conducta ilícita. Fueron diseñados para castigar al demandado por su conducta reprochable, ofensiva, excesiva o indignante. Es una conducta que se distancia diametralmente de la esperada del “*hombre prudente y razonable*” o el “*buen padre de familia*” del Derecho

⁴¹³ En Inglaterra, los primeros casos registrados donde se concedieron daños punitivos fueron los de *Wilkes v. Wood*, 2 Wils KB 203, 95 Eng. Rep. 766 (1763) y *Hucke v. Money*, 2 Wils KB 205, 95 Eng. Rep. 768 (1763).

puertorriqueño. DOBBS, los define como las sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, como castigo o disuasivo impuesto contra un demandado encontrado culpable.⁴¹⁴ PROSSER y KEETON siguen la misma línea al establecer que es una compensación por encima de la reparación de los daños, con el propósito de castigar al demandado, de darle una lección para que no vuelva a ocurrir y enviar un mensaje a otros para disuadirlos de ese tipo de conducta.⁴¹⁵ Estos autores califican el daño punitivo como una “anomalía” en el área de la reparación de daños en la medida que son influencias de ideas penales invadiendo el campo del derecho de daños.⁴¹⁶

En el capítulo dedicado al daño moral en el sistema de Derecho común norteamericano se desarrollará con mayor detalle el manejo que tienen de los daños no-económicos y la imposición de la multa privada para disuadir las conductas inapropiadas.

⁴¹⁴ DOBBS, D.B., *Law of remedies*, 2ª ed., 1993, St. Paul, MN: West Publishing Co., p. 312.

⁴¹⁵ PROSSER, W.L., KEETON, W.P., *Prosser and Keeton on Torts*, 5ª ed., St. Paul, MN: West Publishing Co., 1984, p. 9.

⁴¹⁶ *Ibid.*

PARTE III
SITUACIÓN ACTUAL

CAPÍTULO IV

NOCIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL, FRANCÉS Y PUERTORRIQUEÑO

4.1 Reflexiones preliminares

En los países de Europa continental, en especial los que se han tomado como base para el desarrollo de este trabajo, el tema de los daños morales se ha abordado de manera diferente. España se caracteriza por tener una visión aplicada del daño moral. Al decir esto nos referimos a que existe una conciencia sobre la existencia y la importancia del daño moral en el sistema de responsabilidad civil y se han dirigido a establecer

mecanismos para garantizar su protección. A pesar de que el articulado del CCE permanece inalterado y no hace referencia expresa al daño moral, vemos como se han adoptado legislaciones sobre otros temas, como la seguridad en el tránsito y la protección en entornos laborales y sociales donde se ha introducido el concepto de la responsabilidad por daño moral. La jurisprudencia, al igual que en Francia, ha tenido un rol determinante en el desarrollo de la figura, interpretando la disposición legal general de responsabilidad y aplicándolos a todos los casos que tiene ante su consideración. El sector doctrinal ha producido innumerables estudios sobre el tema, destacándose el manejo del resarcimiento por ser un área sensible y de difícil manejo. De igual manera se han identificado los antecedentes históricos y las bases para el desarrollo adecuado de la figura, creándose un sistema de pesos y contrapesos entre la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

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

conceptos y proveer guías que sirvan de referencia a los magistrados que de manera cotidiana se enfrentan a las controversias relacionadas a los daños morales.

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

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

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

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

Se realizará una breve exposición de la legislación y los baremos adoptados para lidiar con la difícil tarea de la adjudicación de cuantías resarcitorias, sin pretender abarcar todos los detalles relacionados con el particular. También se presentan los avances jurisprudenciales de mayor relevancia donde se puede apreciar el desarrollo, sin que resulte redundante la exposición con los discutido en el marco conceptual.

4.2 Evolución del Derecho positivo

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

1. Primera Fase: daño moral no compensable. MAZEAUD atribuye la negativa de reconocer la posibilidad de resarcimiento del daño moral a una mala interpretación de los textos del Derecho romano.⁴¹⁷ En España, podemos observar en las primeras determinaciones judiciales sobre el tema una negativa patente a la posibilidad de aceptar el daño moral. En la Sentencia del TSE de 10 de julio de 1928 la posición fue que *“en tanto no se concreten en la realidad otras relaciones... que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral, que es inaplicable, per se, en el orden económico.”* En la medida que no se concebía la valoración del daño espiritual, no se otorgaba un remedio económico a la lesión sufrida. En Francia, se pueden observar varias determinaciones judiciales donde se negaba la compensación resarcitoria en este primera período. Se cita como ejemplo, la determinación del Consejo de Estado, pleno, 29 de octubre de 1954, *Bondurand*: D. 1954, J. 767, conclusiones de Fougères y nota de Laubardère; Gaz. Pal., 1954,

⁴¹⁷ MAZEAUD, H., *Lecciones de Derecho Civil*, op. cit., p. 68.

quienes determinaron que “*el dolor moral, por no ser apreciable en dinero, no constituye un daño susceptible de dar lugar a reparación*”.

Este primer periodo se caracterizó por influencias filosóficas restrictivas en lo concerniente a la reparación de perjuicios causados. El TSE desestimó una reclamación de daños morales en la STS de 11 de marzo de 1899 porque “*los disgustos no son indemnizables*”. Aún en esta etapa permeaba la máxima romana contenida en el Digesto 7,9,3: “*cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recepit aestimationem*”. En la doctrina francesa, también hubo fuertes críticas a las intenciones de reclamar compensación monetaria por daños morales, llegando a calificar tal pretensión de indecente.⁴¹⁸

2. Segunda Fase: El daño moral solo se compensaba cuando repercutía en el patrimonio de la víctima. Es un periodo de transición donde el TSE reconoció la figura del daño moral, pero no la indemnizaba a menos que se pudiese justificar la reparación de un interés pecuniario afectado real o potencialmente. En síntesis, a menos que no hubiese un daño tangible en el peculio del agraviado, no se procedía con la reparación del daño moral. Igual periodo evolutivo tuvieron Francia y Puerto Rico.

⁴¹⁸ JOSSERAND, L., *La personne humaine dans le commerce juridique*: D.H. 1932, chron. 1, de G. RIPERT, *Le prix de la douleur*: Dalloz, 1948, chron. 1, et P. ESMEIN, *La commercialisation de la douleur morales*: Dalloz, 1954, p. 113.

3. Tercera Fase: Admisión de la indemnización de daños morales puros, independientemente de si tienen o no impacto en el patrimonio. En esta etapa, comienzan a surgir los problemas conceptuales y prácticos relacionados con la prueba y valoración de los daños morales. A principios de esta fase, se observa que el Tribunal aún descansa en los daños físicos para resarcir el agravio, mostrándose tímido en la argumentación, apreciación de los otros componentes del daño moral. Posteriormente, reconoce el impacto puramente moral y espiritual del “dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a una víctima” y reconoce la legitimación de los parientes de la víctima a ser indemnizados por los perjuicios experimentados.⁴¹⁹ Se clarifica que ante la concurrencia de daño moral físico y puro, solo se compensa por los hechos acaecidos y no se duplica la indemnización.

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

⁴¹⁹ SSTs de 17 de febrero de 1956 y 28 de febrero de 1964, respectivamente.

4.3 ESPAÑA

4.3.1 Base legal

Hemos argumentado a lo largo de nuestro trabajo, que los países con tradición civil en Europa continental han sido pasivos en la evaluación y adopción de legislación sobre el daño moral. Los esfuerzos legislativos han sido dirigidos a áreas específicas del Derecho y fueron adoptadas en época moderna, como lo veremos más adelante. Se hace referencia a la legislación antigua en el Derecho español como origen de la figura del daño moral, aunque el ánimo de buscar la identidad en los orígenes del Derecho no tiene límites y se atribuyen a legislaciones antiguas intenciones que no fueron contempladas en su época, dinámica similar a la que encontramos con el análisis del origen del concepto en Derecho romano.

El origen de la legislación aludida recogía el legítimo interés de proteger los intereses extrapatrimoniales y proveer remedios a los agravios experimentados en esa esfera, pero lo hacía de manera indirecta. Es decir, la razón por la cual se adopta la legislación de la época antigua no era para equiparar el remedio civil patrimonial al extrapatrimonial, concediendo una reparación pecuniaria, sino imponer una multa privada o una pena. La conceptualización misma del daño moral aún no había nacido, pero los asuntos atendidos mediante la legislación antigua protegían intereses que en la época moderna se consideran propios de los intereses

extrapatrimoniales. Con el magnífico ejercicio de retrospectiva, se identifican trazados homogéneos entre la legislación de las Partidas y los daños morales que hoy conocemos.

En el Derecho Español, se reseña la génesis del daño moral en la tipificación realizada a través de la Partida Núm. VII, Ley XXI del Título IX, durante el reinado de Alfonso X, entre los años 1252 y 1284. La misma establecía que *«cualquiera que reciba tuerto o desonra, que pueda demandar enmienda della en una de estas dos maneras, qual mas quisiere. La primera que paga el que lo desonre enmienda de pecho de dineros. La otra es una manera de acusación, pidiendo que el que lo fizo el tuerto, que sea escarmentado por ello... De un yerro no debe ome recibir dos penas»*.⁴²⁰ (Énfasis nuestro). Hay autores, como GARCÍA LÓPEZ, que sostienen que ya desde las Partidas se reconocía por escrito la posibilidad del daño moral cuando se define el concepto de daño en la Partida VII, Ley XV, Título I, como *“empeoramiento o menoscabo, o destuymiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro”*.⁴²¹ (Énfasis nuestro). La contención del autor es que se debe entender el *«daño en sí*

⁴²⁰ El texto íntegro de la legislación establece que un hombre no debe ser expuesto a recibir dos penas por la misma causa de acción, razón por la cual concluimos que la intención legislativa no era resarcitoria, sino penal. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, una de las concepciones del término **tuerto** es *«Agravio que se hace a alguien»*, mientras que la **Deshonra** está relacionada con la falta de respeto que se realiza al juzgar de indecente y ajeno a la forma de ser o vivir de una persona. Al examinar el término **Honra** encontramos que se refiere a *«Estima y respeto de la dignidad propia.»*, *«Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito.»*, *«Demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito.»*, o *«Pudor, honestidad y recato de las mujeres.»*

⁴²¹ GARCÍA LÓPEZ, R., Rubio Torrano, E., Responsabilidad Civil por daño moral, Barcelona, Bosch, 1990, p. 34.

mismo» como sinónimo de daño moral. Para abonar a la teoría de la existencia de una conceptualización rudimentaria, o al menos de la base para justificar el posterior nacimiento jurisprudencial del daño moral, se reconoce en la Partida VII, Título XV el tratamiento que se daría a los daños, causados por hombres y animales a terceros, independientemente de su naturaleza. Al utilizar un lenguaje tan amplio al referirse al daño se entiende que no solo aplica a los daños patrimoniales, sino también a los daños extrapatrimoniales o morales.

El sistema legal adoptado en las Partidas fue preservado en la Novísima Recopilación de las Leyes de España, libro Duodécimo, Título XXV.⁴²² También se reseñaba en éstas, el uso del lenguaje “pechar”, “pagar” y “resarcir” como parte de la nomenclatura utilizada en la época para corregir o reparar el daño causado a otro. El análisis del alcance del lenguaje de las Partidas y la Novísima Recopilación se realizó retrospectivamente, toda vez que la interpretación de la época estaba más relacionada con la visión romana. Es decir, que no admitían valoración al cuerpo o la integridad física del hombre libre y solo se contemplaba una sanción pública como medio de indemnización al daño sufrido. DE CASTRO, hace alusión al hecho de que en época antigua los daños eran castigados mediante ofensas físicas y morales infligidas a las personas y

⁴²² Novísima Recopilación de las Leyes de España, *Tomo V. Libros X. XI. y XII.*, [en línea]. [Consulta: 13 de noviembre de 2013]. Disponible en: <http://fama2.us.es/fde//oct/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf>. El Título XXV es sobre injurias, denuestos y palabras obscenas. También se señalan los Títulos XXI y XVI como fuentes de responsabilidad con lenguaje reparador.

era usual recurrir a la tortura como remedio.⁴²³ No obstante, vemos cómo dicha concepción se va transformando con el paso del tiempo y con la adopción de la Constitución *Criminalis Carolina*, en sus artículos XX y XXI, el Emperador Carlos V reconoció que si un ciudadano era torturado de manera injusta, tendría derecho a ser resarcido. La aludida Constitución contemplaba la tortura como un remedio excepcional que solo se justificaba en casos necesarios.⁴²⁴

Posteriormente, se comenzaron a admitir acciones penales privadas donde se impusieran penas pecuniarias con el fin de disuadir al culpable del acto ilícito. Se señala que ya a principios del siglo XIX, los postulados del Derecho canónico influyeron en la visión de la pena civil, adjudicándole un matiz reparador.⁴²⁵

A pesar de que el alcance del término *daño moral* en esta antigua legislación no posee el mismo alcance que en la actualidad, se reseña por escrito, por primera ocasión, la posibilidad de que el sujeto que recibe un agravio o una deshonra pueda instar una demanda. Mediante este recurso legal, se le ofrecía a la víctima la posibilidad de ser indemnizado económicamente o que el juzgador impusiera un castigo, multa o pena por

⁴²³ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos de la personalidad”, Anuario de Derecho Civil 12, 1959, p. 1240.

⁴²⁴ WINDSCHEID, B., *Diritto delle pandette*, traducción de Fadda y Bensa, Turín, 1930, p. 764. Hace referencia que a los jueces que ordenaban tortura a un sospechoso sin tener elementos suficientes se le obligaba a resarcirle por concepto de gastos y daños.

⁴²⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., op. cit., A.D.C., 1956, p. 457.

el daño causado.⁴²⁶ Se codificó en una sola legislación la posibilidad de escoger un remedio en el ámbito penal, con la salvedad de que sólo se podía imponer uno de los dos y no ambos, en la medida que el causante del daño no debía ser expuesto a recibir dos penas.

El Derecho de daños o responsabilidad civil española a finales del siglo XIX se circunscribía a una acción de una de tres fuentes posibles: la acción penal, que permitía la reclamación por responsabilidad civil siempre y cuando el acto dañoso estuviese tipificado como delito o falta, al amparo de los Artículos 123 y 124 del Código Penal de España (CPE) de 1870; la responsabilidad que emanaba del incumplimiento de una obligación contractual, conforme a los artículos 1101 y siguientes del CCE; o la responsabilidad que surgía al amparo de los artículos de responsabilidad general, 1902 y siguientes del CCE. Para esa época, sin embargo, aún no se admitía la posibilidad de compensar daños morales al amparo de los artículos de responsabilidad extracontractual, sino que eran susceptibles de resarcimiento los daños patrimoniales solamente. Tampoco se reconocía el derecho de transmisión de la causa de acción a los familiares, en casos donde la víctima fallecía.⁴²⁷ Todavía la influencia romanística imperaba y se consideraba un *actio personalis moritur cum persona*.

⁴²⁶ En el texto de las XII Partidas se utiliza el vocablo *Escarmiento* que conforme a la Real Academia Española puede significar «Castigo, multa o pena.», también se puede entender del «Desengaño, aviso y cautela, adquiridos con la advertencia o experiencia del daño, error o perjuicio que alguien ha reconocido en sus acciones o en las ajenas.»

⁴²⁷ STS de 14 de noviembre de 1894.

La Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 consagró el derecho a la integridad física y moral al mismo rango que el derecho a la vida. El Artículo 15 de la CE establece que “*Todos tienen **derecho a la vida y la integridad física y moral**, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra.*” (Énfasis suplido). La interrogante es sobre el alcance del concepto de integridad moral que se esboza en la Constitución.

Los padres de la Constitución Española defendieron la posición de garantizar a todos los ciudadanos la “**integridad moral**”, añadiéndolo al texto original que ya preveía la integridad física. Luego de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial, países europeos cambiaron sus respectivas constituciones para garantizar la integridad física y moral de sus ciudadanos.⁴²⁸

Los constituyentes españoles quisieron ampliar los derechos personales, que hasta ese momento se limitaban al ámbito físico. El término “integridad física y moral” fue interpretado por algunos como “incolumidad”, como lo hace la Constitución Alemana al utilizar el

⁴²⁸ La Constitución italiana de 1947 lo recogió en sus artículos 13.4°, 27.3° y 4°; la alemana del 1949 en los artículos 2.2°, 102 y 104.1. Posteriormente y más cercana a la española, la Constitución griega de 1975 lo preservó en sus artículos 7.2° y 3° y la portuguesa de 1976 en sus artículos 25 y 26.

término “*Unversehrtheit*”.⁴²⁹ El alcance del término nos refiere a un ciudadano sano, sin lesión ni menoscabo físico o moral. Según nos presenta RODRÍGUEZ MOURULLO, la CE posee una pluralidad de derechos dentro de esa frase, a saber, el derecho a la integridad física, derecho a la salud física y mental, derecho al bienestar corporal y psíquico y el derecho a la apariencia personal.

El Tribunal Constitucional Español expresó que el art. 15 de la CE “*garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular.*” STC de 28 de junio de 1990 (RJ 1990, 120). En este caso, el TCE tuvo ante sí una controversia noble relacionada a la aplicación del derecho a la integridad física y moral en su dimensión de exclusión de toda intervención exterior no consentida en el cuerpo o espíritu de una persona en contraposición con el derecho a la vida garantizado en el mismo artículo. Por un lado, se encontraban reclusos en huelga de hambre que arriesgaban su propia vida a morir por inanición. Del otro lado, el Estado quería preservar su vida mediante la alimentación asistida para evitar su muerte. El Tribunal hizo un balance de intereses y determinó que la alimentación

⁴²⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española*, [consulta: 1 de abril de 2013], Disponible en: VLEX: <http://vlex.com/vid/articulo-15-derecho-vida-331377>.

forzosa era un medio imprescindible para evitar la pérdida de la vida que sólo se puede realizar cuando exista un riesgo real e inminente de perder la vida. De esta manera garantizaba a los reclusos su derecho a la voluntad propia y a la integridad física y moral.

No se ha actualizado en la legislación civil española el concepto de daño moral para atemperarlo a los avances doctrinales y jurisprudenciales. No obstante, se pretende atender el particular, paradójicamente, con la introducción del Código Penal del año 1944. En el mismo, se regulaba la responsabilidad civil que procede de los delitos o faltas y prohibir toda conducta que cause un daño moral por la infracción de delitos contra el honor, calumnia, injurias y difamación.⁴³⁰ El artículo 104 del Código Penal, ahora numerado como artículo 113, contempla la indemnización de los daños morales, no solo al agraviado, sino a familiares y terceros que por razón del delito se hubiesen visto afectados, lo que la doctrina actualmente ha denominado como daño por rebote.⁴³¹ El antiguo Código Penal no hacía distinción en el tipo de daño moral o su gradación al establecer su norma. Otros artículos del Código Penal bajo los cuales se han compensado daños morales son: Art. 444, párrafo 1º, Art. 456, párrafo 2º y Art. 465. Como se discutió en el Capítulo anterior, la injerencia de la jurisdicción penal en la atención de reclamos de responsabilidad civil ha

⁴³⁰ Originalmente se encontraba en el artículo 104 del antiguo Código Penal y posteriormente en el artículo 113. Véase además las SSTs de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3953) y 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 5018).

⁴³¹ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 164.

sido criticada por parte de la doctrina en la medida que no lo desvincula de un proceso penal y la visión de los juzgados penales puede estar matizada con el ejercicio cotidiano de imponer penas, algunos consideran que serían más indulgentes, mientras que otros piensan que podrían ser más rigurosos.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En el art. 9.3 extiende la indemnización por la intromisión ilegítima en estos derechos al daño moral. Su texto es el siguiente: “[L]a existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.”⁴³²

La STS de 19 de julio de 2004 (RJ 2004, 4349) ponderó los hechos del caso y los catalogó de intromisión ilegítima, extendiendo el alcance de la indemnización para compensar los perjuicios morales acaecidos.⁴³³

⁴³² Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, BOE Núm. 115, de 14 de mayo de 1982, p. 2548.

⁴³³ VICENTE DOMINGO, E., *El daño*, en Tratado de Responsabilidad Civil de REGLERO CAMPOS, L.F. (coord.), 4ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 341-347.

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El art. 128, de la ley contempla la protección a los daños causados por productos y servicios defectuosos. No se refleja que se protejan los intereses morales del individuo, sino que quedan excluidos del ámbito de protección. El art. 9 de la directiva establece que los perjuicios que surjan como consecuencia del bien o servicio defectuoso serán indemnizados de acuerdo a la legislación civil general.⁴³⁴

La legislación adoptada para la valoración de daños corporales sufridos en accidentes de circulación, Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre la Ordenación y Supervisión de Seguros Privados dispone el mecanismo para compensar daños morales derivados del accidente. No obstante, se puede apreciar que se menciona la partida indemnizatoria en el art. 1.2 del Anexo de la Disposición Adicional 8ª, pero se hace como parte de una reparación básica en el proceso de adjudicación en los casos de lesiones corporales permanentes. Un examen de las Tablas I y III que incluyen indemnizaciones por concepto de fallecimiento y lesiones permanentes, son suficientes para ver que el daño moral está incluido en la compensación y no figura como un elemento independiente, susceptible de

⁴³⁴ BERCOVITZ, R., “La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux dans le Droit Espagnol: l’adaptation à la directive 85/374/CE”, *Revue Européenne de droit privé*, 1994, vol. 2, núm. 2, p. 233 y ss.

indemnización por sí mismo. Lo que refleja la legislación es una visión vetusta de la reparación del daño. Al igual que en época antigua, solo se compensará, como norma general, el daño moral en presencia de una consecuencia física y no de manera independiente. Sólo en los casos donde se pueda ponderar el daño moral como un factor de corrección en la indemnización básica, será permitida su consideración en ausencia de un efecto físico.

En materia de propiedad intelectual, los daños morales se pueden compensar, conforme al artículo 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, Ley 22/2011, de 11 de noviembre, según enmendada. En la mencionada ley se reconoce a la víctima o perjudicado el derecho a elegir entre reclamar el beneficio presumiblemente obtenido, en aquellos casos donde no se haya materializado la explotación ilícita, o el resultado que en efecto se produjo de la explotación. No se requiere demostrar perjuicio económico para que proceda la compensación del daño moral. Solo se requiere que la víctima demuestre que se vulneraron sus facultades que estaban protegidas y se reconocerá el perjuicio moral relacionado al mismo.⁴³⁵ Al igual que en las otras instancias de valoración y resarcimiento del daño moral, se reconoce la amplia discreción judicial para determinar la justa compensación del daño sufrido.

⁴³⁵ Véase STS de 19 de abril de 2007 (RJ 2007, 2071).

Otra modalidad de daño moral que está protegida mediante legislación especial es la relacionada como la contaminación acústica o por ruidos. El Art. 1908 del CCE sirve de base para el desarrollo de este tipo de daños. La trascendencia del reconocimiento de este daño moral ha alcanzado niveles internacionales, cuando en el caso del aeropuerto de Heathrow, el TEDH consideró el caso el 2 de octubre de 2001/567 (TEDH 2001, 567). Posteriormente, en un caso instado por una ciudadana de Valencia ante el mismo tribunal, se alegó que los ruidos de establecimientos nocturnos le hacían sentir asediada y perturbada. El TEDH decidió el 16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004, 68) en el caso de Moreno Gómez que se le violentó el derecho a la reclamante y sufrió un daño moral indemnizable por el ruido al que estaba expuesta.

En España se han adoptado otras leyes especiales que expresamente han incluido en su lenguaje la protección a los derechos morales de los individuos. Ese es el caso de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. En el Art. 9.3 extiende la indemnización por la intromisión ilegítima en estos derechos al daño moral. Se contempla además, para su valoración, el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.⁴³⁶ La Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, establece en el artículo 10.2 que los daños morales que surjan como consecuencia del perjuicio material o corporal causado

⁴³⁶ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo; STS 19 de Julio de 2004 (RJ 2004, 4349).

por el producto defectuoso, serán indemnizables conforme a la legislación civil general de acuerdo con el artículo 9 de la Directiva. Finalmente, la Ley 30/1995, de 4 de noviembre, sobre la Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, hace mención de que los daños morales son resarcidos en el Art. 1.2 de la disposición legal, pero indica que los mismos están incluidos en la “indemnización básica”, negado la posibilidad de que se establezca su valor conforme a la gravedad del daño causado.

La valoración del daño moral es una de las áreas donde se ha experimentado la mayor proliferación de escritos. Se atienden en los mismos las inconsistencias judiciales en la adjudicación de daños morales, ausencia de suficiente especificidad para identificar el concepto que está siendo reparado y la arbitrariedad en la determinación de cuantías indemnizatorias. Una de las formas de uniformar las valoraciones y adjudicaciones es a través del uso de baremos. España, ha incluido en diferentes baremos existentes, los daños morales compensables y usualmente los tribunales hacen referencia a los mismos para basar sus determinaciones. Se han adoptado baremos para los casos de daños acaecidos como consecuencias de accidentes automovilísticos, atentados terroristas, accidentes en el transporte público, accidentes de caza, accidentes en el entorno laboral, entre otros. Incluso, se utilizan como referencia en España algunos baremos adoptados en el extranjero.⁴³⁷

⁴³⁷ Sobre este particular, véase compilación de “*Baremos utilizados en valoración médica del daño corporal*” realizada por el Dr. Francisco de la Puente Álvarez y publicada por

El CCE no hace referencia expresa al daño moral y su reparación, pero hay quienes opinan que la naturaleza de una norma no depende del cuerpo legal en que se halla encuadrada, sino de la esfera jurídica donde se producen sus efectos.⁴³⁸ En síntesis, lo propuesto por SANTOS BRIZ es que aún cuando la responsabilidad por daños morales está enmarcada en el código penal español, en efecto es una regulación con impacto en la esfera civil. Su visión, aunque parece en principio correcta, es limitada en la medida que siempre se requerirá el procesamiento o evaluación penal de la causa de acción por daños morales para poder ejercitar la legislación protectora y reparadora del daño moral.

4.3.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal

Como se expresó en las reflexiones preliminares de este Capítulo, en el desarrollo jurisprudencial del daño moral se identifican tres fases. La primera distinguida por una negación al reconocimiento de la figura basada en fijar suma dineraria a una ofensa de carácter extrapatrimonial. Durante el siglo pasado, el Tribunal Supremo se negó al resarcimiento de los daños morales, justificando su decisión en el hecho de que no podían cuantificar económicamente bienes o valores de esta naturaleza. Esta posición prevaleció por un periodo aproximado de tres décadas. En la STS de 6 de diciembre de 1882, el Tribunal expresó que “[N]o siendo valorable el

José Ramón Aguilar & Juan José Lara en el portal <http://www.medynet.com/>. Se incluye información como Anejo 1.

⁴³⁸ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166-167.

honor, en los delitos cometidos contra él no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio ni imponer al delincuente, como responsabilidad civil consiguiente a la criminal que haya contraído, la de pagar una indemnización al ofendido.” Las expresiones del TSE en los años 1882-1899 recogen el sentir de la época al establecer en las SSTS de 6 de diciembre de 1882 que el daño moral no es indemnizable porque no se puede valorar y de 11 de marzo de 1899 en la que afirmó que “*no son indemnizables los disgustos.*” Por otra parte, también denominó el tribunal en ese entonces el honor en sí mismo como un “*derecho ideal, sin práctica realidad*”.

De igual manera, la doctrina española negaba la posibilidad de una compensación económica, siendo uno de sus exponentes GAYOSO ARIAS. Postulaba este letrado que la reparación del daño moral era imposible en la medida que no existen elementos objetivos para valorar la vida, la igualdad, la fama, entre otros, y sería arbitrario la imposición de un valor económico, lo que es excluyente de la igualdad *inter rem et rem*.⁴³⁹

El punto de partida jurisprudencial de la figura del daño moral resarcible comienza en España con la Sentencia del 6 de diciembre de 1912 donde se demandó al Periódico El Liberal por una publicación titulada “*Fraile, raptor y suicida*”. La controversia que tuvo ante sí el TSE se

⁴³⁹ GAYOSO ARIAS, R.: “La reparación del llamado daño moral en el llamado Derecho natural y en el Derecho positivo”, R.D.P., Tomo V, N° 60, p. 328.

relacionaba con el ataque a determinaciones de los tribunales inferiores que concedieron al Alcalde de Totana, indemnización por el daño causados al honor y buena fama de su hija tras publicarse una noticia en un rotativo donde le imputaban estar íntimamente vinculada a un fraile capuchino y haberse escapado con él. La noticia resultó ser falsa y los tribunales concedieron la indemnización solicitada y una publicar la sentencia condenatoria en la primera página del diario, así como en dos periódicos en Madrid. Las expresiones del TSE confirmaban la protección en casos de daño moral: “...*la honra y fama, constituyen bienes sociales cuyo daño, en especial respecto de la mujer, es uno de los más graves, en cuanto significa total expoliación de la dignidad personal, familiar y social, de quien es acreedora a la estimación pública.*” Hasta entonces, el Tribunal Supremo Español había negado la posibilidad de resarcir el daño moral, incluyendo la modalidad del perjuicio al honor.⁴⁴⁰

El remedio económico concedido por el tribunal fue clasificado por un sector de la doctrina como “daños patrimoniales indirectos”. Se trato de la compensación de los daños morales que han tenido repercusiones patrimoniales. El tribunal adoptó una posición que sirvió de base para la evolución del resarcimiento del daño moral y estableció que “*la indemnización pecuniaria, si nunca es bastante como resarcimiento*

⁴⁴⁰ Véase SSTTS de 6 de diciembre de 1882 y 11 de marzo de 1899.

absoluto de ofensas tan graves... es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados...”

El pronunciamiento rudimentario del Tribunal Supremo sobre la obligación de compensar la víctima en 1912 dejó muchas interrogantes sobre el proceso. La determinación judicial no abunda sobre los elementos que tomó en consideración el juzgador para determinar que la víctima sufrió un daño. No se estableció si fue un proceso automático de imputación de responsabilidad ni el quantum probatorio exigido. No se abundó en el proceso de valoración del daño, si se consideró o no la secuela psicológica y/o física experimentada por la víctima del agravio. Factores exógenos al proceso, como el impacto social y la credibilidad ofrecida a la noticia tampoco fueron aludidos para justificar la indemnización concedida. Independientemente de las lagunas procesales y sustantivas de la Sentencia, el evento constituyó un hito en la valoración y adjudicación de daños morales y a partir del mismo se comenzó la evolución de la figura jurídica que se ha extendido hasta el presente.

Los fundamentos esbozados por el Tribunal Supremo para confirmar los tribunales de menor jerarquía fueron los siguientes:

(1) la sentencia fue cónsona con el rol de la mujer de la época y para ponernos el en contexto social citamos al tribunal cuando dice “*la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor*

estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los fines del hogar doméstico.”;

(2) indica el tribunal que la inacción ante la ofensa perpetrada tendría un efecto posterior en los bienes de orden temporal para la perjudicada, es decir, que se vería afectado su patrimonio al no poder contraer un matrimonio que le resulte ventajoso;

(3) el tribunal hace una distinción con la STS del 6 de diciembre de 1882 y clarifica que en aquél momento se trataba de una violación al honor en sí mismo, sin una realidad práctica a diferencia del caso que tenían ante su consideración en el cual estimaron que la violación al honor de la joven tendría un impacto directo en su capacidad para contraer matrimonio de manera adecuada;

(4) ante el argumento de la parte demandada de que el tribunal estaba impedido de resolver el particular en ausencia de legislación o norma que así lo justificara, el tribunal planteó que sí existe una normativa que definen el daño de manera general y que los juzgados aplicaron las reglas de equidad, que constituyen máximas elementales de justicia universal e incluso hacen referencia los principios jurídicos existentes en Las Partidas, como reseñamos anteriormente;

(5) finalmente, el tribunal por primera ocasión reconoce que aunque la compensación concedida no puede compensar el daño ocasionado, por estar el bien lesionado sobre el comercio de los hombres, realizaron un ejercicio de aproximación y estimación de los daños que directamente le causaron a la joven. Justificaron la determinación pecuniaria en ausencia de elementos objetivos en la discreción que posee el tribunal atendiendo las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social.

Luego de la STS del 6 de diciembre de 1912, el TSE continuó su evolución en el tema de los daños morales y las sentencias posteriores expresamente distinguieron la indemnización de los daños morales en sí mismos y no las consecuencias patrimoniales del daño a los bienes morales del perjudicado. En la STS de 13 de noviembre de 1916, el TSE se enfrenta a un alegato relacionado con una ofensa al honor y la fama de un Catedrático por parte de un compañero quien proponía la apertura de un expediente administrativo con fundamentos difamatorios. El Tribunal lo desestimó por falta de prueba para sustentar la acción y expresó: *“Que las responsabilidades derivadas, conforme a los artículos 1092 y 1903 del Código Civil, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vía civil, no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se justifique o surja la certeza de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a*

la persona ofendida o a un tercero, pues una cosa es el castigo impuesto por la ley, en su caso, para la reparación del derecho social perturbado, y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los preceptos legales antes citados...” (Énfasis nuestro). Hemos enfatizado, con todo propósito, expresiones importantes dentro de las manifestaciones del Tribunal, ya que en el albor de la figura del daño moral, vemos cómo el tribunal reconoce la posibilidad de que se puedan causar daños a terceros, lo que posteriormente se denomina como daño por rebote, utiliza de manera expresa la distinción entre los perjuicios materiales y morales, pero a pesar de ello, parece limitar la causa de acción a aquellos casos donde haya un quebranto material, excluyendo la posibilidad del resarcimiento en casos de daños morales puros.

Posteriormente, las SSTS de 14 de diciembre de 1917, donde compensan a un médico por lesiones a su honor y reputación; 7 de noviembre de 1919 y 12 de marzo de 1928, donde se indemniza a víctimas de difamación por parte de medio escrito y televisivo, respectivamente; 9 de diciembre de 1949 (RJ 1949, 1463), donde el tribunal concede indemnización por daños relacionados a la pérdida de la facultad sexual; 21 de enero de 1957 (RJ 1957, 1133), donde se compensa a una mujer que

tuvo problemas para contraer nuevo matrimonio al declararse nulo el anterior por el miedo que tenía su marido hacia su madre; y la STS de 11 de mayo de 1977 (RJ 1977, 2047), donde el tribunal compensó a una mujer tras una publicación de su fotografía en una enciclopedia médica que divulgó detalles relacionados a la enfermedad incurable que ésta tenía y que aún no sabía.

En la STS de 14 de diciembre de 1917, en el caso del médico que alegó lesión a su honor y reputación, el TSE admite la indemnización de los daños morales puros y los que tienen un efecto en el patrimonio de la víctima. Fue a través de las determinaciones jurisprudenciales que se comenzaron a ampliar los contornos del daño moral, llegando a reconocer agravios y daños que no hubiesen sido imaginados en época antigua. Los tribunales comenzaron a utilizar las disposiciones del art. 1902 del CCE para sustentar la concesión de remedios a los daños morales. El lenguaje del mencionado artículo no contempla de manera expresa su aplicación a los daños morales, pero tampoco la excluye. En síntesis, el TSE determinó que el lenguaje del art. 1902 no es restrictivo y no excluye el daño moral, por lo que son de aplicación sus disposiciones.

Hasta la época de la Codificación, no se habían desarrollado en España los derechos de la personalidad, lo que dificultaba la extensión del concepto del daño moral a los supuestos donde se violaban derechos

fundamentales de las víctimas.⁴⁴¹ Se concretiza en el proceso el valor de derechos intangibles de carácter extrapatrimonial, tales como derechos fundamentales al honor, la dignidad y la imagen propia. Conforme a lo propuesto por DE CASTRO, fue precisamente el pensamiento esbozado en las Siete Partidas lo que llevó al Tribunal a establecer el precedente jurisprudencial sobre el tema.⁴⁴² Los representantes de la doctrina española tuvieron un rol prominente en el reconocimiento de los derechos de personalidad. Así pues, BELTRÁN DE HEREDIA sostenía que “*es indudable que carece de sentido el llamado derecho genérico de la personalidad. En verdad, lo que con él se quiere indicar no es sino la capacidad jurídica en su amplio significado de aptitud para ser sujeto de derechos, de toda clase de derechos y por sí sólo no constituye un derecho subjetivo independiente.*”⁴⁴³ Con ello, se establece que el término genérico está compuesto por diferentes derechos de personalidad que impactan al individuo y que por medio jurisprudencial se estaban definiendo. Cabe señalar que los derechos de personalidad, también son llamados derechos

⁴⁴¹ Conforme a ROGEL VIDE, C., el derecho de la personalidad es en el derecho privado lo mismo que los derechos fundamentales y libertades públicas en el derecho constitucional. ROGEL VIDE, C., “Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas”, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, Publicación Real Colegio de España en Bolonia, 1985, p. 48 y ss.

⁴⁴² DE CASTRO Y BRAVO, F., Los llamados derechos de la personalidad, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 1268.

⁴⁴³ BELTRÁN DE HEREDIA, J., Construcción Jurídica de los Derechos de la Personalidad, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, p. 33.

fundamentales y según ROGEL VIDE, se trata de lo mismo, visto desde la perspectiva del Derecho privado y el Derecho público, respectivamente.⁴⁴⁴

En la STS de 14 de diciembre de 1917, antes citada, el Tribunal reconoció a un médico el derecho a protección a su honor, tras su expulsión del colegio profesional al que pertenecía. Se impuso una indemnización por la lesión al honor y la reputación que se ocasionó al galeno. Once años más tarde, el Tribunal ratificó su posición protectora del derecho al honor al imponer responsabilidad a un hombre que mediante una comparación ofendió a una dama al compararla con un personaje de novela, STS de 12 de marzo de 1928. La evolución continuó en ascendencia y se reseñan las sentencias de 31 de marzo de 1930, 21 de enero de 1957 y del 11 de mayo de 1977, en las que se determinó que hubo daño moral tras lesionarse los derechos al prestigio personal, el honor, la propia imagen y buena fama.

En la STS del TSE de 14 de noviembre de 1934, se reitera la determinación jurisprudencial de resarcir económicamente los daños morales puros al establecer que *“La responsabilidad civil comprende los daños morales, entendiéndose por tales, tanto aquellos que aminorando la actividad personal debilitan la capacidad para obtener riquezas, es decir, los daños morales indirectamente económicos, como los constituidos por*

⁴⁴⁴ ROGEL VIDE, C., Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976, Publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1985, p. 48.

el simple dolor moral, aunque no trascienda a la esfera patrimonial...”

Dicha tendencia jurisprudencial prevalece al día de hoy, reconociéndose la posibilidad de resarcir económicamente todas las modalidades del daño moral.

Con relación a la conceptualización del término *daño moral*, el tribunal ha mostrado una clara evolución. En las Sentencias de 21 de enero de 1957 y 28 de febrero de 1959 se define y amplía el concepto al indicar que el mismo está constituido “*por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos*”. Esta definición jurisprudencial se acerca más a la propuesta de algunos tratadistas modernos que establecen que en ninguna instancia el daño puede extenderse al ámbito patrimonial, sino que se trata exclusivamente de los daños a los derechos inmateriales o espirituales del individuo.⁴⁴⁵

En cuanto a la forma de compensar el daño moral, el TSE justificó la compensación económica del mismo al establecer que la víctima del perjuicio moral padece de dolores y se pretende mediante la reparación

⁴⁴⁵ SANTOS BRIZ, J. es uno de los tratadistas que considera la posibilidad de varias modalidades del daño moral, cuando lo califica de: Puro, Impropio y Secundario al daño Patrimonial. Para él la diferencia de una y otra modalidad es el alcance del daño causado, es decir, si se queda en la dimensión espiritual, si surge como consecuencia de un daño patrimonial o si por el contrario se origina de un daño moral y extrapola sus consecuencias a un daño patrimonial.

económica lograr un equilibrio.⁴⁴⁶ A través del resarcimiento económico, la víctima se procura sensaciones agradables que puedan compensar aquellas causadas por el daño sufrido.⁴⁴⁷

Para la década de los años 1990 y con la fuerte influencia de la jurisprudencia francesa e italiana, los españoles comenzaron a aplicar el concepto del daño corporal, distinguiéndolo del daño pecuniario y no pecuniario.⁴⁴⁸

Luego de casi un siglo, el Tribunal Supremo Español continúa elaborando el concepto del daño moral y su relación con los daños extrapatrimoniales. En la STS de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001/2242), el Tribunal realizó un análisis sobre el daño moral, acogiendo el modelo de clasificación del daño que lo despliega en tres dimensiones, el daño personal o corporal, el material y el moral. En la misma Sentencia se realiza una exposición sobre la conceptualización del daño moral, sus manifestaciones y el requerimiento de prueba para sostenerlo.

En su proceso evolutivo, el TSE reconoció que terceras personas pueden ser acreedoras de resarcimiento por concepto de daño moral

⁴⁴⁶ STS de 7 de febrero de 1962.

⁴⁴⁷ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 169.

⁴⁴⁸ MARTÍN-CASALS, M., RIBOT, J., SOLÉ, J., *Non-pecuniary Loss Under Spanish Law*, in W. HORTON ROGERS, & H. KOZIOL (Eds.), *Tort and Insurance Law*, Austria: Springer Wien New York, vol. 2, p. 193.

cuando existen vínculos afectivos o parentales y como consecuencia del acto ilícito sufren, mostrando manifestaciones psicológicas.⁴⁴⁹

Es mediante la jurisprudencia que se ha ventilado la batalla de las diferentes posturas a favor y en contra de la compensación económica de daños morales. En la Sentencia de 9 de diciembre de 1949 se descarta la tesis de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente. La base racional para descartar la tesis es que no existe precepto legal ni doctrina jurídica que lo autorice.

En los casos de ofensas morales puras, es decir que no poseen impacto alguno sobre el patrimonio del agraviado, es al juzgador a quien le corresponde la valoración económica del resarcimiento a concederse y no es permisible la falta de resarcimiento económico bajo el argumento de que no se puede determinar económicamente.⁴⁵⁰ En estos casos la discreción que posee el juzgador al valorar es completa, tomando en consideración las circunstancias y necesidades del caso concreto y en ausencia de elementos o pruebas objetivas.⁴⁵¹ El rol del foro judicial en materia de daño moral en el Derecho español ha sido determinante como hemos constatado.

⁴⁴⁹ SSTs 23 de julio de 1990 (RJ 1990, 6164); 31 de mayo de 1983 (RJ 1983, 2956); y 25 de junio de 1984 (RJ 1984, 1145).

⁴⁵⁰ Véase Sentencias de 19 de mayo de 1934, 2 de febrero de 1940, 24 de diciembre de 1941 y 24 de mayo de 1947.

⁴⁵¹ Véase Sentencias de 2 de diciembre de 1946 y 5 de julio de 1972.

4.4 FRANCIA

La influencia de la doctrina canónica en los antecedentes del Código Civil Francés (CCF) permean en la redacción de sus artículos. Al igual que sucedió posteriormente en España y otros países europeos, la concepción de la acción penal de origen romano mediante el cual se atendían los agravios a la persona fue evolucionando tras la influencia del Derecho canónico para convertirse eventualmente en una pena privada con visos reparadores. DESCAMPS hace una excelente exposición de la influencia canónica y religiosa en su tratado sobre los orígenes de la responsabilidad.⁴⁵² Nos presenta como ejemplo de la influencia religiosa, que en la Edad Media, los reyes concedían indultos como ejemplo de la misericordia que tenían hacia sus súbditos, especialmente en la época de Pascuas. Se mezclan voluntades en esta época donde despunta la corrección al daño causado a otro, como un ejercicio de reivindicación hacia Dios y hacia los demás.

El estado de derecho previo a la aprobación del Código Civil Francés, en la época napoleónica, ya disponía que la responsabilidad penal conllevaba responsabilidad civil que podía o no ser instada dentro del proceso penal.⁴⁵³ Los padres del Código Napoleónico entrelazaron la responsabilidad civil a la moral social enfatizando el deber de reparar el

⁴⁵² DESCAMPS, O., op. cit., p. 183 y ss.

⁴⁵³ AMADEO-MURGA, A.J., El valor de los daños en la responsabilidad civil, España, Bosch, 2da Ed., 2012, p. 7.

mal causado al semejante. En particular, MAZEAUD y TUNC plantean que la gran aportación de DOMAT y POTHIER al Derecho civil francés fue la separación de la responsabilidad civil de la penal.⁴⁵⁴

Una vez superada la dicotomía del tratamiento de la ofensa civil, inicia el proceso de descubrir el alcance de la reparación del perjuicio causado. El articulado no especifica su alcance y las controversias relacionadas con aspectos patrimoniales y no patrimoniales comienzan a presentarse ante los foros judiciales. A raíz de la evolución que se hace más patente a comienzos del siglo XIX, se comienza a dar forma a la figura jurídica del daño moral en Francia y a través de toda Europa. Como planteamos al comienzo de este Capítulo, hubo tres fases, que podemos denominar como periodo de negación, transición y aceptación. Como parte del proceso de descubrimiento de la figura se busca en el articulado vigente un soporte para justificar la misma. El lenguaje existente no reconoce expresamente la existencia de un perjuicio extrapatrimonial, pero tampoco lo niega. DIEZ PICAZO, por ejemplo, indica que los principios contenidos en el *Code Civil* sobre el daño son tan generales que permiten que se configure tanto el daño material como el moral.⁴⁵⁵ Comienzan a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial a dar base al daño moral como lo conocemos hoy.

⁴⁵⁴ MAZEAUD, H. y L.; TUNC, A., Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, op. cit., p. 58.

⁴⁵⁵ DIEZ-PICAZO, L., Derecho de daños, Madrid: Civitas, 2000, p. 95.

4.4.1 Base legal

El art. 1382 del CCF determina la responsabilidad por actuaciones dolosas y culposas, al disponer lo siguiente: «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*». El lenguaje de la disposición legal es lacónico y no hace distinción entre el daño pecuniario y el moral. No obstante, por vía jurisprudencial, la ciencia jurídica francesa reconoció el derecho a la protección civil por daños morales y la compensación económica como remedio.⁴⁵⁶ La aplicación del artículo 1382 a los casos de daños morales era de naturaleza discrecional, reportándose casos donde no hubo uniformidad en la aplicación del precepto.⁴⁵⁷ VICENTE DOMINGO nos reseña también que la influencia del pandectismo alemán se extendió en la interpretación del Art. 1382 del CCF, aplicándose de forma restrictiva y fue a través de la jurisprudencia que se le fue concediendo elasticidad a la interpretación y aplicación, dando espacio a la compensación del daño moral.⁴⁵⁸

La comunidad jurídica también argumenta que el art. 1384 también contempla la protección general contra perjuicios morales, al disponer: «*Chacun est responsable du dommage qu'il à causé non seulement par son*

⁴⁵⁶ COING, H., op. cit., Vol. 2, p. 638.

⁴⁵⁷ Cfr. Aubry et Rau, IV, §445, nota 8. Por el contrario, el tribunal imperial en RGZ 7, 295 rechazó la aplicación del artículo 1382 en daños inmateriales.

⁴⁵⁸ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 71.

fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence». Se ha reconocido que dentro del concepto «*dommage*», incluido en el Código, se cubren los daños patrimoniales y morales.⁴⁵⁹

A través del tiempo, hemos observado como los legisladores han integrado el concepto del daño moral a normas legales específicas, como lo son: (1) el Artículo 3, párrafo 2 del Código de Procedimiento Penal que establece lo siguiente: “*l’action civile sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite.*” En esta acción, al igual que en España, la víctima puede solicitar al Tribunal que provea un remedio por el daño moral que ha sufrido como consecuencia del acto criminal.

En materia de divorcio, el legislador francés también reconoció el derecho de un cónyuge de reclamar al otro los daños morales causados en el proceso de divorcio. Se consagró en el Art. 266, párrafo 1º el derecho de la siguiente manera: “*quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l’un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.*” (Énfasis nuestro).

El daño moral también se ha reconocido de manera indirecta en la legislación francesa. El art. 31 de la Ley n° 86-677, de 5 de julio de 1985,

⁴⁵⁹ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 146.

mejor conocida como la Ley Badinter, regula las reclamaciones instadas por personas que pagan compensaciones por concepto de daño moral o físico. En la misma se permiten las reclamaciones, pero se excluyen las compensaciones por concepto de daños morales y físicos a víctimas y familiares cuando hayan desplegado algún grado de culpa. La ley también promueve los acuerdos amistosos entre las partes, pero fue altamente criticada por abordar el tema de las indemnizaciones y sus cuantías.

La obligación de poseer un seguro de circulación fue impuesta en Francia a través de la Ley 27/1958, de 27 de febrero, hoy codificada en el art. L211-1 del Código de Seguros francés. En el año 1982 el TCF decidió el caso Desmares, en el cual realizó una fuerte crítica a las determinaciones judiciales previas donde se aceptaban eximentes de responsabilidad para el conductor y los limitó al caso de fuerza mayor.⁴⁶⁰

La ley nº 1985-1353, de 17 de diciembre de 1985, relacionada con la seguridad social, creó el art. L. 452-3 del Código de Seguridad Social francés bajo el apartado de falta inexcusable o intencional del patrono. En este artículo, se establece que independientemente de la compensación que se otorgue por concepto de un accidente laboral, la víctima tendrá derecho a demandar y obtener reparación del perjuicio causado por los sufrimientos físicos y morales que ha tendido que soportar, los perjuicios estéticos y de amenidad, así como el perjuicio de la pérdida o disminución de sus

⁴⁶⁰ Cass. civ., 2^e, 21 juillet 1982, 1982.449.

posibilidades de ascenso o promoción profesional. A partir de la adopción del lenguaje que permite la reclamación de daños morales, son múltiples las controversias que se ventilan en el TCF sobre la materia.⁴⁶¹ Un ejemplo, de un fuerte movimiento laboral en Francia se reseñó en el Capítulo sobre el Entorno Conceptual. Me refiero a los casos donde empleados reclaman a sus patronos al amparo de esta legislación por los perjuicios morales sufridos por exposición a asbestos.

De manera más reciente, los legisladores franceses enmendaron el art. 16 del CCF como resultado de la adopción de la Ley 1994-653, del 29 de julio, sobre Bioética. En la codificación legal se reconoció la primacía de la persona, prohibiendo todo atentado a su dignidad y garantizando el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida.⁴⁶²

La evolución legislativa de la legislación francesa ha sido lenta y al igual que España y Puerto Rico, han optado por dejar de manera íntegra los artículos del Código Civil que se refieren a la responsabilidad civil extracontractual, toda vez que no prohíben la figura y la concesión de remedios. No obstante, se observa en los procesos legislativos posteriores, que está presente la figura y su inminencia en la vida cotidiana de esas

⁴⁶¹ Véase: Cass., civ., 2^e, 18 décembre 2014, 13-26.692, Inédit; Cass., civ., 2^e, 9 octobre 2014, 13-23.345, Inédit; Cass., civ., 2^e, 23 septembre 2014, 13-18.509, Inédit; Cass., civ., 2^e, 28 mai 2014, 13-18.509, Inédit; Cass., civ., 2^e, 13 mars 2014, 13-18.509, Inédit.

⁴⁶² El texto original dice “*La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l’être humain dès le commencement de sa vie.*”; JORF n° 175 du 30 juillet 1994, p. 11056.

sociedades, en la medida que se integran de manera expresa protecciones a los ciudadanos contra los daños morales.

4.4.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal

La primera decisión del Tribunal de Casación de Francia que reconoce la posibilidad de indemnizar económicamente el daño moral, denominado como «*dommage moral*», se remonta al 5 de junio de 1833.⁴⁶³ En esta ocasión, el TCF reconoció a dos químicos el derecho a reclamar daños morales de un demandado que resultó convicto por la venta ilegal de drogas. El Procurador General, Dupin, señaló que constituía un error capital argumentar que los daños sólo procedían cuando existían daños pecuniarios, “*l’erreur capitale dans toute cette affaire, c’est de croire qu’il n’y ait qu’un préjudice matériel et d’argent qui puisse donner lieu à une action en dommages et intérêts*”. El reclamo fue inicialmente denegado en apelación y posteriormente el TCF dejó sin efecto la determinación apelativa ya que no era razón suficiente el plantear que es sumamente difícil la apreciación y valoración de los daños no patrimoniales. A partir de esta Sentencia se evidencian determinaciones jurisprudenciales, como la del 16 de junio de 1858 donde el Tribunal de la Seine, condenó a una dibujante al pago de 5,000 francos porque publicó la fotografía de un difunto en el lecho de muerte, cuando la misma había sido creada sólo para

⁴⁶³ Cass. Chambres réunis, 15.06.1833, [1833] Sirey (S.), 1, 458, conclusions Dupin.

la familia. El fundamento esbozado por el tribunal para sostener su posición fue el siguiente:

«Attendu que nul ne peut sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort, quelle qu'ait été la célébrité de cette personne...»

Attendu que le droit de s'opposer à cette reproduction est absolu qu'il a son principe dans le respect que commande la douleur des familles, et qu'il ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature et de la piété domestique...»

En otros casos se reconoció la existencia de un daño moral en los casos de adulterio.⁴⁶⁴ Esto ha sido enmarcado en la ciencia jurídica francesa de actualidad como parte de los derechos de la personalidad.⁴⁶⁵

A partir del 1961, se reconoció a la jurisdicción administrativa la competencia para entender en casos donde se reclama perjuicio moral. Esta decisión jurisprudencial, conocida como *Letisserand*, fue emitida por el Consejo de Estado el 24 de noviembre de 1961, nº 48841, publicado en *Lebon*. La determinación se realiza ante una situación de hechos donde un hombre y su hijo, que viajaban en motocicleta fallecieron tras ser impactados por un camión perteneciente al Estado, comunidad de Allier.

⁴⁶⁴ Tribunal de la Seine 17 de julio de 1901, en: Dalloz, *Jurisprudence Générale* 1902.2.109; en Sirey 1837.2.374.

⁴⁶⁵ COING, H., vol. II, p. 369.

Se concedió una compensación monetaria a la viuda y a sus hijos menores a través del foro administrativo y desde entonces, dicha jurisdicción ejerce su capacidad para ventilar reclamos por perjuicios morales.

En la doctrina francesa, la evolución del daño moral fue similar a la de España, ya que el perjuicio moral o extrapatrimonial no fue reconocido desde sus comienzos. Aún a finales del siglo XIX y comienzo del XX se encontraban grandes críticas al movimiento doctrinal que postulaba la necesidad de compensar económicamente los daños morales. Las críticas más fuertes, dentro de la doctrina francesa, estaban dirigidas al intento de compensar económicamente el sufrimiento y la tristeza, calificando de inmoral la pretensión de poner precio a las lágrimas del dolor.⁴⁶⁶ Esta mentalidad no prevaleció y a pesar de que está claro que el ser humano no puede objetivamente establecer el valor del sufrimiento de otro, actualmente no resulta reprochable y es ampliamente reconocido por la jurisprudencia.

Los primeros estudiosos de la figura negaron la posibilidad de resarcimiento, basados en la naturaleza del bien afectado por el daño. BAUDRY-LACANTINEIRE y BARDE levantaron tres objeciones al resarcimiento del daño moral a principios del pasado siglo.⁴⁶⁷ Los fundamentos eran, en esencia, que: 1) sólo se puede resarcir o restablecer

⁴⁶⁶ BRUN, P., *Responsabilité Civile Extracontractuelle*, Paris: Litec 2009, p. 138.

⁴⁶⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, G., BARDE, L.J., *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil- Des Obligations*, 2^a ed., Paris: Larose et Tenin, p. 451 et ss.

mediante el uso del dinero los daños ocasionados al patrimonio, por tanto es un error hablar de reparación monetaria cuando el patrimonio no ha sido injustamente disminuido; 2) no era correcto el ventilar los derechos al honor, aspectos sagrados o los dolores más íntimos en el entorno judicial, ya que siempre permea un ambiente litigioso donde se impondrá una de las partes; 3) la apreciación del daño moral sería siempre una apreciación arbitraria. Fuertes críticos, como ESMEIN, calificaban el daño moral de prejuicio de coartada, que permitía disponer de controversias que no estaban relacionadas con su propia naturaleza, haciendo referencia a la dicotomía de la compensación pecuniaria de un daño ajeno al patrimonio.⁴⁶⁸ La frase utilizada por él para describir, lo que a su juicio era una desacertada acción de compensar los daños morales era: *“la douleur, certes, peut être profonde, mais on l’avilit en la monnayant.”* MORANGE, por su parte, criticaba a los tribunales de Francia, acusándolos de ceder ante una corriente doctrinal con unos serios problemas de bajos parámetros morales y ajena a los valores de la civilización occidental.⁴⁶⁹

Todas las posturas antes mencionadas son cosa del pasado y tanto los tribunales como los proponentes de la doctrina moderna de daños morales reconocen la posibilidad de reparar el daño moral, mediante la adjudicación monetaria .

⁴⁶⁸ Citado en obra: Cour de Cassation, Ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation, et autres, Les limites de la réparation du préjudice, Dalloz, 2009, p. 396.

⁴⁶⁹ MORANGE, G., “À propos d’un revirement de jurisprudence. La réparation de la douleur morale para le Conseil d’État”, D. 1962, chron. 15, spec. p. 16.

4.3 Perspectiva Europea

En el año 1992 un grupo de académicos de diferentes países europeos se unieron para formar lo que originalmente se denominó como el “Tilburg Group” y posteriormente se llamó “European Group on Tort Law” (EGTL). Dicho grupo redactó los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, presentados mediante conferencia pública en el año 2005. La coalición tiene como propósito contribuir al mejoramiento y armonización del Derecho europeo en materia de responsabilidad civil y a esos efectos analizan el proceso evolutivo del derecho en los diferentes países participantes. Al definir los presupuestos generales de la responsabilidad y el daño, manifiestan que “[L]a vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia.” Este movimiento, que cuenta con la participación de países más conservadores, reconoce la existencia y evolución del daño moral, aunque no haya consenso sobre la manera de reparar los mismos.

4.6 PUERTO RICO

4.6.1 Base legal

Tomamos como partida la evolución del daño moral a partir de finales del siglo XIX, toda vez que el sistema jurídico era idéntico al español para la misma época. Aplicaban los artículos 123 y 124 del CCE de 1870 y el CCE de 1889. La influencia del Derecho español era tal, que

las determinaciones judiciales en la isla y las doctrinas estudiadas eran las que surgían de España. Todavía Puerto Rico no había desarrollado un criterio independiente y autónomo el promulgado en España y la legislación civil y penal se copió *ad verbatim*.

Con el cambio de soberanía en el año 1898, se derogó el CPE y se adoptó un Código Penal, copiado del Código Penal de California (CPC). A diferencia del CPE, nada se disponía de la posibilidad de reclamar responsabilidad civil a través del procedimiento penal. La tendencia norteamericana en el ámbito penal se estableció en la isla, haciendo más clara la separación de las causas de acción civiles por responsabilidad, aún en aquellos casos donde la conducta que producía el agravio también constituía un delito.⁴⁷⁰ Por el contrario, el CCE se adoptó como norma legal en materia civil en Puerto Rico y se realizaron varios cambios menores, entre los cuales se encontraban el cambio en numeración de los artículos de responsabilidad civil.⁴⁷¹

En Puerto Rico, sin embargo, el reconocimiento de la causa de acción a los herederos del causante llegó antes que en España. En el año 1902, se enmendó en la isla el Código de Enjuiciamiento Civil y se adicionaron los Artículos 60 y 61, respectivamente. El efecto fue extender a los herederos de un causante fallecido como consecuencia de una muerte

⁴⁷⁰ TSPR, *Marrero v. López*, 15 D.P.R. 766 (1909).

⁴⁷¹ El Artículo 1101 se numeró como el 1068 y el Art. 1902 se numeró como el 1803, respectivamente.

ilegal, la posibilidad de reclamar daños. Se aduce que el cambio fue motivado por la influencia de la legislación de California y la adopción del *Lord Campbell Act*, que a su vez fue recibida en Estados Unidos de Inglaterra y que iba dirigida a proveer los familiares del fenecido una causa de acción civil, pero limitada a daños pecuniarios, excluyendo los morales.⁴⁷²

La legislación civil en Puerto Rico adolece de disposiciones que expresamente concedan a las víctimas la posibilidad de ser resarcidos cuando experimentan daños morales. Las adjudicaciones se basan en determinaciones jurisprudenciales y en las disposiciones generales del CCPR en materia de responsabilidad civil.

4.5.2 Aplicación jurisprudencial y doctrinal

El TSPR resolvió por primera ocasión una controversia relacionada con la reparación de un daño moral en el año 1909, incluso antes que el TSE se expresara sobre el tema, aceptando la misma.⁴⁷³ En esencia, se planteaba la controversia de que al derogar el CPE, no se podía reconocer bajo el CPC el derecho a resarcimiento por daños físicos y mentales. El TSPR determinó que procedía la compensación de los daños porque estaba protegida en el Artículo 1803 del CCPR y para sustentar su determinación

⁴⁷² AMADEO-MURGA, A., op. cit., págs. 11-12.

⁴⁷³ TSPR, *Zalduondo v. Sánchez*, 15 D.P.R. 231 (1909).

recurrió a jurisprudencia del *Common Law* decidida en el año 1879.⁴⁷⁴ En el caso de McIntyre v. Giblin, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TSEEUU) decidió que el jurado tenía que considerar una justa compensación por los daños físicos y mentales causados por el demandado al disparar y herir de manera negligente al demandante. Precisamente, en el caso se argumentó en el proceso apelativo, que se cometió un error al incluir las palabras “...and mental” cuando instruyeron al jurado. El TSEEUU determinó que no se cometió el error alegado y que el propósito de la instrucción fue permitir al jurado conceder compensación por los sufrimientos personales que causaron las heridas al demandante. Cuando se estudia la determinación jurisprudencial se puede apreciar que hubo un acto afirmativo del TSEEUU donde reconoció lo que en el Derecho continental y puertorriqueño consideramos daños morales.

En el año 1922, el TSPR tuvo ante su consideración un caso donde los familiares del causante reclamaron daños y se concedió no solo resarcimiento económico por los daños patrimoniales, sino que también se

⁴⁷⁴ McIntyre v. Giblin, 131 U.S. Appx. CLXXIV (1879). El caso fue decidido el 1 de diciembre de 1879 y la controversia presentada fue la siguiente: “*This was a suit to recover damages for the careless and negligent shooting and wounding of Giblin, the plaintiff below, by McIntyre, the defendant. On the trial the court charged the jury that in computing the damages, they might take into consideration 'a fair compensation for the physical and mental suffering caused by the injury,' and the only question submitted to us now is, whether this charge was erroneous because the words 'and mental' were included.*” (Énfasis nuestro). La determinación del TSEEUU fue: “*We think, with the court below, that the effect of this instruction was no more than to **allow the jury to give compensation for the personal suffering of the plaintiff caused by the injury, and that in this there was no error.***” (Énfasis nuestro).

compensaron los daños morales.⁴⁷⁵ La fuente de derecho utilizada para autorizar la compensación fue el Artículo 1803 del CCPR, cuyo texto es el mismo del Artículo 1903 del CCE.

El TSPR se ha expresado en varias instancias con relación al tema de la valoración del daño moral y ha presentado guías cualitativas y cuantitativas que sirven de parámetro a los juzgados en su difícil encomienda de adjudicación. Las expresiones cualitativas son subjetivas y aportan poco al proceso valorativo. En Hernández v. Fournier, 80 D.P.R. 93 (1957), el TSPR determinó que para que sean resarcibles los daños no pueden ser “penas pasajeras”. Se requiere que los sufrimientos y angustias morales sean profundas y que afecten la salud, el bienestar y la felicidad de la persona agraviada.⁴⁷⁶ El más alto foro judicial también ha exhortado a los tribunales inferiores a tener cautela en no convertir la indemnización de los daños y perjuicios en una “industria” y requiriere que los mismos estén basados en la prueba y que exista correspondencia entre ambos.⁴⁷⁷ Como se puede apreciar, las expresiones jurisprudenciales no ayudan a concretar elementos o parámetros que aporten objetividad al proceso valorativo.

⁴⁷⁵ Maldonado v. The Porto Rico Drug, Co., 31 D.P.R. 747 (1922) y posteriormente en Orta v. P.R. Railway L & P, Co., 36 D.P.R. 743 (1927).

⁴⁷⁶ A esos efectos, véase TSPR Ramos Rivera v. E.L.A., 90 D.P.R. 828 (1964) y Moa v. E.L.A., 100 D.P.R. 573 (1972).

⁴⁷⁷ Toro Mercado v. P.R. & Amer. Ins., Co., 87 D.P.R. 658 (1963); Atilés Moreau, Admor v. McClurg, 87 D.P.R. 865 (1963).

Las guías cuantitativas provistas por el TSPR en los casos de daño moral, se limitan a la adjudicación de Sentencias modificando o ratificando determinaciones de foros inferiores. A pesar de que inicialmente el Tribunal se negó a utilizar los casos ya decididos como parámetros de referencia para la valoración de casos futuros, posteriormente se mostró permisivo e incluso aconsejó utilizarlo como referencia. En Cancel v. A.E.E., 116 D.P.R. 443 (1985) manifestó que es aconsejable utilizar las cuantías concedidas en casos similares, aunque no se debían considerar como precedente obligatorio.⁴⁷⁸ La mecánica jurisprudencial adoptada por el TSPR ha ido evolucionando, pero no provee garantías de una base racional justa. En Nieves Cruz v. U.P.R., supra, el Tribunal redujo la compensación asignada por el Tribunal de Primera Instancia (TPI) a la mitad haciendo una comparación con el caso de Riley v. Rodríguez Pacheco, supra. No obstante, fue criticado toda vez que el caso de referencia había sido decidido trece (13) años antes y veintiséis (26) años más tarde de la ocurrencia de los eventos originales. Esto implica que no se tomaron en consideración los efectos inflacionarios, el impacto de la tecnología en la rama de la medicina y los cambios en la práctica profesional contemporánea de dicha profesión. En lugar de aumentar la compensación, la redujeron a la mitad haciendo referencia al caso asociado a hechos ocurridos más de dos décadas atrás. Recientemente, el TSPR se

⁴⁷⁸ Sobre el mismo tema véase TSPR: Nieves Cruz v. U.P.R., 151 D.P.R. 150, 170-171 (2000), Riley v. Rodríguez de Pacheco, 119 D.P.R. 762 (1987).

enfrentó a un caso similar y aprovechó para reiterar la norma de utilizar las cuantías concedidas por el TSPR como referencia, pero añadió que es necesario realizar un ajuste racional para evaluar el valor del dinero, los cambios tecnológicos y el nivel de vida.⁴⁷⁹

El proceso evolutivo de la jurisprudencia de daños morales en Puerto Rico experimentó etapas análogas a las vividas por el TSE. A principios del siglo XX, las sentencias carecían de especificidad. A pesar de que se desprendía que los daños morales habían sido compensados, no se podían distinguir las partidas específicas y sus respectivas cuantías.⁴⁸⁰ En el año 1948, el TSPR instruyó a los tribunales de menor jerarquía a realizar determinaciones de hechos y conclusiones de derecho, haciendo referencia específica sobre los daños físicos y mentales.⁴⁸¹ Aunque pueda sonar paradójico, el Tribunal de Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos de América acogió un recurso de revisión presentado en el caso de Castro del Valle v. Alcoa Stamship, Co., 299 F.2d 785 (1962) donde el TPI adjudicó daños por concepto de lucro cesante y daños morales, pero el desglose de los daños patrimoniales excedía la cuantía total. El caso fue devuelto para que los daños fuesen fijados nuevamente. La inconsistencia

⁴⁷⁹ Herrera Bolívar v. Ramírez Torres, 179 D.P.R. 774 (2010).

⁴⁸⁰ La tendencia de englobar bajo una sola partida el daño se observó en los casos Font v. Viking Construction Corp., 58 D.P.R. 689 (1941); Muñoz v. The N.Y. & P.R. SIS Co., 72 D.P.R. 582 (1951); y Morales Muñoz v. Castro, 85 D.P.R. 288 (1962) por mencionar algunas. Estas últimas, se englobó la partida de daños morales y a pesar de que se hizo referencia a varias modalidades del daño no se especificó cuantía por separado.

⁴⁸¹ Meléndez v. Metro Taxi Cabs, 68 D.P.R. 766 (1948).

en la adjudicación de los daños morales se evidenciaron en diferentes formas, siendo la más común el subestimar los daños y englobarlos con los daños patrimoniales. Sin embargo, en Zeno Molina v. Vázquez Rosario, 106 D.P.R. 324 (1977) se observó lo contrario, cuando el TSPR aumentó la cuantía de daños morales de \$10,000 a \$40,000. Lo particular del caso fue que se eliminó la partida por concepto de daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante y se aumentó la partida de daños morales, sin que entraran a explicar la base racional de la decisión.

El temor a lo desconocido llevó al TPI a limitar el concepto del daño moral a las angustias físicas y mentales. En la evolución de la figura, el Tribunal Supremo denominó la modalidad de daño moral por pérdida de felicidad o, como se conoce en otras jurisdicciones, pérdida del disfrute de la vida, bajo el concepto general de incapacidad.⁴⁸² La inclusión de modalidades de daño moral en Puerto Rico ha sido limitada cuando se compara con sus contrapartes en España y Francia. No obstante, la conceptualización del término guarda relación y concordancia con los principios civiles esbozados en la codificación existente y con las tendencias doctrinales de España y Francia.

El tema de los daños morales en Puerto Rico ha tenido poca evolución y excepto los tratados de daños generales donde se hace mención de la figura, no existen publicaciones o estudios sobre el tema.

⁴⁸² Adorno v. Gómez, 147 D.P.R. 576 (1999).

En Puerto Rico, el TSPR visitó el concepto del daño moral y su definición adoptando la posición doctrinal española parcialmente.⁴⁸³ Es decir, sólo hizo alusión a los daños morales puros y los impropios o indirectos. Al definirlos, estableció que los primeros no repercuten en el patrimonio, mientras que los segundos trascienden al patrimonio como consecuencia del daño causado a los intereses inmateriales. No hace mención del daño moral secundario en su exposición.

Hace aproximadamente un año, el TSPR resolvió una controversia que le permitió abundar sobre el tema de los daños morales, en este caso por una controversia relacionada con el derecho a la intimidad.⁴⁸⁴ Al realizar la referencia al daño moral, los definió como “*aquellos que recaen sobre los sentimientos, la dignidad o estima social del perjudicado*”, definición limitada a los daños morales puros, excluyendo la modalidad del perjuicio corporal y emocional que se puede configurar bajo esta categoría. A pesar de que vemos como la visión aún aparece limitada en algunas determinaciones jurisprudenciales, las manifestaciones resultan bien encaminadas al distinguir además en la sentencia, el ámbito extrapatrimonial del daño.

⁴⁸³ Sagardía De Jesús v. Hospital Auxilio Mutuo, supra.

⁴⁸⁴ Weber Carrillo v. E.L.A., 2014 TSPR 46, 190 D.P.R. ____.

*“The life of the law has not been
logic; it has been experience.”*
Wendell Holmes⁴⁸⁵

CAPÍTULO V

EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMÚN NORTEAMERICANO

5.1 Panorámica de la teoría general del daño

El reconocimiento de daños en el Derecho común norteamericano surge como una materia con identidad propia en el año 1859, con la publicación del primer tratado sobre actos ilícitos, denominados *torts*, seguido por la publicación del primer libro de casuística relacionada al tema en el año 1874.⁴⁸⁶ Los *torts* en los Estados Unidos tienen como base legal el *common law*, tanto a nivel federal como a nivel estatal y tratan las

⁴⁸⁵ 1881- Oliver Wendell Holmes, Jr. se convirtió en Juez Asociado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en 1902.

⁴⁸⁶ SHAPO, M., SHAPO, M., *Principles of Tort Law*, Vol. 3, 2d Ed., West, 2003, p. 4.

lesiones a los derechos privados e individuales del ser humano, mientras que los delitos atienden las ofensas que atentan contra intereses públicos. El sistema judicial norteamericano es complejo en la medida que cada uno de los cincuenta (50) Estados y los territorios cuentan con gobiernos independientes, con sus respectivas Constituciones y la capacidad de legislar y establecer estructuras judiciales independientes. Para armonizar todos esos intereses, existe el gobierno federal, con una Constitución federal y un congreso y un sistema de justicia que impera sobre las jurisdicciones estatales. En cada uno de los niveles, federal y estatal, los jueces poseen un rol importante en la definición de lo que constituyen actuaciones ilícitas y la forma en que se reparan. Esto, sin detrimento de los principios esbozados en la Constitución o legislaciones especiales que tipifican conductas legalmente erróneas o injustas.⁴⁸⁷ En el sistema de Derecho común norteamericano, existen disposiciones legales, algunas de rango constitucional, que contemplan parámetros relacionados con la concesión de daños en materias específicas, los que resultan vinculantes para los jueces, pero esto es la excepción y no la norma.

El sistema norteamericano de tipicidad de los daños consiste en un trinomio de actos ilícitos basados en: (1) actos culposos donde media negligencia, *negligent torts*; (2) actos culposos donde hay intención, *intentional torts*; o (3) supuestos de responsabilidad objetiva, también denominado *strict liability*.

⁴⁸⁷ DOBBS, D.B., *The Law of Torts*, Saint Paul, MN: West Group, 2000, p. 1.

Las determinaciones judiciales en los casos de daños pueden ir dirigidas a vindicar los perjuicios y en ocasiones dar un escarmiento al demandado para desalentar conductas inadecuadas. A esos efectos, las sentencias pueden ir dirigidas a vindicar bienes patrimoniales, extrapatrimoniales y/o a imponer daños punitivos, tema sobre el cual abundaremos más adelante.

El propósito u objetivo del Derecho de daños, en el sistema norteamericano, es la reparación del perjuicio causado a las víctimas y disuadir a los ciudadanos de incurrir en conductas indeseables. De igual manera, algunos tratadistas insisten que otro de los propósitos principales es conseguir justicia social correctiva entre los individuos, seguido por la necesidad de responder a la naturaleza dinámica de tecnología cada vez más sofisticada, el deseo de proveer estándares de conducta relativamente claros, proteger expectativas, reducir costos administrativos en el sistema de justicia, mantener la certeza y predictibilidad de la ley.⁴⁸⁸

Por su parte, la sección 901 del *Restatement (Second) of Torts*, dispone que los objetivos de las acciones en daños son los siguientes: (1) compensar, indemnizar o restituir por el sufrimiento experimentado como consecuencia de los daños; (2) determinar derechos; (3) castigar al causante del daño a la vez que se desarraiga la conducta injusta o dañina; y

⁴⁸⁸ HARPER, F.; JAMES, F. Jr., *The Law of Torts*, Boston: Little Brown & Co. sec. 25.5A, p. 7-9.

(4) vindicar a las partes, otorgando un remedio para disuadirlos de incurrir en represalias, violencia o tomar la justicia por sus propias manos.

Con relación al sistema de clasificación de los daños, encontramos que se trata de un sistema más limitado que el conocido en las jurisdicciones de Derecho civil estudiadas. Los daños están predeterminados por el trinomio y aunque los tribunales tienen la capacidad de reconocer nuevas categorías en su ejercicio jurisprudencial, la visión ha resultado más limitada de lo que podríamos esperar de una jurisdicción de Derecho común.

5.2 Clasificación de los *torts*

El primer asunto del que nos tendremos que ocupar en el ejercicio de clasificación, es la terminología utilizada para el manejo de los daños no-económicos o morales en EUA y cómo comparan los mismos con los utilizados en el Derecho civil y que ya hemos enumerado. La acción en daños y perjuicios en el Derecho común, se denomina *torts*, palabra acuñada del léxico francés para denominar daño, perjuicio, falta, conducta deshonesto y torcida. El *tort* se define como un evento, un ilícito civil, distinto del incumplimiento contractual, que surge como consecuencia de la acción u omisión de una persona que, como resultado final, causa daños al cuerpo humano, a la personalidad, a la propiedad o afecta intereses económicos, o no económicos de otro. También se le llama “*torts*” a las

compensaciones económicas que recibe el demandante o la víctima como resultado de la acción judicial de responsabilidad civil llevada a cabo.⁴⁸⁹

La ley establece que se debe adjudicar responsabilidad civil y requerir compensación por parte de la persona que ha causado el daño en las circunstancias donde se pruebe la misma.⁴⁹⁰ Los tribunales, por su parte, han determinado que la función principal de la ley de *torts* es compensar a los demandantes por los daños sufridos ilegalmente en manos de otros.⁴⁹¹ Conforme al Black's Law Dictionary, la figura del *torts* es el ilícito civil, no relacionado con el incumplimiento de contrato, que puede generar un remedio que se obtiene mediante una reclamación de daños y perjuicios. Es el quebranto de un obligación o deber que la ley impone hacia los demás. Dentro de esta modalidad podemos encontrar la violación a la *lex artis* cuando los profesionales se alejan de los deberes impuestos por profesiones reguladas, como la medicina, el derecho, la ingeniería, entre otros. Al igual que en el Derecho civil, para que prospere una acción de Daños y perjuicios o "*torts*", tiene que existir una violación de un deber al demandante, que no tiene que estar expresamente reservado en la ley. El mal u ofensa puede surgir dentro del marco extracontractual, afectando individuos, intereses o propiedades. Pudiera ser (1) una invasión directa de algún derecho legal del individuo, (2) la infracción de un deber público

⁴⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, op. cit., p. 90.

⁴⁹⁰ Restatement Second, Torts §902; DOBBS, D.B., op. cit., p. 1-45.

⁴⁹¹ *Coats v. Dish Network, L.L.C.*, 303 P.3d 147 (2013); *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (1979).

para el cual el individuo devenga daños especiales, o (3) la violación de alguna obligación privada para el cual el individuo devenga daños similares.⁴⁹² Los tribunales han definido el término como un daño civil que puede ser reparado con una concesión monetaria.⁴⁹³ Al igual que sucede con los daños morales en las jurisdicciones civiles, los tratadistas norteamericanos han intentado definir un *tort* por sí mismo, pero existe la tendencia a decir lo que no es. Conforme a PROSSER y KEETON, el *tort* no es un delito o crimen penal, tampoco es un incumplimiento contractual.⁴⁹⁴ Esto no quiere decir que no se puedan generar daños o *torts* como consecuencia de actos criminales o incumplimientos contractuales.⁴⁹⁵ Según WRIGHT, el objeto de los *torts* es proveer una compensación por las pérdidas que se generan en las actividades cotidianas de una sociedad que ha evolucionado y que se caracteriza por la competitividad y el ejercicio de derechos que de alguna manera u otra pueden afectar a otros.⁴⁹⁶

El Derecho común norteamericano clasifica los daños relacionados al *Torts* en tres categorías generales: daños intencionales, daños por

⁴⁹² GARNER, B.A., op. cit., 10ª ed., p. 1717-1718; MARTIN, E.A., *A Dictionary of Law*, 5ª ed., Oxford University Press, 2002, p. 500 y ss.

⁴⁹³ *Smith v. United States*, 507 U.S. 197 (1993).

⁴⁹⁴ PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 2.

⁴⁹⁵ LEE, R.W., "Torts and Delicts", *The Yale Law Journal*, vol. 27, n° 6, April 1918, p. 721 y ss.

⁴⁹⁶ WRIGHT, C.A., "Introduction to the law of torts", *The Cambridge Law Journal*, vol. 8, n° 3, 1944, p. 238 y ss.

negligencia y daños por responsabilidad absoluta.⁴⁹⁷ A pesar de que el estudio de los *torts* se divide en estas grandes categorías, hay quienes afirman que no existen clasificaciones reales, sino múltiples supuestos no relacionados entre sí donde se configuran los *torts*.⁴⁹⁸ Con el fin de mantener uniformidad con la doctrina que impera en los EUA, pasamos a discutir las tres categorías principales de los *torts*.

5.2.1 *Torts* intencionales⁴⁹⁹

Los daños intencionales son aquellos donde el demandado sabía o debía saber que ocurrirían como consecuencia de sus actos. El daño acaecido surge como consecuencia de la conducta culposa e intencional del demandado y se podría configurar, por ejemplo, cuando una persona golpea a otra de manera deliberada, causando un perjuicio que puede trascender a la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima. Para que prospere una causa de acción por *torts* intencionales, el demandante tiene que establecer el elemento de intención. Entre los perjuicios reconocidos en esta categoría se encuentran:

1. “*Battery*”, traducido como lesiones personales, se define como un acto intencional mediante el cual se entra en contacto con otra persona con el fin de causarle daño, ofenderla o con el propósito de realizar una

⁴⁹⁷ Cornell University of Law, Legal Information Institute, 19 de agosto de 2014, <http://www.law.cornell.edu/wex/tort>.

⁴⁹⁸ GOODHEART, A.L., “The foundation of Tortious Liability”, *The Modern Law Review*, vol. 2, n° 1, junio 1938, p. 1 y ss.

⁴⁹⁹ También se les conoce como “*intentional tort, willful tort*”.

aprehensión inminente. Se puede manifestar también cuando se aplica fuerza a otra persona sin su consentimiento.⁵⁰⁰ El contacto físico puede ser con cualquier pieza u objeto que tenga la persona, independientemente del grado de fuerza que se emplee la misma causa una ofensa o insulto a la víctima.⁵⁰¹ El elemento de la ausencia de consentimiento es tan importante como la intención del demandado en incurrir en la conducta para que se configure este tipo de daño. El contacto puede ser a la parte perjudicada o a cualquier pertenencia o cosa que se considere conectada de alguna forma a ésta, por ejemplo, el bolso de una dama, el vehículo donde se encuentra la parte perjudicada, la vestimenta que lleva puesta, entre otros. En esta causa de acción también se pueden generar daños por rebote si se lesiona a una persona a quien no iba dirigido el ataque.

2. “*Assault*” o asalto, es la acción de intimidar a otra con inferirle una agresión inmediata y que la víctima sienta temor razonable de que sufrirá un daño físico inminente.⁵⁰² La acción no se tiene que concretar para que se configure, es decir, se manifiesta aunque falle el intento, siempre que la víctima sienta un miedo racional. La referencia para determinar si se configura el ilícito es la figura de la *persona prudente y*

⁵⁰⁰ GARNER, B.A., op. cit., 10ª ed., p. 182; MARTIN, E.A., op. cit., p. 46.

⁵⁰¹ PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 39-41.

⁵⁰² GARNER, B.A., op. cit., 10ª ed., p. 137; MARTIN, E.A., op. cit., p. 34. Sobre el temor, hay individuos que consideran que no es un elemento requerido para que se configure el *tort*, pero los tribunales han manifestado una tendencia a requerir la presencia del temor de la víctima para reconocer el daño.

reasonable. Debe existir un acto manifiesto que unido a expresiones puedan causar aprensión a la parte afectada.

3. “*False Imprisonment*” es la detención ilegal, que se configura cuando una persona tiene la intención de limitar el movimiento de otra y para lograrlo la confina a un espacio. La víctima ha de estar consciente del estado de privación de libertad en el que se encuentra en contra de su consentimiento y del daño que ha sufrido. Por lo general se amenaza con infligir daño a la víctima, o una persona cercana, si se marcha o trata de evadirse.

4. “*Intentional Infliction of Emotional Distress*” es la imposición intencional de angustia emocional, que se configura al participar de una conducta extrema o escandalosamente indignante que previsiblemente causará daño o perjuicio a la víctima.⁵⁰³ Están presentes los elementos de imprudencia crasa, deseo y conocimiento. En algunas jurisdicciones se requiere que haya manifestaciones físicas en la víctima para reconocerla, como lo sería desmayos, vómitos, sudoración, entre otras. Para que se considere un daño, la ofensa tiene que ser de tal grado que afectaría al hombre prudente y razonable de sensibilidades ordinarias.⁵⁰⁴

5. “*Trespass to Land*” o entrada ilegal a la propiedad ajena, se configura cuando voluntariamente y a sabiendas se entra, sin autorización,

⁵⁰³ GARNER, B.A., op. cit., 7ª ed., p. 542.

⁵⁰⁴ PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 63.

a la propiedad de otro o se autoriza la entrada a un tercero.⁵⁰⁵ Para que se configure tiene que haber intromisión o uso de la propiedad ajena sin que medie autorización del dueño, aunque sea de manera temporera.

6. “*Trespass to Chattel*” o transgresión de bienes muebles, se manifiesta cuando la actuación va dirigida a despojar al dueño legítimo de un bien mueble de su propiedad, utilizar la misma sin autorización. Se toma en consideración el tiempo en el que se privó de la propiedad mueble a su dueño, el efecto del tiempo sobre el bien mueble, los daños físicos que se hayan podido ocasionar al dueño. Cuando se pierde la utilidad del bien mueble o el control absoluto del mismo, se utiliza el término “*conversion*” para denominar el daño causado.⁵⁰⁶

7. “*Conversion*”, consiste en la apropiación ilícita de bienes muebles, tratándolo como propio. La diferencia entre este ilícito y el anterior es que la interferencia sobre el bien mueble es a tal grado que tiene el efecto de despojar al dueño original del bien. Al igual que los otros ilícitos intencionales, la conducta del demandado tiene que ser la causa directa o indirecta del daño.

8. “*Defamation*” o difamación que va dirigida a proteger las personas contra publicaciones calumniosas y libelosas, pero con la peculiaridad de que cada Estado define los términos y podrían encontrarse diferencias en la valoración de la figura. Los ciudadanos norteamericanos

⁵⁰⁵ GARNER, B.A., op. cit., 10^a Ed., p. 1733-1735.

⁵⁰⁶ GARNER, B.A., op. cit., 7^a ed., p. 333; MARTIN, E.A., op. cit., p. 116.

poseen una protección de rango constitucional, consagrada en la Primera Enmienda de la Constitución Federal de los EUA.

a. “Libel” o libelo es una afirmación difamatoria que se expresa por escrito, imágenes, signos o cualquier otro medio impreso. No requiere que se verbalice la ofensa, sino que basta con la prueba de la publicación.

b. “Slander” traducido como calumnia es una afirmación verbal que resulta difamatoria realizada por medios verbales, gestos o cualquier otra forma permanente.

En los casos de difamación, el estado de derecho vigente requiere que el demandante establezca los siguientes elementos: (1) un mensaje difamatorio, (2) generalmente acerca de la persona del demandante, (3) publicación del mensaje difamatorio y (4) que una tercera persona entienda el mensaje. Estos elementos, a su vez, están sujetos a consideraciones constitucionales como: (1) naturaleza del demandante (figura pública o privada), (2) naturaleza del mensaje difamatorio (asunto público o privado) y (3) la intención del demandado con respecto a la publicación del mensaje.

9. “*Nuisance*”, es definido como molestia, inconveniente o estorbo causado por la interferencia de una persona con la propiedad de otro o sobre la propiedad de otro, afectando el uso y disfrute pacífico de la misma. Puede ser de carácter público si se lesiona un derecho común de la sociedad o privado si los intereses lesionados son exclusivamente privados.

Los elementos del caso de molestia pública son: (1) una interferencia irrazonable (2) con un derecho común del público en general. Por otro lado, los elementos de la causa de acción por molestia privada son: (1) interferencia sustancial e irrazonable por parte del demandado (2) con el uso y disfrute de la propiedad del demandante. Vemos que en los dos casos hay que probar que el demandado está ejerciendo cierta clase de interferencia que afecta derechos del demandante. Como en todo caso de daños, es necesario establecer el nexo causal entre la interferencia y el daño. El agravio causado no puede ser una mera molestia pasajera, sino que tiene que ser de tal magnitud que impida el uso y disfrute del bien afectado.

El *nuisance* público ha tomado auge en los EUA por varios casos notorios donde se atacó las compañías que emiten gases, alegando que contribuyen al calentamiento global. El más reciente y notorio es el caso en el que varios Estados instaron una reclamación contra una empresa generadora de energía porque se alegaba que al quemar el carbón para producir energía se contaminaba el ambiente y producía un estorbo público.⁵⁰⁷ El Circuito de Apelaciones permitió que el caso continuara bajo una denominación creada por el tribunal y llamada “*the federal common law of nuisance*”, pero el TSEUA lo desestimó por un aspecto jurisdiccional, ya que al amparo de la Ley de Aire Limpio, *Clean Air Act*,

⁵⁰⁷ *Connecticut v. American Electric Power Co.*, 406 F.Supp. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005); 131 S.Ct. 813 (2010).

la entidad para ventilar ese tipo de asuntos es la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés). De igual manera se han demandado por esta causa de acción compañías manufactureras de armas, de pinturas a base de plomo, gasolina con aditivo MTBE, entre otros.⁵⁰⁸

Cuando hablamos de *nuisance* privado el daño se limita a una persona privada o un grupo limitado. Por ejemplo, en Rose v. Chaikin, 187 N.J. Super. 210 (1982), se determinó que el ruido puede constituir una molestia privada si afecta la salud y la comodidad de personas comunes en la vecindad y resulta objetivamente irrazonable. Para que prospere la causa de acción, las circunstancias tienen que probarse de manera clara y convincente.

Los elementos de una causa de acción por *daños intencionales* son: (1) un acto voluntario, (2) intención (la intención puede ser demostrada por el deseo de que el acto cause el daño o el saber que el daño con toda certeza, puede suceder), (3) relación causal, (4) el sufrimiento de un daño y (5) la ausencia de un privilegio o defensa que permita al demandado realizar el acto causante del daño.

5.2.2 *Torts* de responsabilidad absoluta

Los daños de responsabilidad absoluta surgen cuando una acción en particular causa un daño, independientemente del grado de cuidado o la

⁵⁰⁸ City of Chicago v. Beretta USA, 821 N.E.2d 1136 (Ill 2004); Ganim v. Smith & Wesson Corp., 780 A.2d 98 (Conn. 2001) en el caso de armas; Gramlin v. Mallett, 285 Wis.2d 236 (Wis. 2005), Gibson v. American Cyanamid Co., 07-C-864 (E.D. WI) y State v. Lead Industries Assn., 951 A.2d 428 (RI 2008) en el caso de pintura de plomo.

intención del demandado y está legalmente determinado que constituye una responsabilidad de carácter absoluto. Puede configurarse cuando el proveedor comercial de bienes o productos es responsable por perjuicios causados por un producto que resulta irrazonablemente peligroso. En EUA se consideran dentro de esta categoría los daños relacionados con: (1) *strict product liability* o la venta de productos que se son defectuosos en su manufactura, diseño o mercadeo, así como productos altamente contaminantes, como lo podrían ser productos radiactivos, dinamita o químicos, entre otros; (2) daños en el ejercicio de actividades de peligro excepcional; (3) daños causados por animales salvajes en áreas domésticas. En estos casos el demandado es responsable por los daños ocasionados al demandante independientemente de su nivel de cuidado. Con relación a ciertas actividades, la política pública es la de imponer responsabilidad independientemente del cuidado ejercido por el demandado; y (4) responsabilidad indirecta o *vicarious liability*, cuando así la ley lo dispone.

En los casos de responsabilidad absoluta por productos defectuosos, denominado en inglés *strict products liability*, una vez establecido que los demandantes y los demandados son los apropiados, el demandante tiene que establecer los siguientes elementos de la causa de acción para poder prevalecer; (1) existencia de un defecto; el defecto puede darse en una de tres maneras, a saber: defectos de manufactura, defectos en el diseño o ausencia de advertencias, (2) relación causal entre el defecto y el daño y (3) el sufrimiento de un daño.

Otra vertiente de la responsabilidad por productos defectuosos es la teoría de negligencia por productos defectuosos (*products liability on a negligence theory*). Bajo la teoría de negligencia, el demandante tiene que establecer un mayor grado personal de culpa por parte del demandado. Los elementos de esta causa de acción son: (1) la existencia de un deber; este deber aplica sólo hacia demandantes previsibles y no requiere una relación contractual entre el demandante y el demandado; (2) el incumplimiento con el deber impuesto. Es importante destacar que el hecho de que un producto sea defectuoso no establece de forma automática que cada demandante en la cadena de distribución incumplió con su deber; el demandante tiene que establecer que cada demandado actuó sin el debido cuidado; (3) Relación causal entre el incumplimiento del deber y el daño; y (4) el sufrimiento de un daño real.

La legislación relacionada con productos defectuosos también permite que se insten reclamaciones cuando los productos defectuosos son el resultado de actos negligentes o intencionales, cuando se incumple una garantía de manera implícita y explícita. La primera, está relacionada con las garantías que extiende el fabricante y el cumplimiento de las mismas, mientras que la segunda, está basada en las representaciones que hacen al cliente al momento de la venta y las aseveraciones sobre las garantías del producto. En el Derecho común, estas manifestaciones del vendedor son vinculantes y pueden ser base para el reclamo de responsabilidad. No se pueden confundir las expresiones del vendedor

sobre los términos de la garantía con la tergiversación, que es otra modalidad dentro de la responsabilidad por productos defectuosos. Esta se configura cuando se hace al consumidor una representación sobre los atributos, funciones y características esenciales del producto y esta es la base racional para la adquisición del producto.

Las actividades de peligro excepcional son aquellas que se caracterizan por ser extremadamente arriesgadas y ponen por consiguiente a las personas o propiedades cercanas a ellas en riesgo patente de sufrir un daño. Este tipo de actividad por lo general no es habitual en el área donde se desarrolla.

La responsabilidad por daños causados por animales salvajes en áreas domésticas se ha extendido a animales domésticos cuando su conducta es agresiva y pone en riesgo a otros. Hay Estados, Municipios y Condados que han establecido regulaciones donde se impone responsabilidad absoluta a los dueños de perros que son agresivos, independientemente de si se conocía o no si el animal era propenso a una conducta agresiva hacia los demás.

La responsabilidad indirecta o *vicarious liability* es análoga a la que contiene el art. 1903 del CCE al imponer responsabilidad por las personas de quienes se debe responder.

En EUA se aplica en determinados casos, el principio legal de *res ipsa loquitur* cuya traducción literal es ‘la cosa habla por si sola’. Conforme al *Restatement (Second) of Torts*, §328D, para que se configure

la responsabilidad absoluta en estos casos hay que inicialmente evaluar si el evento es usualmente causado por un acto negligente y luego determinar si el demandante tenía control absoluto sobre las circunstancias que causan el accidente. Por último, tiene que existir un deber del demandado hacia el demandante que está relacionado con el evento. Este principio se ha utilizado, por ejemplo, en accidentes de aviones comerciales, trenes y en algunos Estados, lo han extendido a casos de mala práctica médica.

5.2.3 *Torts* por negligencia

Por su parte, los daños negligentes ocurren cuando el demandado, no se adhiere al estándar de conducta esperado de una persona razonable y prudente en la misma situación.⁵⁰⁹ Es una conducta ilícita, en este caso sin mediar intención, por no observar el cuidado requerido que tiene la consecuencia de causar un daño a otro. Al igual que la responsabilidad civil extracontractual, se requiere el deber de cuidado, la violación del deber, un nexo causal entre la conducta y el daño y la existencia de un daño real. Un ejemplo de un *tort* negligente sería el caso donde no se obedecen las reglas de tránsito, causando un accidente con consecuencias negativas para las víctimas, por la mala práctica profesional, entre otros. Bajo esta categoría general, se ventila la responsabilidad por terceras personas, como ocurre en el caso de invitados, menores y empleados. Se incluye además la

⁵⁰⁹ GARNER, B.A., op. cit., 10^a ed., p. 1718 y bajo el concepto de *negligence*, véase p. 1196-1198; PROSSER, W.L., KEETON, W., op. cit., p. 160 y ss. Esta responsabilidad está basada en el *duty of care* o deber de cuidado a los demás de la doctrina anglosajona o el incumplimiento de un deber.

responsabilidad que emana de la práctica de una profesión y del deber de socorrer a terceros.

Una de las principales clasificaciones dentro de los *torts* negligentes es la de sufrimientos y angustias mentales o *pain and suffering*, al grado de que la doctrina suele utilizarla para denominar en términos genéricos los daños no económicos o lo que sería análogo a los daños morales en el Derecho civil, como lo hemos expuesto anteriormente. Esta denominación no es correcta, toda vez que en todas las categorías de los *torts* intencionales se pueden configurar potencialmente daños no patrimoniales y como cuestión de hecho, en los casos de libelo y calumnia, son esencialmente morales. La clasificación de los daños de acuerdo a la esfera que impacta lo trataremos más adelante.

Los elementos que se requieren para establecer el *tort* negligente son la existencia de un deber de actuar por parte del demandado. Para prevalecer, el demandante debe establecer: (1) que el demandado tenía un deber de actuar conforme a cierto estándar de conducta para la protección de otros contra riesgos irrazonables, (2) incumplimiento del deber, (3) el sufrimiento de un daño y (4) la relación causal entre el incumplimiento del deber y el daño sufrido.

Hemos dejado la discusión de los daños negligentes para el final de la discusión de la clasificación de los *torts* porque en ellos se encuentran la mayor parte de las categorías donde se configuran los daños morales, con o sin impacto en el patrimonio de las víctimas. Para seguir una secuencia

lógica, sin alterar el sistema de Derecho norteamericano, presentamos la discusión de los daños a base de su impacto en el patrimonio, catalogándolos en compensables o no compensables. Dentro de los daños no compensables, utilizamos el sistema de clasificación de daños morales propuestos en la doctrina francesa para tener un parámetro de comparación que nos permita evaluar cómo se manejan estos supuestos en el Derecho común norteamericano y para fines ilustrativos, ya que estas categorías son ajenas y desconocidas en este sistema legal.

5.3.1 Daños compensables

Los daños compensables son aquellos utilizados para indemnizar al demandante por el daño sufrido, de modo que se revindique o remplace la pérdida causada por daño sufrido. En la materia de *torts*, los daños compensatorios o compensables son, junto al tema de la responsabilidad civil, los de mayor relevancia y los que generan más controversias en los tribunales.⁵¹⁰ El razonamiento que yace detrás de la otorgación de daños compensables es que se debe devolver o restaurar a la persona que ha sufrido un daño al lugar o posición en la que se encontraba antes de la ocurrencia del evento. Esta visión resarcitoria coincide con el principio del Derecho de daños de la tradición civil. Los daños en el Derecho común norteamericano pueden ser generales o especiales. Los daños generales son el resultado natural, necesario y usual del acto dañino o su ocurrencia.

⁵¹⁰ SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., *The American Law of Torts*, St. Paul, MN: Thomson Reuters, vol. 2, p. 660.

Los daños especiales son el resultado natural del acto dañino, mas no son el resultado necesario e inevitable de dicho acto.

En la determinación de daños compensables, el demandante tiene el peso de la prueba para demostrar daños presentes y futuros por preponderancia de prueba.⁵¹¹

A grandes rasgos, entre algunos de los propósitos de los daños compensables en el sistema de derecho común norteamericano, encontramos las siguientes:

1. Justicia correctiva – Este objetivo enmarca la justicia entre los individuos que componen la sociedad. Un concepto de justicia correctiva, es que cuando alguien ha perdido algo porque otra persona le ha causado un daño, el causante debe darle la ganancia que obtuvo como consecuencia de su conducta, de forma que compense por la pérdida sufrida por la víctima.

2. Reparación - Se sugiere que el causante del daño debe hacer enmiendas por el daño que ha causado para balancear las escalas morales en favor de la persona que resultó agraviada por la inobservancia de un deber. Este concepto de reparación connota la expiación del mal hecho a la víctima del daño. Los tribunales norteamericanos típicamente no articulan de manera expresa este concepto en las decisiones de daños, aunque sí lo toman en consideración al adjudicar los hechos.

⁵¹¹ SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., op. cit., p. 1047.

3. Restauración – Este acercamiento a la compensación se enfoca en restaurar a la víctima, todo lo más posible, a la situación en la que se encontraba antes del daño.

4. Disuasión - Esta justificación propone que el causante del daño debe pagar los verdaderos costos sociales de sus actividades riesgosas porque esto le proveerá incentivos para hacer de su comportamiento uno más eficiente. En torno a esta justificación ha surgido cierto debate en cuanto a su validez. Una de las visiones es que resulta inapropiado argumentarle a un jurado que la disuasión es un objetivo de los daños compensables, por su carácter punitivo. Otros sostienen que el propósito ordinario de los daños, a diferencia de los daños punitivos, es de compensar y disuadir. En la práctica, la dualidad de propósitos son los más utilizados por los tribunales.⁵¹²

5.3.1.1 Daños económicos

Los daños económicos se refieren a los perjuicios experimentados por la víctima que se traducen en un impacto patrimonial, en su modalidad de daño emergente o lucro cesante. Aunque en el Derecho común norteamericano no se utilizan los conceptos daño emergente y lucro cesante para denominarlos, se incluyen dentro de esta categoría la pérdida de ingresos presente o futura, el gasto incurrido en evitar que el perjuicio incremente o en el tratamiento médico para restaurar su estado de salud,

⁵¹² SHAPO, M., *Principles of Tort Law*, 2^a ed. St. Paul, MN: West Group., vol. 2, p. 410-414.

entre otros supuestos que perfectamente configuran en la estructura utilizada en el Derecho civil para definir los daños pecuniarios. En teoría, estas pérdidas deben ser de fácil cuantificación puesto que tienen equivalentes monetarios directos en el mercado. Los cálculos toman en consideración los pronósticos sobre necesidades de cuidado médico, disponibilidad de oportunidades de trabajo y expectativa de vida, dependiendo de los hechos de cada caso.⁵¹³ Su estructura es similar a la aplicada en el Derecho civil continental en el manejo de los daños patrimoniales. No abundaremos sobre el tema por no ser objeto de nuestro estudio.

5.3.1.2 Daños no económicos

Los daños no-económicos son concedidos para compensar el daño moral del demandante, estando la gran mayoría clasificadas en las siguientes categorías: dolor y sufrimiento, pérdida social, angustia emocional, pérdida de consorcio, desfiguramiento, pérdida de capacidad reproductiva, pérdida de tutela parental, pérdida del placer de la vida, entre otras. Aunque a primera vista parezcan categorías análogas a las que encontramos en el Derecho civil continental europeo, la clasificación de daños morales es más limitada y son parte de un sistema tipificado donde solo se reconoce la compensación a los daños que taxativamente están

⁵¹³ GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards”, 6 *Public Policy and Law*, 743, 2000, p. 745; — *Determining Damages: The Psychology of Jury Awards*, American Psychological Association, 2003, p. 12; SHAPO, M., op. cit., p. 407.

previstos. Por otro lado, existen controversias que los distinguen de las jurisdicciones de Derecho civil como discutiremos en breve. Los norteamericanos no utilizan el concepto del daño moral, sino que prestan más atención al daño corporal como componente de esta categoría. La clasificación que más se utiliza en las adjudicaciones jurisprudenciales y que representa la cuantificación monetaria mayor, es la que hemos optado por traducir literalmente como “*dolor y sufrimiento*”, al grado que en muchas instancias se utiliza para denominar de manera genérica los daños no económicos. A diferencia de los daños económicos, los daños no económicos no tienen equivalentes dinerarios en el mercado, por lo que no pueden ser cuantificados mediante el intercambio de valores.⁵¹⁴ Al igual que en el Derecho civil, se recurre a baremos diseñados para cuantificar o monetizar el daño moral. En los EUA, estos parámetros, en lugar de ser baremos adoptados a base de un raciocinio científico, están estructurados como compilaciones de sentencias en casos similares que proveen una referencia del historial jurisprudencial en casos similares.

El Derecho común norteamericano utiliza el término adjudicaciones no-económicas o “*non-economic awards*” para hacer referencia al resarcimiento económico concedido en los casos de daños morales.

En términos generales, los profesionales del Derecho experimentan problemas similares a los que existen en el ámbito civil, especialmente lo

⁵¹⁴ GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., “Precious Little Guidance...”, op. cit., *ibid.*;— Determining Damages, op. cit., p. 13; SHAPO, M., *ibid.*

relacionado a los elementos probatorios, la clasificación y valoración de los daños, así como su reparación. La existencia de elementos adicionales, tales como la posibilidad de tener un jurado en los casos civiles, así como la capacidad de imponer compensaciones nominales y daños punitivos, ciertamente traen al ruedo controversias adicionales en el proceso de conceptualización del daño moral, extrañas a la doctrina civil moderna.

En las próximas secciones insertaremos términos acuñados en el Derecho civil, en particular las categorías que tomamos de referencia en el Derecho francés, para ilustrar cómo se trabajan los daños morales en el Derecho común norteamericano. A pesar de que estas clasificaciones no existen en el sistema norteamericano, utilizamos las categorías para tener referencias o concordancias clasificatorias que nos faciliten el proceso comparativo y de análisis.

5.3.1.2.1 Dolor y sufrimiento (*pain and suffering*)

Los tribunales de los diferentes Estados de la nación norteamericana se mostraban reacios y negativos a considerar la posibilidad de resarcir daños de naturaleza emocional durante el siglo XIX. Su posición estaba fundamentada en la imposibilidad de asignar valor al dolor emocional, la ansiedad, el temor y otras manifestaciones inmateriales, consideradas en esa época manifestaciones metafísicas.⁵¹⁵ Posteriormente, se fue aceptando

⁵¹⁵ SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., op. cit., vol. 4A, p. 519-520.

la posibilidad de compensar los sufrimientos y padecimientos emocionales, siempre que estuviesen acompañados de manifestaciones físicas.⁵¹⁶

La noción de conceder una compensación por dolor y sufrimiento y angustias mentales hizo su primera aparición en el caso Scott v. Shephard del 1773. En este caso, el demandado había lanzado un petardo en un mercado lleno de gente. Como consecuencia, el demandante sufrió quemaduras y perdió la visión. De acuerdo con sus alegaciones, el demandante sufrió dolores terribles y tormentos, por lo que recibió 100 libras esterlinas en compensación por sus daños.⁵¹⁷

Luego de largos años de evolución, los norteamericanos definieron el concepto del dolor y sufrimiento, dando unas guías homogéneas a todas las jurisdicciones. La sección 905 del *Restatement (Second) of Torts*, incluye la compensación por dolor y sufrimientos entre los daños compensables que pueden ser concedidos sin la necesidad de probar pérdida pecuniaria. El *Restatement* en sus comentarios define “*dolor*” como cualquier impedimento de la condición física del cuerpo, incluyendo una enfermedad o dolor físico; mientras que define “*sufrimiento*” como emociones desagradables, humillación, temor, ansiedad y pérdida de compañía o

⁵¹⁶ Paz v. Brush Engineered Materials, Inc., 949 So.2d 1 (Miss. 2007); Hagen v. Gibbons, 177 N.W.2d 83 (1970). Incluso, hay jurisdicciones que requieren que la manifestación física sea contemporánea: Armstrong v. Brookdale University Hospital and Medical Center, 425 F.3d 126 (2d Cir. 2005); Allinger v. Kell, 302 N.W.2d 576 (1981). Hay otras jurisdicciones que han establecido que el requisito de manifestación física no es necesario: Farm Bureau Ins. Co. of Nebraska v. Martinsen, 659 N.W.2d 823 (2003); Gamble v. Dollar General Corp., 852 So.2d 5 (Miss. 2003); Culbert v. Sampson’s Supermarkets, inc., 444 A.2d 433 (Me. 1982).

⁵¹⁷ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 6-7.

libertad. Toda la presentación del concepto de dolor y sufrimiento contenido en el *Restatement (Second) of Torts* los equipara a los daños no pecuniarios del Derecho civil, según GREENE y BORSTEIN.⁵¹⁸

Sin embargo, los componentes de la pérdida no económica varían ampliamente por jurisdicción, al extremo que no es completamente certero el utilizar los términos “daños no económicos” y “dolor y sufrimientos” como sinónimos. En algunas jurisdicciones los términos son sinónimos y se refieren a todas las pérdidas no pecuniarias, mientras que en otras, sin embargo, “dolor y sufrimientos” es solamente un elemento de los daños no económicos. Otras categorías de daños no económicos son la pérdida del disfrute de la vida, la expectativa de vida acortada, el daño a la reputación profesional y la pérdida de la salud.⁵¹⁹ Actualmente, esta categoría de daños es la más utilizada en los EUA y bajo la cual se conceden mayores cuantías de daños.

Los diferentes Estados de la nación norteamericana reparan los daños morales en sus diferentes vertientes, aunque aún hay jurisdicciones que mantienen una visión limitada del daño moral, circunscribiéndola a lo que tradicionalmente se incluía en el concepto de dolor y sufrimiento. Las jurisdicciones que han asumido una visión más amplia y han evolucionado el concepto del daño moral conciben, bajo esta categoría, otras modalidades del daño extrapatrimonial y la han ido ampliando

⁵¹⁸ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 109-110.

⁵¹⁹ Ibid.

paulatinamente, según se presentan las controversias ante su consideración. En California y Kansas, por ejemplo, se conceden daños bajo esta clasificación por concepto de dolor físico, miedo, nerviosismo, luto, ansiedad, preocupación, mortificación, humillación, indignación, bochorno, aprensión, terror y tribulación.⁵²⁰ En el Estado de Tennessee se reconocen además, las siguientes causas de acción: incapacidad permanente, desfiguración y pérdida del placer en la vida como modalidades dentro de esta categoría con identidad propia.⁵²¹

Los elementos que toma en consideración el tribunal en la evaluación de dolor y sufrimiento incluyen: (1) el tiempo que se proyecta la duración del dolor y el sufrimiento; (2) la intensidad de la angustia; (3) el impacto que tiene el dolor y el sufrimiento en la productividad y estilo de vida de la víctima; (4) si se utilizaron medicación y sedantes para el manejo del dolor y el sufrimiento, junto a una evaluación de la efectividad de los fármacos; por último, se evalúa (5) si el sufrimiento fue el producto de la ansiedad creada al pensar que posiblemente enfrentaba la muerte.⁵²²

La compensación por daño moral permanente, proyectando una lesión que durará en el futuro, se puede adjudicar si se presenta evidencia

⁵²⁰ Sánchez v. U.S., 803 F. Supp.2d 1066 (C.D. Cal. 2011); Kansas City Southern Ry. Co., Inc. v. Johnson, 798 So.2d 374 (Miss. 2001).

⁵²¹ Champion v. CLC of Dyersburg, LLC, 359 S.W.3d 161 (Tenn. Ct. App. 2011).

⁵²² Elk v. US, 87 Fed. Cl. 70 (2009). Ya en el año 2006, el Tribunal de Apelaciones de British Columbia había establecido requisitos similares para evaluar los casos de daños no económicos: edad del demandante, naturaleza del daño, severidad y duración del dolor, incapacidad, sufrimiento emocional, pérdida del disfrute de la vida, incapacidad para relacionarse en familia o dentro del matrimonio, incapacidad física o mental, pérdida de estilo de vida o el estoicismo del demandante. Stapley v. Hejslet, 2006 BCCA 34.

razonable de la certeza de su ocurrencia.⁵²³ La equiparación de los conceptos daño moral con el concepto de dolor y sufrimiento del Derecho común norteamericano no es correcta porque tiene el efecto de limitar las modalidades que se pueden encontrar en los daños morales, aspecto que ya han planteado algunos expertos en el área, levantando controversias sobre el particular, según veremos más adelante. Cuando no existe controversia sobre la ocurrencia de un daño bajo la categoría de dolor y sufrimiento, la misma puede ser compensada por el periodo que la víctima se sintió asustada y adolorida, aunque eventualmente se descarte médicamente que se trate de una situación seria o que en efecto la persona estuvo expuesta al dolor.⁵²⁴

El Tribunal Supremo de Missouri, recogió en una de sus sentencias, una descripción acertada de la dificultad que representa para los jurados la determinación y valoración de los daños morales, en particular del dolor y el sufrimiento ajeno. En la determinación explican que la medida para determinar dolor y sufrimiento es y será lo que se considera justo y razonable. No existen tablas, medidas fijas o cualquier otra referencia que

⁵²³ Clement v. Citron, 115 So.3d 1260 (La. Ct. App.3d Cir. 2013); Turner v. Heston, 303 S.E.2d 718 (1983); Willis v. Noble Drilling (US), Inc., 105 So.3d 828 (La. Ct. App. 5th Cir. 2012). En este caso se definió daños por incapacidad como reclamaciones generales que consisten en incapacidad permanente secundaria a un accidente, considerándose “*disability*” la inhabilidad de llevar a cabo ciertas funciones o en su lugar una valoración objetiva de una incapacidad, física o mental, mientras que “*impairment*” fue definido como estar maltrecho-“*damaged*”, debilitado-“*weakened*” o disminuido-“*diminished*”. Hemos dejado los términos en inglés porque algunas palabras podrían considerarse sinónimos en español.

⁵²⁴ Enright v. Goodman Distribution, Inc., 330 S.W.3d 392 (Tex. App. Houston 14th Dist. 2010).

permita al jurado evaluar este tipo de daños en EUA. Sus palabras textuales fueron las siguientes “[F]or time immemorial, the judicial measure of damages for pain and suffering has been fair and reasonable compensation.”⁵²⁵

Uno de los problemas que enfrentaban los tribunales es que carecían de un sistema para medir el dolor y no aplicaban el concepto de manera uniforme en los foros administrativos y judiciales. A esos efectos, el gobierno de los EUA promovió, a través de la Ley del Seguro Social, Ley Pública 1984-98-460, la discusión sobre la evaluación del dolor. El propósito fue determinar si se podían adoptar parámetros objetivos para la evaluación del dolor, ya que en la década de los 1980’s hubo un aumento vertiginoso en las reclamaciones judiciales de incapacidad ocupacional donde se atacaba la política de la Administración del Seguro Social relacionada con la evaluación del dolor y la determinación de incapacidad.

Para atender la situación, se creó la Comisión para la Evaluación del Dolor, compuesta por un grupo multisectorial que incluía profesionales de la salud, políticos y juristas. La Comisión definió el dolor como una experiencia compleja que abarca aspectos físicos, mentales, sociales y conductuales que tienen un impacto en la calidad de vida del individuo.⁵²⁶

Se hace la distinción de dos gradaciones del dolor, la aguda y la crónica.

También se concluyó que es un reto el tratar de valorar el dolor en dinero,

⁵²⁵ *Graeff v. Baptist Temple of Springfield*, 576 S.W.2d 291, 301 (Mo. 1978).

⁵²⁶ *Report of the Commission on the Evaluation of Pain*, Social Security Bulletin, January 1987, vol. 50, n° 1, p. 14.

ya que es una experiencia subjetiva que solo el que la experimenta la puede valorar en términos de intensidad e incapacidad. Esta Comisión expresó que como la ciencia no ha desarrollado exámenes de laboratorio para identificar y medir el dolor, el único sustituto disponible es la observación cuidadosa de un amplio número de comportamientos. Al buscar establecer principios para la revisión de compensaciones por dolor, los tribunales deben establecer un balance entre la confiabilidad de los informes periciales sobre comportamiento y reconocimiento de la subjetividad inherente al hecho de que el dolor es altamente individualizado e inobservable.⁵²⁷

El dolor y el sufrimiento tienden a evocar comportamientos virtualmente idénticos y las decisiones judiciales, invariablemente, ven estos dos conceptos como inseparables, cuando técnicamente son conceptos distintos. El sufrimiento está asociado a situaciones en las que la persona percibe el dolor como una amenaza a su existencia, no meramente a su vida, sino que abarca su integridad como persona. Por el contrario, la gente pudiera tolerar gran dolor sin reportar sufrimiento, especialmente, cuando saben que el dolor puede ser aliviado y es de carácter pasajero.⁵²⁸ Las compensaciones en daños globalizan el dolor y sufrimiento, situación que encontramos también en muchas sentencias de tribunales de tradición civil, los cuales adolecen de especificidad al

⁵²⁷ SHAPO, M., op. cit., p. 420.

⁵²⁸ SHAPO, M., op. cit., p. 420-421.

desglosar las compensaciones concedidas. En la medida que el sufrimiento es intenso o prolongado, el efecto es que se añade valor a la compensación total calculada por este concepto.⁵²⁹

El temor, reconocido como una modalidad del sufrimiento, se determina mediante la formulación de una pregunta de derecho sustantivo. Se cuestiona si el demandado tenía un deber hacia el demandante respecto a la posibilidad de que la conducta ilícita causara temor.⁵³⁰

Una persona pudiera recibir una compensación en daños por el sentimiento de ansiedad, no sólo por uno mismo sino también por otros, si esta ansiedad es un resultado que puede esperarse como consecuencia de la acción ilícita del demandado o si el demandado tenía la intención de que su acción tuviera este resultado. El grado de responsabilidad que se impondrá por el temor causado dependerá de la conducta del demandado, es decir, si fue temeraria o negligente, así como el efecto que tuvo en el demandante.

Los daños por dolor y sufrimiento casi inevitablemente están acompañados por daños físicos serios. Aun cuando existe un debate sobre si se debe compensar a los demandantes por todos los dolores y angustias mentales, se reconoce casi universalmente algún grado de compensación por los daños psicológicos.⁵³¹

⁵²⁹ Ibid.

⁵³⁰ VETRI, D., LEVINE, L.C., VOGEL, J., FINLEY, L., *Tort Law and Practice*. 2ª ed., Newark: LexisNexis, 2002, p. 610.

⁵³¹ GREENE, E. BORNSTEIN, B.H., op. cit., p. 107-108.

Por su propia naturaleza, resulta difícil estimar las pérdidas no económicas pasadas y futuras. En esencia, el derecho de daños requiere la monetización de un “producto” (dolor y angustias mentales) para el cual no existe un mercado y, por ende, para el que no existe un precio en el mercado. Por tanto, es lógico esperar que la concesión de daños por concepto de dolor y angustias mentales sea altamente variable, toda vez que se trata de daños que, en comparación con los daños económicos, son más difíciles de cuantificar.⁵³²

Un factor importante al momento de considerar la cuantía de daños por concepto de daños emocionales es, si éstos están acompañados por daños físicos. Todas las jurisdicciones de los Estados Unidos aparentan permitir la compensación por dolor y sufrimiento que surgen como consecuencia de un daño físico: sensación física de dolor y la inconveniencia, dolor y sentimiento de pérdida que puede sobrevenir por el daño físico. Asimismo, la mayoría de las jurisdicciones parece permitir el recibir compensación en daños por el sufrimiento de la imposición de angustias mentales aun en la ausencia de daño físico: terror ante un daño o lesión que está por ocurrir, ansiedad, histeria, etc. Este es el escenario cuando el demandante puede probar que la imposición de angustias mentales fue intencional.⁵³³ Como excepción a esta tendencia, todavía hay

⁵³² Ibid.

⁵³³ GREENE, E. BORNSTEIN, B.H., op. cit., p 111; DOBBS, D.B., op. cit., p. 1051-1052.

jurisdicciones que no permiten la concesión de remedios económicos en las reclamaciones por temor y ansiedad en ausencia de daños físicos.⁵³⁴

Un tema que cubrimos en el desarrollo conceptual del daño moral en los países civilistas fue el tratamiento de las personas incapaces. En EUA también se ha reconocido tal derecho a los menores de edad, incluyendo recién nacidos que sufren angustias mentales o la pérdida de un ser querido.⁵³⁵

Los daños compensables por daños físicos, sentimientos o reputación que se encuentren razonablemente proporcionados a la intensidad y duración del evento, pueden ser otorgados sin la necesidad de prueba sobre la cuantía. En estos casos, sólo bastará con proveer evidencia de la naturaleza del daño. No se puede identificar en estos casos la existencia de una concordancia o equivalencia directa entre el dinero y los daños al cuerpo, sentimientos o reputación. En la valoración del daño, se toman en consideración los siguientes elementos: sexo, edad, condición de vida y otros factores que indiquen la susceptibilidad de la víctima a este tipo de daño.⁵³⁶

El juzgador tendrá la discreción de determinar la cantidad de la compensación. Para ello hará uso de su discreción, utilizando como único estándar la apreciación que tendría una persona razonable sobre una

⁵³⁴ Restatement (Second) of Torts § 905.

⁵³⁵ Capelouto v. Kaiser Foundation Hospital, 500 P.2d 880 (1972).

⁵³⁶ Restatement (Second) of Torts §§ 905 y 912.

compensación justa en un caso similar. No resulta extraño, en casos análogos, que se conceda una compensación sustancial por los efectos que surgen del daño, aun sin prueba específica de su existencia.⁵³⁷

El testimonio por parte de peritos puede atender el asunto del dolor, pero frecuentemente el propio daño físico y la clase de atención médica recibida, permite una inferencia de que el demandante sufrió física o emocionalmente. No existen criterios objetivos para cuantificar la concesión de daños por concepto de dolor.⁵³⁸

5.3.1.2.1.1 Sufrimientos acaecidos

En esta clasificación general de daños, mediante el cual se compensan sufrimientos emocionales tras experimentar daño físico, como lo sería una depresión posterior a un daño cerebral o el estrés post-traumático sufrido por una persona tras una violación.⁵³⁹ También incluye el sufrimiento experimentado físicamente.⁵⁴⁰ El sufrimiento y el dolor compensables pueden ser de carácter temporero, como ocurren en los procesos de recuperación tras un accidente.⁵⁴¹ Como se puede apreciar, el

⁵³⁷ Ibid.

⁵³⁸ DOBBS, D.B., op. cit., p. 1051.

⁵³⁹ Wood v. Mobil Chemical Co., 50 Ill. App.3d 465 (1977) en el caso de la depresión; Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans, 413 So.2d 982 (La.Ct.App. 1982) en el caso del estrés post-traumático.

⁵⁴⁰ En Sears, Roebuck & Co. v. Hartley, 160 F.2d 1019 (9th Cir. 1947) se compensó por el dolor sufrido en el pasado y el que experimentaba al recordar la experiencia dolorosa.

⁵⁴¹ Abrams v. City of Mattoon, 148 Ill.App.3d 657 (1986) donde compensaron por los efectos secundarios que causaban los medicamentos prescritos para manejar el dolor. En el caso de Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans, supra, también se

sistema español, francés y puertorriqueño indemnizan estos daños en diferentes categorías, como sería el daño sexual, daño excepcional permanente, o otros que conllevan una lesión corporal.

5.3.1.2.1.2 Daños estéticos

Bajo este apartado, se compensan lesiones estéticas y desfiguramiento aunque no sean visibles a los demás.⁵⁴² Las lesiones no tienen que ser de carácter permanente para que sean compensables, incluso hay jurisdicciones que han compensado víctimas en ausencia de documentación que valide el daño estético. Para justificar la compensación, sin evidencia sobre la magnitud del daño, el Tribunal manifestó que en el lenguaje de un hombre lego, desfigurar significa hacer menos competente, perfecto o bello en apariencia o carácter.⁵⁴³ La protección se extiende al sufrimiento y el dolor experimentado como consecuencia de la pérdida de algún miembro del cuerpo, función corporal, la angustia emocional que emana al experimentar las lesiones sufridas e incluso el terror que se experimenta cuando se está próximo a sufrir una lesión corporal.⁵⁴⁴

compensó a un paciente mental que se mutiló tras sufrir una violación, por temor a ser violada nuevamente.

⁵⁴² Jones v. Wal-Mart Stores, Inc., 870 F.2d 982 (5th Cir. 1989).

⁵⁴³ US v. Cook, 462 F.2d 301, 304 (D.C. Cir. 1972); Dombrowski v. Fafnir Bearing Co., 167 A.2d 458, (1961).

⁵⁴⁴ Sobre este particular, véase: Mileski v. Long Island R.R., 499 F.2d 1169 (2d Cir. 1974); Kenton v. Hyatt Hotels Corp., 693 S.W.2d 83 (Mo. 1985); Boryla v. Pash, 960 P.2d 123 (Colo. 1998); Blum v. Airport Terminal Services, Inc., 762 S.W.2d 67 (Mo.Ct.App. 1988); Yowell v. Piper Aircraft Corp., 703 S.W.2d 640 (Tex. 1986).

El análisis que se hace para justificar la causa de acción de daño por desfiguramiento o daño estético, está basada en la humillación y bochorno que sufre la víctima, lo que resulta más amplia que la conceptualización en el Derecho civil.⁵⁴⁵ Incluso, vemos como bajo esta categoría se confunden las clasificaciones de daño moral estético, daño temporero y permanente dentro del Derecho civil.

5.3.1.2.1.3 Déficit funcional permanente

Algunos tribunales han distinguido esta categoría de daño del dolor y sufrimientos, requiriendo una prueba mayor para determinar su existencia.⁵⁴⁶ El Tribunal de Colorado determinó que un caso donde una conductora de un camión sufrió una caída en un establecimiento donde había aceite en el piso tenía derecho a una compensación de \$5.5 millones de dólares por los daños permanentes que sufrió. La víctima tuvo ruptura de los discos, sufría de dolor crónico, experimentó cambios en personalidad secundarios al dolor constante que vivía, depresión, pérdida de sueño, dificultad para concentrarse, pérdida de independencia, del placer que le derivaba conducir su camión, se caía con frecuencia, padecía de incontinencia y tenía problemas para ejercer tareas del diario vivir que le

⁵⁴⁵ Gillingham v. Consol Energy, Inc., 51 A.3d 841 (2012); Ferguson & Wheeler Land, Lumber & Handle Co. v. Good, 165 S.W. 628 (1914); Ceco Corp. v. Coleman, 441 A.2d 940 (D.C. 1982).

⁵⁴⁶ Pretre v. US, 531 F.Supp. 931 (E.D. Mo. 1981).

incapacitaban de manera permanente para trabajar en el futuro.⁵⁴⁷ A pesar de este ejemplo, no existen en la jurisdicción norteamericana una tendencia de casos que reconozcan esta causa de acción. En efecto, este es uno de los pocos casos que abordan el tema y que dan un tratamiento similar al daño excepcional permanente que conocemos en el entorno del Derecho civil en Europa continental.

5.3.1.2.1.4 Daño por pérdida de amenidad

Bajo el esquema de daños en el Derecho común norteamericano, existen diversas causas de acción, intencionales o negligentes, que pueden dar lugar a una reclamación de daños por la pérdida de amenidad, como se denomina en el Derecho francés y el inglés. En EUA se ha denominado como la pérdida del placer de la vida, incapacidad para llevar a cabo una vida normal o daños hedónicos. Consiste en la incapacidad para experimentar placer de las tareas ordinarias que realiza el ser humano, tales como disfrute del entorno familiar, realizar deportes, juegos, pasatiempos, destrezas vocacionales, entre otras.⁵⁴⁸

Los daños hedónicos son concedidos por la pérdida del disfrute de la vida o por el valor de la vida propia, de acuerdo al valor económico productivo que la persona que sufrió daño o murió a consecuencia del daño. Si alguien es privado de la habilidad de disfrutar cualquiera de los

⁵⁴⁷ *Averyt v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 265 P.3d 456 (Colo. 2011).

⁵⁴⁸ SPEISER, S.M., KRAUSE, C.E., GANS, A.W., op. cit., vol. 2, p. 819.

placeres de la vida, esa persona ha sufrido un daño.⁵⁴⁹ Muchas jurisdicciones, sin embargo, sostienen que esta pérdida está incluida en los daños por incapacidad o por dolor y sufrimiento.⁵⁵⁰

Las reglas que permiten la compensación por sufrimiento son lo suficientemente amplias para permitir la compensación por las reacciones del demandante ante el dolor y por su sentido de pérdida. Si el demandante ya no puede apreciar un atardecer, escuchar música, obtener o aspirar a carrera profesional, se considera que está sufriendo, aun cuando no tenga sensación de dolor. Casi sin excepción, la pérdida del disfrute de la vida es tan compensable como cualquier otro estado emocional.⁵⁵¹

Tribunal Supremo de West Virginia decretó que la pérdida de la capacidad de disfrutar la vida no es una función del dolor y sufrimiento en el sentido tradicional de esas palabras, ya que uno puede perder la visión o una extremidad sin experimentar dolor físico. El Tribunal añadió que, de la misma manera en que el jurado puede considerar la naturaleza, efecto y severidad del dolor cuando fija la compensación por daño físico, o puede considerar las angustias mentales causadas por cicatrices y

⁵⁴⁹ BAKER, G.W., SECK, M.K., op. cit., p. 190-191.

⁵⁵⁰ GARNER, B.A., op. cit., 10^a ed., p. 472. En McGee v. AC and S, Inc., 933 So.2d 770 (La. 2006), se reconoció el derecho a los herederos para demandar por daños hedónicos por la pérdida de su padre quien murió por los efectos de exponerse a material contaminado con asbestos. La inconsistencia de las diferentes jurisdicciones de considerar esta clasificación como una independiente de la categoría de dolor-sufrimiento se ve manifestada en McGee v. AC and S, Inc., supra; en City Southern Ry.Co., Inc. v. Johnson, supra, donde se reconoció como una categoría independiente, mientras que en Banks v. Sunrise Hosp., 102 P.3d 52 (2004) y en Smallwood v. Bradford, 720 A.2d 586 (1998), se consideró como una modalidad de la categoría dolor-sufrimiento.

⁵⁵¹ DOBBS, D.B., op. cit., p. 1052.

desfiguramiento, de igual forma se puede considerar la pérdida del disfrute de la vida.⁵⁵²

Hay tres componentes en la estimación de daños hedónicos: (1) el establecimiento del valor estadístico de la vida, (2) el grado de sufrimiento impuesto en la parte que ha sufrido el daño, según determinado por un psicólogo y (3) la combinación de los primeros dos componentes por parte de un economista.⁵⁵³

El economista trata de estimar el valor de la vida a través de diferentes métodos. Estos métodos incluyen estudios sobre la “disposición de pagar”, los cuales a su vez están divididos en las siguientes categorías: (1) estudios de riesgos basados en salarios o “*wage risk*”; (2) estudios de valuación contingente; y (3) estudios de mercado del consumidor. Un segundo método para estimar los daños hedónicos utiliza los ingresos al momento del accidente.⁵⁵⁴

Si una persona está incapacitada, entonces es necesario determinar hasta qué grado la persona ha resultado incapacitada. Esta responsabilidad recae en el psicólogo quien, mediante pruebas, es capaz de cualificar el grado al que la persona es capaz de funcionar. La víctima del daño, es evaluada dentro de cuatro áreas: funcionamiento práctico, funcionamiento

⁵⁵² SHAPO, M., op. cit., p. 422.

⁵⁵³ BAKER, G.W., SECK, M.K., *Determining Economic Loss in Injury and Death Cases*, 2nd ed., Saint Paul, MN: Thomson Reuters, 1993, vol. 2, p. 192.

⁵⁵⁴ BAKER, G.W., SECK, M.K., op. cit., p. 193. La métrica denominada “*wage risk*” toma en consideración escenarios de riesgo en los entornos laborales en los Estados Unidos y se utilizan como mecanismo de comparación cuando se computan daños hedónicos.

emocional o psicológico, funcionamiento social y funcionamiento ocupacional.⁵⁵⁵ Además, se compara su estilo de vida previo al daño en contraposición con su estilo de vida posterior al daño.⁵⁵⁶

Los grados de incapacidad están recogidos en una escala de siete puntos conocida como *Lost of Pleasure of Life Scale*.⁵⁵⁷ Estos grados de incapacidad establecidos por el psicólogo son incorporados en el análisis económico realizado por el economista.⁵⁵⁸

A diferencia del Derecho civil continental y el Derecho puertorriqueño, los norteamericanos no conceden daños morales a las víctimas que están en estado de coma, a pesar de que objetivamente se les ha privado del derecho al disfrute de la vida. La racional para negar la posibilidad del resarcimiento en estos casos es que no se puede demostrar objetivamente que sufrieron dolor. En el caso de Williams v. City of New

⁵⁵⁵ *Funcionamiento práctico* – El funcionamiento práctico se refiere a la extensión o magnitud en la que las actividades diarias de la persona han cambiado como consecuencia del daño. Esta área incluye cualquier tipo de actividades que la persona típicamente realiza como parte integral de su vida diaria, tales como leer, aseo, comer, dormir, ir de compras, viajar, hacer trabajos en el hogar y crianza.

Funcionamiento emocional/psicológico – El funcionamiento emocional/psicológico se refiere a la habilidad de la persona de vivir diariamente libre de problemas emocionales debilitantes que reducen su capacidad para disfrutar la vida y que comprometen el sentido de valor propio, dignidad e integridad.

Funcionamiento social – El funcionamiento social se refiere a la capacidad de la persona de recibir placer mediante la interacción con otras personas, como por ejemplo: interacciones familiares, actividades atléticas, eventos sociales, pasatiempos, etcétera.

Funcionamiento ocupacional – El funcionamiento ocupacional se refiere a la habilidad de la persona de escoger una carrera o vocación de su gusto y de derivar placer de su identidad ocupacional independiente de cualquier compensación económica.

⁵⁵⁶ BERLA, E.P., BROOKSHIRE, M.L., SMITH, S.V., “Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach”, *Journal of Forensic Economics*, vol. 3, n° 1, Diciembre 1989, p. 2-3.

⁵⁵⁷ Ibid. Véase Anejo 2.

⁵⁵⁸ BAKER, G.W., SECK, M.K., op. cit., p. 200.

York, 169 A.D.2D 713 (1991), el tribunal se enfrentó a un caso donde la víctima fue impactada por un vehículo de la ciudad que ocasionó grave daño corporal a la víctima dejándolo inconsciente. La persona fue operada sin anestesia y la única reacción fue que abrió un ojo, señal que los peritos no consideraron un síntoma de dolor. Estuvo por diecisiete (17) horas inconsciente antes de morir. El Tribunal determinó que en la medida que no se pudo establecer que la víctima experimentó dolor durante su estado de inconciencia, el juez no debió permitir que presentaran al jurado información relacionada a la causa de acción de dolor y sufrimiento, desestimándola eventualmente.⁵⁵⁹ Cabe señalar que el dinero concedido fue por concepto de daños no económicos, excluyendo el hecho de que estuvo en estado vegetativo, y se le adjudicaron \$5 millones adicionales por los daños físicos sufridos, como una categoría independiente. No se tomaron en consideración los aspectos económicos de la pérdida de capacidad productiva para la adjudicación monetaria de las sumas concedidas.

La pérdida del disfrute de la vida, compensado en el Derecho civil bajo el concepto de daño moral por pérdida de amenidad, es compensado

⁵⁵⁹ Véase los casos de Poyzer v. McGraw, 360 N.W.2d 748 (Iowa 1985); McDougald v. Garber, 73 N.Y.2d 246 (1989). En el caso de Eyoma v. Falco, 247 N.J. Super 435, 589 A.2d 653 (App.Div. 1991) la persona permaneció en coma por más de un año tras habersele privado de oxígeno durante una operación. No se permitió la concesión de compensación económica bajo la categoría de dolor y sufrimientos, pero sí bajo la categoría de daños por la pérdida del disfrute de la vida o daños hedónicos. Esto creó gran controversia porque esta figura está generalmente reconocida como parte de la categoría de dolor y sufrimientos y no como una independiente.

en el Derecho común norteamericano bajo el concepto de dolor y sufrimientos.⁵⁶⁰ Al igual que en el Derecho civil, se contempla en esta categoría la incapacidad de disfrutar de actividades cotidianas de ocio, tales como escuchar música, ver un espectáculo o deporte favorito, ejercer un oficio, entre otros. La tendencia doctrinal y jurisprudencial con relación a esta categoría de daños es variada. En términos generales, todas las jurisdicciones clasifican los daños en tres categorías: pérdida de la capacidad para generar ingresos, gastos incidentales y dolor y sufrimiento.⁵⁶¹ Al menos la mitad de las jurisdicciones norteamericanas reconocen la pérdida del disfrute de la vida como una causa de acción susceptible de reparación. Hay tres posiciones con relación a la figura jurídica. Una minoría reconoce la figura en sus respectivas jurisdicciones. La mayoría la reconoce como un componente de la categoría de dolor y sufrimiento, mientras que el remanente piensa que debe ser una categoría independiente de cualquier otra. Entre los argumentos para negar la integración de la pérdida del disfrute de la vida a la categoría de dolor y sufrimiento está que una persona puede perder algún miembro de su cuerpo, sin sentir dolor y ello le puede incapacitar sustancialmente su experiencia y disfrute de la vida. El Tribunal de Virginia Occidental determinó en Flannery v. United States, 297 S.E.2d 433 (W.Va. 1982) que

⁵⁶⁰ Elk v. US, supra; Thompson v National Railroad Passenger Corp., 621 F.2d 814 (6th Cir. 1980); McAlister v. Carl, 233 Md. 446 (1964). Sobre la pérdida del disfrute de un deporte- Kenton v. Hyatt Hotels Corp., supra.

⁵⁶¹ VETRI, D., LEVINE, L.C., VOGEL, J., FINLEY, L. op. cit., p. 610.

el grado de consciencia es inmaterial para la adjudicación de daños hedónicos o por pérdida del disfrute de la vida. El daño objetivo que representa la lesión permanente no depende de la intensidad del dolor o consciencia de la víctima al momento de ocurrir el evento. El Tribunal hizo una comparación con el caso de los infantes que experimentan igual pérdida y a los cuales se les compensa, independientemente del grado de consciencia que tienen sobre el daño sufrido.

5.3.1.2.1.5 Daño sexual

Los tribunales norteamericanos no han establecido una categoría de daño moral exclusiva para la compensación de perjuicios a la sexualidad humana porque generalmente los incluyen dentro de reclamaciones generales, tales como dolor y sufrimiento. No obstante, se han registrado casos donde se ha compensado por angustias mentales que han desembocado en neurosis traumática que provoca impotencia sexual.⁵⁶²

5.3.1.2.1.6 Incapacidad para contraer matrimonio

En el Derecho común norteamericano no existe esta causa de acción de daños. Ni siquiera en los casos donde se han reportado abusos sexuales o atentados contra la integridad corporal se han levantado controversias sobre la incapacidad para contraer matrimonio.

⁵⁶² Gurley v. St. Louis Public Services Co., 256 S.W.2d 755 (Mo. 1953).

5.3.1.2.1.7 Daño por contaminación

La causa de acción bajo la cual se reclaman daños por contaminación es la de “*emotional distress*”. No obstante, los tribunales han determinado que a menos que haya síntomas o daño corporal que evidencie la exposición a patógenos o agentes tóxicos no procede la reparación económica.⁵⁶³ A pesar de que hay jurisdicciones que requieren que se establezca que la exposición fue real y que hubo un riesgo de contaminación, vemos que en algunas circunstancias la prueba requerida es prácticamente la certeza de una relación causal entre el sujeto u objeto contaminado y la víctima. En un caso donde una demandante alegó “*emotional distress*” tras exponerse al virus del VIH cuando su ginecólogo, quien era seropositivo le examinó y éste tenía lesiones en sus manos y antebrazos, el tribunal denegó la concesión del remedio solicitado.⁵⁶⁴

El fundamento fue que la demandante no demostró exposición real, ya que

⁵⁶³ Vosburg v. Cenex-Land O’Lakes Agronomy Co., 245 Neb. 485 (1994); en Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley, 521 US 424 (1997) el tribunal denegó reclamación a exposición a asbestos porque no se habían presentado síntomas nocivos a pesar de que no había dudas sobre la exposición per se. Vemos cómo se distancia la posición norteamericana a la europea en la protección de las víctimas a exposición a patógenos o materiales contaminantes. En Cantrell v. GAF Corp., 999 F.2d 1007 (6th Cir. 1993) la posición del tribunal fue permitir la compensación a dos trabajadores de una fábrica de asbestos que desarrollaron cáncer, pero no por la posibilidad de desarrollar la enfermedad, sino por el sufrimiento que enfrentaban día a día, uno por haberle removido las cuerdas vocales como consecuencia de una asbestosis y haber perdido la facultad de hablar y el otro porque el médico lo mantenía constantemente bajo pruebas diagnósticas por la alta posibilidad de desarrollar cáncer de laringe. En Lavelle v. Owens-Corning Fiberglas Corp., 30 Ohio Misc.2d 11, 507 N.E.2d 476 (1987), el tribunal determinó que no procede la compensación por la posibilidad de contraer cáncer en el futuro tras exposición al asbestos, pero sí permitió la compensación por el temor que en ese momento soportaba el demandante ante la probabilidad de enfrentar la enfermedad en el futuro. Es decir, se delimitó la reparación al espacio temporal en el que se ventilaba la reclamación y no lo extendió de manera indefinida.

⁵⁶⁴ K.A.C. v. Benson, 527 N.W.2d 553 (Minn. 1995).

el facultativo médico utilizaba guantes durante sus evaluaciones. Los tribunales no han sido consistentes en la compensación a víctimas que son mal diagnosticadas con condiciones crónicas que pueden resultar fatales, como lo es el VIH. En algunas jurisdicciones se han negado a compensar la víctima de un mal diagnóstico porque el error no generó un peligro real de tener la enfermedad.⁵⁶⁵ En otras jurisdicciones, han asumido una posición más protectora y han reconocido el impacto emocional que genera el error de diagnóstico y la situación vivida por la víctima durante el periodo que estuvo convencida de que tenía la enfermedad.⁵⁶⁶

Cuando el contagio con patógenos que generan enfermedades crónicas, como la Hepatitis o el VIH se produce por el manejo de sangre o sus derivados que están contaminados y es producida por la negligencia de una entidad, se aplica la doctrina de responsabilidad absoluta “*strict liability*”.⁵⁶⁷ Los tribunales norteamericanos han tenido ante su consideración múltiples reclamaciones por el contagio de Hepatitis C como resultado de la exposición a productos sanguíneos y sus derivados que han sido negligentemente manejados por empresas.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ R.J. v. Humana of Florida, Inc., 652 So.2d 360 (Fla. 1995); Heiner v. Moretuzzo, 73 Ohio St.3d 80 (1995); Majca v. Beekil, 183 Ill. 2d 407 (1998).

⁵⁶⁶ Chizmar v. Mackie, 896 P.2d 196 (Alaska, 1995); Bramer v. Dotson, 190 W.Va. 200 (1993).

⁵⁶⁷ Doe v. Miles Laboratories, Inc., 675 F.Supp. 1466 (DC Md. 1987).

⁵⁶⁸ Belle Bonfils Memorial Blood Bank v. Hansen, 579 P.2d 1158 (1978). El tribunal entró en un análisis procesal para determinar la responsabilidad del fabricante y del hospital, considerando si hubo una compra del producto o no. Para fines de nuestra discusión no abundaremos en este particular en la medida que reseñamos la procedencia de la causa de acción por daño moral basado en el evento de la contaminación.

El foro federal ha sido más analítico y ha adoptado la posición de que en ausencia de una violación por parte del demandado de un deber impuesto por ley, el demandante tiene que probar al tribunal que es más probable que sufrirá un daño como resultado de la exposición.⁵⁶⁹

En un caso donde un prisionero resultó expuesto al virus de tuberculosis y se demostró que tenía el bacilo en su cuerpo, el Tribunal le compensó por el temor real de que se pudiera activar en el futuro, aunque no tenía síntomas en el momento.⁵⁷⁰ Con este ejemplo, confirmamos la inconsistencia de los tribunales norteamericanos al manejar estas causas de acción. Vemos como algunas jurisdicciones se niegan a compensar de manera categórica a menos que la enfermedad o contaminación esté acompañada de manifestaciones fisiológicas, mientras que en otras basta con probar la presencia del patógeno para reconocer diferentes grados de daños ante el temor real o especulativo de que se desarrollará en el futuro la enfermedad.

5.3.1.2.1.8 Daños a víctimas indirectas

El daño causado a terceros es una causa de acción contra el demandado.⁵⁷¹ No obstante, los tribunales norteamericanos utilizan esta

⁵⁶⁹ Abuan v. General Electric Co., 3 F.3d 329 (9th Cir. 1993); Sterling v. Velsicol Chemical Corp., 855 F.2d 1188 (6th Cir. 1988); Dartez v. Fibreboard Corp., 765 F.2d 456 (5th Cir. 1985).

⁵⁷⁰ Contrast Plummer v. United States, 580 F.2d 72 (3d Cir. 1978).

⁵⁷¹ Singer v. Marx, 301 P.2d440 (1956); Talmage v. Smith, 59 N.W. 656 (1894); Carnes v. Thompson, 48 S.W.2d 903 (Mo. 1932); Manning v. Gimsley, 643 F.2d 20 (1st Cir. 1981).

figura para imponer responsabilidad a personas jurídicas que de manera indirecta han causado daño a uno o más ciudadanos. Todos los casos reportados están relacionados con contaminación del ambiente o de los demandados, quienes han desarrollado enfermedades que ponen en peligro su vida, condiciones crónicas o incapacitantes. La conceptualización que hemos visto en el derecho civil sobre el daño por rebote no está incluido dentro del manejo que ofrecen en los EUA al daño moral.

5.3.1.2.1.9 Daño por pérdida de afecto

El Derecho común norteamericano denomina esta pérdida como pérdida de consorcio, figura que también se puede comparar con el daño causado por la ausencia de un ser querido. Se define como un daño emocional que ocurre cuando un miembro de la familia sufre una lesión o muerte.⁵⁷² Hubo un cambio vertiginoso en la postura de los tribunales norteamericanos en la década de los años 1950 para reconocer el daño moral que surgió en un cónyuge al verse imposibilitado de compartir y disfrutar de la compañía y apoyo de su pareja.⁵⁷³ Para que se configure tiene que existir un prolongado sentimiento de pérdida. En los casos donde se experimenta un estado temporero de pérdida la reclamación se realiza bajo el supuesto general de “*emotional distress*”. En principio, se trata de la

⁵⁷² DOBBS, D.B., op. cit., p. 841-842.

⁵⁷³ SPEISER, S.M., KRAUSE, C.E., GANS, A.W., op. cit., vol. 2, p. 825 y ss. Se cita el caso que introdujo el concepto en los tribunales norteamericanos, *Hitafter v. Argonne Co.*, 183 F.2d 811 (D.C. Cir. 1950). En esa ocasión se definió consorcio como “*conceptualistic unity*” que se compone de elementos sentimentales y utilitarios.

pérdida de compañía, afecto, confort, apoyo, sociedad y sexualidad que son necesarias para el éxito del matrimonio.⁵⁷⁴ Una variante de la causa de acción se configura cuando el daño surge con otro miembro de la familia, ya sea la pérdida de uno de los padres o de un hijo.⁵⁷⁵ La extensión del derecho a otros familiares ha sido denegada por algunos tribunales.⁵⁷⁶ De igual manera, la norma general es que no se reconoce el derecho a parejas de hecho, aunque se han reportado excepciones en algunas jurisdicciones.⁵⁷⁷

La pérdida del afecto y compañía de las mascotas tampoco ha sido considerada como un evento que genere el derecho a ser compensado por daño moral. Prácticamente, todos los casos de mascotas, animales domésticos y no domésticos se circunscriben a la concesión del valor justo en el mercado del animal perdido o lesionado y en exceptuadas ocasiones

⁵⁷⁴ Wal-Mart Stores, Inc. v. Alexander, 868 S.W.2d 322, 328 (Tex. 1993).

⁵⁷⁵ El reconocimiento de la causa de acción de los hijos que pierden sus padres comenzó con el caso de Ferriter v. Daniel O'Connell's Sons, Inc., 413 N.E.2d 690 (1980), más reciente en Boeken v. Philip Morris USA Inc. En Howard Frank, MD, PC v. Superior Court, 722 P.2d 955 (1986) donde se reclamó por el daño cerebral severo que sufrió un hijo mayor de edad. Antes de esta fecha, no se reconocía el derecho de los hijos menores a reclamar por la pérdida de sus padres y no se consideraba una violación a los derechos constitucionales de los menores. Crain v. Presbyterian Intercommunity Hosp., 652 P.2d 318 (1982). Cuando la pérdida es de un menor, no hay consistencia en la postura jurisprudencial, pero la tendencia ha sido a no reconocer la pérdida de consorcio a los padres. Burks v. Abbott Laboratories, 639 F. Supp.2d 1006 (D. Minn. 2009); Jackson v. Tastykake, Inc., 648 A.2d 1214 (1994); Tullai v. Homan, 241 Cal. Rptr. 255 (2^d Dist. 1987).

⁵⁷⁶ En Ford Motor Corp. v. Miles, 967 S.W.2d 377 (Tex. 1998) se negó el derecho a ser compensados al padrastro y hermanos. De igual manera se ha negado la posibilidad a los hijastros a recobrar por daños o muerte de padrastros o madrastras. Mendoza v. B.L.H. Electronics, 530 N.E.2d 349 (1988).

⁵⁷⁷ DOBBS, D.B., op. cit., p. 842 citando a Elden v. Sheldon, 758 P.2d 582 (1988). Se reconoció el derecho a cohabitante que presenció la lesión sufrida por la víctima.

los gastos veterinarios incurridos en el evento.⁵⁷⁸ En ninguna de las jurisdicciones se han reportado casos donde se compense la pérdida de compañía y afecto por la pérdida de una mascota.

5.3.1.2.1.10 Daño por pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad por la mala práctica profesional del abogado es un asunto sujeto a reparación del daño en el Derecho común de EUA. Se considera la pérdida de oportunidad cuando la representación legal no fue adecuada durante un litigio o cuando se pierde la oportunidad de recurrir en apelación porque no se advirtió de tal derecho oportunamente.⁵⁷⁹ Existe poca casuística sobre el tema ya que en muchas instancias se enfoca la controversia con una visión limitada al incumplimiento de acuerdos contractuales o son enmarcados desde el punto de vista comercial.

5.3.1.2.1.11 Daño por engaño del cónyuge

Hace más de un siglo se reconoció en los EUA el derecho a reclamar por enajenación del afecto conyugal. Es decir, por intervenciones indebidas de terceros con uno de los cónyuges, para ello era necesario que el culpable

⁵⁷⁸ Irwin v. Degtiarov, 8 N.E.3d 296 (2014); Fuchser v. Jacobson, 290 N.W.2d 449 (1980); Hurtado v. Land O'Lakes, Inc., 278 P.3d 415 (2012).

⁵⁷⁹ Bergin v. Grace, 833 N.Y.S.2d 729 (3d Dep't 2007); Genthon v. Kratville, 701 N.W.2d 334 (2005); Thomas v. Bethea, 718 A.2d 1187 (1998); Lieberman v. Eomployers Ins. of Wausau, 419 A.2d 417 (1980); Honeywell, Inc. v. American Standards Testing Bureau, Inc., 851 F.2d 652 (3rd Cir. 1988); Scognamillo v. Olsen, 795 P.2d 1357 (Colo.App. 1990).

supiera que la persona con la que interfiere era casada.⁵⁸⁰ Incluso, bajo la legislación contenida en el *Restatement of Torts* §686, un padre o madre podían dar consejos a sus hijos sobre el matrimonio, pero sin tener la intención de afectar la relación sentimental. Una madre que trató agresivamente de persuadir su hijo para que dejara a su esposa, le dijo en nueve ocasiones que su matrimonio era una desgracia, lo que consideró el tribunal como un abuso de su privilegio, al amparo de la citada ley.⁵⁸¹ En un número sustancial de jurisdicciones se han aprobado leyes que eliminan la enajenación sentimental como causas de acción o simplemente nunca fueron aceptadas por los tribunales.⁵⁸²

La antigua doctrina de la inmunidad familiar ha caído en desuso en los tribunales norteamericanos donde se ha dado paso a reclamaciones de un cónyuge hacia el otro. Entre las reclamaciones registradas se encuentran los daños como resultado de la transmisión de enfermedades venéreas por parte del cónyuge infiel.⁵⁸³ En otro caso inusual, una mujer demandó a su esposo por haberla penetrado durante el acto sexual sin haberle confesado que era infiel con otra mujer.⁵⁸⁴ Su planteamiento fue que la falta de

⁵⁸⁰ *Foot v. Card*, 58 Conn. 1 (1889).

⁵⁸¹ *Poulos v. Poulos*, 222 N.E.2d 887 (1967).

⁵⁸² El Código Civil de California establece en la §43.5 que no se considerará una causa de acción la enajenación de afecto; también lo extiende a los casos de padres sustitutos hacia los niños que están bajo su tutela en la §43.56. Otras jurisdicciones que han adoptado legislación son: Arizona, Ariz. Rev. Stat. Ann. §25-341; Colo. Rev. Stat. §13-20-202; Conn. Gen. Stat. Ann. §52-572b.

⁵⁸³ *S.A.V. v. K.G.V.*, 708 S.W.2d 651 (Mo. 1986).

⁵⁸⁴ *Neal v. Neal*, 873 P.2d 871 (1994).

información vició su consentimiento a sostener la relación sexual con su esposo. El tribunal permitió la alegación e impartió instrucciones al jurado para que evaluara si hubo o no vicio en el consentimiento.

El adulterio como tal, no se ha reconocido como una causa de acción por daño moral en la jurisdicción norteamericana.⁵⁸⁵ Incluso, se han negado daños morales en un caso donde la esposa tuvo hijos de otros hombres y lo ocultó a su esposo por un largo periodo de tiempo, permitiendo que se desarrollaran lazos afectivos entre su esposo y los hijos que no tenían relación consanguínea con él.⁵⁸⁶

5.3.1.2.1.12 Daño al honor

La protección a la intimidad y el honor son de carácter constitucional y celosamente protegidos en el Derecho común norteamericano. Hay casos donde se ha impuesto responsabilidad a religiosos que cometen difamación en su modalidad de libelo contra uno de sus feligreses.⁵⁸⁷

Las acusaciones maliciosas, también han sido objeto de reparación en la medida que atentan contra la imagen de la víctima y su reputación. Para que se configure el daño, el demandado tiene que haber instado una

⁵⁸⁵ Whittington v. Whittington, 766 S.W.2d 73 (Ky.App. 1989); Ruprecht v. Ruprecht, 599 A.2d 604 (1991); Poston v. Poston, 436 S.E.2d 854 (1993); Nagy v. Nagy, 258 Cal.Rptr. 787 (1989); Weicker v. Weicker, 237 N.E.2d 876 (1968).

⁵⁸⁶ Pickering v. Pickering, 434 N.W.2d 758 (S.D. 1989).

⁵⁸⁷ Murphy v. Harty, 393 P.2d 206 (1964) en un caso de libelo; Hester v. Barnett, 723 S.W.2d 544 (Mo.App. 1987) en un caso de difamación, invasión a la privacidad y enajenación afectiva.

acción contra el demandante, o haber instigado a otro para que lo haga, utilizando información falsa para lograr su objetivo.⁵⁸⁸

En los casos de intromisión a la vida privada, el principio establecido, en el *Restatement of Torts* §652B, es que si la invasión resulta ofensiva a una persona razonable, entonces se entenderá como una ofensa a la víctima y estará sujeta a reparación. En estos casos, la persona que alega el agravio tiene que tener una expectativa razonable de privacidad.⁵⁸⁹ La acción también se puede configurar contra oficiales del orden público cuando actúan *so color de autoridad*, es decir, haciendo uso de su posición oficial. Por ejemplo, se ha reconocido que los oficiales que invitan a la prensa a entrar a una casa privada mientras ejecutan una orden de allanamiento violan el derecho a la intimidad, de igual forma el oficial varón que observa mientras una fémina toma una muestra de orina para prueba de dopaje viola su derecho a la intimidad y el mostrar a otros la prueba en un caso criminal que consistía en un vídeo de actividades sexuales explícitas, violenta la intimidad de la persona acusada.⁵⁹⁰

Además de las causas de acción donde se infringe el honor al demandante, los EUA reconocen la protección de otros derechos constitucionales que dan paso a reclamaciones en daños y perjuicios

⁵⁸⁸ *Chapman v. Grimm & Grimm*, 638 N.E.2d 462 (Ind.Ct.App. 1994); *Matthews v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan*, 572 N.W.2d 603, 613 (1998).

⁵⁸⁹ *Sanders v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 978 P.2d 67 (1999).

⁵⁹⁰ Véase respectivamente los casos de: *Wilson v. Layne*, 526 US 603 (1999); *Sepúlveda v. Ramírez*, 967 F.2d 1413 (9th Cir. 1992); y *James v. City of Douglas, Ga.*, 941 F.2d 1539 (11th Cir. 1991).

cuando son violentadas. La Octava Enmienda de la CEUA protege a los ciudadanos contra castigos crueles e inusitados. Bajo este principio se han presentado casos donde daños donde se reclama el uso excesivo de fuerza por parte de oficiales correccionales contra convictos encarcelados, condiciones inadecuadas de confinamiento y negativa a ofrecer servicios médicos a confinados y han prevalecido en su reclamo ante el Tribunal Supremo de los EUA.⁵⁹¹

Los daños causados al difamar a una persona, pueden configurarse en las modalidades de libelo o calumnia y los datos que se publiquen no pueden ser conocidos por la sociedad.⁵⁹² Se puede configurar por expresiones verbales o escritas, incluyendo fotografías. En el caso de Barber v. Time, Inc., 159 S.W.2d 291 (1942), unos periodistas entraron a un hospital y fotografiaron a la demandante, sin su consentimiento, y luego publicaron las fotos. En un caso muy interesante, los demandados hicieron una película donde narraron eventos verídicos y el nombre de una persona

⁵⁹¹ En Johnson v. Summers, 577 N.E.2D 301, 304 (1991); Estelle v. Gamble, 429 US 97 (1976)- se reconoció el derecho de los confinados a recibir tratamiento médico. El tribunal estableció que la indiferencia deliberada en la provisión de servicios médicos constituía una acción innecesaria de imposición de dolor a los demandantes. En Pelfrey v. Chambers, 43 F.3d 1034 (6th Cir. 1995) se estableció que un ataque injustificado de un oficial correccional constituye un castigo cruel e inusitado. En casos relacionados con la intimidad de los confinados, el Tribunal ha reconocido su derecho, aún cuando hay elementos de seguridad envueltos. Por ejemplo en Rushing v. Wayne County, 462 N.W.2d 23 (1990) se estableció que los registros al desnudo a confinados no pueden realizarse en áreas abiertas al público, mientras que en Jordan v. Gardner, 986 F.2d 1521 (9th Cir. 1993) se estableció que se violaba el derecho de un confinado transgénero que al ser registrado, en ausencia de sospecha o estado de emergencia, le agarraron sus partes íntimas, frotándolas con movimientos inapropiados.

⁵⁹² Restatement §652D.

que fue acusada de asesinato.⁵⁹³ El Tribunal determinó que podían utilizar la información que surgía de los récords públicos, pero el uso de su nombre en la película violaba el derecho a la intimidad de la demandante.

5.3.1.2.1.13 Daños relacionados con la concepción, embarazo, nacimiento y adopción

Los tribunales norteamericanos han sido muy juiciosos en la concesión de daños morales en estos casos. La visión va dirigida a una compensación pecuniaria del daño, descartando la posibilidad de un resarcimiento por el daño moral. Basamos nuestra opinión en la tendencia de los tribunales a conceder daños relacionados con los gastos médicos y de manera excepcional los gastos de educación, no así la afeción que sufren los padres y en algunas instancias los hijos que nacen con problemas de salud por una intervención inadecuada del facultativo médico.

Los términos utilizados por el Derecho común norteamericano para denominar embarazos no planificados y no deseados son *wrongful conception* o *wrognful pregnancy* y por lo general están asociados con reclamaciones de mala práctica médica por fallas en procesos de esterilización, en contraposición a las reclamaciones denominadas *wrongful birth* donde se reclama por malformaciones o defectos en el

⁵⁹³ Melvin v. Reid, 112 Cal.App. 285 (1931).

infante que eran previsibles o se conocían y no fueron oportunamente advertido a los padres.⁵⁹⁴

En McKernan v. Aasheim, 687 P.2d 850 (Wash. 1984) una mujer demandó tras quedar embarazada a pesar de que tomaba anticonceptivos. El Tribunal denegó la posibilidad de recibir resarcimiento económico.⁵⁹⁵ Otra modalidad que se ha reconocido en los EUA es cuando existen razones médicas para interrumpir el embarazo, pero el facultativo médico no advierte a los padres de la criatura que existe el riesgo de que nazca con problemas médicos y se pierde la oportunidad de ejercitar la decisión de abortar la criatura. En un caso reciente, el Tribunal de Nuevo Hampshire determinó que los padres podían recobrar los gastos extraordinarios médicos y educativos relacionados con el nacimiento de un infante discapacitado, pero no el daño moral asociado a la pérdida de oportunidad de interrumpir el embarazo por falta de información.⁵⁹⁶ El Tribunal también negó la causa de acción del menor que testificó que era mejor no haber nacido, bajo el argumento de que no se le violó ningún derecho al menor en la medida que no tenía legitimación para tomar la decisión de si

⁵⁹⁴ Véase Provencio v. Wenrich, 261 P.3d 1089 (2011); Crawford v. Kirk, 929 S.W.2d 633 (Tex. App. Texarkana 1996).

⁵⁹⁵ En Emerson v. Magendants, 689 A.2d 409 (R.I. 1997) el tribunal reiteró que los padres de un infante que nace sin ser planificado, por la negligencia profesional de un médico que no realizó una esterilización efectiva, solo tienen derecho a recobrar los gastos médicos relacionados y no se reconoce la causa de acción por daños morales. Incluso en casos donde el infante ha nacido con defectos, si no está directamente relacionado con la intervención del facultativo, no se reconoce derecho a daño moral, véase Simmerer v. Dabbas, 733 N.E.2d 1169 (Oh. 2000); Provencio v. Wenrich, supra.

⁵⁹⁶ Smith v. Cote, 513 A.2d 341 (N.H. 1986).

nacía o no. Ciertamente, estas posturas distan de la evolución que ha tenido sobre este tema el Derecho civil europeo y el puertorriqueño.

Con relación a la muerte antes del nacimiento del feto, la posición de los tribunales es que no existe derecho a reparación, pero hay una minoría de los Estados que han reconocido bajo ciertas circunstancias el derecho a compensación cuando se ocasiona un agravio mortal a un feto.⁵⁹⁷ La compensación fue otorgada bajo la figura de muerte ilegal, causa de acción que no sigue la mayoría de los Estados y que no encontraría espacio en el Derecho civil en la medida que el nacimiento de la persona surge con el desprendimiento del seno materno.⁵⁹⁸

Algunas jurisdicciones han establecido límites a la cuantía que se puede adjudicar por concepto del dolor y sufrimiento experimentado por una víctima. Algunos han sido objeto de ataques constitucionales ante los tribunales estatales, como por ejemplo el caso de Fein v. Permanente Medical Group, 695 P.2d 665 (Cal. 1985), ya que en el Estado de California se estableció como tope, para esta categoría de daños, la cantidad de \$250,000. El tribunal confirmó que la ley que establecía la cuantía no violentaba la cláusula al debido proceso de ley de la CEUA.

5.3.2 Daños nominales

Los daños nominales son definidos como una compensación trivial que se le otorga al demandante en una acción en daños cuando no ha

⁵⁹⁷ Farley v. Sartin, 466 S.E.2d 522 (W.Va. 1995).

⁵⁹⁸ Véase Artículos 29 y 30 del CCE y el Art. 24 del CCPR.

probado la existencia de una pérdida sustancial o daño susceptible de ser compensado.⁵⁹⁹ Se configura en los casos donde se ha podido establecer una causa de acción porque la ley reconoce una invasión técnica a sus derechos, un incumplimiento con un deber del demandado o en casos donde se ha demostrado la existencia de un daño real, pero la evidencia del demandante falla en demostrar su cuantía.⁶⁰⁰

En casos de daños intencionales a la persona y propiedad, la conducta ilícita, *per se*, es considerada como perjudicial. El demandante siempre tiene derecho de recobrar, al menos daños nominales, sin necesidad de tener que probar ningún daño o pérdida específica. Solo basta para que prospere la causa de acción probar que la conducta fue dañina. Por otro lado, en casos de daños por negligencia, el sufrimiento de un daño es un elemento esencial para la causa de acción del demandante. A menos que el demandante haya sufrido un daño legalmente reconocido, no tiene derecho a una reclamación por daños y no puede ni siquiera obtener daños nominales.⁶⁰¹

En el ámbito constitucional, la denegación del debido proceso de ley y el coartar el derecho a la libertad de expresión son causas de acción que se pueden ejercitar. Proceden aún cuando el demandante no haya sufrido

⁵⁹⁹ Restatement Second, Torts §907. DUNCAN, M.J., TURNER, R., *Torts: A Contemporary Approach*, Saint Paul, MN: West Thomson Reuters, 2010, p. 649.

⁶⁰⁰ GARNER, B.A., *op. cit.*, 10^a ed., p. 473; Restatement § 907.

⁶⁰¹ DOBBS, D.B., *op. cit.*, p. 1047.

daños tangibles, en cuyo caso, podrá dar paso a una compensación nominal.⁶⁰²

5.3.3 Daños punitivos⁶⁰³

La figura jurídica que posiblemente tiene mayor protagonismo para fines de este Capítulo es la de daños punitivos, precisamente por ser extraña al Derecho civil contemporáneo y tener posturas antagónicas en la doctrina norteamericana.

El TSEUA reseñó en el caso de Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2620, 171 L. Ed. 2d 570, 660 (2008) el origen de los daños punitivos en el Derecho común norteamericano. La primera mención de daños punitivos, también denominados daños ejemplares (*exemplary damages*) proviene de un caso relacionado al allanamiento ilegal de una imprenta por parte de los ministros del rey. Como resultado se allanaron la imprenta y el hogar del dueño de la imprenta John Wilkes. La víctima reclamó judicialmente y solicitó que se triplicara la restitución de los daños para disuadir la conducta y el Tribunal concedió una amplia suma de dinero como daños punitivos. Wilkes v. Wood, 2 Wils KB 203, 95 Eng Rep 766 (1763). Como secuela del mismo caso, se ventiló un caso de detención ilegal iniciado por un impresor a jornal contra agentes del rey Huckle v. Money, 2 Wils KB 205, 95 Eng Rep 768 (1763). El jurado le

⁶⁰² DOBBS, D.B., op. cit., p. 1054.

⁶⁰³ También son conocidos en la doctrina norteamericana como “*exemplary damages, vindictive damages, punitive damages, presumptive damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages, smart money y punies.*”

concedió al impresor una compensación de 300 libras esterlinas. En apelación, el tribunal determinó que la compensación no era excesiva y estableció su renuencia a indagar o poner en tela de juicio la determinación hecha por los miembros del jurado.⁶⁰⁴ Ya para el año 1850, existe evidencia de que los daños punitivos formaban parte del derecho común norteamericano. En el Estado de Massachusetts, un ciudadano que quiso separar dos perros que estaban peleando utilizó un palo y al levantarlo sobre sus hombros golpeó al dueño de uno de los perros en el rostro ocasionándole daño permanente. El Tribunal Supremo de Massachusetts determinó que el hombre incurrió en una acción negligente y aplicaron el estándar de responsabilidad sin culpa en el caso de Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850). En 1851, en el caso Day v. Woodworth, 54 U.S. 363 (1851), el Tribunal Supremo afirmó que la doctrina de los daños punitivos estaba apoyada por reiteradas decisiones judiciales por más de cien años. Un siglo después, en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, el tamaño de las compensaciones en daños tuvo un aumento vertiginoso. Este aumento no era atribuible a cambios en la ley, sino a factores contextuales como los siguientes: una sociedad más afluyente, el uso de técnicas novedosas y sofisticadas en el juicio por parte de los abogados de los demandantes y un aumento en el conocimiento por parte de los abogados y jueces de grandes veredictos en otras partes del país.⁶⁰⁵

⁶⁰⁴ GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., *Determining Damages*, op. cit., p. 6.

⁶⁰⁵ GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., *Determining Damages*, op. cit., p. 7.

La doctrina explicó el origen de los daños punitivos con el planteamiento de que los jurados eran ciudadanos de pequeñas comunidades a los que se le requería tener conocimiento de los hechos alegados y a emitir su opinión sobre las controversias. Dado el conocimiento personal que tenían de los hechos alegados en la demanda, los tribunales se mostraban renuentes a considerar apelaciones por la concesión excesiva de daños y en ausencia de una justificación racional para la cuantía se comenzaron a denominar daños punitivos.⁶⁰⁶ Otra teoría, acuñada en el caso de Stuart v. Western Union Tel. Co., 66 Tex. 580 (1885) sostiene que ante la negativa de los Tribunales en aceptar la protección legal de algunos intereses lesionados, se comenzaron a conceder cuantías mayores a las requeridas para la reparación del daño, sin una justificación legal para ello. El tribunal lo explicó indicando que toda la doctrina de los daños punitivos o ejemplares tiene su fundamento en el fracaso de no reconocer como elementos constitutivos de compensación circunstancias que deben ser consideradas como daños que conceden al agraviado el derecho a ser compensado.⁶⁰⁷

Otra teoría es que existía la necesidad de tener una pena civil, argumentando que los daños punitivos cumplen una función social de gran

⁶⁰⁶ KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., *Punitive Damages: Law and Practice*, St. Paul, MN: West, 2002, vol. 1, p. 4-6.

⁶⁰⁷ El texto original en inglés dice: “[T]he whole doctrine of punitive or exemplary damages has its foundation in a failure to recognize as elements upon which compensation may be given many things which ought to be classed as injuries entitling the injured person to compensation.”

relevancia.⁶⁰⁸ El argumento sostiene que hay ofensas civiles que constituyen un agravio o atentado a la sociedad, como lo sería por ejemplo, el conocimiento de los dueños de una compañía de que su producto posee material tóxico que resultará en un daño permanente e irreparable a los consumidores, pero no hacen nada por retirarlo del mercado. Si no se procesan criminalmente, habría una conducta intencional y nociva que no sería sancionada y en muchos casos existiría una laguna donde resultarían impunes los infractores. Los detractores de la doctrina plantean que si no está previsto en la codificación penal, no debería tampoco castigarse su conducta civilmente.⁶⁰⁹

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América visitó la definición del daño punitivo en Gertz v. Welch, Inc., 418 U.S. 323, 350 (1974), indicando que eran multas privadas impuestas por jurados en el ámbito civil con el fin de castigar conductas reprochables y disuadir de tales conductas para el futuro.⁶¹⁰ El propósito principal de esta clase de daños es castigar. Para justificar tal compensación, el demandante debe demostrar que la conducta del demandado fue culpable y reprehensible.⁶¹¹ Los

⁶⁰⁸ KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., p. 14. Véase el caso de Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260, 279 (1980).

⁶⁰⁹ KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., p. 16-17.

⁶¹⁰ Véase además: Stermer v. Archer-Daniels-Midland Co., 140 So.3d 879 (La. Ct. App. 3d Cir. 2014); Tully v. McLean, 948 N.E.2d 714 (1st Dist. 2011); Cady v. IMC Mortg. Co., 862 A.2d 202 (R.I. 2004); City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 453 US 247 (1981); Lee v. Delta Air Lines, Inc., 32 F.3d 566 (5th Cir. 1994). Para un desglose más específico sobre las jurisdicciones que permiten los daños punitivos y las fuentes de derecho de donde emanan las posiciones, véase Tabla I, incluida como Anejo 3.

⁶¹¹ SHAPO, M., op. cit., p 429.

daños punitivos pueden servir para disuadir a un demandado en particular de cualquier conducta futura similar a la que causó el daño y para disuadir a otros de incurrir en conducta del mismo tipo.⁶¹² Al conceder daños punitivos, los tribunales persiguen dotar de contenido moral el pago de dinero adicional como una forma de hacerle claro a la comunidad que se ha hecho justicia a la víctima.⁶¹³

La sección 908, inciso (a), del *Restatement of Torts* se definen los daños punitivos como aquellos daños, separados de los daños compensables o nominales, que son concedidos en contra de un demandado para castigarle por su conducta atroz y para disuadirle, y disuadir a otros, de incurrir en una conducta similar en el futuro.

En la gran mayoría de los Estados, la regla del *common law* permite, pero no requiere, a los jurados evaluar y conceder daños punitivos en casos especiales. Para ello, se deben enfocar en la conducta del demandado. Sin hacer referencia a las necesidades de la parte demandante, el jurado tiene que determinar qué cantidad de dinero servirá de castigo y disuasivo al demandado.⁶¹⁴ Los daños punitivos son daños a mayor escala, que se le conceden a la parte demandante y que van más allá de la cuantía necesaria para reparar el daño, cuando la ofensa o daño sufrido haya sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, conducta temeraria del demandado, y sean otorgados al demandante como consuelo

⁶¹² SHAPO, M., op. cit., p. 430.

⁶¹³ Ibid.

⁶¹⁴ GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., *Determining Damages*, op. cit., págs. 15-16.

por sus angustias mentales, laceración de sus sentimientos, vergüenza, degradación u otros agravantes, para castigar al demandado por su mal comportamiento o para hacer de él un ejemplo para los demás. El castigo no describe de forma adecuada los pasos para la concesión de daños, en ocasiones, estos daños son llamados daños extra-compensables.⁶¹⁵

Es necesario aclarar que los daños punitivos están disponibles en casos de daños en los que medie voluntariedad, temeridad o conducta maliciosa. Estos daños, generalmente, no están disponibles para casos de daños por negligencia o en incumplimiento de contratos.⁶¹⁶

El *Restatement of Torts*, en el inciso (b), de la sección 908, dispone las causales para imponer daños punitivos y los elementos que han de tomarse en consideración al valorar estos daños. Establece que los daños punitivos serán concedidos por conducta atroz, por el motivo malicioso del demandado o por su contumaz indiferencia para con los derechos de otros. En la valoración de los daños, el juez o jurado ha de tomar en consideración la conducta del demandado, la naturaleza y magnitud del daño que el demandado causó o intentó causarle al demandante.

En la mayoría de las ocasiones se le instruye al jurado a valorar daños punitivos suficientes para castigar y disuadir, y que al así hacerlo también tomen en consideración la conducta y riquezas del demandado.

Algunos tribunales suplementan estas instrucciones con criterios

⁶¹⁵ DOBBS, D.B., op. cit., p. 1062.

⁶¹⁶ *Lafarge North America, Inc. v. Nord*, 86 So.3d 326 (Ala. 2011); *Andrew Jackson Life Ins. Co. v. Williams*, 566 So.2d 1172 (Miss. 1990).

promulgados por sus foros judiciales apelativos en la fase de evaluación de daños posterior al juicio.⁶¹⁷

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió que la concesión de daños punitivos no debe violar la Octava Enmienda ni los requisitos del Debido Proceso de Ley consagrados en la CEUA. El debido proceso de ley requiere que se le provea al jurado una guía sobre el propósito retributivo o disuasivo de los daños punitivos, junto con una instrucción a los efectos de que los daños punitivos no son requeridos. Asimismo, los tribunales deben proveer una revisión posterior al juicio de los daños punitivos.⁶¹⁸ Por ello, los tribunales ejercen por lo menos dos niveles de control sobre los daños punitivos. Ellos deben decidir si correspondía conceder daños punitivos en un caso en particular y, de proceder la concesión de daños punitivos, si la cuantía de daños está justificada.⁶¹⁹

En los últimos años, los cuerpos judiciales y legislativos de los gobiernos estatales y el gobierno federal de los Estados Unidos, han asumido un rol activo en la restricción de los daños punitivos. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, los tribunales federales inferiores, los tribunales estatales, el Congreso de los Estados Unidos y las legislaturas estatales han formado parte del movimiento para reducir el número de las

⁶¹⁷ GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., "Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards", op. cit., p. 746.

⁶¹⁸ DOBBS, D.B., op. cit., p. 1070.

⁶¹⁹ SHAPO, M.S., op. cit., p. 73.

compensaciones en daños punitivos y las cuantías de estas compensaciones. Como un paso preliminar, algunos tribunales han limitado la cuantía que una persona puede recibir en daños punitivos a una cantidad racionalmente relacionada a los daños sufridos. Tanto el Congreso como las legislaturas estatales han adoptado leyes para limitar los daños punitivos que establecen límites de cuantía máxima o proporcionalidad.⁶²⁰

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos típicamente utiliza la cláusula constitucional del Debido Proceso de Ley para limitar los daños puramente punitivos que surgen de la discreción desenfrenada de los jurados.⁶²¹ Veamos el desarrollo de esta materia a través de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Supremo de los EUA:

La ex-Jueza Asociada del Tribunal Supremo de los EUA, Hon. Sandra Day O'Connor, expresó como parte de su opinión en el caso Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal, Inc., 492 US 257 (1989), que los daños punitivos se estaban incrementando de manera vertiginosa. Sus manifestaciones fueron cónsonas con la postura de muchos miembros de la doctrina, que argumentaban que las concesiones de daños punitivos en cantidades multimillonarias eran un reflejo de que el remedio estaba

⁶²⁰ BERCH, J., "The Need for Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards by the European Union", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 19, n° 1, p. 62.

⁶²¹ En los casos donde se ataca la constitucionalidad de los daños punitivos, se debe realizar una evaluación *de novo*. Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001).

descontrolado.⁶²² Los tribunales comenzaron a preocuparse por la proliferación en la concesión millonaria de daños punitivos y se comienzan a establecer controles que permitían determinar si los remedios concedidos violaban los derechos constitucionales de los demandados.

En el caso Pacific Mutual Life Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991), la compensación impuesta por el jurado de \$1,040,000 (equivalentes a 814.390€) contenía un componente de daños punitivos no menor de \$840,000 (equivalentes a 657.776€). El Tribunal Supremo rechazó la noción de que los daños punitivos siempre violan el Debido Proceso de Ley y prosiguió a indagar si esta proporción de daños compensables a punitivos de 4:1 violaba los principios del Debido Proceso de Ley. El TSEUA razonó que no podía establecer una línea entre lo constitucionalmente aceptable y lo inaceptable que pudiera servir para cada caso. Concluyó que, en este caso, la cuantía no violaba el debido proceso y confirmó la misma.

Incluso, hemos visto las excepciones más sorprendentes impuestas por el propio TSEUA en casos de daños punitivos. En el caso de TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 US 443 (1993), que hubo daños compensables por la cantidad de \$19,000, equivalentes a 16.642€ y por concepto de daños punitivos otorgó la cantidad de \$10 millones, es decir, 8.759.414€, aproximadamente. La proporción del daño

⁶²² RUSTAD, M., KOENIG, T., “The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers”, *American University Law Review*, vol. 42, n° 4 (Summer 1993): p. 1275-1276.

punitivo en este caso resultó en una cifra irreal, 526:1, pero el TSEUA lo confirmó diciendo que hay casos donde la conducta es tan escandalosa que lo justifica. En los casos donde hay entes jurídicos, las adjudicaciones de daños punitivos han sido exponencialmente más alta. Por ejemplo, en el famoso caso de Liebeck v. McDonald's Restaurants (1994), una dama que sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en sus muslos, genitales y glúteos tras quemarse con un café y haber resultado infructuosos sus trámites para que la compañía le rembolsara \$20,000 de gastos médicos, demandó recibiendo una compensación de \$160,000 en daños compensables y \$480,000 por concepto de daños punitivos.⁶²³ El caso fue por jurado y a pesar de que originalmente ella reclamaba a la compañía \$20,000 para cubrir los gastos médicos, el jurado originalmente otorgó \$200,000 y el tribunal lo ajustó a la cantidad de \$160,000. En esa partida compensatoria, por sí sola, se le concedió un remedio ocho (8) veces mayor al que la demandante reclamaba extrajudicialmente por concepto de los gastos médicos, excluyendo los daños punitivos que originalmente fueron concedidos por la cantidad de \$2.7 millones y luego el tribunal ajustó a \$480,000. Las determinaciones del jurado en este caso han sido altamente criticadas, al igual que la tímida acción del tribunal al ajustar las partidas.

⁶²³ No. CV-93-02419, 1995 (N.M. Dist., Aug. 18, 1994). Cuantía original otorgada por el jurado por concepto de daños compensables \$200,000 y luego el tribunal lo redujo a \$160,000, equivalentes a 141.471 €. Por concepto de daños punitivos el jurado otorgó originalmente la cantidad de \$2.7 millones y luego fue ajustada a \$480,000, equivalentes a 424.397 €.

Posteriormente, en el caso BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559 (1996), el Tribunal se rehusó a sostener una compensación en daños punitivos que representaba una proporción de 500:1 en este caso de fraude contra la compañía automotriz. El Tribunal determinó que, en un caso sobre la pintura de un vehículo, una compensación en daños punitivos ascendente a \$2 millones era exageradamente excesiva en relación a la compensación en daños compensables ascendente a \$4,000.

Al hacer su pronunciamiento, el Tribunal Supremo estableció los factores a tomar en consideración al determinar si una compensación en daños punitivos es excesiva. El tribunal se pregunta cuán reprensible es la conducta del demandado, considerando los siguientes aspectos: (1) si el acto fue intencional, malicioso o en craso menosprecio del daño que podía ocasionar; (2) si el acto fue repetitivo o aislado; y (3) si el daño causado fue económico o no económico.

Ante la fuerte crítica sobre el castigo excesivo de las penas, el TSEUA se expresó para establecer aspectos de razonabilidad. El tribunal dispuso que una relación de 4:1 entre los daños punitivos y los compensables es lo suficientemente alto como para que se pueda iniciar un ataque de carácter constitucional. Cuando la proporción sobrepasa de 10:1, es prácticamente cierta la violación constitucional al debido proceso de ley, al amparo de las cláusulas quinta y decimocuarta de la Constitución de los Estados Unidos de América (CEUA), bajo circunstancias ordinarias.

En el caso State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003), el jurado concedió una compensación ascendente a \$2.6 millones en daños compensables y a \$145 millones en daños punitivos. Sin embargo, el Tribunal de Instancia ante el cual se ventilaba en el Estado de Utah, redujo la compensación a \$1 millón y \$ 25 millones respectivamente. El Tribunal Supremo de Utah reestableció la compensación de \$145 millones en daños punitivos. En certiorari ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, este cuerpo revisó la compensación en daños punitivos al palio del estándar *de novo* y los tres factores de BMW of North America v. Gore, supra, y concluyó que la proporción de 145:1 violaba el debido proceso.

El TSEUA clarificó el segundo factor adoptado en el caso de BMW of North America v. Gore, supra. Explicó que en la práctica, sólo algunos casos en los que la proporción entre daños punitivos a daños excede números de un solo dígito estarán conforme a los requisitos del debido proceso de ley. Mediante este pronunciamiento, parece ser que el Tribunal estableció la línea matemática que permite analizar *prima facie* si una cuantía en daños punitivos es constitucionalmente permisible.

En el caso de Phillip Morris USA v. Williams (2007), el TSEUA determinó que los daños punitivos no se pueden imponer por el daño directo que se causó a terceros, pero se puede tomar en consideración en la determinación de cuán ofensiva fue la conducta del demandado. A base de este raciocinio otorgaron \$521,485.50 por concepto de daños

compensables y \$32,000,000 por concepto de daños punitivos.⁶²⁴ En Alexander & Alexander, Inc. v. B. Dixon Evander & Associates, Inc., 596 A.2d 687 (1991), el jurado concedió \$25,000 por concepto de daños compensables y \$40 millones por los daños punitivos, que luego fue reducido a \$12.5 millones por el foro apelativo por encontrar que lo excesivo de la cuantía violaba el debido proceso de ley de los demandados.

Con anterioridad a que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos tomara un rol activo en la supervisión de las compensaciones por concepto de daños punitivos, los tribunales estatales habían intentado controlar los daños punitivos al requerir que éstos tuvieran una relación razonable con los daños compensables que fueran concedidos.

Las decisiones de los tribunales federales y estatales subyugaron las concesiones en daños punitivos a mayores limitaciones, como por ejemplo:

1. Autorización de ley: algunos Estados solamente reconocen los daños punitivos que han sido autorizados mediante legislación. Los tribunales en estas jurisdicciones no permiten los daños punitivos como una parte orgánica del *common law*, salvo que exista una autorización en ley que los reconozca.

2. Estándar de prueba para establecer la concesión de daños punitivos: tradicionalmente, los daños punitivos quedaban establecidos

⁶²⁴ 549 US 346 (2007), 556 US 178 (2009). La señora Williams demandó al fabricante de cigarrillos Philip Morris USA, Inc. por la muerte de su esposo, quien desarrolló cáncer en los pulmones. El jurado otorgó originalmente \$821,485.50 por concepto de daños compensables y \$79.5 millones en daños punitivos, pero el tribunal los ajustó a \$521,485.50 y \$32 millones, respectivamente.

siguiendo el mismo estándar de prueba que en los casos civiles: preponderancia de la evidencia. Ahora, muchos tribunales requieren que los daños punitivos sean probados mediante prueba clara y convincente. El requerir autorización legislativa para el otorgamiento de daños punitivos y la imposición de un estándar de prueba más exigente para probar los daños punitivos tienden a restringir la frecuencia y cuantía de las compensaciones en daños punitivos.

3. Prueba de la condición financiera del demandado: una de las justificaciones de los daños punitivos es el castigar al demandado, por ello, argumentaban que la cuantía debía ajustarse de acuerdo a la condición financiera del demandado, cuantías modestas debían imponerse a los demandados con menos recursos, mientras que cuantías altas debían imponerse a los demandantes con mayores recursos económicos.⁶²⁵

Las legislaturas a nivel estatal y federal, han empleado varias metodologías para restringir la discreción del jurado, regular la cuantía del castigo y limitar las grandes compensaciones en daños punitivos. Mientras que algunas leyes no establecen restricciones, se pueden encontrar otras que prohíben la concesión de daños punitivos en cierta clase de casos o

⁶²⁵ BERCH, J., op. cit., p. 70-72. En el caso de Nickerson v. Stonebridge Life Insurance Company, (B234271, Aug. 29, 2013) el Tribunal de Apelaciones del Estado de California limitó a 10:1 la proporción entre daños punitivos y compensatorios para conformarlo a los parámetros constitucionales del debido proceso de ley. Ya en Amerigraphics, Inc. v. Mercury As. Co., 182 Cal. App. 4th 1538 (Cal. Ct. App., 2010) el tribunal había impuesto la misma proporción (10:1) como un parámetro constitucional razonable.

aquellos que definen las situaciones en las que una compensación en daños punitivos es apropiada.

Los Estados que optan por legislar la concesión de daños punitivos lo han hecho de manera diferente. Se pueden clasificar las legislaciones por el efecto que tienen y básicamente existen dos posibilidades: las que tienen efecto multiplicador (*multiplier statutes*) y aquellas con cuantías máximas (*cap statutes*). Los primeros, requieren que la cuantía en daños compensables sea multiplicada por un factor en particular para entonces determinar la cuantía en daños punitivos. Los otros, establecen un tope a la compensación por concepto de daños punitivos; por ejemplo: no más de cinco veces la cuantía de daños compensables o \$350,000, la cantidad que resulte menor; en otros han establecido \$250,000 como el máximo.⁶²⁶

Para atender la necesidad de consistencia en el área de los daños punitivos, la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Uniformes Estatales (NCCUSL o la Conferencia) promulgó en el año 1996 una ley modelo para que los estados consideren al momento de formular sus propias leyes. Aun cuando esta ley modelo ha sido creada para ser utilizada como guía para la adopción de leyes estatales por cada legislatura, los criterios para la evaluación y determinación de daños son susceptibles de ser utilizados por los tribunales como guías. No obstante, el mismo se limita a las determinaciones de daños punitivos.

⁶²⁶ BERCH, J., op. cit., p. 73-76.

El *Model State Punitive Act* refuerza los procedimientos mediante los cuales los daños punitivos son concedidos y revisados, mientras que al mismo tiempo le da al jurado amplia discreción para castigar a los causantes de daños. Esta ley modelo fue aprobada en un momento de lucha por parte del Congreso y algunos estados para limitar las concesiones de daños punitivos excesivas o inapropiadas. La ley permite que el juzgador de hechos conceda daños punitivos solamente si hay evidencia clara y convincente de que el demandado tenía la intención maliciosa de causar el daño o exhibía un menosprecio consciente y flagrante con relación a causarle daños a otras personas. Además, la ley provee nueve factores para ser considerados en el proceso de determinar la compensación punitiva, a saber: la naturaleza de la conducta del causante del daño y su efecto sobre el demandante y otros, la cantidad de daños compensables, cualesquiera multas, penalidades, daños o restitución pagada o que deba ser pagada por el demandado como consecuencia de la misma conducta ilícita, la condición financiera presente y futura del demandado y el efecto de la concesión de daños sobre cada condición, cualquier ingreso o ganancia obtenido por el demandado a través de su conducta, en exceso de la cantidad de la que será despojado por la acciones en su contra por daños compensables o restitución, cualquier efecto adverso que la concesión de los daños pueda tener sobre inocentes, cualquier medida remedial tomada o no tomada por el demandado a partir de su conducta, cumplimiento o no cumplimiento con cualquier estándar

aplicable que haya sido promulgado por una agencia gubernamental o cualquier otra agencia u organización cuya función sea la de establecer estándares, cualquier factor agravante o mitigante relevante a la cantidad de la compensación.

Sabemos que en los casos donde el demandante no se reserva el derecho a solicitar juicio por jurado, el juez tiene plena facultad para conceder un remedio de daños punitivos dentro de su discreción judicial. Es una figura jurídica que se aplica con extrema cautela y de manera excepcional. A nivel estatal, los tribunales han utilizado adjetivos para demostrar el grado de desprecio que debe conllevar la acción que será castigada con el daño punitivo. Algunos adjetivos que describen los eventos sujetos a este tipo de multa civil son: malicioso, voluntario, intencional, temerario, indiferente deliberado, opresivo, fraudulento, violento, entre otros.⁶²⁷

La imposición de daños punitivos en casos donde se alega responsabilidad vicaria ha sido criticada, a nuestro parecer con fundamento. El argumento para oponerse es que no se cumple con el fin punitivo y disuasivo, toda vez que el castigo es absorbido por un tercero y no por el causante del daño. En el caso donde se imponen daños punitivos por las actuaciones de un funcionario público, donde el Estado responde bajo el principio de responsabilidad vicaria, es el erario público es el que

⁶²⁷ Mid-States Homes, Inc. v. Johnson, 311 So 2d 312, 317 (1975); Kelsay v. Motorola, Inc., 74 III 2d 172, 384 NE 2d 353, 359; Smith v. Executive Club, Ltd., 458 A. 2d 32, 35, 48 ALR 4th 147 (1983); SHV Coal, Inc. v. Continental Grain Co., 587 A. 2d 702 (1991).

paga de un fondo general donde se depositan las contribuciones de todos los ciudadanos, transfiriendo indirectamente el castigo a todos los contribuyentes. En el caso de los patronos que pagan por la negligencia de sus empleados, sin que hayan tenido conocimiento o participación, el propósito disuasivo no se configura. En la mayoría de los casos la responsabilidad económica no se transfiere al verdadero responsable. Otros argumentos en contra del uso del daño punitivo como multa civil para disuadir las conductas inapropiadas son:

1. Que la población general no conoce lo que constituye una conducta sancionable bajo el concepto de daño punitivo a menos que se haya expuesto a un jurado o un caso donde se discuta el particular. En contraposición a las reseñas de los casos criminales, se provee poca exposición en los medios de comunicación en los casos civiles. Las sentencias y noticias sobre daños punitivos que acaparan las primeras planas son las de compañías que son condenadas a pagar cuantías excesivas, casos y conductas con las que no se identifican los ciudadanos particulares y por ende el fin disuasivo desaparece.

2. A diferencia del Derecho penal donde existe una pena máxima establecida mediante legislación, en los daños punitivos no existe un máximo a menos que el tribunal determine que la cuantía impuesta por un jurado o un tribunal inferior es excesiva.⁶²⁸

⁶²⁸ Hay Estados que han puesto un límite o tope a las condenas por daños punitivos: Alabama, Arkansas, Colorado, Connecticut, Florida, Georgia, Kansas, Montana, Nevada,

3. La cuantía en daños punitivos puede exceder, y como cuestión de hechos, ha excedido en algunas instancias la multa contemplada en el Derecho penal para la misma conducta.⁶²⁹

4. Varios demandantes podrían recobrar daños punitivos del mismo demandado por la misma actuación.

5. En un caso criminal, se requiere que se pruebe más allá de duda razonable la culpabilidad del imputado, mientras que en los casos civiles, el peso de la prueba es menor.⁶³⁰

6. En los casos civiles se pueden imponer daños punitivos por responsabilidad vicaria y finalmente pagará la penalidad una persona que no fue quien incurrió en la conducta que se desea desalentar. Dependiendo de la efectividad del principal con relación a su agente o a la persona por la cual responde, se logrará el fin disuasivo de esta sanción civil.

Se ha creado gran controversia sobre la efectividad de los daños punitivos, generándose mitos y paradigmas relacionados con su uso, entre

Ohio, Oklahoma, South Carolina, Tennessee, Texas y Virginia. Otros han optado por requerir que una parte sea destinada al erario público, adoptando proporciones arbitrarias en su legislación. Los Estados que han optado por esta modalidad son: Georgia, Alaska, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon y Utah.

⁶²⁹ En *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.*, 378 F.2d 832, 839 (2d Cir. 1967), el Tribunal advirtió que la multa máxima por la misma conducta en los casos criminales era de \$10,000 y el jurado impuso \$100,000, diez veces más que la cantidad prevista en los casos penales.

⁶³⁰ Para tratar de subsanar este argumento, algunas jurisdicciones han legislado que el quantum de prueba requerido es uno intermedio entre la preponderancia de prueba y el quantum en casos criminales donde se requiere probar culpabilidad más allá de duda razonable. Se requiere prueba clara y convincente. Entre las jurisdicciones que han adoptado legislación sobre el quantum de prueba están: Alaska, Florida, Georgia, Indiana, Minnesota, Montana, South Carolina, Alabama, Oregon, Kentucky y Ohio.

los cuales se encuentran: que son sumas excesivas que hacen el costo de llevar a cabo negocios en EUA irrazonablemente alto y que se promueve la litigación dirigida a demostrar la existencia de daños punitivos por lo que aumenta el número de reclamaciones. Un estudio realizado por profesores de Derecho y el Departamento de Justicia de los EUA, demostró que los daños punitivos se adjudican en un promedio de dos por ciento (2%) de los casos que llegan a la etapa de juicio y que la media en las adjudicaciones fluctúan entre \$38,000 y \$50,000, lo que equivale a un rango entre 33.525€ y 44.116€, en casa caso.⁶³¹

Generalmente, a los miembros del jurado se les instruye que pueden conceder daños punitivos de encontrar que el demandado actuó de manera malévola, voluntaria, displicente, intencional, deliberada, en términos generales una actuación con desprecio total por los intereses de la otra persona.⁶³² A pesar de que se toma en consideración la conducta del demandado, el propósito es promover un bien colectivo y se impone una multa civil en beneficio social en la medida que disuade al actor de incurrir en la misma conducta en el futuro.⁶³³

⁶³¹ LAYCOCK, D., *Modern American Remedies: Cases and Materials*, 3ª ed., New York: Aspen, 2002, p. 732-736.

⁶³² GREENE, E., BERNSTEIN, B.H., "Precious Little Guidance...", p. 745; "Determining Damages...", op. cit., p. 15. PROSSER, W.L., *Law of Torts, Handbook Series*, 4ª ed., St. Paul, MN: West Publishing Co., 1971, p. 9-10. HARPER, F., JAMES, F. Jr., op. cit., p. 526.

⁶³³ MORRIS, C., "Punitive Damages in Tort Cases", 44 *Harv. L. Rev.* 1173 (1931). Véase además la determinación judicial en *Floyd v. Eastern Airlines*, 872 F.2d 1462, 1487 (1989).

Los daños punitivos son generalmente aceptados en el derecho común norteamericano. Sólo cinco jurisdicciones rechazan la concesión de dichos daños, Luisiana, Massachusetts, Nebraska, Nuevo Hampshire y Washington.⁶³⁴ Para que se puedan considerar los daños punitivos en las cinco jurisdicciones antes mencionadas, tendrían que estar previstos en una legislación que así lo autorice.⁶³⁵ Mientras que hay otros, que a pesar de reconocerlos, limitan su cuantía a los costos del litigio, como es el caso de Connecticut, Michigan y Texas, donde no se utiliza el término “*punitive damages*”, sino que se incluyen en la partida de “*compensatory damages*” cuando hay conducta maliciosa, fraudulenta u opresiva.⁶³⁶ Connecticut, por ejemplo, estableció que la cuantía no debe exceder la cantidad de los gastos de litigio para el demandante, previa prueba sobre el particular. Ante la posición jurisprudencial, la legislatura del Estado aprobó una ley donde reconoce discreción al tribunal para imponer daños punitivos bajo la Ley de Prácticas Comerciales Desleales.⁶³⁷ En Michigan, la posición jurisprudencial ha sido que por vía de excepción se podrían conceder daños punitivos o ejemplares, pero en la medida que se autorice la ampliación de los daños compensables y no sean considerados una suma adicional a

⁶³⁴ PROSSER, W.L., *supra*, p. 9, nota 61; KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., *op. cit.*, vol. 1, p. 18, 145-197.

⁶³⁵ Louisiana, *McCoy v. Arkansas Natural Gas Co.*, 175 La. 487 (1932); Massachusetts, *City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co.*, 313 Mass. 257 (1943); Nebraska-*Abel v. Conover*, 170 Neb. 926 (1960); New Hampshire, N.H. Rev. Stat. Ann. §507:16; Washington, *Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler*, 2 Wash. 45 (1891).

⁶³⁶ *Crowley v. Global Realty Inc.*, 474 A.2d 1056 (1984).

⁶³⁷ Conn. Gen. Stat. §42-110g(a); 12 Conn. Practice Series §6.11, Punitive Damages.

manera de un castigo.⁶³⁸ De igual forma, en Texas los daños punitivos solo se pueden imponer bajo los daños compensables con el fin de rembolsar pérdidas, resarcir inconvenientes en el demandante y gastos de abogado.⁶³⁹

Para promover el fin disuasivo que persigue la pena civil, hay múltiples jurisdicciones de la nación norteamericana que no permiten cubiertas de seguros por concepto de daños punitivos.⁶⁴⁰ La posición ha sido apoyada, ya que es totalmente cónsona con el propósito subyacente en los daños punitivos, no obstante, no ha sido emulada en otras jurisdicciones. Entre los argumentos para justificar la prohibición de seguros de daños punitivos están que algunas personas naturales, al igual que las jurídicas, utilizarían el seguro como una licencia para incurrir en una conducta inapropiada y ofensiva al bien social. Para algunos de ellos, se podría convertir en un asunto puramente económico, es decir, cuánto cuesta el riesgo en contraposición a cuánto se pueden ganar. Sería en época moderna lo que representaba la figura épica de Lucius Veratius en la época romana cuando caminaba por las calles abofeteando ciudadanos, con su esclavo tras él compensando el daño. Después de todo, las jurisdicciones que utilizan los daños punitivos como disuasivos de conducta intolerable,

⁶³⁸ Wise v. Daniel, 221 Mich. 229 (1922); Joba Const. Co, Inc. v. Burns & Roe, Inc., 121 Mich. App. 615 (1982). Los supuestos donde se ha autorizado la adjudicación monetaria en estos casos es cuando el demandante ha sufrido humillación, se ha sentido atropellado o indignado. También se han visto casos donde el demandado ha cometido fraude y debe ser reprendido.

⁶³⁹ Hofer v. Lavender, 679 S.W.2d 470 (Texas, 1984).

⁶⁴⁰ McCLELLAN, F.M., *Medical Malpractice: Law, Tactics, and Ethics*, Philadelphia: Temple University Press, 1994; HASKELL, D., *Punitive Damages: The Public Policy and the Insurance Policy*, 58 Ill. B.J. 780 (1970); LONG, J.D., *Should Punitive Damages be Insured?*, 44 *Journal of Risk and Insurance* 1 (1977).

plantean la importancia del castigo directamente al ofensor y no a terceros que respondan por ellos. El Estado de Hawaii por ejemplo, estableció que el efecto retributivo del daño punitivo debe imponerse completamente en los hombros del ofensor.⁶⁴¹ En el Estado de Montana, por su parte, no se autoriza que se ajusten los daños punitivos cuando hay negligencia comparada bajo el argumento de que estos daños van dirigidos a castigar al ofensor y no a compensar al demandante.⁶⁴²

En las instancias donde el tribunal adjudica daños punitivos, basándose en responsabilidad vicaria, se entiende que la persona a cargo tendrá un rol importante en la disuasión de conductas futuras por parte del actor. Este efecto parece ser más patente en los casos de grandes corporaciones a las que se le imponen altas sumas de dinero por concepto de daños punitivos, ya que el efecto es que se aseguran que todos los integrantes de la empresa son desalentados a incurrir en la conducta sancionada. Se adoptan políticas, las notificaciones son más formales y efectivas y con ello se logra el efecto disuasivo que persigue la sanción civil.⁶⁴³ Para cumplir con el fin disuasivo a la comunidad general, hay que considerar la exposición que tiene el público general a la pena privada o multa civil impuesta a través de los daños punitivos. Como reseñamos anteriormente, los casos donde se imponen daños punitivos no tienen la

⁶⁴¹ *Lauer v. Young Men's Christian Ass'n of Honolulu*, 557 P.2d 1334, 1342 (1976).

⁶⁴² *Shahrokhfar v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 27 A.L.R. 4th 309 (1981).

⁶⁴³ CORBOY, *Should Punitive Damages Be Abolished? —A Statement for the Negative*, ABA Proceedings, Section of Insurance, Negligence and Compensation Law, 292, 298 (1965).

misma exposición que los casos criminales en los medios de comunicación, a menos que la cuantía sea significativa. Aun cuando obtengan gran difusión a través de los medios, no existe garantía de que el público general se identifique con las partes sancionadas y que su conducta se verá afectada luego de aprender de la experiencia del sancionado. El gobierno federal de los EUA realizó un estudio sobre los accidentes fatales de circulación y encontró que el treinta y un por ciento (31%) eran causados por personas ebrias. A pesar de todas las campañas publicitarias y los efectos criminales, no se ha experimentado un descenso en la tasa de fatalidades por causa del alcohol, poniendo en entredicho la efectividad del efecto punitivo en el público general por la experiencia de los que son encausados criminalmente.⁶⁴⁴

Otro argumento esbozado por las compañías que han resultado afectadas por la imposición de daños punitivos es el de exposición múltiple a reclamaciones por hechos similares. En el caso de Hansen v. Johns-Manville Products Corp., 734 F.2d 1036, 1042 (5th Cir. 1984), se reclamaba a la compañía por la muerte ilegal de un trabajador que estuvo expuesto a material contaminado con asbestos y el jurado impuso una alta suma de dinero por concepto de daños punitivos. Los demandados apelaron la determinación argumentando que se les violaban sus derechos constitucionales al exponerlos en más de una ocasión a una daños punitivos por los mismos hechos, ya que habían sido demandados por casos similares

⁶⁴⁴ KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., vol. 1, p. 33-34.

en el pasado. El Tribunal determinó que la imposición de daños punitivos a una parte en diferentes casos no constituye una violación al principio constitucional consagrado en la Quinta Enmienda de la CEUA contra la doble exposición.⁶⁴⁵ El *ratio decidendi* del TSEUA fue que la naturaleza de la acción era civil y para poder invocar la protección de la doble exposición el procedimiento tenía que ser esencialmente criminal.⁶⁴⁶ Para determinar la naturaleza de los procedimientos se considera el propósito de los procedimientos, las consecuencias potenciales y si la acción fue instada o apoyada por los recursos del Estado. Otras compañías, han recurrido a los foros apelativos argumentando que se les ha violentado el debido proceso de ley, toda vez que la sanción de un daño punitivo se asemeja a una multa dispuesta en la codificación penal y por ello deben tener el mismo derecho a la protecciones procesales contempladas en el ámbito penal.⁶⁴⁷ En ese caso, el Tribunal determinó que el Estado tenía suficientes salvaguardas procesales para establecer parámetros que no permitieran la violación de los derechos constitucionales. Para determinar si la cuantía de daños punitivos excedió los parámetros de razonabilidad, el TSEUA utilizó los siguientes criterios: 1) cuán culposa o reprehensible es la actuación del

⁶⁴⁵ La CEUA establece en la Quinta Enmienda lo siguiente: “...*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb...*”. Véase el caso de Dolgencorp, Inc. v. Mississippi Band of Choctaw Indians, 746 F.3d 167 (5th Cir. 2014) explicando que a pesar de que los daños punitivos poseen características similares al castigo en el ámbito penal, son distintos y no dan paso a reclamaciones bajo el criterio constitucional de la doble exposición.

⁶⁴⁶ Hansen v. Johns-Manville Products Corp., 734 F.2d 1036, 1042 (5th Circ. 1984) citando a Breed v. Jones, 421 U.S. 519, 528 (1975).

⁶⁴⁷ Pacific Mut. Life Ins. Co., v. Haslip, 499 US 1 (1991).

demandado; 2) la relación entre la pena impuesta y el daño que causó la conducta del demandado en el demandante; y 3) la sanción impuesta en casos similares por conducta comparable.⁶⁴⁸ La mayoría de los tribunales estatales y federales de los EUA han mantenido su posición de que múltiples reclamaciones basadas en un curso de acción no violentan los principios de doble exposición y que el demandado tiene que responder y ser castigado por cada daño causado.⁶⁴⁹

El TSEUA ha sostenido la constitucionalidad de los daños punitivos cuando se han levantado controversias relacionadas a los derechos a la libertad de expresión, la igual protección de las leyes, protección contra multas excesivas, derecho a la privacidad, imposición de condiciones onerosas para el comercio interestatal y violación de cláusulas contractuales, en adición a los argumentos constitucionales ya discutidos.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 US 424 (2001). Otros casos donde se utilizó el mismo análisis son: Goff v. Elmo Greer & Sons Const. Co., Inc., 292 S.W. 3d 175 (Tenn. 2009); Flax v. Daimler Chrysler Corp., 272 S.W. 3d 521 (2008); Philip Morris USA v. Williams, 172 S. Ct. 1057 (2007); Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605 (2008).

⁶⁴⁹ Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260 (1980); Simpson v. Pittsburgh Corning Corp., 901 F.2d 277 (2^d Cir. 1990); Glasscock v. Armstrong Cork Co., 946 F.2d 1085 (5th Cir. 1991).

⁶⁵⁰ Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. American Coalition of Life Activists, 945 F. Supp. 1355 (1996) en el caso de la libertad de expresión; Texaco Inc. v. Pennzoil Co., 481 US 1 (1986); Huff v. White Motor Corp., 609 F.2d 286 (1979), en el caso de igual protección de las leyes; y Daugherty v. Firestone Tire and Rubber Co., 85 F.R.D. 693 (1980) en los casos de multas excesivas. Los argumentos relacionados al derecho a la privacidad por divulgación de información financiera fue ventilado en Richards v. Superior Court, 86 Cal. App. 3d 265, 150 (1978), imposición onerosa de comercio interestatal en Daugherty v. Firestone Tire and Rubber Co., supra y en Brotherton v. Celotex Corp., 202 N.J. Super. 148 (1985); y con relación a la violación de cláusulas contractuales en Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie, 475 US 813 (1986).

El estado de derecho en España y Francia es que no se reconoce la concesión de daños punitivos.⁶⁵¹ En Puerto Rico, la posición jurisprudencial a nivel estatal sobre el tema es que no se autoriza la imposición de daños punitivos, a menos que una legislación especial así lo contemple.⁶⁵² La tendencia jurisprudencial es negar la posibilidad de imponer daños punitivos en los casos no contemplados por ley, aunque a principios del siglo pasado hubo inconsistencia en la posición del más alto foro judicial.⁶⁵³ En las últimas décadas, la posición ha sido clara a los efectos de que el esquema de derecho civil está basado en un principio remediador, descartando la posibilidad de castigar la conducta torticera.⁶⁵⁴

La legislación vigente que contempla daños punitivos está prevista para

⁶⁵¹ MANRESA, J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, Ed. Reus, 1931, vol. 8-1, p. 152-153.

⁶⁵² La Ley de Derechos Civiles de Puerto Rico, Ley 131-1943, 1 L.P.R.A. §13 y siguientes dispone que las personas que viole deliberadamente o utilizara informes falsos o cualquier subterfugio para contravenir la ley podrá estar sujeta a la imposición de daños punitivos, en adición a los daños y perjuicios a los que pueda estar sujeto. La Ley 100-1959, 29 L.P.R.A. §146 y siguientes impone responsabilidad civil a todo patrono que incurra en una práctica discriminatoria por una suma igual al doble del importe de los daños que la acción ilegal haya causado al empleado. La Ley 69-1985, 29 L.P.R.A. §1321 y siguientes, también dispone igual obligación, extendiéndola al sector gubernamental. Ley 44-1985, 1 L.P.R.A. §501 y siguientes establece daños punitivos para los patronos, incluyendo al Estado, que discriminen por razón de discapacidad.

⁶⁵³ IRIZARRY YUNQUE, C.J., *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 7ª ed., San Juan, Cap. VI, p. 340 (2007); En Zalduondo v. Sánchez, 15 D.P.R. 231 (1909) el TSPR habló del tema y comparó la tendencia en algunos estados de la nación norteamericana, haciendo referencia de que en Puerto Rico no se había establecido si procedían o no, pero que no entraría a resolver el punto porque no resultaba pertinente a las controversias ante su consideración. En Delgado v. Trujillo, 24 D.P.R. 484 (1916) hizo alusión a que una de las reclamaciones era por concepto de daños punitivos, pero que el Tribunal no tuvo prueba necesaria para imputar los mismos a la demandada, dejando la puerta entreabierta para casos futuros. De igual forma, en Sucesión Peraza v. Marín, 40 D.P.R. 355 (1929) expresó “No creemos necesario considerar otros elementos que podrían integrar los daños y perjuicios ni la posibilidad de daños punitivos en un caso como este.”, dando la impresión que bajo otras circunstancias si los habría concedido.

⁶⁵⁴ Sociedad de Gananciales v. Woolworth & Co., 143 D.P.R. 76, 81 (1997); Soto Cabral v. E.L.A., 138 D.P.R. 298 (1995); Cooperativa de Seguros Múltiples de Puerto Rico v. San Juan, 289 F.Supp. 858 (1968); Jiménez Nieves v. United States, 618 F. Supp. 66 (1985).

casos de discrimen y los casos en el entorno laboral. Cuando las controversias se presentan ante el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Puerto Rico, aplican los principios establecidos en el sistema de justicia federal, siempre que existan controversias relacionadas con el gobierno federal, la constitución, leyes federales o estén en discusión los derechos de ciudadanos que residen en diferentes jurisdicciones de los EUA.

En los países de Europa continental encontramos tratadistas que argumentan que, de facto, hay tribunales europeos que adjudican daños punitivos al alejarse sustancialmente de las compensaciones tradicionalmente concedidas en casos análogos. Si lo miramos desde el principio de que *“el nombre no hace la cosa”*, podríamos considerar el argumento como uno válido. Sin embargo, No es suficiente para sostener que hoy día se utiliza el daño punitivo en los países de corte civil estudiados porque para ello habría que evaluar la valoración de la adjudicación realizada por el tribunal para descartar que en lugar de resarcir, el propósito sea desalentar o castigar.⁶⁵⁵

⁶⁵⁵ La norma es que los tribunales reconozcan el fin resarcitorio de la reparación del daño moral. No obstante, hemos encontrado excepciones, como el caso STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275) donde el TSE hizo referencia al *“sentimiento social de reparación”* cuando justificó la concesión del remedio a una víctima de abuso sexual. Esto da un matiz de pena disuasiva, en lugar de una reparación del daño moral causado. No obstante, enfatizamos que es la excepción y no la norma.

5.4 Juicio por jurado

Para los “padres fundadores” de lo que hoy conocemos como los Estados Unidos de América, el derecho a un juicio por jurado era una parte integral del sistema de justicia. La Constitución aprobada en el año 1787 garantizaba el derecho a un juicio por jurado solamente en casos criminales, pero preocupaciones por la ausencia de protecciones y salvaguardas constitucionales en los casos civiles, dieron paso a la adopción de la Séptima Enmienda: *“El derecho a que se ventilen ante un jurado los juicios sujetos al Common Law en que el valor que se controvierta exceda de 20 dólares, será garantizado, y ningún hecho de que haya conocido un jurado será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del Common Law.”* (Traducción nuestra)

Al igual que el *Common Law* británico, los jurados para los casos civiles en los Estados Unidos tenían la autoridad de conferir una compensación. Tan temprano como en el año 1797, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconoció que la tarea de determinar los daños era una apropiada para el jurado: *“[c]uando las materias de hecho puedan ser separadas de las materias de derecho, se acuerda que será una práctica general y favorable, el asignarle la determinación de los daños al jurado.”* (Brown v. Van Braam, 3 US 344 (1797)).⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 7.

En los Estados Unidos, durante el siglo XIX, a medida que la transportación se fue desarrollando y avanzando y el uso de los ferrocarriles aumentaba, así también fue incrementando dramáticamente la cantidad de casos por daños personales en los que se alegaba negligencia. En estos casos, la determinación de responsabilidad era meridianamente clara, no obstante, el único problema real, tanto a nivel de juicio en el foro de primera instancia, como a nivel apelativo, era la cantidad de la compensación por daños. En el año 1886, en el caso Barry v. Edmunds, 116 U.S. 550, el Tribunal Supremo reiteró su confianza en los jurados para tomar las decisiones sobre la cuantía de los daños, mientras que al mismo tiempo reconocía la existencia unas guías para regular la conducta de los miembros del jurado.⁶⁵⁷

La función principal del jurado es formular determinaciones de hechos que están en controversia. Esto significa, en parte, que el jurado será quien determine si un testigo está declarando verazmente y sin equivocaciones. Esto también significa que el jurado decidirá qué inferencias de derecho se pueden hacer basándose en la evidencia presentada y admitida y pasará juicio sobre la conducta que está en controversia. Por último, el jurado es el encargado de determinar la cantidad de compensación en daños que será otorgada a la víctima, sujeto a las instrucciones impartidas por el juez sobre las medidas legales a ser utilizadas. En muchos casos, los valores de la comunidad conforman la

⁶⁵⁷ Ibid.

base social para el juicio moral sobre la culpa y justificaciones de las partes envueltas. En esos casos, es altamente deseable un rol significativo por parte del jurado.⁶⁵⁸

Existe una amplia percepción de que el jurado trata a las corporaciones y a los individuos (cuando ambos son los demandados) de forma distinta. Este fenómeno, que ha sido denominado el “efecto de los bolsillos profundos”, refleja la tendencia del jurado de hacer que los demandados con los bolsillos más profundos paguen más que aquellos demandados con menos dinero por los mismos actos. Esta percepción es tan prevalente que algunas jurisdicciones han desarrollado instrucciones al jurado para que éstos no permitan que el estatus corporativo de los litigantes influya en sus decisiones.⁶⁵⁹

De otra parte, varios estudios han encontrado que demandados que son corporaciones pagan compensaciones más altas que individuos que son demandados. Mas aun, el efecto de los bolsillos profundos se ha percibido tanto en situaciones en las que el jurado delibera como un grupo y en situaciones en las que no es así. Esta tendencia de asignar mayor responsabilidad y mayores compensaciones cuando el demandado es una corporación es vista con mayor frecuencia en la otorgación de daños no económicos.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ DOBBS, D. B., *op. cit.*, p. 33-35.

⁶⁵⁹ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁶⁰ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, *op. cit.*, p. 67.

Como un todo, el jurado responde a las características del demandado en una forma legalmente apropiada. En la concesión de daños punitivos, el jurado toma en consideración el único factor de mayor relevancia: la riqueza del demandado.⁶⁶¹

El descubrimiento más consistente en los estudios enfocados a determinar cómo los jurados responden a variaciones en la naturaleza y severidad del daño sufrido es que conceden una compensación más alta en daños totales y no económicos, a los demandantes que han resultado severamente afectados. Al así hacerlo, los jurados se muestran sensibles a las características del daño que reflejan mayor severidad, como lo son la discapacidad y el sufrimiento. Esta sensibilidad cobra mayor relevancia cuando los jurados otorgan daños punitivos únicamente. Aun cuando existe evidencia que demuestra que los jurados conceden compensaciones en daños punitivos mayores a las víctimas severamente afectadas, esta tendencia parece estar limitada a casos de impericia médica. Más aun, a pesar de los reclamos que las compensaciones en daños son frecuentemente excesivas, algunas investigaciones tienden a indicar que si algún error están cometiendo los jurados al determinar y otorgar los daños, es que, en efecto, no están concediendo una compensación suficiente que permita al demandante a cubrir todos sus gastos actuales y proyectados.⁶⁶²

⁶⁶¹ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 77.

⁶⁶² GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 124-125.

5.5 Valoración de los daños

Algunos métodos utilizados para valorar los daños no pecuniarios por los tribunales son:

1. Compensación basada en el perjuicio sufrido como consecuencia del daño. Se denomina en inglés como “compensation of the victim *ex post*” – Este método se limita a valorar el perjuicio sufrido por la víctima y a proveer una suma monetaria para procurar su reparación o compensación. Otro método dirigido a cuantificar el perjuicio acaecido, es el cómputo del valor estadístico de la vida (VSL, por sus siglas en inglés). Es un método ampliamente utilizado para mirar al intercambio implícito entre el resigo de muerte asociado con el trabajo y el pago en la opción de ese trabajo.

2. Cuantía necesaria para la disuasión – el propósito de este valor es establecer incentivos para aquellos quienes pueden tomar medidas para evitar un accidente.

3. La cantidad de seguro– la gente trata de equiparar las utilidades marginales antes y después de un accidente. Toda vez que un accidente cambia la utilidad, es posible que el ingreso preferido después de un accidente sea menor al ingreso preferido anterior al accidente.

Un problema histórico en el sistema de derecho norteamericano es la disparidad e inconsistencia en la cuantía de los daños impuestos, la valoración de los daños por parte del jurado. Ello se debe a que en la

mayoría de los casos las instrucciones que se le ofrecen al jurado previo a la deliberación son vagas y ambiguas.

Sería incorrecto e injusto el calificar las compensaciones por concepto de daños basadas en decisiones de responsabilidad como arbitrarias y caprichosas sin previamente hacer un análisis de las razones por las cuales estas compensaciones suelen ser altas. Una explicación para estas compensaciones es la falta de información o insuficiencia en las guías ofrecidas por abogados y el tribunal a los jurados, así como la limitación de información a precedentes judiciales.⁶⁶³ En el sistema de daños, a los jurados se les proveen instrucciones vagas para ‘compensar razonablemente’ al demandante por sus pérdidas no económicas. Son instruídos a que el único baremo real que pueden utilizar para valorar el daño es su “*conciencia colectiva ilustrada*.” Interesantemente, y en contra de la visión de muchos tratadistas, a los jurados no se les puede informar de patrones de compensaciones en daños en casos similares.⁶⁶⁴

Por otro lado, los jurados confrontan dificultad en la comprensión de las instrucciones ofrecidas por el juez sobre los criterios necesarios para la concesión de daños punitivos.⁶⁶⁵ En este caso, la doctrina parece coincidir

⁶⁶³ KAGEHIRO, D.K., MINICK, R.D. “How Juries Determine Damages Awards”, *For the Defense*, vol. 44, n° 7, July 2002.

⁶⁶⁴ AVRAHAM, R., “Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique on the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change”, 100 *Nw. U. L. Rev.* 87 (2006), p. 90.

⁶⁶⁵ KAGEHIRO, D.K., MINICK, R.D. op. cit. En *Browning-Ferris Industries, Inc. v. Kelko Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989) el TSEUA criticó la vaguedad en las instrucciones ofrecidas al jurado, lo que desembocó en un pobre veredicto. La exposición recoge la importancia de ofrecer información mínima para que los jurados puedan hacer su trabajo:

en que los miembros del jurado no tienen la intención de desviarse de las directrices impartidas por el juez, sino que simplemente son incapaces de entenderlas. Cuando los jurados tienen real familiaridad con los hechos de la disputa, como sucede mayormente en los casos de daños a la persona, ellos aplican nociones de sentido común en las compensaciones. Por el contrario, las compensaciones pudieran desviarse del sentido común en un mayor grado, cuando los jurados carecen de analogías de la vida real o en los casos donde la ley se aleja de las nociones sociales de sentido común de otorgación de daños por parte de jueces y jurados.

Los Tribunales norteamericanos han enfrentado el mismo dilema que los europeos y el TSPR al utilizar el dinero como medida de restitución a los daños extrapatrimoniales. Así pues, en *Andrulonis v. U.S.*, 724 F.Supp. 421, 1524 (1989) el TSEUA resolvió lo siguiente: *“Recovery for non economic losses such as pain and suffering is based on the legal fiction that money damages can compensate for a victim’s injury. Although this device is as close as the law can come in its effort to right the wrong, it is*

“Without statutory (or at least common-law) standards for the determination of how large an award of punitive damages is appropriate in a given case, juries are left largely to themselves in making this important, and potentially devastating, decision. Indeed, the jury in this case was sent to the jury room with nothing more than the following terse instruction: ‘In determining the amount of punitive damages, . . . you may take into account the character of the defendants, their financial standing, and the nature of their acts.’ App. 81. Guidance like this is scarcely better than no guidance at all. I do not suggest that the instruction itself was in error; indeed, it appears to have been a correct statement of Vermont law. The point is, rather, that the instruction reveals a deeper flaw: the fact that punitive damages are imposed by juries guided by little more than an admonition to do what they think is best. Because ‘[t]he touchstone of due process is protection of the individual against arbitrary action of government,’ I for one would look longer and harder at an award of punitive damages based on such skeletal guidance than I would at one situated within a range of penalties as to which responsible officials had deliberated and then agreed.”

still, nevertheless, a fiction, for money will not replace or repair the lost of broken limb or remove the liability caused.”

Aun cuando la conducta del demandante es relevante en la toma de decisiones en cuanto a la valoración de los *daños compensables*, la conducta del demandado o causante del daño no lo es. Ello es debido a que la conducta del demandado es irrelevante en cuanto al grado en que el demandante debe ser compensado. La naturaleza y extensión de los daños sufridos por el demandante, y no la naturaleza del comportamiento del demandante, es la que guía la decisión.⁶⁶⁶

Por otro lado, la conducta del demandando es extremadamente relevante en la determinación de los *daños punitivos*, tanto para conferirlos como para su cuantificación. Sobre el particular, el *Restatement (Second) of Torts* dispone que:

“§908. *Punitive Damages*

...

Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant’s act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.” (Enfasis nuestro).

En la concesión de daños punitivos, los tribunales aplican, de cierto modo, los mismo criterios esbozados en la sección 908 del *Restatement*

⁶⁶⁶ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., “Determining Damages...”, op. cit., p. 134.

(Second) of Torts, estimándolos apropiados cuando la conducta del demandado ha sido temeraria, reprensible, voluntaria, cruel o maliciosa.⁶⁶⁷

5.5.1 Referencias o baremos para la valoración de los daños

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, uno de los mayores escollos en el Derecho común norteamericano es la falta de guías o referencias estándares para la valoración de daños no económicos y daños punitivos. Sin embargo, como señalamos anteriormente sí existen unos parámetros establecidos jurisprudencialmente para asegurarse que las compensaciones por daños punitivos no violen derechos constitucionales. No obstante, las mismas funcionan en relación a una proporción establecida tomando como base la adjudicación realizada sobre los daños compensatorios. A esos efectos, si la valoración de los daños compensatorios, ya sean pecuniarios o no pecuniarios, es desacertada, la adjudicación de daños punitivos, utilizando la proporción recomendada por los tribunales estará mal estimada.

La Asociación Nacional de Comisionados de Seguros (NAIC, por sus siglas en inglés) ha publicado una escala de severidad del daño de nueve puntos que ha sido ampliamente utilizada para categorizar la seriedad del daño y para facilitar la valoración de los daños morales comprendidos en la categoría de ‘dolor y sufrimiento’, así como otros

⁶⁶⁷ Ibid. DOBBS, D.B., op. cit., p. 1064.

daños similares.⁶⁶⁸ Los nueve puntos en la escala incluyen las siguientes categorías:

1. Daño Emocional únicamente: efectos psíquicos, tales como tristeza, temor, ansiedad. Excluye cualquier efecto físico.
2. Insignificante/temporero: se refiere a daños pasajeros y leves, tales como laceraciones, contusiones, cicatrices menores o sarpullido. Se materializa si no hay retraso en la recuperación.
3. Menor temporero: se refiere a infecciones, fracturas, traumas o eventos que requieran hospitalización por un corto periodo de tiempo o cualquier retraso de corta duración en la recuperación.
4. Mayor temporero: son eventos que a pesar de ser significativos, tienen una buena prognosis y expectativa de recuperación corta. Se presenta en casos de quemaduras, material quirúrgico dejado en el cuerpo, efectos secundarios de drogas o medicamentos, daño cerebral temporero. Se manifiesta un retraso en la recuperación.
5. Menor permanente: son cambios que no afectan la funcionalidad total del individuo, pero son de carácter permanente, tales como la pérdida de dedos, pérdida o daño a órganos. Incluye lesiones no incapacitantes.

⁶⁶⁸ AVRAHAM, R., op. cit., p. 94.

6. Significativo permanente: daños irreversibles y sustanciales, tales como: sordera, pérdida de una extremidad, pérdida de ojo, pérdida de un riñón o pulmón.
7. Mayor permanente: en estos daños se afecta la funcionalidad del individuo, requiriendo asistencia para ejecutar tareas del diario vivir. Se observa en casos de paraplejia, ceguera, pérdida de ambas extremidades y daño cerebral, entre otros.
8. Grave permanente: se reserva esta clasificación para los casos donde la prognosis es reservada y las víctimas dependen totalmente de otra persona, como sería el caso de personas que tienen cuadriplejia, daño cerebral severo y requieren cuidado de por vida.
9. Muerte.

A pesar de que la categorización antes mencionada parece brindar parámetros razonables en la categorización de condiciones físicas, los mismos no han sido adoptados por los sistemas judiciales de manera que resulten vinculantes. Por otro lado, observamos cómo para las manifestaciones físicas desglosan a base de la intensidad, al menos siete niveles de severidad, mientras que para los efectos emocionales o psíquicos solo reservan una categoría. La valoración basada en aspectos físicos, incluye los efectos psicológicos que posee el impedimento temporero o permanente en la persona. No obstante, en los casos donde solo se

manifiesten efectos psicológicos, la valoración será equivalente a todos los casos irrespectivo si se trata de una angustia pasajera o de una secuela psíquica tras el acontecimiento de un evento traumático. Otra crítica previsible es el hecho de que son compañías de seguros las que han confeccionado la guía y directamente tienen intereses económicos encontrados al diseñar la misma, razón por la cual no debe ser favorecida por el sistema judicial a menos que exista algún mecanismo de validación.

5.6 Caso particular del Estado de Luisiana

Luisiana es el único Estado anexado a los EUA que posee un sistema judicial combinado, es decir, concurren el derecho civil y el derecho común norteamericano, al igual que ocurre en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico. El código civil de Luisiana del 1804, fue el primero que se aprobó en el continente americano y estuvo inspirado en el proyecto de 1800 del *Code Civil* conocido como el *Projet de l'an VIII*. Posteriormente, en el año 1825 se deroga el código existente y se reemplaza por el *Code Civil de l'État de la Lousianne*.

Aunque podríamos pensar que el Código Civil de Luisiana está totalmente desvinculado del Derecho continental europeo y el de latinoamerica, por encontrarse encapsulado dentro de los Estados Unidos de América, es todo lo contrario. El origen y fundamento para la codificación Luisiana se encuentra en la codificación francesa, que llega a América a través de la influencia política durante la época colonial

americana. Posteriormente, el Código Civil de Luisiana influyó en las diferentes codificaciones de latinoamérica y de Quebec, incluso en el proyecto del Código Civil Español de 1952.⁶⁶⁹ De los 1.992 artículos que contenía el proyecto del Código Civil Español, se hacía referencia al Código Civil de Luisiana en 1.103 de ellos. La codificación civil Luisiana provee la posibilidad de reparar daños no-económicos que surgen de incumplimientos contractuales, pero no existe un artículo donde expresamente se reconozca tal posibilidad en los casos de responsabilidad civil extracontractual.

Los tribunales han reconocido los daños morales, expresando que una vez se prueban las alegaciones de la demanda no debe existir diferencia basada en el objeto sobre el cual se generó el perjuicio, si es de naturaleza patrimonial o no-patrimonial. En Meador v. Toyota of Jefferson, Inc., 332 So.2d 433, 437 (La. 1976), el tribunal expresó que un demandante solo necesita probar los hechos que justifican el remedio. En ese caso la demandante probó que sufrió inconvenientes, angustias y molestias como consecuencia del incumplimiento del deber mostrado por

⁶⁶⁹ KNÜTEL, R., "Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America", *Tulane Law Review*, Volumen 70, New Orleans, 1996, p. 1445. FABRE-SURVEYER, E., "The Civil Law in Quebec and Louisiana", *Louisiana Law Review*, vol. 1, Baton Rouge, 1938, p. 649; RICHERT, J.P., RICHERT, E.S., "The Impact of the Civil Code of Louisiana upon the Civil Code of Quebec of 1866", *Revue Juridique Themis n.s.*, vol. 8, 1973, p. 501. GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, tomo 14, Madrid: Sociedad Tipográfico-Editorial, 1952. ROYO MARTÍNEZ, M., "Influencia del código civil de Luisiana sobre el Vigente Código civil español", *Anuario de Estudios Americanos*, vol. 5, 1948, p. 483-506. Sobre el mismo particular, también se puede ver CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., "Reciprocal Influences Between the Laws of Spain and Louisiana", *Louisiana Law Review*, vol. 42, 1982, p. 1.473; HERMAN, S. "Louisiana's Contribution to the 1852 Project of the Spanish Civil Code", *Louisiana Law Review*, vol. 42, 1982, p. 1.509.

el demandado, razón por la cual debía recobrar del demandado, la compensación por el daño causado.⁶⁷⁰ Ya para comienzos del pasado siglo se reconocía en los tribunales de Luisiana la posibilidad de compensar por daños a la reputación. En Dugue v. Levy, 114 La. 21, 37 So. 995 (1904) el demandado destruyó prácticamente un edificio del demandante, afectando su crédito, dañado su reputación comercial y causando sentimientos de humillación y sufrimiento emocional.

El tratamiento que el Estado de Luisiana le da a los daños punitivos refleja la existencia de un híbrido entre las tradiciones civilista y del *common law* en el derecho de Luisiana. A diferencia de lo que ocurre en jurisdicciones de los Estados Unidos, Luisiana no permite la adjudicación de daños punitivos excepto donde estén autorizados por ley. Sin embargo, las guías analíticas utilizadas por los tribunales de Luisiana para interpretar la concesión de daños punitivos, en aquellos casos donde estén autorizados por ley, sigue bien de cerca el modelo tradicional del *common law*.⁶⁷¹

Los tribunales de Luisiana han sostenido que aun cuando un demandante ha sido exitoso en probar todos los elementos que le hacen acreedor de la concesión de daños punitivos, y por consiguiente ha satisfecho su peso de la prueba, un jurado puede denegar cualquier

⁶⁷⁰ El texto integral es el siguiente: “*A plaintiff need only state facts, which, if true, authorize recovery... In the instant case, plaintiff has proved, to the satisfaction of the trier of fact, that she suffered inconvenience, distress and aggravation because of defendant’s breach of duty. She should recover therefore.*”

⁶⁷¹ DeGRAVELLES, J.W.; DeGRAVELLES, J.N., “Louisiana Punitive Damages – A Conflict of Traditions”, *Louisiana Law Review*, vol. 70, p. 579.

concesión de daños punitivos. Al jurado se le permite considerar una amplia gama de factores al tomar esta decisión, como por ejemplo: la cuantía necesaria para disuadir al demandante, y a otros como él, de realizar la conducta dañina, las riquezas del demandado, la severidad del perjuicio experimentado, los daños compensables concedidos, cuán reprehensible es la conducta del demandado, la cuantía de cualesquiera otros daños punitivos que el demandado pudiera pagar, cualquier castigo criminal a que el demandado pudiera ser expuesto como resultado de la conducta que dio inicio al caso de daños.⁶⁷²

El Tribunal Supremo de Luisiana estableció que la determinación de la cuantía en daños es una basada en los hechos y pertenece al juzgador de los hechos. Como parte del análisis, el juzgador no sólo ha de considerar el hecho, sino que también ha de tomar en consideración las circunstancias alrededor del hecho, incluyendo la extensión del daño o del potencial daño causado por la conducta del demandado, si el demandado actuó de buena fe, si la conducta fue un caso aislado o si formaba parte de un patrón, si el demandado actuó maliciosa y temerariamente, y en algunas circunstancias, la riqueza del demandado.⁶⁷³

Los factores que los tribunales apelativos de Luisiana utilizan para determinar si la cuantía en daños punitivos es apropiada son: la naturaleza y la extensión del daño causado al demandante, las riquezas o situación

⁶⁷² DeGRAVELLES, J.W.; DeGRAVELLES, J.N., op. cit., p. 596-600.

⁶⁷³ Ibid.

financiera del demandado, el carácter de la conducta envuelta, la extensión en la que tal conducta ofende el sentido de justicia y propiedad.⁶⁷⁴

La dificultad en la valoración de los daños no económicos no ha impedido a los jueces de hacer presunciones sobre el proceso de cuantificación. Un vistazo de la jurisprudencia del Estado revela que existe una posición común de que, en general, las compensaciones por daños no económicos serán mayores si los daños por concepto de dolor y sufrimiento, por un lado, y por concepto de pérdida del disfrute de la vida, por el otro, son tratados por el jurado como elementos distintos que conllevan otorgaciones de daños separadas.⁶⁷⁵

Existe una división en los tribunales en cuanto a si el jurado debe ser instruido a considerar estos daños como categorías de compensaciones monetarias separadas y distintas, o, si por el contrario, el jurado debe globalizar las dos categorías de daños emocionales para propósitos de la concesión de daños. La tendencia reciente ha sido el considerar los daños por concepto de dolor y sufrimiento y por concepto de pérdida del disfrute de la vida por separado.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Ibid.

⁶⁷⁵ POSER, S., BORNSTEIN, B.H., McGorthy, E.K., op. cit., p. 54-57.

⁶⁷⁶ Ibid.

El efecto del daño en el estilo de vida de una persona está fuertemente relacionado con las percepciones de la gente sobre la severidad del daño y la compensación por daños no económicos.⁶⁷⁷

5.7 Legislación federal

La Constitución de los EUA establece el sistema de gobierno compuesto de tres ramas, legislativa, ejecutiva y judicial. Cada rama abarca una esfera de competencia propia y distinta de las otras, con poderes que le permiten limitar la acción de las otras ramas de gobierno mediante un mecanismo de pesos y contrapesos. El propósito es garantizar un gobierno balanceado y evitar que una rama de gobierno tenga poder excesivo. El gobierno federal tiene jurisdicción sobre todos los Estados que componen la nación norteamericana y los territorios, incluyendo al Estado Libre Asociado de Puerto Rico. La legislación aprobada por el gobierno federal aplicará a todos sus territorios y Estados a menos que lo excluyan de manera expresa.

A pesar del poder que tiene el gobierno federal sobre los Estados y territorios, se reconoce la soberanía que tienen los últimos para legislar y establecer los controles jurisprudenciales y sistemas de gobierno en tanto y en cuanto no resulten incompatibles con los principios constitucionales y federales.

⁶⁷⁷ Ibid.

El sistema judicial federal es de jurisdicción limitada y solo tienen acceso al foro ante violaciones de leyes federales o actuaciones que atentan contra los derechos reconocidos en la CEUA. Está compuesto por tres niveles, el TSEUA, el Tribunal de Apelaciones y los Tribunales de Distrito. Cada Estado y/o Territorio puede establecer su sistema judicial, los cuales están por lo general organizados de igual manera, Tribunal Supremo del Estado, Tribunales Apelativos y Tribunales de Primera Instancia.

Con relación al tema de los daños y perjuicios el gobierno federal adoptó una legislación para establecer cómo se manejarán siempre que esté involucrado el gobierno federal. El alcance de la ley no afecta de ninguna manera la legislación que aprueben los Estados y territorios, dentro de sus respectivas jurisdicciones.

5.7.1 Federal Tort Claims Act de 1982, 28 USC 1988 1346:

El propósito general del Federal Tort Claims Act (en adelante FTCA) es proveer un remedio en daños a las personas que han sufrido un daño como consecuencia de los actos y omisiones del gobierno de los Estados Unidos. A grandes rasgos, la ley provee compensación a las personas que han sufrido daño por la negligencia de empleados federales, sin embargo, no provee remedios para acciones que envuelvan la comisión de daños

intencionales, que estén basados en teorías de responsabilidad estricta, o que surjan de un conjunto de otras circunstancias.⁶⁷⁸

La doctrina de inmunidad soberana, una de las bases fundamentales del FTCA, dispone que un Estado soberano no puede ser demandado en tanto y en cuanto éste, a través de legislación adoptada por el Congreso, no haya consentido ser demandado.⁶⁷⁹ Esta legislación, mediante la cual el Gobierno federal consiente a ser demandado por concepto de daños, dispone que:

*“Subject to the provisions of chapter 171 of this title, the district courts, together with the United States District Court for the District of the Canal Zone and the District Court of the Virgin Islands, shall have exclusive jurisdiction of **civil actions on claims against the United States, for money damages, accruing on and after January 1, 1945, for injury or loss of property, or personal injury or death caused by the negligent or wrongful act or omission of any employee of the Government while acting within the scope of his office or employment, under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred.**”* (Enfasis nuestro.) 28 USC 1988 § 1346(b)(1)

De una simple lectura de la disposición legal podemos establecer que para que el tribunal federal acoja una causa de acción basada en el FTCA, la causa de acción tiene que ser: contra agencias y empleados federales de los EUA. Se contempla como único remedio la compensación monetaria por daños o pérdida de la propiedad, por daños a la persona o por muerte, mediante un acto u omisión negligente e injusto, por parte de un empleado del gobierno federal, actuando dentro de sus funciones, en circunstancias

⁶⁷⁸ FIGLEY, P.F., “Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor”, *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, vol. 44, p. 1105.

⁶⁷⁹ FIGLEY, P.F., *op. cit.*, p. 1107.

en las que si el Gobierno federal fuera una persona privada estuviera sujeto a responsabilidad de acuerdo a las leyes del lugar donde ocurrió el acto u omisión.

En términos generales, la ley del Estado donde ocurran los hechos determina los daños que pueden ser alegados y que son permitidos al amparo del FTCA. No obstante, aun cuando la ley estatal generalmente determine la clase de daños permitidos en casos bajo el FTCA, se imponen ciertas limitaciones jurisdiccionales a los daños.⁶⁸⁰

Una limitación significativa del FTCA es que solamente está permitida la compensación monetaria; los tribunales federales de distrito carecen de jurisdicción para otorgar remedios en equidad o sentencias declaratorias en un caso bajo la FTCA. Asimismo, los tribunales han interpretado que la compensación monetaria ha de hacerse únicamente en un pago global. Nuevamente, los tribunales federales de distrito no tienen jurisdicción para ordenar a los Estados a realizar pagos periódicos futuros, para comprar un contrato de renta vitalicia, para realizar pagos periódicos futuros o para establecer un fideicomiso para el beneficio del demandante.⁶⁸¹

Por otro lado, la sección 2674 del título 28 del United States Code (USC) dispone que los Estados Unidos no serán responsables por daños punitivos. En el año 1992, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en

⁶⁸⁰ *Jurisdictional Limits on Damages in FTCA Cases*, US Department of Justice, United States Attorney's Bulletin, vol. 59, n° 1, January 2011, p. 31.

⁶⁸¹ Ibid.

el caso *Molzof v. United States*, 502 U.S. 301 (1992), tuvo la oportunidad de aclarar el alcance de la prohibición de los daños punitivos bajo la FTCA. En este caso, el Tribunal expresó que los daños punitivos en casos radicados al amparo de la FTCA deberán ser interpretados de acuerdo con el derecho común federal, bajo el cual, la compensación en daños que excede la cantidad de daños o pérdidas actuales no son considerados daños punitivos *per se* y pueden ser recobrados cuando la ley estatal considera estos daños como compensables. Sin embargo, en aquellas situaciones en las que la concesión de daños está supeditada a que el demandante pruebe que el demandado incurrió en mala conducta de forma intencional y atroz, la intención de la concesión de daños está enfocada en castigar al causante del daño, haciendo los daños irrecobrables bajo la FTCA. En suma, los tribunales federales no pueden conceder daños en contra de los Estados Unidos basados en el grado de culpabilidad del demandado.⁶⁸²

5.8 Sendero doctrinal

La visión tradicional en los Estados Unidos es que el sistema de daños debe compensar a las víctimas de comportamientos o actos injustos o disuadir tal comportamiento. Una ola de críticas sostiene que el sistema de daños (1) no compensa adecuadamente porque muchos daños son subcompensados o no son compensados, (2) no disuade adecuada y efectivamente, ya sea porque la disuasión no se logra simplemente con

⁶⁸² *Jurisdictional Limits on Damages in FTCA Cases*, op. cit., p. 33.

reglas legales y adjudicando responsabilidades, o porque la responsabilidad actual, sistemáticamente, tiende a ser menos requerida, (3) es ineficiente en el uso de recursos y en el uso de seguros de responsabilidad costosos.⁶⁸³

Los doctrinistas norteamericanos están divididos en cuanto a la naturaleza de la pena impuesta. Como todo, la moneda tiene dos caras, por tanto, la pena impuesta es considerada como resarcitoria por unos y como punitiva por otros.

La razón principal para las críticas concernientes a las compensaciones por concepto de dolor y sufrimiento, es el hecho de que no hay una medida objetiva en dólares para estos daños.⁶⁸⁴ Algunos comentaristas legales ven la carencia de especificidad en las guías para la concesión de daños, o la carencia de guías, como un atributo positivo que permite a los jurados ajustar sus sentencias a sus respuestas subjetivas del caso. Por otro lado, una de las mayores críticas en cuanto a la concesión de daños por concepto de dolor y angustias mentales es que estas compensaciones son excesivas, caprichosas y un tanto desvinculadas del dolor y las angustias mentales realmente sufridas por el demandante.⁶⁸⁵

Por las grandes compensaciones por dolor y sufrimiento que en ocasiones son otorgadas, el asunto de los daños intangibles o no económicos es uno controversial tanto en la teoría como en la práctica. En

⁶⁸³ DOBBS, D.B., op. cit., p. 1093.

⁶⁸⁴ SHAPO, M.S., op. cit., p. 419.

⁶⁸⁵ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., "Determining Damages...", op. cit., p. 108-109.

el lado de la práctica, algunas legislaturas han expresado un juicio político en contra de grandes compensaciones por dolor y sufrimiento, mediante el establecimiento de “caps” o límites a tales compensaciones. Por el lado teórico, aquellos que argumentan en contra de las compensaciones por dolor y sufrimiento arguyen que la cantidad otorgada por el jurado es virtualmente arbitraria, ya que el dolor no puede ser fácilmente cuantificado.⁶⁸⁶

Un problema al que se enfrentan los jueces, abogados, jurados y legisladores con gran frecuencia es el de determinar cuál es la mejor manera de compensar a las víctimas de daños en una forma adecuada por los daños no económicos que han sufrido. Un número de tratadistas que apoyan las compensaciones por concepto de daños por dolor y sufrimiento entienden que para que haya una perspectiva disuasiva más fuerte los demandados deben cargar con todo el costo social de su conducta, incluyendo dolor y sufrimiento. De acuerdo con esta visión, los daños por dolor y sufrimiento realmente compensan por una pérdida: desfiguramiento, trauma emocional, incomodidad o malestar físico extendido e incapacitación. Esta visión rechaza la idea de que el dolor y sufrimiento no es un componente serio de la pérdida del demandante.⁶⁸⁷

Por el contrario, otro número de tratadistas objeta por completo la compensación por concepto de dolor y sufrimiento. Ello es así porque o

⁶⁸⁶ SHAPO, M.S., op. cit., p. 424-425.

⁶⁸⁷ AVRAHAM, R., op. cit., p. 87-88.

piensan que la compensación por dolor y sufrimiento no es necesaria para una disuasión óptima o porque no hay espacio para valuaciones subjetivas en el derecho de daños o ambas.⁶⁸⁸

Las fuentes principales de incomodidad con respecto a los daños por dolor y sufrimiento son impredecibles y resultan en un gran costo para el sistema judicial ya que una parte significativa del tiempo del tribunal es dedicado a probar las pérdidas por concepto de dolor y sufrimiento.⁶⁸⁹ Por otro lado, muchas personas sienten que un juicio por jurado es una lotería en la que el desenlace no puede ser previsto. De hecho, algunos han sostenido que la práctica de proveer daños por dolor y sufrimiento a través del uso del jurado es lo que causó la crisis en la industria de seguros a finales de los 1970s y a principios de los 2000s. Interesantemente, en Inglaterra, el jurado ya no determina la compensación en daños. Por su parte, en los Estados Unidos, por lo menos cuatro Estados han debatido el instituir tribunales profesionales, compuestas de doctores y abogados, con el propósito de reducir la aparente discrepancia injusta en la concesión de daños por dolor y sufrimiento, pero aún no se ha constituido ninguno.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Ibid.

⁶⁸⁹ AVRAHAM, R., op. cit., p. 93.

⁶⁹⁰ Ibid.

PARTE IV

COMENTARIOS FINALES

*La perfección del universo exige que haya desigualdad entre los seres,
a fin de que tengan realidad todos los grados de bondad.*
Santo Tomás de Aquino

CAPÍTULO VI

HALLAZGOS Y CONCLUSIONES

6.1 Descripción de hallazgos

En este Capítulo final, presentamos los hallazgos más relevantes en el estudio de la figura del daño moral. El tema es tan amplio y rico de información que podría dedicarse una tesis completa al análisis de datos en cada una de las jurisdicciones estudiadas, no obstante, se enumeran los aspectos más relevantes al tema de estudio y de mayor pertinencia profesional.

Partimos del punto donde se reconoce que en este mundo hay desigualdades que cuando son causadas por los seres humanos mediando actuaciones ilícitas generan una obligación de reparar la lesión causada a

los demás. Los tres principios legales del Derecho romano, «*Honeste vivere*», «*Alterum non laedere*» y «*Suum quique tribuere*» son la base de una sana convivencia social y el óbice para mantener un balance natural. Hemos acogido las palabras de Santo Tomás de Aquino para describir el comportamiento del ser humano y su despliegue de bondad o mendacidad. La conducta de los seres humanos genera reclamos y desigualdades que requieren de un ente neutral que trate de restablecer el balance entre las partes involucradas. Con la evolución del daño moral en el sistema de responsabilidad civil extracontractual se abren las puertas para ofrecer vindicación de los daños causados en la dimensión extrapatrimonial. Cuando la lesión a los derechos del semejante recae sobre los intereses que están fuera del mercado de valores de los hombres, no hay forma de repararlo que no sea mediante la aproximación.

Los intereses que son protegidos con mayor celo por los diferentes países, la integridad física y emocional del ser humano y los valores fundamentales del ser humano son reparados, mediante un mecanismo imperfecto, pero adaptado a la realidad social y cultural de cada país. La equiparación resarcitoria de los daños morales con los patrimoniales, constituye un gran avance y una herramienta indispensable en la administración de la justicia.

A continuación enumeramos nuestras conclusiones, producto de la exposición a información relacionada sobre el tema del daño moral desde la perspectiva de múltiples fuentes legales.

6.2 Conclusiones

1. El origen de la responsabilidad civil extracontractual está indiscutiblemente asociado al Derecho romano. Los contornos socioculturales de la época influyeron en la denominación de las figuras jurídicas que más tarde sirvieron de base para el desarrollo de la teoría. La Ley Aquilia, cuya naturaleza bipartita ha causado diversidad de opinión hasta nuestros días, era sustancialmente penal, con contornos reipersecutorios a los que se le atribuye un matiz reparador. Un elemento que resulta sustancial para nuestro estudio, es que al estudiar la naturaleza de las acciones de Derecho romano relacionadas con la responsabilidad civil extracontractual, resulta claro que no existía en la época un paralelo con lo que hoy conocemos como el daño moral.

2. En el Derecho romano, los atentados a los bienes e intereses extrapatrimoniales no eran objeto de reparación a menos que fuese experimentado sobre la propiedad, como podían ser los esclavos o los animales. La figura más cercana a lo que conocemos hoy como daño moral en la época romana era la *iniuria*. No obstante, la naturaleza de la acción y

el manejo de la pena, dictada por la conceptualización de la figura en el derecho de esa época la distancian del concepto moderno de daño moral.

3. La influencia de los principios sociales, morales y religiosos han afectado directamente la conceptualización del daño moral a través de la historia. En el Derecho romano, permeaba la reparación de ofensas morales cuando eran inferidas a la propiedad ajena. Se reafirmaba la visión de que el hombre libre no tiene precio y por consiguiente no era posible cuantificar económicamente el daño material o inmaterial inferido contra una persona libre. Con la influencia del Derecho canónico y las posturas socio-culturales de los diferentes países europeos, se formularon las bases de la responsabilidad civil, como consecuencia de una mentalidad moralista del daño y la necesidad de reparar la ofensa ante los ojos de Dios. Esa misma mentalidad, junto a tradiciones y filosofías antiguas, que sostenían la imposibilidad de adjudicar valor monetario al ser humano, son las que impiden el reconocimiento de la posibilidad de resarcir el daño moral causado. En época moderna, la conciencia social globalizada, la protección de la igualdad y los derechos humanos ha influenciado en la ponderación del resarcimiento del daño moral y han ampliado la perspectiva en los diferentes foros judiciales y cuasi judiciales. No es extraño ver cómo se citan determinaciones de tribunales internacionales para fortalecer posturas jurisprudenciales, como resulta en el caso de la contaminación acústica y el derecho a la igualdad del hombre.

4. El impacto sobre la esfera inmaterial del ser humano dificulta la concreción del término y por consiguiente la incapacidad de algunos individuos de abstraer y aplicar el concepto de daño moral. Incluso, hemos visto como juzgados conceden indemnización por daños morales y daños patrimoniales y no son capaces de desglosar las partidas concedidas como parte de la sentencia.

5. Existe una raíz común en la conceptualización del daño moral en España, Francia y Puerto Rico, toda vez que la tradición jurídica de estos países es civil y el origen de sus codificaciones es la misma. A pesar de que en Puerto Rico, el primer caso adjudicado de daño moral, en el año 1909 estuvo basado en una determinación del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el hecho se debe a un incidente aislado de naturaleza socio-política y no a un abandono de la raíz civil en materia de la responsabilidad extracontractual. Los casos posteriores basan sus determinaciones en la jurisprudencia y doctrina españolas, creando eventualmente su propia interpretación de los preceptos generales de responsabilidad que surgen del Código Civil.

6. Los artículos del Código Civil en España, Francia y Puerto Rico que se relacionan con la responsabilidad civil extracontractual son tan generales que permiten la inclusión de los daños morales como una nueva categoría del daño. La jurisprudencia de los países estudiados ha sido

fundamental en el desarrollo de la figura del daño moral y la interpretación de la norma legal general que sustenta su reparación.

7. La apertura que manifiestan España, Francia y Puerto Rico ante el desarrollo del daño moral están predicados en principios de equidad y a la filosofía resarcitoria que se encuentra detrás del ejercicio jurisprudencial. Su posición pragmática no ha sido emulada por otros países europeos que comparten la misma raíz civil, como Italia, Alemania, Bélgica y Portugal, que se muestran más arraigados a la noción de incapacidad de cuantificar el daño a la persona.

8. Un denominador común que encontramos en todos los países estudiados es que dentro de la evolución del daño moral, hay tres etapas diferenciables entre sí. La primera, destacada por una negativa total a reparar el daño basándose en el principio filosófico que sostiene que el ser humano no es susceptible de valoración económica por ser fundamentales y de primer rango los derechos que le protegen. La segunda etapa, aún presente en algunos países y Estados de la nación norteamericana, es que se reconoce la existencia de los daños morales, pero sólo se compensan cuando tienen un impacto en el patrimonio del agraviado o el cuerpo humano y se puede hacer una clara distinción de las categorías de daños morales resarcibles. La tercera etapa de evolución es en la que se encuentran España, Francia y Puerto Rico donde no solo se reconocen los daños morales, sino que se establecen mecanismos resarcitorios para

indemnizar las víctimas del daño moral y se buscar aliviar las consecuencias de los perjuicios directamente relacionados al evento dañoso.

9. El La visión pragmática que han asumido España, Francia y Puerto Rico para proteger las víctimas que sufren daños morales va dirigida a otorgar un remedio al atentado experimentado. Se utiliza el pago en dinero como mecanismo de resarcimiento del daño moral, aún cuando se conoce que los bienes lesionados están fuera del comercio del hombre y no existe proporción entre los daños morales y la reparación económica de los mismos. Mediante la compensación económica, los tribunales pueden poner la víctima en posición de procurarse satisfacciones que compensen el agravio sufrido. En algunos casos, será irónico e incluso imposible alcanzar una reparación satisfactoria adecuada, ya que el perjuicio puede ser de tal magnitud que lo impida, pero al menos se podrían procurar cuidados y remedios paliativos que aumenten la calidad y expectativa de vida de los afectados.

10. La posición de los países más liberales en cuanto a la admisión del daño moral con relación a los casos donde las víctimas quedan en estado vegetativo son antagónicas. Unas descartan la posibilidad de resarcimiento bajo el supuesto de la incapacidad de la víctima para sentir o conocer que pasa a su alrededor, sumado a una posición legalista de la legitimación para reclamar. El otro grupo, donde se encuentran España,

Francia y Puerto Rico, asume una posición más protectora y liberal donde se defiende la posibilidad de resarcir y compensar la víctima en estado vegetativo, basándose en la inviolabilidad del ser humano y sus derechos fundamentales. También se debate si la ciencia ha podido o no confirmar que en efecto la persona que está en estado vegetativo no puede sentir, oír o experimentar otras sensaciones físicas y la pertinencia que ello tendría en las determinaciones judiciales. Lo concreto es que la defensa de la compensación a las víctimas en estado vegetativo no va dirigido a la culpa del actor, sino a la integridad y bienestar del agraviado.

11. En el Derecho común norteamericano no se le reconoce derecho a compensación por concepto de daños morales a los individuos que están en estado comatoso o vegetativo a pesar de que sí reconocen la existencia de un agravio objetivo contra ese individuo. La racional para no conceder daños es que la persona no experimenta perjuicio alguno en la medida que no esta consciente de lo que pasa a su alrededor. Paradójicamente, hay jurisdicciones que sí han reconocido daños a incapaces, e incluso, a un feto antes del nacimiento, a pesar de que se podría aducir que está en un estado similar de conciencia al paciente en estado comatoso y bajo los principios del Derecho civil, el individuo no se considera persona hasta que se desprende del seno materno.

12. El análisis jurisprudencial de la figura del daño moral refleja que no existe uniformidad en el alcance, finalidad de la figura y la aplicación

subjetiva del derecho. Esta situación recibió fuertes críticas por los estudiosos del tema. DÍEZ-PICAZO lo catalogó de comodín, “*que sirve lo mismo para un roto que para un descosido*”, mientras que en la doctrina francesa, MAZEAUD calificó a los jueces como “*Ministros de equidad*”, lanzando una fuerte crítica a los criterios que se utilizan para la adjudicación de controversias relacionadas con el daño moral e implicando que los jueces usurpan la función legislativa al adoptar y definir la figura y su alcance jurídico en ausencia de legislación.⁶⁹¹ En algunas instancias, las decisiones judiciales parecen reforzar la naturaleza resarcitoria del daño moral, mientras que en otras parecen imponer castigos a los autores del daño, como ocurre comúnmente en los casos de intromisiones al honor y a la intimidad. También reseñamos en este trabajo, cómo en España se dio un matiz punitivo a la reparación de daños morales por perjuicio sexual.⁶⁹² La ausencia de objetivación del daño moral promueve la aplicación de manera no equitativa, afectando el balance natural de las cosas.

13. La evolución cultural y la globalización tienen un impacto sobre la definición y alcance del término daño moral. Observamos como a nivel internacional se formulan principios legales aplicables a la humanidad que en ocasiones son incorporados a las leyes nacionales y promulgados a través de los tribunales. Este es el caso, de la Declaración de los Derechos

⁶⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, op.cit, p. 14; MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civile*, op. cit., p. 73.

⁶⁹² Esta posición es apoyada por DIEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral*, op. cit., p. 101.

Humanos, adoptados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y antes de ello, la Declaración de los Derechos del Hombre que fue promulgada originalmente en el año 1789, mediante asamblea constituyente en Francia y posteriormente se hizo parte de la Constitución Francesa en el año 1973. Francia, también consideró las determinaciones del Tribunal Europeo de Derechos Civiles para adoptar una posición con relación a los derechos de personas con discapacidades y el alcance del daño moral en protección de estos individuos. Los foros internacionales también han influido en la perspectiva jurídica de los países europeos y así por ejemplo, vemos las determinaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con relación a la contaminación acústica y el derecho vejado a las víctimas que sufren del mismo, reconociendo un daño moral en casos específicos.

14. Existe paralelismo entre la figura del daño moral en el Derecho continental europeo y el derecho puertorriqueño. En términos de evolución, Puerto Rico se muestra rezagado en la clasificación y ponderación de las categorías de daño moral y parece funcionar con pocas modalidades, aunque su conceptualización es la correcta.

15. La participación de los profesionales del Derecho civil en el nacimiento de la figura del daño moral es trascendental, pues son los abogados litigantes los que presentan las reclamaciones ante los foros judiciales y su capacidad para esbozar correctamente y sustentar las

reclamaciones de daños morales tienen un impacto directo en el resultado judicial.

16. Otro denominador común en España, Francia y Puerto Rico, es que las decisiones judiciales concediendo daños morales son presentadas con términos generales y no surge de las Sentencias un desglose de las adjudicaciones concedidas. Esta práctica causa grandes inconvenientes en la medida que dificulta el proceso de revisión, no se pueden establecer patrones de resarcimiento que sirvan de referencia en casos futuros. La razón para incurrir en esta práctica, es la dificultad de realizar determinaciones de hechos claras concretas sobre los perjuicios experimentados por las víctimas, poder adjudicar a qué daño moral se relacionan y adjudicar un valor económico.

17. A pesar de que los franceses han diseñado un catálogo de daños morales en búsqueda de uniformar la aplicación del concepto, el mismo no resulta infalible y no ha podido atender la problemática de la doble indemnización. Tan reciente como en el año 2012, vemos que el TCF entra a realizar ajustes en partidas de daños morales concedidas para evitar inequidad en la administración de la justicia.⁶⁹³

⁶⁹³ Crim. 23 octubre 2012, nº 11-83.770. Para ilustrar la situación legal, presentamos el lenguaje utilizado por el tribunal: "*Ne procède pas à une double indemnisation la cour d'appel qui a évalué séparément les préjudices distincts constitués par les souffrances endurées du fait des blessures et l'angoisse d'une mort imminente.*"

18. El rol de los foros judiciales en la ponderación, adjudicación y valoración de los daños morales es de suma importancia, en ausencia de parámetros legales. Se reconoce en ambos sistemas que la discreción del juzgador es determinante y por consiguiente los foros de mayor jerarquía muestran gran deferencia a las decisiones de los foros de instancia.

19. La compensación económica de un daño no económico tiene el efecto de crear una desarmonía interna en el sistema de ideas, creencias y emociones, en tanto y en cuanto se pretende reparar un perjuicio con un remedio de naturaleza opuesta. Es decir, por definición se pretende explicar el daño moral como aquel que no es patrimonial, no obstante, la búsqueda de su reparación es pecuniaria.

20. Teniendo como hecho incontrovertible la imposibilidad de establecer una perfecta equivalencia monetaria a los daños extrapatrimoniales, las jurisdicciones han adoptado baremos en busca de uniformidad en la valoración. En estricto derecho, la valoración y resarcimiento no resulta posible y perfecto en los daños morales permanentes y puros, toda vez que no habrá forma de volver al estado original y solo se podrán hacer aproximaciones para que la víctima se encuentre en un estado similar al que se encontraba antes del agravio.

21. Aun existiendo baremos que brindan parámetros a los juzgadores, los mismos no son vinculantes y la subjetividad en la

valoración de la prueba puede llevar a resultados diferentes en cada caso, dependiendo de la habilidad del juzgador para percibir los detalles del caso y en la habilidad de la víctima para describir de manera concreta los perjuicios experimentados. Peor aún, la adopción de baremos, sin instrucciones dirigidas a lograr determinaciones de hechos específicas, representan un riesgo para aquellos juzgadores que buscando facilitar el proceso, administren los baremos como libros de cocina, adjudicando de manera automática y mecánica las guías ofrecidas como referencia.

22. En el Derecho civil se define el daño moral en términos negativos, como lo que no es patrimonial. En el Derecho común norteamericano se definen los *torts* por contraposición, como los daños no criminales o que surgen como incumplimiento contractual. El adoptar una definición de los daños morales y los *torts*, respectivamente, conllevan un riesgo de que las nuevas modalidades de daño moral desplacen o hagan obsoleta la definición, en la medida que se trata de intereses abstractos y cada vez se observa como se amplía la protección de intereses y derechos del hombre que no habían sido previstas en el paso.

23. En el sistema de Derecho común norteamericano no existe la conceptualización de daño moral en el mismo grado y extensión que los países de tradición civil estudiados. Para atender las controversias que constituyen daños morales bajo el sistema civil, los norteamericanos poseen un sistema uniforme a través de la nación solo en los casos donde

se demanda al gobierno federal por actuaciones de sus empleados. A nivel estatal, no existe uniformidad en el manejo de los casos de daños morales.

24. A pesar de que el sistema de Derecho común no posee la figura del daño moral, existen denominadores comunes en el sistema de clasificación de daños. Ambos sistemas separan los daños a base del impacto que posee sobre los bienes de la víctima y los denomina como daños patrimoniales o económicos y daños no patrimoniales o no económicos. En ambos sistemas se distinguen dentro del daño no patrimonial, los agravios físicos de los emocionales. En ambos sistemas de Derecho confrontan la problemática de Sentencias y dictámenes judiciales que adjudican una cuantía general por concepto de daños no económicos, sin un desglose adecuado por conceptos o partidas.

25. Tanto el Derecho civil como el común norteamericano confrontan la problemática de la abstracción y la subjetividad en el manejo de los daños morales. Es decir, la abstracción de los conceptos en los que se configuran los daños morales resulta difícil de asimilar para algunos profesionales y por otro lado, la valoración de los testimonios de las víctimas, llenos de subjetividad, hacen la labor más difícil. Si tomamos como ejemplo que cada ser humano asimila las experiencias y los factores exógenos de manera diferente, algunos mostrando mayor ecuanimidad y tolerancia al dolor, físico y mental, se puede comprender la dificultad de uniformar o establecer una fórmula matemática para compensar el daño

moral. Si extrapolamos el ejercicio al campo de la medicina, vemos como se manejan los pacientes utilizando como guía inicial la queja del paciente y reconociendo que se trata de una queja subjetiva. Se utiliza información objetiva, a través de laboratorios y de síntomas para concluir el diagnóstico y el curso de acción a seguir en el manejo de la condición. En los daños morales, la queja del demandante será bastante subjetiva, en la medida que todos experimentamos los daños de manera diferente, pero se tienen que desarrollar parámetros objetivos para que sirvan de referentes en la valoración de la intensidad del daño y la frecuencia, variables que tendrán a su vez, un impacto directo en la valoración monetaria del perjuicio.

26. El desarrollo de algunas modalidades de daño moral en el Derecho común norteamericano ha sido más lento que en Europa continental. Ejemplo de lo anterior se refleja en la falta de reconocimiento del derecho a la compañía y el afecto por la pérdida de personas con lazos afectivos, que no son parte del núcleo familiar inmediato, al igual que la pérdida de compañía de mascotas.

27. El uso de mecanismos punitivos en sustitución del resarcimiento moral no es compatible con el concepto y la figura del daño moral en el Derecho civil. La visión punitiva se centra en el causante del daño, imponiendo un castigo como disuasivo para que no incurra nuevamente en la conducta. El mecanismo está en oposición a la visión reparadora que observa la parte agraviada, la magnitud del daño y el paliativo monetario

que ofrecerá para neutralizar el perjuicio moral causado. Por otro lado, la cuantificación del daño moral en el supuesto penal, no requeriría prueba pericial dirigida a evaluar el impacto de la acción en el agraviado, sino que al determinarse los elementos del nexo causal y la actuación del demandado, se podría imponer una pena predeterminada, resultando irrelevante la magnitud del evento para el demandante. Esta cantidad resultaría, en la mayor parte de los casos, una suma arbitraria no relacionada con el daño inferido.

28. El sesgo punitivo descrito por BARRIENTOS ZAMORANO en su obra se ha visto manifestado en las sentencias del TSE en los casos de daños sexuales. En particular la STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275) justifica la compensación diciendo: *“El daño moral solo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, atendiendo a la naturaleza de la misma y a su gravedad atemperando la demanda de las víctimas a la realidad social y económica de cada momento histórico.”* Ciertamente, estas expresiones reflejan la intención de castigar la conducta de los actores del daño y no buscar un remedio o reparo al perjuicio sufrido por la víctima, lo que representa una dicotomía en la aplicación del concepto del daño moral.

29. El daño moral es una de las áreas del derecho que más áreas grises presenta y donde mayor creatividad han utilizado los tribunales para

la solución de las controversias relacionadas al tema. Lo que podemos anticipar es el desarrollo de una tendencia a un mayor grado de rigurosidad en el análisis de los perjuicios morales y una visión más inclusiva y protectora en las determinaciones judiciales.

30. La concepción del daño moral moderno ha superado la definición del *pretium doloris* y la doctrina coincide en que el *pretium doloris* es daño moral, pero no se puede establecer que haya equivalencia perfecta entre ambos términos. El daño moral es más amplio que el *pretium doloris* en la medida que protege intereses inmateriales abstractos, tales como el derecho al honor, la intimidad y la identidad.

31. No se pueden confundir los síntomas con la enfermedad, lo que pretende ilustrar con esta expresión es que en muchas ocasiones se denomina como daño moral los sufrimientos experimentados por la víctima cuando en realidad son manifestaciones de los perjuicios sufridos no el daño moral per se. Ante dicha situación hay que preguntarse en qué consistió el acto u omisión ilícito que generó el daño. Por ejemplo, en un caso donde se cause una herida mortal a un hijo, padre o miembro del núcleo familiar y como consecuencia, la víctima manifieste depresión con episodios de insomnio, llanto, zozobra, sentimientos de minusvalía, etc. podría confundirse el efecto con la causa. Es decir, el daño moral consiste en la privación de compañía y afecto y no la forma en que se siente la víctima. Las manifestaciones irán variando en composición e intensidad,

dependiendo las circunstancias particulares de quien las experimenta. Que tal cuando nos encontramos ante una enfermedad crónica que puede conducir a la muerte, como lo sería el caso de los daños morales por contaminación o por exposición a asbestos y otros componentes químicos nocivos a la salud que no necesariamente se manifestarán de inmediato en el cuerpo humano. La ausencia de manifestaciones psicofísicas no implica ausencia de daño. Las tendencias jurisprudenciales en España, Francia y Puerto Rico, apuntan a la compensación de víctimas desde un punto de vista inclusivo y amplio, como se ha evidenciado en los casos de personas en estado vegetativo y los que han resultado contaminados.

32. El daño moral surge como una figura independiente y autónoma de todas las referencias históricas que conocemos. Aunque mucho se ha avanzado para definir y entender el daño moral, todavía se encuentra en etapa de desarrollo y ante la amplia posibilidad de acciones que puedan afectar la esfera extrapatrimonial que no son previsibles, se debe adoptar una definición lo suficientemente elástica y general que permita su aplicación sin necesidad de cambios constantes. De lo contrario, la definición y alcance de la figura quedaría superada rápidamente y ante su obsolescencia podría quedar en desuso o causar mayores complicaciones.

33. En esta propuesta de definir de manera general los daños morales, comenzaríamos con modificar su identidad, es decir, comenzar con un cambio de denominación y comenzar a llamarlos daños

extrapatrimoniales. El uso del término daño moral, va dirigido a la definición lata del término, es decir a su inmaterialidad. No obstante, la figura supera su definición al poderse manifestar físicamente, como sería la pérdida de un miembro del cuerpo o la desfiguración y sus efectos psicofísicos. Al igual que daño moral no tiene perfecta equivalencia con el *pretium doloris*, de igual manera, el término daño moral resulta más limitado que el término daño extrapatrimonial.

34. La clasificación del daño excepcional permanente adoptado por los franceses a través del sistema Dintilhac fue concebido como una categoría general para los casos donde no estaban previstos los daños, pero la tendencia es a utilizarlo cada vez menos y adoptar nuevas categorías, por lo que se proyecta que desaparecerá por falta de uso práctico.

35. Según apuntamos en las reflexiones preliminares del Capítulo IV, los sistemas jurídicos de España, Francia, Puerto Rico, y nos permitimos añadir Italia, no son infalibles y muestran en ciertas instancias sus debilidades. Sin ánimo de ser exhaustivos, presentamos un ejemplo de cada jurisdicción para sustentar nuestra conclusión. En España, vemos como los tribunales han mostrado visos punitivos en algunas determinaciones judiciales relacionada con los daños morales por ataques sexuales, enfocándose en el castigo o disuasivo al autor de los hechos y no en el resarcimiento a la víctima. En Francia, se han creado tantas categorías de perjuicios morales, incluyendo algunas de carácter general, como la del

perjuicio excepcional permanente que han confrontado problemas con la duplicidad de indemnizaciones requiriendo la intervención de los foros apelativos para realizar ajustes a las compensaciones. Puerto Rico, ha mezclado los principios jurídicos del Derecho civil y el *common law* en algunas interpretaciones del daño moral, lo que ha llevado a conclusiones erróneas en estricto derecho al basarse en un *ratio decidendi* inapropiado. Por último, en Italia la rigidez con la que han definido el manejo de la reparación del daño moral les causó un conflicto entre las legislaciones vigentes. La posición general es que no se compensan daños morales a menos que esté previsto en una ley y armonizaron los principios Constitucionales de protección del cuerpo y la integridad física haciendo uso de una disposición penal, lo que generó fuertes críticas. El Tribunal Constitucional del país hizo malabares para armonizar la legislación vigente y con el uso de los recursos que tenía a mano, aceptar la compensación de los daños morales cuando son infligidos al cuerpo humano.

36. Concluimos nuestras expresiones con unas palabras de Emmanuel Mounier en su escrito, El personalismo. “*Mil fotografías combinadas no conforman un hombre que camina, que piensa y que quiere*”. Con ello dejamos ante su consideración que la complejidad del ser humano, determinada por programación genética, única e irrepetible y las experiencias exógenas a su ser, es digna de cautelosa ponderación.

Los derechos ajenos son tan sagrados que recae en cada uno de nosotros como profesionales del derecho, estudiarlos y defenderlos con suma cautela y respeto. Cada persona experimenta el daño y perjuicio moral de forma diferente y su reacción estará determinada por las herramientas que haya desarrollado durante su vida. De igual forma, los juzgadores tendrán constantes conflictos para mantener la ecuanimidad y la imparcialidad que requieren sus cargos en el análisis y adjudicación de controversias, especialmente cuando los intereses lesionados sean de naturaleza fundamental y los daños resulten repudiados socialmente. La única forma de movernos hacia una posición neutral es mediante la exposición al tema, el aprendizaje continuo y los ejemplos prácticos del día a día. El ejercicio de comparar la realidad jurídica de otros países con controversias similares nos sirve para romper paradigmas y evaluar las controversias desde diferentes perspectivas, promoviendo una solución más racional y ponderada.

PARTE V

REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

- Abraham, Kenneth, S. *The Forms and Functions of Tort Law*. 4^a ed. New York: The Foundation Press, Inc., 1997. 285 p. ISBN-978-16-0930-053-1.
- Aguilar-Ross, Paloma, Herrera-Bravo, Ramón. *Derecho Romano y Derecho Canónico: Elementos formativos de las instituciones jurídicas europeas*. Granada: Comares. 1994. 151 p. ISBN-978-84-8151-096-6.
- Álvarez Vigaray, Rafael. “La responsabilidad por daño moral”. *Anuario de derecho civil*. 1966, vol. 19, n^o 2, p. 98-110.
- Avraham, Ronen. “Putting a Price on Pain-and-Suffering Damages: A Critique of the Current Approaches and a Preliminary Proposal for Change”. *Northwestern University School of Law: Law and Economics Research Paper Series*. 2006. n^o 05-23, vol. 100, p. 87-120.
- Amadeo-Murga, Antonio. J. *El valor de los daños en la responsabilidad civil*. 2^a ed. Barcelona: Bosch, L.S. 2012. 875 p. ISBN-978-05-7810-620-5.
- American Bar Association. *Extracontractual damages*. John R. Groves (ed.). Chicago: ABA, 1983. 219 p. ISBN-978-08-9707-083-6.
- Arias Ramos, José y Arias Bonet, José A. *Derecho Romano*. 18^a ed. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, SA. 1988. 2260 p., 2 ts. ISBN-978-84-7130-543-5.
- Aubry, Charles [et al.]. *Droit civil français : Responsabilité délictuelle*. 8^a ed., Paris : Librairies Techniques. 1989. vol. 6. 377 p. ISBN-978-27-1110-883-1.
- Bacache-Gibeili, Mireille. *Les obligations: la responsabilité civile extracontractuelle*. Larroumet, Christian (dir.). 2^a ed. Paris: Economica, 2012. 968 p. t. V. ISBN-978-27-1786-137-2.
- Baker, Gary Wm., Seck, Michael K. *Determining Economic Loss in Injury and Death Cases*. 2^a ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters. 1993. 609 p. 5 vol. ISBN-978-00-7172-565-1.

- Barrientos Zamorano, Marcelo. *El Resarcimiento por Daño Moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis. 2007. 573 p. ISBN-978-84-9353-003-7.
- Barton, Denise. "The evolution of Punitive damage awards in Securities arbitration: Has the use of Punitive damages rendered the arbitration forum inequitable". *Tulane Law Review*. 1996. vol. 70, p. 1537-1568.
- Batlé Vázquez, M. "La evaluación del daño en las personas". Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1962, p 469 y ss., vol. II.
- Berch, Jessica J. "The need for enforcement of U.S. punitive damages awards by the European Union". *Minnesota Journal of International Law*. 2010. vol. 19, n° 1. p. 55-106.
- Berg, Oliver. *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages: essai d'une théorie en droit français et allemand*. Bruxelles: Bruylant. 2006. 379 p. ISBN-2-8027-2137-2.
- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The Lawbook Exange. Ltd. 2014. 808 p. ISBN-978-15-8477-142-5.
- Berla, Edward P., Brookshire, Michael L., Smith, Stan V. "Hedonic Damages and Personal Injury: A Conceptual Approach". *Journal of Forensic Economics*. 1989. vol. 3, n° 1. p. 1-8. ISSN-0898-5510.
- Bessières-Roques, I. "Le préjudice spécifique de contamination: un nouveau préjudice?" *RFDC* 1993, p. 79.
- Birks, Peter. "The concept of a civil wrong". En: Owen, David G. *The Philosophical Foundations of Tort Law*. Oxford: Oxford University Press. 1997. 499 p. ISBN-978-01-9826-579-5.
- Bohlen, Francis H. "Fifty Years of Torts". *Harvard Law Review*. 1937. vol. 50, n° 8. p. 1225-1248.
- Bonet Ramón, Francisco. *Perspectivas de la Responsabilidad Civil: Estudio de Derecho Comparado: discurso leído el 27 de octubre de 1975*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 1975. 205 p.
- Bonilini, Giovanni. *Il danno non patrimoniale*. Milano, Italia: Giuffrè. 1983. 554 p.

- Borkowski, Andrew. *Textbook on Roman Law*. USA: Oxford University Press. 2006. ISBN-978-01-9927-607-3.
- Borrell Macia, Antonio. *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1958. 364 p.
- Boskovic, Olivera. *La réparation du préjudice en droit international privé*. Paris: L.G.D.J. 2003. 384 p. ISBN-2-275-02418-2.
- Bourrie-Quenillet, Martine. “Le préjudice sexuel: preuve, nature juridique et indemnisation”. *JCP.G*. 1996. vol. I, nº 3986.
- Brau Del Toro, Herminio. *Los daños y perjuicios extracontractuales en Puerto Rico*. 2ª ed. San Juan: Publicaciones JTS. vol. II, cap. X.
- Bravo Bosch, María José. “Algunas consideraciones en torno a la Lex Aquilia”. En Alfonso Murillo Villar, *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito Ma. Reimundo Yanes*. Burgos: Universidad de Burgos. 2000. vol. I, p. 578. ISBN-978-84-9521-128-9.
- Brun, Philippe. *Responsabilité civile extracontractuelle*. 3ª ed. Paris: Lexis Nexis. 2014. 641 p. ISBN-978-27-1101-736-2.
- Buckland, William Warwick y McNair, Arnold D. *Derecho Romano y “Common Law”: una Comparación en Esbozo*. Ignacio Cremades Ugarte (trad.). 2ª ed. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho: Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicinio Álvarez”. 1994. ISBN-978-84-8692-675-5.
- Busnelli, Francesco D., Patti, Salvatore. *Danno e responsabilità civile*. 3ª ed. Turín: Giappichelli. 2013. 408 p. ISBN-978-88-3482-821-2.
- Busnelli, Francesco D., *Illecito Civile, Estratto Dall’aggiornamento I Della Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana. 1991. p. 1-34 p. vol. XV.
- Busto Lago, José M. *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Editorial Tecnos. 1998. 429 p. ISBN-9788430931200.
- Cabanellas De Torres, Guillermo. *Diccionario de Derecho Romano y Latines Jurídicos*. Buenos Aires: Heliasta. 2007. 1.016 p. ISBN-978-950-885-092-8.

- Calnan, Alan. *A Revisionist History of Tort Law: From Holmesian Realism to Neoclassical Rationalism*. North Carolina: Carolina Academic Press. 2005. 321 p. ISBN-978-08-9089-473-6.
- Calfayan, Christian. *Essai sur la notion de préjudice: Étude comparative en tort law et en droit français de la responsabilité civile délictuelle*. Paris: Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). 2007.
- Capalli, Richard B. "Tort Damages in Puerto Rico". *Revista Jurídica U.P.R.* 1977. vol. 46, p. 241-271.
- Capitant, Henri; Terré, François; Lequette, Yves. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile: Obligations, contrats spéciaux, suretés*. 11^a ed. Paris: Dalloz. 2000. t. 2. 675 p. ISBN-2247040993.
- Carbonnier, Jean. *Droit civil: Les obligations*. 16^a ed. Presses Universitaires de France (ed.). Paris: Thémis. 1957. 284 p.
- Carval, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: L.G.D.J. 1995. 418 p. ISBN-978-22-7500-323-8.
- Castán Tobeñas, José. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus. 1952. t. II. 72 p. ISBN-978-84-2900-486-1.
- . *Derecho civil español común y foral. Derecho de Obligaciones. las particulares relaciones obligatorias*. 10^a ed. Madrid: Reus. 1968. 908 p. ASIN: B00B4TSKW6.
- Cattaneo, Giovanni. *Osservazioni sul tema della responsabilità civile da violazione dei doveri coniugali*. Italia. 2003.
- Cavanillas Múgica, Santiago. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi. 1987. 166 p. ISBN-978-84-7016-395-1.
- Cedeño Jiménez, Víctor Livio. *La responsabilidad civil extracontractual en derecho francés y derecho dominicano*. Santo Domingo: Centenario, 2000. 99 p. ISBN-978-99-3402-909-0.
- Cervilla Garzón, María D. "Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado". *Actualidad Civil*. 2003. vol. 40, p. 1075-1090.
- Civil Jury Trials in State and Federal Courts, Civil Action*, National Center for State Courts, vol. 6, n^o 1, Summer 2007.

- Code Civil. Paris: Dalloz. 1996. 1.723 p. ISBN-2-247-02071-2.
- Coing, Helmut. *Derecho privado europeo*. Pérez Martín, Antonio (trad.). Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 1996. 2 vols. ISBN-978-84-8716-181-2.
- Concepción Rodríguez, José L. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch. 1999. 488 p. ISBN-978-84-7676-613-2.
- Congreso de los Diputados. (n.d.). *Constitución Española*. [consulta: 1 de abril de 2013]. Disponible en: www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=15&tipo=2
- Conseil De L'Europe, Comité Des Ministres. 14 de marzo de 1975. *Conseil de l'Europe*. [consulta: 7 de julio de 2014]. Disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1390297&SecMode=1&DocId=651102&Usage=2>
- Cousy, Herman y Droshout, Dimitri. "Non-Pecuniary Loss Under Belgian Law". *Tort and Insurance Law*. W. Horton Rogers y H. Koziol (eds.) Austria: Springer Wien New York. 2001. 318 p. ISBN-3-211-82602-0.
- Crespi, Alberto, Stella, Federico, Zuccala, Giuseppe. *Comentario breve al Código Penale*. Padua: Cedam. 1992. 1.878 p. ISBN-13: 978-88-1317-007-3.
- Cursi, M. Floriana. "What did occidere iniuria in the lex Aquilia actually mean?". *Modern Legal Tradition*. 2011. vol. 7. p. 16-29. ISSN-1943-6483.
- Daniels, Stephen y Martin, Joanne. "Myth and reality in punitive damages". *Minnesota Law Review*. 1990-91. vol. 75, n° 1.
- De Ángel Yáñez, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: S.L. Civitas. 1993. 1.104 p. ISBN-978-84-4700-152-1.
- De Castro y Bravo, Federico. "La indemnización por causa de muerte". *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1956. vol. 9, n° 2, p. 449-504. ISSN-0210-301X.
- . "Los llamados derechos de la personalidad: dos estudios provisionales". *Anuario de Derecho Civil*. Madrid. 1959. vol. 12, p. 1237-1276. ISSN-0210-301X.

- De Cupis, Adriano. *El Daño: Teoría general de la responsabilidad civil*. 2ª ed. Barcelona: Editorial Bosch. 1975. 854 p. ISBN-13: 978-84-7162-664-6.
- . *I Fatti Illeciti. Trattato di diritto civile*. Giuseppe Grosso y Francesco Santoro-Passarelli (ed.). Milán: Vallardi. 1970. 127 p. vol. 4, fasc. 4.
- DeGravelles, John W. y DeGravelles, J. Neale. “Louisiana Punitive Damages- A Conflict of Traditions”. *Louisiana Law Review*. 2010. vol. 70, n° 2. [consulta: 23 de septiembre de 2014]. Disponible en: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6320&context=lalrev>
- Descamps, Olivier. *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code Civil de 1804*. Paris: LGDJ Montchrestien. 2005. 562 p. ISBN-2-275-02608-8.
- Di Pietro, Alfredo y Lapieza Ellí, Ángel Enrique. *Manual de Derecho Romano*. 4ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985. ISBN-13-978-95-0202-057-0.
- Diamond, John L. *Cases and Materials on Torts*. 2ª ed. St. Paul, MN: West, 2008. 813 p. ISBN-978-03-1415-410-1.
- Díaz Bautista, Antonio y Díaz-Bautista Cremades, Adolfo. *El Derecho romano como introducción al Derecho*. Murcia: DM Librero. 2010. 304 p. ISBN-978-84-8425-838-4.
- Díaz Díaz, Rafael A. *Digesto de daños y perjuicios en Puerto Rico*. San Juan, Puerto Rico, 1997.
- Díaz Pairó, Antonio. *Teoría general de las obligaciones*. 2ª ed. La Habana: Temis. 1945. vol. II, p. 54.
- Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño Moral*. Navarra: Thomson Civitas. 2008. 102 p. ISBN-978-84-4703-059-0.
- . *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas, 2000. 367 p. ISBN-978-84-4701-269-5.
- . *Fundamentos del Derecho Civi Patrimonial*. Navarra: Thomson Reuter Civitas. 2011. vol. V. ISBN-978-84-4704-176-3.
- Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 8ª ed. Madrid: Editorial Tecnos. 2000. v. II. 336 p. ISBN-978-84-3095-497-1.

- Díez-Picazo Giménez, Gema. *El Desbordamiento del Derecho de Daños: jurisprudencia reciente*. Navarra: Cizur Menor: Civitas: Thomson-Reuters. 2009. 380 p. ISBN-978-84-4703-187-0.
- Digesto, Discipline Privatistiche Sezione Civile*. 4ª ed. 2012. 1.124 p. ISBN-978-88-5980-709-4.
- Dobbs, Dan B. *The law of torts*. Saint Paul, MN: West Academic Publishing. 2000. ISBN-978-03-1421-187-3.
- . *Laws of remedies*. 2ª ed. St. Paul, MN: West Publishing Co. 1993. ISBN-978-03-1401-123-7.
- Domingo Oslé, Rafael [et al.]. *Textos de Derecho Romano*. Pamplona: Aranzadi. 2002. 557 p. ISBN-978-84-7016-911-3.
- Duncan, Meredith J. y Turner, Ronald. *Torts: A Contemporary Approach*. Saint Paul, MN: West Thomson Reuters. 2010. 1.015 p. ISBN-978-03-1419-114-4.
- D'Ors, J. Álvaro. *Elementos de Derecho Privado Romano*. Pamplona: EUNSA. 1992. 165 p. ISBN-978-84-3130-402-2.
- Eisenberg, Theodore; Goerdts, John; Ostrom, Brian; Rottman, David; Wells, Martin. *The predictability of punitive damages*. J. of L. Stud., 1997. vol. XXVI.
- Enciclopedia del Diritto*. Umberto Breccia [et al.] (dir.). Italia: Giuffrè. 2013. 1.114 p. vol. XI. ISBN-978-88-1418-613-4.
- Escrive, Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Juan B. Guim (ed.). Bogotá: Temis. 1998. vol. 1. 948 p. ISBN-958-350-057-7.
- Esmein, Paul. *La commercialisation du dommage moral*. Paris: Dalloz Chronique. 1954.
- Espitia Garzón, F. *Historia del Derecho Romano*. Colombia: Universidad Externado de Colombia. 2012. 830 p. ISBN-978-95-8710-825-5.
- Ewald, François, [et al.]. *Les limites de la réparation du préjudice*. Paris: Dalloz. 2009. 453 p. ISBN-978-22-4707-892-9.

- Femenía López, Pedro J. *Criterios de delimitación del lucro cesante extracontractual*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. 225 p. ISBN- 978-84-9876-910-4.
- Fernández Barreiro, Alejandrino, Patricio Serrano, Javier. *Fundamentos de Derecho Privado Romano*. 8ª Ed. Madrid: Marcial Pons. 2011. 451 p. ISBN-978-84-9768-856-7.
- Fernández De Buján, Antonio. *Historia del Derecho Romano*. Navarra: Thomson Reuters; Civitas. 2012. 198 p. ISBN: 978-84-4703-919-7.
- Fernández Prieto, Marta. *La Difamación en el Derecho Romano*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2002. 485 p. ISBN-978-84-8442-574-8.
- Figley, Paul F. "Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor". *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*. 2009. Spring/Summer, vol. 44. p. 1105-1138.
- Fischer, Hans A. *Los daños civiles y su reparación*. Wenceslao Roces (trad.). Madrid: Victoriano Suárez.1928. vol. 5, 314 p. ISBN- 978-95-8690-921-1.
- Forchielli, Paolo y Villani Alberto. *Responsabilità Civile*. Padova: CEDAM. 1968. v. I. 158 p. ISBN-978-88-1315-375-5.
- Fuenteseca, Margarita. *El Delito Civil en Roma y en el Derecho Español*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. 400 p. ISBN-978-84-8002-417-4.
- Galand-Carval, Suzanne. "Non-Pecuniary Loss Under French Law". *Tort and Insurance Law*. W. Horton Rogers y H. Koziol (eds.) Austria: Springer Wien New York. 2001. 318 p. ISBN-3-211-82602-0.
- García-Blázquez Pérez, Manuel y García-Blázquez Pérez, Cristina M. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. 20ª ed. Granada: Editorial Comares, S.L. 2013. 387 p. ISBN-978-84-9045-088-8.
- García y García, Antonio. *En el Entorno del Derecho Común*. Madrid: Dykinson. 1990. 256 p. ISBN-978-84-8155-492-2.
- García Garrido, Manuel J. *Derecho Privado Romano: casos, acciones, instituciones*. Madrid: Ediciones Académicas SA. 2004. 718 p. ISBN-978-84-9606-232-5.

- García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch. 1990. 370 p. ISBN-978-84-7698-142-9.
- García Serrano, Francisco. *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*. Madrid: Anuario de Derecho Civil. 1972.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 10^a ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters. 2014. 2016 p. ISBN-978-03-1461-300-4.
- . *Black's Law Dictionary*. 7^a ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 1999. 1738 p. ISBN-978-03-1422-864-2.
- Giménez-Candela, Teresa. *Derecho Privado Romano*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. 552 p. ISBN-978-84-8002-940-7.
- Glendon, Mary. A., Carozza, Paolo G., y Picker, Colin B. *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*. 3^a ed. Minesota: Thomson West. 2007. 366 p. ISBN-978-03-1418-428-3.
- Goldberg, John. C., Zipursky, Benjamin, C. *Torts*. 2^a ed. New York: Oxford University Press. 2010. 410 p. ISBN-978-07-3556-560-9.
- Gómez Orbaneja, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona: Bosch. 1951. v. II. 640 p. ISBN-978-84-7162-453-6.
- Gómez Pomar, Fernando. "Hacer pagar al mensajero". *Revista para el Análisis del Derecho*. 2003. n^o 1. ISSN-e 1698-739X.
- González Tejera, Efraín. *Derecho Sucesorio Puertorriqueño*. San Juan: Ed. Ramallo. 1983. v. I.
- Goodheart, A.L. "The foundation of Tortious Liability". *The Modern Law Review*. Junio 1938. vol. 2, n^o 1, p. 1-13.
- Goodin, Robert. "Theories of compensation". *Oxford Journal of Legal Studies*. 1989. vol. IX, n^o 1, p. 60. ISSN-0143-6503.
- Greene, Edie, Bornstein, Brian H., "Precious Little Guidance: Jury Instructions on Damage Awards", 6 *Public Policy and Law*, 743, 2000.
- . *Determining Damages: The Psychology of Jury Awards*. American Psychological Association, 2003. 238 p. ISBN-978-15-5798-974-1.

- Groutel, Hubert. "Les facettes de l'autonomie du préjudice sexuel. *Responsabilité civile et assurances*. Marzo 1993. ISSN: 0995-208X.
- Gutiérrez-Alviz, Faustino. *Diccionario de Derecho Romano*. 4ª ed. Madrid: Reus. 1995. 731 p. ISBN-978-84-2901-239-2.
- Guzmán Brito, Alejandro. *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2006. 268 p. ISBN-956-10-1665-6.
- . *Derecho privado romano*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1996. 2 tomos. 1.737 p. ISBN-956-10-1127-1.
- Hall, Kermit L. *Tort law in American history: major historical interpretations*. New York: Garland Publisher, 1987. 598 p. ISBN-978-08-2400-148-3.
- Henderson, James, A. Jr.; Pearson, Richard, N.; Siliciano, John A. *The Torts Process*. 6ª ed. New York: Aspen Publishers. 2003. 869 p. ISBN-978-07-3552-709-6.
- Hernández-Gil, Antonio. "El problema de la patrimonialidad de la prestación". *Rev. Der. Priv.* 1960, p. 272-278.
- Herrador Guardia, Mariano J. *Derecho de Daños 2013*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi. 2013. 992 p. ISBN-978-84-9014-115-1.
- Hoya Coromina, José. "La valoración del daño corporal". En J. A. Moreno Martínez, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*. Madrid: Dikynson. 2000. p. 253-296. ISBN-978-84-8155-705-6.
- Ibbetson, David. "How the Romans did for us: Ancient Rots of the Tort of Negligence". *UNSW Law Journal*. vol. 26, nº 2, p. 475-514. 2003. ISSN-1943-6483.
- Ihering, R. Von. *El Espíritu del Derecho Romano*. Madrid: Marcial Pons. 2005. 324 p. ISBN-978-84-9768-207-7.
- Irizarry Yunqué, Carlos J. *Responsabilidad civil extracontractual: un estudio basado en las Decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico*. San Juan: Universidad Interamericana de Puerto Rico. 1996. 623 p. ISBN-978-18-8171-102-5.

- Izquierdo Tolsada, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson. 2000. 548 p. ISBN-978-84-8155-725-1.
- Jaramillo Vélez, Lucrecio. *Derecho Romano*. 9ª ed. Medellín: Señal Editora. 1991. 299 p. ISBN-958-9100-20-1.
- Johnson, Vincent R. *Mastering Torts*. 5ª ed. North Carolina: Carolina Academic Press. 2013. 374 p. ISBN-978-16-1163-172-2.
- Jolowicz, Herbert. *Roman Foundations of Modern Law*. Oxford: Oxford University Press. 1957. 238 p. ISBN-978-01-9825-119-4.
- Jolowicz, Herbert [et al.]. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. 3ª ed. Oxford: Cambridge University Press. 1972. 622 p. ISBN-978-05-2108-253-2.
- Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang. *Derecho Privado Romano*. 2ª ed. L. Prieto Castro (trad.). Barcelona: Editorial Labor. 1965. 559 p.
- Josserand, Louis. *Cours de Droit Civil Positif française*. Paris: Sirey. 1930. vol. II.
- . *La personne humaine dans le commerce juridique*: D.H. 1932, chr. 1.
- Kagehiro, Dorothy K. y Minick, Robert D. "How Juries Determine Damages Awards". *For the Defense*. Julio 2002. vol. 44, n° 7.
- Kaser, Max. *Derecho Romano Privado*. José Santa Cruz Teijeiro (trad.). Madrid: Reus. 1998. 421 p. ISBN-978-84-2901-162-3.
- . *Roman Private Law*. Rolf Dannenbring (trad.). 4ª ed. Londres: Unisa Press. 1993. 472 p. ISBN-978-08-6981-316-4.
- Kemelmajer De Carlucci, Aída. "¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el Derecho argentino?". *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. 1993. n° 31.
- Kircher, John J.; Wiseman, Christine M. *Punitive Damages: Law and Practice*. 2ª ed. Saint Paul, MN: West. 2012.
- Knütel, Rolf. "Influences of the Louisiana Civil Code in Latin America". *Tulane Law Review*. New Orleans. 1996. vol. 70.

- Kritzer, Herbert M. y Zemans, Frances Kahn. "The shadow of punitives: an unsuccessful effort to bring it into view". *Wisconsin Law Review*. 1998.
- Kritzer, Herbert M., Guangya, Liu y Vidmar, Neil. *An Exploration of "Non-Economic" Damages in Civil Jury Awards*. 2013. University of Minnesota Law School.
- Kutner, Peter B., Reynolds, Osborne M. *Advanced Torts Cases and Materials*. 3^a ed. North Carolina: Carolina Academic Press. 2007. ISBN-978-15-9460-297-9.
- La Cruz Berdejo, José L. *Derecho de Obligaciones*. 4^a ed. Barcelona. 1985. vol. 1. 476 p. ISBN-978-84-9849-968-1.
- Lalinde Abadía, Jesús. *La administración española en el siglo XIX puertorriqueño: (pervivencia de la variante indiana del decisionismo castellano en Puerto Rico)*. Sevilla: Escuela de Estudios Hispano-Americanos. 1980. 208 p. ISBN-978-84-0004-576-0.
- Lalou, Henri. *La Responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques*. 2^a ed. Paris: Dalloz. 1932.
- Lambert-Faivre, Yvonne. "L'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida, hier, aujourd'hui et demain". *RTD Civ*. 1993. p. 1-32.
- Langbein, John H.; Lettow Lerner, Renee y Smith, Bruce P. *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York: Aspen. 2009. 1184 p. ISBN-978-07-3556-290-5.
- Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Revista de Derecho Privado (ed.), J. Santos Briz (trad.). 1958. vol. I.
- Lasarte Álvarez, Carlos. *Principios de derecho civil*. Editorial Trivium. 1992. 509 p. t. I. ISBN-978-84-7855-859-4.
- Laycock, Douglas. *Modern American Remedies: Cases and Materials*. 3^a ed. New York: Aspen. 2002. 1.200 p. ISBN-978-07-3552-469-9.
- Le Goff, Jacques. *La civilización del occidente medieval*. J. de C. Serra Ráfols (trad.). 1969. Barcelona: Juventud. 750 p.
- Le Tourneau, Philippe. *Droit de la responsabilité: responsabilité civile et pénale, responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles*,

- défaillances contractuelles et professionnelles, régimes spéciaux d'indemnisation*. Paris: Dalloz, 1996. 938 p. ISBN-978-22-4702-208-3.
- Le Torneau, Philippe, Cadiet, Loïc. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz. 2000. 1.420 p. ISBN-978-22-4704-033-9.
- Lee, R.W. "Torts and Delicts". *Yale Law Journal*. 1918. p. 721-730. vol. 27, nº 6.
- Levasseur, Alain A. *Droit des États-Unis*. Paris: Dalloz. 1994. 493 p. ISBN-978-22-4701-733-1.
- López Monroy, José. *Sistema Jurídico del Common Law*. Méjico: S.A. Editorial Porrúa. 1999. 284 p. ISBN-978-97-0071-618-3.
- Mommsen, T. *Derecho Penal Romano*. P. Dorado (trad.). Bogotá, Colombia: Temis, S.A. 1999. 502 p. ISBN-978-84-9528-310-8.
- Manresa y Navarro, José María. *Comentarios al Código civil español*. Francisco Bonet Ramón (ed.). Madrid: Reus. 1956. 863 p. ISBN-978-84-2901-085-5.
- Marcos Oyarzun, Francisco Javier. *Reparación interal del daño moral*. Barcelona: Bayer Hermanos y Compañía, S.A., 2002. 236 p. ISBN-978-84-7028-322-2.
- Marín García de Leonardo, Teresa. "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales". En C. J. Beamonte, *Daños en el Derecho de Familia*. Valencia: Aranzadi. 2006.
- Martín Casals, Miquel. *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982*. Centenario del Código Civil. España: Editorial Ramón Areces. 1990. p. 1256 y ss. t. II.
- . "El Daño Moral". S. Cámara (ed.). *Derecho Privado Europeo*. 2003. p. 857-881. ISBN-978-84-7879-778-3.
- Martín, Elizabeth A. *A Dictionary of Law*. 7ª ed. Oxford University Press. 2013. 624 p. ISBN-978-01-9966-986-8.
- Martínez Espín, Pascual. *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, S.A., 1996. 197 p. ISBN-978-84-3092-940-1.

- . *El daño moral contractual en la Ley de Propiedad Intelectual*. Madrid: Tecnos, S.A. 1996. 197 p.
- Martínez Sarrión, Ángel. “La evolución del derecho de daños”. En *Derecho de Daños*, Luis Ribó Durán (coord.). Barcelona: Bosch. 1992. 154 p. ISBN-978-84-7676-225-7.
- . *Las Raíces Romanas de la Responsabilidad por Culpa*. Barcelona: Bosch. 1993. 549 p. ISBN-978-84-7676-218-9.
- Marty, Gabriel; Raynaud, Pierre. *Les Obligations*. 2ª ed. París: Sirey. 1988. 2 vols, 826 p. ISBN-978-22-4802-572-4.
- Mazeaud, Henri. *Leçons de droit civil*. París: Montchrestien, 1955.
- Mazeaud, Henri y León; Tunc, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Alcalá-Zamora y Castillo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1996.
- . *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*. 4ª ed. París: Recueil Sirey. 1957.
- . *Lecciones de Derecho Civil*. Luis Alcalá-Zamora y Castillo (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1965. Caps. III y IV, Título I, Libro I.
- Mehesz, Kornel Z. *El Pretor y la Jurisprudencia Pretoriana*. Asunción: Bibliográfica Jurídica Paraguay S.R.L. 1998. ISBN-978-99-9258-064-6.
- Melenec, Louis. “Le préjudice sexuel”. *Gazette du Palais*. Novembre, 1977.
- Miquel, Joan. *Curso de Derecho Romano*. Barcelona: PPU. 1987. 430 p. ISBN-978-84-7665-157-5.
- Mize, Gregory E. [et al.]. “State-of-the-States Survey of Jury Improvement Efforts: A Compendium Report”, *National Center for State Courts*. 2007. 88 p.
- Mommsen, Teodoro. *Derecho Penal Romano*. P. Dorado (trad.). Bogotá: Temis. 1999. 670 p. ISBN-978-84-8272-504-1.
- Morris, Clarence. “Punitive damages in tort cases”. *Harvard Law Review*. Junio 1931. vol. XLIV, nº 8. p. 1174.

- Naveira Zarra, Maita M. *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*. Madrid: Editorial REUS. 2006. 363 p. ISBN-978-84-6937-152-7.
- Ortiz Ricol, Gregorio. "Los daños morales". *Revista de Derecho Español y Americano*. vol. III, n° 12, p. 141-160. 1958.
- Ortolán, M. *Instituciones de Justiniano*. Pérez Rivas, Melquiades (trad.). Buenos Aires: Heliasta. 2005. 299 p. ISBN-978-95-0885-066-3.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. G. C. Cuevas (ed.). Argentina: Editorial Heliasta. 1999. ISBN-978-95-0885-054-6.
- Pacchioni, G. "Del risarcimento dei danni morali". *Riv. Dir. Civ.*, II, 240. 1911.
- Pascual Estevill, Luis. *Derecho de Daños*. Barcelona: Bosch. 1995. vol. I. 1.150 p. ISBN-978-84-7676-321-2.
- Paschalidis, Paschalis. "What did iniuria in the lex Aquilia actually mean?" *Revue Internationale des droits de l'Antiquité*. 2008. n° 55, p. 321-363. ISSN-0556-7939.
- Pérez Ontiveros Baquero, Carmen. *Daño moral por incumplimiento de contrato*. Navarra: Aranzadi, S.A. 2006. 215 p. ISBN-9788497676878.
- Perrau, Étienne. E. Les droits de la personnalité. *Revue trimestrielle de droit civil*. 1909. vol. 8, p. 501-536.
- Pintos Ager, Jesús. *Baremos, seguros y derecho de daños*. Madrid: S.L. Civitas. 2000. 528 p. ISBN-978-84-4701-395-1.
- Peterson, Mark, Sarma Syam y Shanley Michael. *Punitive damages: Empirical Findings*. California: Institute for Civil Justice, Rand Corporation. 1987. 68 p. ISBN-978-08-3300-792-6.
- Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. California: Anaya Editores, S.A. 2010. ISBN-978-96-8453-314-1.
- Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1949. 1.316 p. vol. 744.

- Poser, Susan; Bornstein, Brian, H.; McGorty, Erinn Kieman. "Measuring Damages for Lost of Enjoyment of Life: The View from the Bench and the Jury Box". *Law and Human Behavior*. 2003. vol. 27, no. 1.
- Prosser, William Lloyd; Keeton, Page. *Prosser y Keeton on The Law of Torts*. 5ª ed. St. Paul, MN: West Publishing Co. 1984. 1.286 p. ISBN-978-03-1474-880-5.
- Puig Brutau, José. *Fundamentos de derecho civil*. Barcelona. 1983. t. II. ISBN-978-84-7162-005-7.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho romano para latinoamérica*. Quito: Cevallos. 2006. 603 p. ISBN-978-99-7899-139-5.
- Ramacci, Fabrizio. *Istituzioni di diritto penale*. 2ª ed. Torino: Giappichelli. 1992. 414 p. ISBN-978-88-3480-482-7.
- Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*. Dintilhac, Jean-Pierre (dir.). Francia: Ministère de la Justice. Mars 2006. 64 p.
- Real Academia Española. (n.d.). *Real Academia Española*. [consulta: 1 de febrero de 2012]. Disponible en: <http://www.rae.es>
- Report of the Commission on the Evaluation of Pain*, Social Security Bulletin, January 1987, vol. 50, n° 1.
- Ripert, Georges. *Le prix de la douleur*: D. 1948, chron. 1.
- . *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ª ed. Paris: L.G.D.J. 1949. 421 p.
- Roca Trías, Encarna. *Derecho de Daños: Textos y Materiales*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2003. 388 p. ISBN-978-84-8442-904-3.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Comentarios a la Constitución Española, Tomo II, Artículos 10 a 23 de la Constitución Española*. [consulta: 1 de abril de 2013]. Disponible en: VLEX: <http://vlex.com/vid/articulo-15-derecho-vida-331377>.
- Rogel Vide, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*. Madrid: Editorial Civitas. 1977. ISBN-978-84-7398-048-4.

- Roig Torres, Margarita. *La responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. ISBN-978-84-9876-843-5.
- Rotondi, Mario. *Instituciones de derecho privado*. 6ª ed. Francisco F. Villavicencio (trad.). Barcelona: Editorial Labor, S.A., 1953.
- Ruiz Vadillo, Enrique. *Comentarios a la legislación penal*. Madrid: Edersa. 1985. t. V, v. 1.
- Rustard, Michael, Koenig, Thomas. "The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers". *American University Law Review*. 1993. vol. 42, n° 4.
- Santa Cruz Teijeiro, José. *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1946. 616 p.
- Santos Briz, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*. 2ª ed. Madrid: Montecorvo, S.A. 1977. 865 p.
- . "Comentarios al Código Civil y compilaciones forales". *Revista Derecho Privado, XXIV*. 1984. 794 p. ISBN-978-84-7130-450-6.
- . *La responsabilidad civil*. 7ª ed. Madrid: Montecorvo, S.A. 1993. vol. I. 1.221 p. ISBN-978-84-7111-323-8.
- . Comentario al art. 1.106 del Código Civil. In I. Sierra Gil De La Cuesta (coord.). *Comentario del Código Civil*. Barcelona: Bosch. 2006. vol. VI, p. 184.
- Savatier, René. *Traité de la responsabilité civile*. 2ª ed. Paris: LGDJ. 1951. vol. I. 572 p.
- Savigny, M.F.C. *Sistema del Derecho Romano Actual*. M. C. Guenoux [et al.] (trad.) Granada: Comares, S.L. 2005. 1882 p. ISBN-978-84-8444-932-4.
- Schulz, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Santa Cruz Teijeiro, José (trad.). Barcelona: Bosch. 1960. 620 p. ISBN-978-84-7162-197-9.
- Schwartz, Gary. "Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?". *UCLA Law Review*. 1994. vol. 42. p. 377-444. ISSN-0041-5650.
- . "The Character of Early American Tort Law". *UCLA Law Review*. 1989. vol. 36. p. 641-718. ISSN-0041-5650.

- Scognamiglio, Renato. *El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual*. F. Hinestrosa (trad.). Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 1962.
- . “Il danno morale mezzo secolo dopo”. *Rivista di diritto civile*. p. 292-296. n° 5, vol. 1. ISSN: 0035-6093.
- Segura Munguía, Santiago. *Nuevo Diccionario Etimológico Latín-Español y de las Voces Derivadas*. 4ª ed. Bilbao: Universidad de Deusto. 2001. 1288 p. ISBN-978-84-7485-754-2.
- Serafini, Filippo. *Instituciones de Derecho romano*. Giammichele, Hércules (ed.). Trías, Juan de Dios (trad.). Bilbao: Espasa-Calpe, S.A. 1927. 2 vol.
- Shapo, Marshall. *Principles of Tort Law*. 2ª ed. St. Paul, MN: West Group. vols. 2-12. 2003. 474 p. ISBN-978-03-1425-850-2.
- Sierra Gil De La Cuesta, Ignacio. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Barcelona: Bosch. 2008. vol. I. 142 p. ISBN-978-84-9790-383-7.
- Smith, Jeremiah. “Torts without particular names”. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*. 1921. p. 91. vol. 69, n° 2. ISSN: 07499833.
- Speiser, Stuart M., Krause, Charles, F., Gans, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul, MN: Thomson Reuters. 2014. vol. 2. ISBN-978-03-1466-212-5.
- Starck, Boris. *Droit civil: Obligations*. 2ª ed. Paris: Litec. 1985. vol I. ISBN-978-27-1110-616-5.
- Torrent Ruiz, Armando. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer, S.L. 2005. ISBN-978-84-9626-146-4.
- Toulemon, André, and Jean Moore. *Le préjudice corporel et moral en droit commun*. 3ª ed. París: Recueil Sirey. 1968. 257 p.
- . *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*. París: Recueil Sirey. 1898.
- Trías Monge, José. *El sistema judicial de Puerto Rico*. San Juan: Editorial Universitaria de Puerto Rico. 1978. 287 p. ISBN-084773014-X.

- Tratado de Responsabilidad Civil*. Reglero Campos, Luis F. (coord.). 3ª ed. Navarra: Thomson Aranzadi. 2007. 2.271 p. ISBN-84-9767-636-X.
- United States Department of Justice. *Jurisdictional Limits on Damages in FTCA Cases*. United States Attorney's Bulletin. 2011. vol. 59, nº 1.
- Vázquez Bote, Eduardo. *Derecho Civil de Puerto Rico*. San Juan: FAS, Ediciones Jurídicas. 1972.
- Vetri, Dominick [et al.]. *Tort Law and Practice*. 2ª ed. Newark: LexisNexis, 2002. 1.289 p. ISBN-978-08-2055-415-0.
- Vicente Domingo, Elena. *Los daños corporales: tipología y valoración*. Barcelona: J.M. Bosch. 1994. ISBN-978-84-7698-271-2.
- . El Daño. En Luis Fernando Reglero Campos (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. 4ª ed. Pamplona: Aranzadi. 2008. vol. 1. p. 301-443. ISBN-978-84-8355-860-7.
- Viney, Geneviève; Jourdain, Patrice. *Traité de Droit Civile: Les conditions de la responsabilité*. 2ª ed. Paris: L.G.D.J. 1998. 1.226 p. ISBN-978-22-7500-176-0.
- Viney, Geneviève; Ghestin, Jacques. *Traité de Droit Civile: Introduction à la responsabilité*. 2ª ed. Paris: L.G.D.J. 1995. 471 p. ISBN-978-22-7500-598-0.
- Von Bar, Christian. *The common european law of torts*. Oxford: Clarendon Press. 1998. t. 2, 800 p. ISBN-978-01-9829-839-7.
- Weill, Alex y Terré, François. *Droit civil: les obligations*. 4ª ed. Paris: Dalloz. 1986. 1069 p. ISBN-978-22-4700-607-6.
- White, G. Eduard. *Tort law in America: an intellectual history*. New York: Oxford University Press. 1980. 424 p. ISBN-978-01-9513-965-5.
- Wolfgang, Kunkel. *Historia del Derecho Romano*. Miquel, Juan (trad.). Barcelona: Ariel Derecho. 1984. 256 p. ISBN-978-84-3440-108-2.
- Worth Matravers, P. *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*. Fairgrieve, Duncan (ed.). Londres: British Institute of International and Comparative Law. 2007. 517 p. ISBN-978-19-0522-101-1.

- Wright, Cecil A. "Introduction to the Law of Torts". *The Cambridge Law Journal*. 1944. vol. 8, n° 3. p. 238-246.
- Wright, Richard W. *Right Justice and Tort Law: Moral Foundations of the law of Torts*. Oxford University Press. 1995.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. El perturbador artículo 1092 del Código Civil: cien años de errores. En E. C. Areces (ed.). *Libro conmemorativo del centenario del Código Civil*. Madrid. 1990. 25 p.
- . "La responsabilidad civil en los últimos proyectos del Código penal (en especial, el de 1994): más de lo mismo". *INIURIA, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. núm. 6. 35 p.
- . *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson. 2009. 548 p. ISBN-978-84-8155-725-1.
- Zeno Zencovich, Vincenzo. "Il danno per la perdita della possibilità di una utilità futura". *Riv. Dir. Comm.* 1986, II, p. 213.
- Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press. 1996. 1312 p. ISBN-978-01-9876-426-7.

LEGISLACIÓN

1. Instrumentos Internacionales

Naciones Unidas
Unión Europea

2. Legislación Nacional

a. España

Código Civil de España, Art. 1023

Código Civil de España, Art. 1063

Código Civil de España, Art. 1077

Código Civil de España, Art. 1089

Código Civil de España, Art. 1090

Código Civil de España, Art. 1101

Código Civil de España, Art. 1105

Código Civil de España, Art. 1106

Código Civil de España, Art. 1107

Código Civil de España, Art. 1108

Código Civil de España, Art. 1122

Código Civil de España, Art. 1122

Código Civil de España, Art. 1135

Código Civil de España, Art. 1150

Código Civil de España, Art. 1270

Código Civil de España, Art. 1295

Código Civil de España, Art. 1298

Código Civil de España, Art. 1382

Código Civil de España, Art. 1390

Código Civil de España, Art. 1393

Código Civil de España, Art. 1486

Código Civil de España, Art. 1489

Código Civil de España, Art. 1540

Código Civil de España, Art. 1556

Código Civil de España, Art. 1559

Código Civil de España, Art. 1571

Código Civil de España, Art. 1591

Código Civil de España, Art. 1625

Código Civil de España, Art. 1686

Código Civil de España, Art. 1718

Código Civil de España, Art. 1729

Código Civil de España, Art. 1752

Código Civil de España, Art. 1769

Código Civil de España, Art. 1779

Código Civil de España, Art. 1784

Código Civil de España, Art. 1838

Código Civil de España, Art. 1887

Código Civil de España, Art. 1889

Código Civil de España, Art. 1893

Código Civil de España, Art. 1902

Código Civil de España, Art. 1903

Código Civil de España, Art. 1903

Código Civil de España, Art. 1904
Código Civil de España, Art. 1905
Código Civil de España, Art. 1906
Código Civil de España, Art. 1907
Código Civil de España, Art. 1908
Código Civil de España, Art. 1909
Código Civil de España, Art. 1910
Código Civil de España, Art. 220
Código Civil de España, Art. 229
Código Civil de España, Art. 29
Código Civil de España, Art. 30
Código Civil de España, Art. 360
Código Civil de España, Art. 379
Código Civil de España, Art. 382
Código Civil de España, Art. 383
Código Civil de España, Art. 493
Código Civil de España, Art. 511
Código Civil de España, Art. 520
Código Civil de España, Art. 562
Código Civil de España, Art. 564
Código Civil de España, Art. 576
Código Civil de España, Art. 577
Código Civil de España, Art. 587
Código Civil de España, Art. 588

- Código Civil de España, Art. 590
- Código Civil de España, Art. 612
- Código Civil de España, Art. 690
- Código Civil de España, Art. 712
- Código Civil de España, Art. 715
- Código Penal de España, Art. 113
- Código Penal de España, Artículo 123
- Código Penal de España, Artículo 124
- Constitución de España, Título I, Capítulo II, Sección 1a, Art. 10
- Constitución de España, Título I, Capítulo II, Sección 1a, Art. 15
- Constitución de España, Título I, Capítulo II, Sección 1a, Art. 18
- Ley 22/2011, de 11 de noviembre, Ley de Propiedad Intelectual
- Ley 22/1994, de 6 de julio, Ley de Productos Defectuosos
- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM)
- Ley de las Siete Partidas, Partida Núm. VII, Ley XXI, Título IX
- Ley de las Siete Partidas, Partida V, Título VI, Ley II
- Ley de las Siete Partidas, Partida VII, Ley XV, Título I
- Ley de las Siete Partidas, Partida VII, Título XV
- Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, Ley de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen
- Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro Duodécimo, Título XXV
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

b. Estados Unidos de América

12 Conn. Practice Series §6.11

28 USC 1988 § 1346(b)(1)

Ariz. Rev. Stat. Ann. §25-341

Código Civil de California §43.5

Colo. Rev. Stat. §13-20-202

Conn. Gen. Stat. §42-110g(a)

Conn. Gen. Stat. Ann. §52-572b

Constitución de los Estados Unidos de América

Federal Tort Claims Act de 1982, 28 USC 1988 1346

N.H. Rev. Stat. Ann. §507:16

Restatement (Second) of Torts §686

Restatement (Second) of Torts §901

Restatement (Second) of Torts §905

Restatement (Second) of Torts §907

Restatement (Second) of Torts §908

Restatement (Second) of Torts §912

Restatement (Second) of Torts, §328D

Restatement §652B

Restatement §652D

c. Francia

Código Civil de Francia, Art. 1173

Código Civil de Francia, Art. 1382

Código Civil de Francia, Art. 1383

Código Civil de Francia, Art. 266

Código de Procedimiento Criminal de Francia, Art. 706-3

Código Penal de Francia, Art. 226-1

Ley Núm. 29/1881, de 29 de julio, Art. 29, Ley de Libertad de Expresión

Ley Núm. 2012-1404, de 17 de diciembre, del Código de Seguridad Social

Ley Núm. 75/617 de 1975 de 11 de julio, Ley de Reforma del Divorcio

Ley Núm. 85/677, de 5 de julio de 1985, Art. 31, Ley Badinter

Ley Núm. 85/1353 de 17 de diciembre de 1985, del Código de Seguridad Social

Ley Núm. 91/1406, de 31 de diciembre de 1991, del Código de Seguridad Social

Ley Núm. 94/653, de 29 de julio, Ley Bioética sobre el Respeto al Cuerpo Humano

d. Italia

Código Civil de Italia, Art. 2043

Código Civil de Italia, Art. 2057

Código Civil de Italia, Art. 2059

Código de Procedimiento Penal de Italia, Art. 14

Código Penal de Italia, Art. 185

Constitución de Italia, Art. 29

Ley 151/1975 de 19 de mayo

e. Puerto Rico

Código Civil de Puerto Rico, Art. 1042

Código Civil de Puerto Rico, Art. 1802

Código Civil de Puerto Rico, Art. 24

Código de Enjuiciamiento Civil, Art. 60

Código de Enjuiciamiento Civil, Art. 61

Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Art. II, Sec. 8

Ley 100-1959, 29 L.P.R.A. §146 y siguientes, Ley Contra el
Discrimen en el Empleo

Ley 131-1943, 1 L.P.R.A. §13 y siguientes, Ley de Derechos Civiles
de Puerto Rico

Ley 44-1985, 1 L.P.R.A. §501 y siguientes, Ley de Prohibición de
Discrimen contra Impedidos

Ley 69-1985, 29 L.P.R.A. §1321 y siguientes, Ley de Discrimen en el
Empleo por razón de Sexo

f. Otras Jurisdicciones

Código Civil de Portugal, Art. 1792

Código Civil de Portugal, Art. 1781

2. Legislación Antigua

Constitución Criminalis Carolina, en sus artículos XX y XXI

Ulpiano: Ulp. D 1,1,10,1

JURISPRUDENCIA

1. España

APA de 27 de marzo (JUR 2003, 231405)

APM de 15 de febrero, (JUR 2002, 115145)

SAPM de 10 de julio de 2007 (AC 2007, 1899)

STC de 2 de diciembre de 1988 (1988, 231)

STS de 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 52932)

STS de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015, 47662)

STS de 23 de febrero de 2015 (JUR 2015, 393)

STS de 25 de febrero de 2015 (JUR 2015, 73935)

STS de 26 de febrero de 2015 (JUR 2015, 88226)

STS de 22 de junio de 1967 (RJ 1967, 2996)

STS de 10 de enero de 1979 (RJ 1979, 18)

STS de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 674)

STS de 10 de junio de 2014 (RJ 2014, 3578)

STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8055)

STS de 11 de febrero de 1993 (RJ 1993, 2406)

STS de 11 de marzo de 1889

STS de 11 de marzo de 1928

STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7871)

STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9811)

STS de 11 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7987)

STS de 12 de julio de 1999 (RJ 1999, 4770)

STS de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993)

- STS de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2919)
- STS de 14 de diciembre de 1917
- STS de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8970)
- STS de 14 de junio de 1978 (RJ 1978, 2239)
- STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106)
- STS de 14 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3106)
- STS de 15 de febrero de 2013 (AC 2013, 2036)
- STS de 15 de junio de 2001 (RJ 2001, 6558)
- STS de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995, 933)
- STS de 16 de junio de 1994 (AC 1994, 994)
- STS de 16 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3160)
- STS de 17 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7675)
- STS de 17 de julio de 1987 (RJ 1987, 5801)
- STS de 17 de julio de 2002 (RJ 2002, 6252)
- STS de 18 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7862)
- STS de 19 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7682)
- STS de 19 de mayo de 1934
- STS de 2 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1003)
- STS de 2 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2590)
- STS de 2 de marzo de 2001 (RJ 2002, 237)
- STS de 2 de marzo de 2004 (RJ 2005, 2641)
- STS de 22 abril 1983
- STS de 22 de abril de 2013 (RJ 2013, 3690)
- STS de 22 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8399)

STS de 22 febrero 1959

STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10935)

STS de 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 720)

STS de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3372)

STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5792)

STS de 24 de mayo de 1947

STS de 25 de junio de 1945

STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4349)

STS de 25 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6826)

STS de 26 de febrero de 1984

STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169)

STS de 26 de junio de 1998 (RJ 1998, 5013)

STS de 26 de marzo (RJ 2257, 1997)

STS de 26 de marzo de 1997, RJ (280, 1997)

STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985, 5901)

STS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8094)

STS de 27 de enero de 1998, RJ (1998, 551)

STS de 27 de febrero de 1991, RJ (1991, 2441)

STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394)

STS de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1322)

STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548)

STS de 27 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1497)

STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161)

STS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10161)

- STS de 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357)
- STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005, 1830)
- STS de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008, 5212)
- STS de 28 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6681)
- STS de 28 febrero 1964
- STS de 28 noviembre 1983, (RJ 1983, 6681).
- STS de 29 de abril de 1994, RJ (1994, 2979)
- STS de 29 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 1230)
- STS de 29 de junio de 1987 (RJ 1987, 5018)
- STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914)
- STS de 3 de abril de 2000 (AC 2000, 1596)
- STS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2012, 582)
- STS de 3 de enero de 2001 (RJ 2001, 14)
- STS de 3 de junio de 1942
- STS de 3 de marzo de 1978 (RJ 1978, 759)
- STS de 3 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3890)
- STS de 3 de noviembre (RJ 1995, 8353)
- STS de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8587)
- STS de 30 de diciembre de 1996, RJ (1996, 9511)
- STS de 30 de enero de 1990, (RJ 1990, 74)
- STS de 30 de julio de 2008 (RJ 2008, 4640)
- STS de 30 de mayo de 1988 (RJ 1998, 4111)
- STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514)
- STS de 30 de noviembre de 2012 (RJ 2012, 3514)

STS de 31 de marzo de 1930

STS de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3431)

STS de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8703)

STS de 4 de julio de 1985 (RJ 1985, 3953)

STS de 4 de junio de 2014 (RJ 2014, 4509)

STS de 4 de noviembre de 2003, RJ (2003, 1008)

STS de 5 de abril de 1994, RJ (1994, 2938)

STS de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971)

STS de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 4971)

STS de 5 de noviembre de 1998, (RJ 1998, 8404).

STS de 6 de diciembre de 1882

STS de 6 de diciembre de 1912

STS de 7 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3171)

STS de 7 de mayo de 1987, (RJ 1987, 3022)

STS de 7 de noviembre de 1919

STS de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9911)

STS de 8 de abril de 1991 (72, 1991)

STS de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956)

STS de 9 de diciembre de 1949

STS de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988, 771)

STS de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5121)

STS de de 18 de febrero de 1997 (RJ 1998, 1240)

STS del 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919)

STS del 26 de junio de 2013 (RJ 2013, 7275)

STS del 5 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8404)

2. Estados Unidos de América

Abel v. Conover, 170 Neb. 926 (1960)

Abrams v. City of Mattoon, 148 Ill.App.3d 657 (1986)

Abuan v. General Electric Co., 3 F.3d 329 (9th Cir. 1993)

Aetna Life Ins. Co. v. Lavoie, 475 US 813 (1986)

Alexander & Alexander, Inc. v. B. Dixon Evander & Associates, Inc.,
596 A.2d 687 (1991)

Allinger v. Kell, 302 N.W.2d 576 (1981)

Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans, 413 So.2d 982
(La.Ct.App. 1982)

Amerigraphics, Inc. v. Mercury As. Co., 182 Cal.App. 4th 1538 (Cal.
Ct. App., 2010)

Andrew Jackson Life Ins. Co. v. Williams, 566 So.2d 1172 (Miss.
1990)

Armstrong v. Brookdale University Hospital and Medical Center, 425
F.3d 126 (2d Cir. 2005)

Averyt v. Wal-Mart Stores, Inc., 265 P.3d 456 (Colo. 2011)

Banks v. Sunrise Hosp., 102 P.3d 52 (2004)

Barber v. Time, Inc., 159 S.W.2d 291 (1942)

Barry v. Edmunds, 116 U.S. 550 (1886)

Belle Bonfils Memorial Blood Bank v. Hansen, 579 P.2d 1158 (1978)

Bergin v. Grace, 833 N.Y.S.2d 729 (3d Dep't 2007)

Blum v. Airport Terminal Services, Inc., 762 S.W.2d 67 (Mo.Ct.App.
1988)

BMW of North America v. Gore, 517 U.S. 559 (1996)

- Boeken v. Philip Morris USA Inc.. En Howard Frank, MD, PC v. Superior Court, 722 P.2d 955 (1986)
- Boryla v. Pash, 960 P.2d 123 (Colo. 1998)
- Bramer v. Dotson, 190 W.Va. 200 (1993)
- Breed v. Jones, 421 U.S. 519, 528 (1975)
- Brotherton v. Celotex Corp., 202 N.J. Super. 148 (1985)
- Browning-Ferris Industries, Inc. v. Kelko Disposal, Inc., 492 U.S. 257 (1989)
- Brown v. Kendall, 60 Mass. 292 (1850)
- Brown v. Van Braam, 3 US 344 (1797)
- Burks v. Abbott Laboratories, 639 F. Supp.2d 1006 (D. Minn. 2009)
- Cady v. IMC Mortg. Co., 862 A.2d 202 (R.I. 2004)
- Cantrell v. GAF Corp., 999 F.2d 1007 (6th Cir. 1993)
- Capelouto v. Kaiser Foundation Hospital, 500 P.2d 880 (1972)
- Carnes v. Thompson, 48 S.W.2d 903 (Mo. 1932)
- Ceco Corp. v. Coleman, 441 A.2d 940 (D.C. 1982)
- Champion v. CLC of Dyersburg, LLC, 359 S.W.3d 161 (Tenn. Ct. App. 2011)
- Chapman v. Grimm & Grimm, 638 N.E.2d 462 (Ind.Ct.App. 1994)
- Chizmar v. Mackie, 896 P.2d 196 (Alaska, 1995)
- City of Chicago v. Beretta USA, 821 N.E.2d 1136 (Ill 2004)
- City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co., 313 Mass. 257 (1943)
- City of Newport v. Fact Concerts, Inc., 453 US 247 (1981)
- Clement v. Citron, 115 So.3d 1260 (La. Ct. App.3d Cir. 2013)
- Coats v. Dish Network, L.L.C., 303 P.3d 147 (2013); Berman v. Allan, 404 A.2d 8 (1979)

- Connecticut v. American Electric Power Co., 406 F.Supp. 2d 265 (S.D.N.Y. 2005); 131 S.Ct. 813 (2010)
- Contrast Plummer v. United States, 580 F.2d 72 (3d Cir. 1978)
- Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424 (2001)
- Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 US 424 (2001)
- Cooperativa de Seguros Múltiples de Puerto Rico v. San Juan, 289 F.Supp. 858 (1968)
- Crain v. Presbyterian Intercommunity Hosp., 652 P.2d 318 (1982)
- Crawford v. Kirk, 929 S.W.2d 633 (Tex. App. Texarkana 1996)
- Crowley v. Global Realty Inc., 474 A.2d 1056 (1984)
- Culbert v. Sampson's Supermarkets, inc., 444 A.2d 433 (Me. 1982)
- Dartez v. Fibreboard Corp., 765 F.2d 456 (5th Cir. 1985)
- Daugherty v. Firestone Tire and Rubber Co., 85 F.R.D. 693 (1980)
- Day v. Woodworth, 54 U.S. 363 (1851)
- Doe v. Miles Laboratories, Inc., 675 F.Supp. 1466 (DC Md. 1987)
- Dolgenercorp, Inc. v. Mississippi Band of Choctaw Indians, 746 F.3d 167 (5th Cir. 2014)
- Dombrowski v. Fafnir Bearing Co., 167 A.2d 458, (1961)
- Dugue v. Levy, 114 La. 21, 37 So. 995 (1904)
- Elden v. Sheldon, 758 P.2d 582 (1988)
- Elk v. US, 87 Fed. Cl. 70 (2009)
- Emerson v. Magendants, 689 A.2d 409 (R.I. 1997)
- Enright v. Goodman Distribution, Inc., 330 S.W.3d 392 (Tex. App. Houston 14th Dist. 2010)
- Estelle v. Gamble, 429 US 97 (1976)

- Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605 (2008)
- Exxon Shipping Co. v. Baker, 128 S. Ct. 2605, 2620, 171 L. Ed. 2d 570, 660 (2008)
- Eyoma v. Falco, 247 N.J. Super 435, 589 A.2d 653 (App.Div. 1991)
- Farley v. Sartin, 466 S.E.2d 522 (W.Va. 1995)
- Farm Bureau Ins. Co. of Nebraska v. Martinsen, 659 N.W.2d 823 (2003)
- Fein v. Permanente Medical Group, 695 P.2d 665 (Cal. 1985)
- Ferguson & Wheeler Land, Lumber & Handle Co. v. Good, 165 S.W. 628 (1914)
- Ferriter v. Daniel O'Connell's Sons, Inc., 413 N.E.2d 690 (1980)
- Flannery v. United States, 297 S.E.2d 433 (W.Va. 1982)
- Flax v. Daimler Chrysler Corp., 272 S.W. 3d 521 (2008)
- Foot v. Card, 58 Conn. 1 (1889)
- Ford Motor Corp. v. Miles, 967 S.W.2d 377 (Tex. 1998)
- Fuchser v. Jacobson, 290 N.W.2d 449 (1980)
- Gamble v. Dollar General Corp., 852 So.2d 5 (Miss. 2003)
- Ganim v. Smith & Wesson Corp., 780 A.2d 98 (Conn. 2001)
- Genthon v. Kratville, 701 N.W.2d 334 (2005)
- Gertz v. Welch, Inc., 418 U.S. 323, 350 (1974)
- Gibson v. American Cyanamid Co., 07-C-864 (E.D. WI)
- Gillingham v. Consol Energy, Inc., 51 A.3d 841 (2012)
- Glasscock v. Armstrong Cork Co., 946 F.2d 1085 (5th Circ. 1991)
- Goff v. Elmo Greer & Sons Const. Co., Inc., 292 S.W. 3d 175 (Tenn. 2009)
- Graeff v. Baptist Temple of Springfield, 576 S.W.2d 291, 301 (Mo. 1978)

- Gramlin v. Mallett, 285 Wis.2d 236 (Wis. 2005)
- Gurley v. St. Louis Public Services Co., 256 S.W.2d 755 (Mo. 1953)
- Hagen v. Gibbons, 177 N.W.2d 83 (1970)
- Hansen v. Johns-Manville Products Corp., 734 F.2d 1036, 1042 (5th Cir. 1984)
- Hansen v. Johns-Manville Products Corp., 734 F.2d 1036, 1042 (5th Cir. 1984)
- Heiner v. Moretuzzo, 73 Ohio St.3d 80 (1995)
- Hester v. Barnett, 723 S.W.2d 544 (Mo.App. 1987)
- Hitaffer v. Argonne Co., 183 F.2d 811 (D.C. Cir. 1950)
- Hofer v. Lavender, 679 S.W.2d 470 (Texas, 1984)
- Honeywell, Inc. v. American Standards Testing Bureau, Inc., 851 F.2d 652 (3rd Cir. 1988)
- Huckle v. Money, 2 Wils KB 205, 95 Eng Rep 768 (1763)
- Huff v. White Motor Corp., 609 F.2d 286 (1979)
- Hurtado v. Land O'Lakes, Inc., 278 P.3d 415 (2012)
- Irwin v. Degtiarov, 8 N.E.3d 296 (2014)
- Jackson v. Tastykake, Inc., 648 A.2d 1214 (1994)
- James v. City of Douglas, Ga., 941 F.2d 1539 (11th Cir. 1991)
- Jiménez Nieves v. United States, 618 F. Supp. 66 (1985)
- Joba Const. Co, Inc. v. Burns & Roe, Inc., 121 Mich. App. 615 (1982)
- Johnson v. Summers, 577 N.E.2D 301, 304 (1991)
- Jones v. Wal-Mart Stores, Inc., 870 F.2d 982 (5th Cir. 1989)
- Jordan v. Gardner, 986 F.2d 1521 (9th Cir. 1993)
- K.A.C. v. Benson, 527 N.W.2d 553 (Minn. 1995)

- Kansas City Southern Ry. Co., Inc. v. Johnson, 798 So.2d 374 (Miss. 2001)
- Kelsay v. Motorola, Inc., 74 Ill 2d 172, 384 NE 2d 353, 359
- Kenton v. Hyatt Hotels Corp., 693 S.W.2d 83 (Mo. 1985)
- Lafarge North America, Inc. v. Nord, 86 So.3d 326 (Ala. 2011)
- Lauer v. Young Men's Christian Ass'n of Honolulu, 557 P.2d 1334, 1342 (1976)
- Lavelle v. Owens-Corning Fiberglas Corp., 30 Ohio Misc.2d 11, 507 N.E.2d 476 (1987)
- Lee v. Delta Air Lines, Inc., 32 F.3d 566 (5th Cir. 1994)
- Liebeck v. McDonald's Restaurants, No. CV-93-02419, 1995 (N.M. Dist., Aug. 18, 1994)
- Lieberman v. Eomployers Ins. of Wausau, 419 A.2d 417 (1980)
- Manning v. Gimsley, 643 F.2d 20 (1st Cir. 1981)
- Matthews v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan, 572 N.W.2d 603, 613 (1998)
- McAlister v. Carl, 233 Md. 446 (1964)
- McCoy v. Arkansas Natural Gas Co., 175 La. 487 (1932)
- McDougald v. Garber, 73 N.Y.2d 246 (1989)
- McGee v. AC and S, Inc., 933 So.2d 770 (La. 2006)
- McKernan v. Aasheim, 687 P.2d 850 (Wash. 1984)
- Meador v. Toyota of Jefferson, Inc., 332 So.2d 433, 437 (La. 1976)
- Melvin v. Reid, 112 Cal.App. 285 (1931)
- Mendoza v. B.L.H. Electronics, 530 N.E.2d 349 (1988)
- Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley, 521 US 424 (1997)
- Mid-States Homes, Inc. v. Johnson, 311 So 2d 312, 317 (1975)
- Mileski v. Long Island R.R., 499 F.2d 1169 (2d Cir. 1974)

- Molzof v. United States, 502 U.S. 301 (1992)
- Murphy v. Harty, 393 P.2d 206 (1964)
- Nagy v. Nagy, 258 Cal.Rptr. 787 (1989)
- Neal v. Neal, 873 P.2d 871 (1994)
- Nickerson v. Stonebridge Life Insurance Company, (B234271, Aug. 29, 2013)
- Pacific Mut. Life Ins. Co., v. Haslip, 499 US 1 (1991)
- Pacific Mutual Life Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991)
- Paz v. Brush Engineered Materials, Inc., 949 So.2d 1 (Miss. 2007)
- Pelfrey v. Chambers, 43 F.3d 1034 (6th Cir. 1995)
- Philip Morris USA v. Williams, 172 S. Ct. 1057 (2007)
- Phillip Morris USA v. Williams, 549 US 346 (2007), 556 US 178 (2009)
- Pickering v. Pickering, 434 N.W.2d 758 (S.D. 1989)
- Planned Parenthood of Columbia/Willamette, Inc. v. American Coalition of Life Activists, 945 F. Supp. 1355 (1996)
- Poston v. Poston, 436 S.E.2d 854 (1993)
- Poulos v. Poulos, 222 N.E.2d 887 (1967)
- Poyzer v. McGraw, 360 N.W.2d 748 (Iowa 1985)
- Prete v. US, 531 F.Supp. 931 (E.D. Mo. 1981)
- Provencio v. Wenrich, 261 P.3d 1089 (2011)
- R.J. v. Humana of Florida, Inc., 652 So.2d 360 (Fla. 1995)
- Richards v. Superior Court, 86 Cal. App. 3d 265, 150 (1978)
- Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc., 378 F.2d 832, 839 (2d Cir. 1967)
- Rose v. Chaikin, 187 N.J. Super. 210 (1982)
- Ruprecht v. Ruprecht, 599 A.2d 604 (1991)

- Rushing v. Wayne County, 462 N.W.2d 23 (1990)
- S.A.V. v. K.G.V., 708 S.W.2d 651 (Mo. 1986)
- Sánchez v. U.S., 803 F. Supp.2d 1066 (C.D. Cal. 2011)
- Sanders v. American Broadcasting Companies, Inc., 978 P.2d 67 (1999)
- Scognamillo v. Olsen, 795 P.2d 1357 (Colo.App. 1990)
- Scott v. Shephard del 1773
- Sears, Roebuck & Co. v. Hartley, 160 F.2d 1019 (9th Cir. 1947)
- Sepúlveda v. Ramírez, 967 F.2d 1413 (9th Cir. 1992)
- Shahrokhfar v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 27 A.L.R. 4th 309 (1981)
- Sherrod v. Berry, 629 F. Supp. 159, 164 (1985)
- SHV Coal, Inc. v. Continental Grain Co., 587 A. 2d 702 (1991)
- Simmerer v. Dabbas, 733 N.E.2d 1169 (Oh. 2000)
- Simpson v. Pittsburgh Corning Corp., 901 F.2d 277 (2^d Cir. 1990)
- Singer v. Marx, 301 P.2d440 (1956)
- Smallwood v. Bradford, 720 A.2d 586 (1998)
- Smith v. Cote, 513 A.2d 341 (N.H. 1986)
- Smith v. Executive Club, Ltd., 458 A. 2d 32, 35, 48 ALR 4th 147 (1983)
- Smith v. United States, 507 U.S. 197 (1993)
- Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler, 2 Wash. 45 (1891)
- Stapley v. Hejslet, 2006 BCCA 34 (2006)
- State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell, 538 U.S. 408 (2003)
- State v. Lead Industries Assn., 951 A.2d 428 (RI 2008)

- Sterling v. Velsicol Chemical Corp., 855 F.2d 1188 (6th Cir. 1988)
- Stermer v. Archer-Daniels-Midland Co., 140 So.3d 879 (La. Ct. App. 3d Cir. 2014)
- Stuart v. Western Union Tel. Co., 66 Tex. 580 (1885)
- Talmage v. Smith, 59 N.W. 656 (1894)
- Texaco Inc. v. Pennzoil Co., 481 US 1 (1986)
- Thomas v. Bethea, 718 A.2d 1187 (1998)
- Thompson v National Railroad Passenger Corp., 621 F.2d 814 (6th Cir. 1980)
- Tullai v. Homan, 241 Cal. Rptr. 255 (2^d Dist. 1987)
- Tully v. McLean, 948 N.E.2d 714 (1st Dist. 2011)
- Turner v. Heston, 303 S.E.2d 718 (1983)
- TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 US 443 (1993)
- US v. Cook, 462 F.2d 301, 304 (D.C. Cir. 1972)
- Vosburg v. Cenex-Land O'Lakes Agronomy Co., 245 Neb. 485 (1994)
- Wal-Mart Stores, Inc. v. Alexander, 868 S.W.2d 322, 328 (Tex. 1993)
- Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260 (1980)
- Wangen v. Ford Motor Co., 97 Wis. 2d 260, 279 (1980)
- Weicker v. Weicker, 237 N.E.2d 876 (1968)
- Whittington v. Whittington, 766 S.W.2d 73 (Ky.App. 1989)
- Wilkes v. Wood, 2 Wils KB 203, 95 Eng Rep 766 (1763)
- Williams v. City of New York, 169 A.D.2D 713 (1991)
- Willis v. Noble Drilling (US), Inc., 105 So.3d 828 (La. Ct. App. 5th Cir. 2012)
- Wilson v. Layne, 526 US 603 (1999)

Wise v. Daniel, 221 Mich. 229 (1922)

Wood v. Mobil Chemical Co., 50 Ill. App.3 465 (1977)

Yowell v. Piper Aircraft Corp., 703 S.W.2d 640 (Tex. 1986)

3. Francia

CA. Paris, 14 fév. 2002, n° 2002/168616 et n° 2002/168613

Cass. civ., 2^e, 20 juill. 1993, n° 92-06.001

Cass. Chambre Mixte, 27 de février de 1970, 68-10.276

Cass. civ., 10 décembre 1986, J.C.P. 1987, IV, 62

Cass. civ., 13 février 1923, Dalloz périodique et critique (D.C.), 1, 52,
note H. Lalou

Cass. civ., 16 de avril de 1996, D. 1996 IR 135

Cass. civ., 1^e, 1 avril 2003, n° 01-00.575

Cass. civ., 1^e, 10 avril 2013, n° 11-19.530

Cass. civ., 1^e, 11 mars 2014, n° 13-10.117

Cass. civ., 1^e, 13 mai 2014, n° 13-14.298

Cass. civ., 1^e, 16 janvier 1962, D. 1962

Cass. civ., 1^e, 18 juin 2014, n° 13-13.471

Cass. civ., 1^e, 1^{er} avr. 2003, n° 01-00.575

Cass. civ., 1^e, 2 juillet 2014, n° 13-19.093

Cass. civ., 1^e, 22 février 1995, n^{os} 92-18.731 et 93-12.644

Cass. civ., 1^e, 26 mars 1996, n^{os} 94-11.791 et 94-14.158

Cass. civ., 1^e, 27 janvier 1982, n° 80-15.947

Cass. civ., 1^e, 28 octobre 2003, n^{os} 00-18.794 et 00-20.065

Cass. civ., 1^e, 28 octobre 2003, n^{os} 00-18.794 et 00-20.065

- Cass. civ., 1^e, 3 juin 2010, n° 09-13.591
- Cass. civ., 1^e, 6 décembre 2007, n° 06-19.301
- Cass. civ., 1^e, 7 octobre 1992, Responsabilité Civile et Assurance (Resp. Civ. et Ass.), 434
- Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 1991: D. 1991.566, note Le Tourneau; JCP 1992. II. 21784, note Barbièri; Gaz. Pal. 1992. 2. Somm. 285, obs. Chabas; RTD civ. 1991. 753, obs. Jourdain.
- Cass. civ., 1^e, 9 novembre 1999, n° 98-17.369
- Cass. civ., 1^e, 9 juill. 1996, n° 94-12.868
- Cass. civ., 2^e, 18 juin 1997, Resp. civ. et assur. 1997, com. no. 288
- Cass. civ., 2^e, 21 novembre 2013, n° 12-28.168
- Cass. civ., 2^e, 11 décembre 2014, n° 13-28.774
- Cass. civ., 2^e, 11 décembre 2014, n° 13-28.774
- Cass. civ., 2^e, 11 septembre 2014, n° 13-24.344
- Cass. civ., 2^e, 12 mai 2005, Bull. civ. II no. 122
- Cass. civ., 2^e, 12 mai 2011, n° 10-17148
- Cass. civ., 2^e, 13 janvier 2012, n° 11-10224
- Cass. civ., 2^e, 16 janvier 2014, n° 13-10.566
- Cass. civ., 2^e, 16 septembre 2010, n° 09-69433
- Cass. civ., 2^e, 16 septembre 2010, n° 09-69433, Resp. civ. et assur. 2010, com. no. 320
- Cass. civ., 2^e, 19 novembre 2009, n° 08-11622, 08-16172 et 08-15853
- Cass. civ., 2^e, 22 de février de 2007, n° 06-10.131, Bull. 2001, II, n° 47
- Cass. civ., 2^e, 23 octobre 2003, n° 02-15.424
- Cass. civ., 2^e, 24 septembre 2009, n° 08-17241
- Cass. civ., 2^e, 25 février 2010, n° 08-20942

- Cass. civ., 2^e, 28 de février de 2013, n^{os} 11-25.446 et 11-25.927
- Cass. civ., 2^e, 28 juin 1995, n^o 93-18.465
- Cass. civ., 2^e, 28 mai 2009, n^o 08-16829, D. 2010
- Cass. civ., 2^e, 28 mayo 2009, Bull. civ. II, No. 131
- Cass. civ., 2^e, 28 novembre 1962, n^o 61-10.454
- Cass. civ., 2^e, 30 juin 2005, n^o 03-19817
- Cass. civ., 2^e, 30 juin 2005, Resp. civ. et assur. 2005, com. no. 316
- Cass. civ., 2^e, 5 janvier 1994, Bull. civ. II, No. 15
- Cass. civ., 2^e, 6 octobre 1976: Bulletin civil II, n^o 273
- Cass. civ., 2^e, 7 décembre 1978, n^o 77-12.013
- Cass. civ., 2^e, 8 mai 1964, n^o 63-10.723
- Cass. civ., 2^e, 9 décembre 2004, Resp. civ. et assur. 2005, com. n^o 50
- Cass. civ., 2^e, 9 octobre 2014, n^o 13-23.345
- Cass. civ., commerciale, 2 décembre 2014, n^o 13-23.114
- Cass. crim., 16 novembre 2010, n^o 09-87.211
- Cass. crim., 27 de janvier 2004, n^o 03-87.778
- Cass. crim., 3 avril 1978, Juris Classeur périodique (J.C.P.), II, 19168, note S. Brousseau
- Cass. crim., 4 février 1998, Dalloz, 445 et seq., note D. Bourgault-Coudeville
- Cass. crim. 3 avril 1978: JCP. II. 19168, note Brousseau.
- Cass. crim., 14 juin 1978 : Gaz. Pal. 1978. 2. 550.
- Cass. crim., 8 juillet 1975, n^o 74-93.006
- Cass. req., 16 de diciembre de 2010, n^o 10-11.628
- Cass. req., 2 de febrero de 1931, DH 1931.113

- Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-20.136
- Cass. soc., 10 décembre 2014, n° 13-21.109
- Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42241
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21254
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21255
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21255
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21256
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21257
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21258
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21259
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21260
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21261
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21262
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21263
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21264
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21265
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21266
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21267
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21268
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21269
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21270
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21271
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21272
- Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21273

Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21274

Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21275

Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21276

Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21277

Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-21278

Paris, 23/01/1979, Gaz. Pal. 1980, I Somm. 90

Resp. civ. et assur 2005, com. no. 212 obs. H. Groutel

Trib. Gr. Inst. Châlons-Sur-Marne, Res. 16 de marzo de 1978, Gaz. Pal. 1978, II, Somm. 399

4. Italia

Cass., 13 gennaio 1975, n. 126 in Resp. civ. prev., 1975, 695

Cass., 22 marzo 1979, n. 1646, ivi, 1979, 799

Cass., 25 agosto 1977, n. 3856, ivi, 1978, 138

5. Puerto Rico

Aponte v. Alonso, 46 D.P.R. 549 (1934)

Ayala v. San Juan Racing, 112 D.P.R. 804 (1982)

Batista v. Clínica Juliá, 71 D.P.R. 823 (1950)

Berrios v. International General Electric, 88 D.P.R. 109 (1963)

Blas Toledo v. Hospital Nuestra Señora de Guadalupe, 146 D.P.R. 267 (1998)

Blas v. Hospital Guadalupe, 146 D.P.R. 267 (1998)

Bonilla v. Chardón, 118 D.P.R. 599, 610 (1987)

Casanova v. González Padín, 47 D.P.R. 488 (1934)

Chico Ramos v. Editorial Ponce, Inc., 101 D.P.R. 759 (1973)

Cintrón Adorno v. Gómez, 147 D.P.R. 576 (1999)

- Colón v. Romero Barceló, 112 D.P.R. 573 (1982)
- Concepción Guzmán v. A.F.F., 92 D.P.R. 488 (1965)
- Correa v. A.F.F., 83 D.P.R. 144 (1961)
- Cortés Portalatín v. Hau Colón, 103 D.P.R. 734 (1975)
- Delgado v. Trujillo, 24 D.P.R. 484 (1916)
- Elba A.B.M. v. U.P.R. y otros, 125 D.P.R. 294 (1990)
- Escobar Galarza v. Banuchi Pons, 114 D.P.R. 138 (1983)
- Figuroa Pizarro v. Western Assurance, Co., 87 D.P.R. 152 (1963)
- Filardi v. Barreda, 24 D.P.R. 391 (1916)
- González Martínez v. López, 118 D.P.R. 190 (1987)
- González v. San Juan Light and Transit Co., 17 D.P.R. 124 (1911)
- Hernández v. Gobierno de la Capital, 81 D.P.R. 1031 (1960)
- Hernández v. Matanzo, 34 D.P.R. 755 (1925)
- In re Montes Fuentes, 174 D.P.R. 863 (2008)
- Infante v. Leith, 85 D.P.R. 26 (1962)
- Irizarry, v. Puerto Rico Auto Corporation, 60 D.P.R. 1 (1942)
- Jiménez Álvarez v. Silén Maldonado, 131 D.P.R. 91 (1992)
- Krans Bell v. Kobbo Santarrosa, 172 D.P.R. 731 (2007)
- López Tord v. Molina, 38 D.P.R. 823 (1928)
- López v. Porrata Doria, 169 D.P.R. 135 (2006)
- Maldonado v. Marrero, 121 D.P.R. 705 (1988)
- Maldonado v. Porto Rico Drug, 31 D.P.R. 747 (1923)
- Martínez v. Chase Manhattan Bank, 108 D.P.R. 515 (1979)
- Meléndez v. Lebrón Rodríguez, 111 D.P.R. 45 (1981)

- Meléndez v. Metro Taxi Cabs, 68 D.P.R. 766 (1948)
- Moa v. E.L.A., 100 D.P.R. 573 (1972)
- Morales Muñoz v. Castro, 85 D.P.R. 288, 297 (1962)
- Morales v. Rivera, 8 D.P.R. 463 (1905)
- Muñoz v. The N.Y. & P.R. S/S Corp., 72 D.P.R. 582 (1951)
- Nieves Cruz v. U.P.R., 151 D.P.R. 150 (2000)
- Nieves Díaz v. González Massas, 178 DPR 820 (2010)
- Orta v. P.R. Railway Light & Power Co., 36 D.P.R. 743 (1927)
- Ortiz Rivera v. Aetna Life Insurance, Co., 89 D.P.R. 640 (1963)
- Ortiz v. Viera, 59 D.P.R. 358 (1941)
- Paoli Méndez v. Rodríguez, 138 D.P.R. 449 (1995)
- Pate v. USA, 120 D.P.R. 566 (1988)
- Polanco v. Tribunal Superior, 118 D.P.R. 35 (1987)
- Puerto Rico Freight v. Corp. Desarrollo de Exportaciones, 187 D.P.R. 42 (2012)
- Ramírez Ferrer v. Conagra Foods PR, 175 DPR 799 (2009)
- Ramos v. Orientalist Rattan, 130 DPR 712 (1992)
- Riley v. Rodríguez de Pacheco, 119 D.P.R. 762 (1997)
- Ríos Ruiz v. Mark, 119 D.P.R. 816 (1987)
- Rivera Pérez v. Cruz Corchado, 119 D.P.R. 8 (1987)
- Rivera v. Dunscombe, 73 D.P.R. 819 (1952)
- Rivera v. Fagot, 79 D.P.R. 555 (1956)
- Rivera v. S.L.G. Díaz, 165 D.P.R. 408 (2005)
- Rodríguez v. San Miguel, 4 D.P.R. 208 (1903)
- Rodríguez Cancel v. A.E.E., 116 D.P.R. 443 (1985)

- Rodríguez et al. v. Hospital et al., 186 D.P.R. 889 (2012)
- Rodríguez v. A.A.A., 98 D.P.R. 872 (1970)
- Rodríguez v. National Cash Register, 35 D.P.R. 663 (1926)
- Rodríguez v. Ponce Cement Corp., 98 D.P.R. 201 (1969)
- Romany v. El Mundo, Inc., 89 D.P.R. 604 (1963)
- Roses v. Clínica Juliá, 67 D.P.R. 518 (1947)
- Ruiz Santiago v. E.L.A., 116 D.P.R. 306 (1985)
- Sagardía De Jesús v. Hospital Auxilio Mutuo, 177 D.P.R. 484 (2009)
- Sagardía De Jesús v. Hospital Auxilio Mutuo, 177 DPR 484 (2009)
- Salas v. Burgos, 47 D.P.R. 97 (1934)
- Santini Rivera v. Serv. Air. Inc., 137 D.P.R. 1 (1994)
- Sepúlveda de Arrieta v. Barreto, 137 D.P.R. 735, 753 (1994)
- SLG Rodríguez v. Nationwide, 156 D.P.R. 614 (2002)
- Sociedad de Gananciales v. El Vocero, 135 D.P.R. 122 (1994)
- Sociedad de Gananciales v. Woolworth & Co., 143 D.P.R. 76, 81 (1997)
- Soto Cabral v. E.L.A., 138 D.P.R. 298 (1995)
- Sucesión Peraza v. Marín, 40 D.P.R. 355 (1929)
- Suro v. E.L.A., 111 D.P.R. 456 (1981)
- The Powerlight of Puerto Rico v. CRUV, 115 D.P.R. 654 (1984)
- Torres v. Rubianes, 20 D.P.R. 337 (1914)
- Torres Ortiz v. Plá, 123 D.P.R. 637 (1989)
- Torres Silva v. El Mundo, Inc., 106 D.P.R. 415, 420 (1977)
- Travieso v. Del Toro, 74 D.P.R. 1009 (1953)

Urrutia v. A.A.A., 103 D.P.R. 643 (1975)

Vázquez v. Ponce Asphalt, 113 D.P.R. 39 (1982)

Vda. de Seraballs v. Abella Hernández, 90 D.P.R. 368 (1964)

Velázquez Ortiz v. U.P.R., 128 D.P.R. 234 (1991)

Velázquez v. Ponce Asphalt, 113 D.P.R. 39 (1982)

Weber Carrillo v. E.L.A., 2014 TSPR 46, 190 D.P.R. _____

Zalduondo v. Sánchez, 15 D.P.R. 231 (1909)

Zeno Molina v. Vázquez Rosario, 106 D.P.R. 324 (1978)

6. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2 de octubre de 2001/567 (TEDH 2001, 567)

16 de noviembre de 2004 (TEDH 2004, 68)

7. Otras Jurisdicciones:

Inglaterra:

Coggs v. Bernard, 1 Com 133; 92 ER 999 (1703)

Gibbons v. Pepper, 1 Lord Raymond 38; 91 ER 922 (1695)

Mitchell v. Allestry, 3 Keb 650; 1 Vent 295 (1676)

Waldon v. Mareschal, Y.B., M. 43 Edw. III, f. 33, pl. 38 (1369)

Williams v. Holland, 10 Bing 112 (1833)

ANEJOS

ANEJO 1

BAREMOS UTILIZADOS EN VALORACIÓN

MÉDICA DEL DAÑO CORPORAL

BAREMOS UTILIZADOS EN VALORACIÓN MÉDICA DEL DAÑO CORPORAL

Por: Dr. Francisco de la Puente Álvarez⁶⁹⁴

Una correcta Valoración Médica del Daño Corporal requiere por parte del médico en un adecuado ejercicio de valoración, el utilizar el baremo que se corresponde a la materia en la que se está realizando la valoración médica. Ello evita que informes médicos de valoración realizados con gran esfuerzo científico, un cuidado estilo expositivo y una valoración acertada y ajustada sean inútiles por utilizar un baremo inadecuado (claro ejemplo al intentar solicitar una condición de minusválido con una valoración médica realizada con el baremo de la Ley 30/1995).

La Valoración Médica del Daño Corporal **ha de estar en relación con la materia que se valora y la legislación que se aplicará** (si es una lesión, una incapacidad, una minusvalía, para el reconocimiento de un derecho, si es una lesión por accidente de trabajo, lesión por accidente de tráfico, secuela en relación a contrato de seguro, etc.). Esto es así porque hay distintos criterios legales para las mismas lesiones o secuelas médicas y hay distintos baremos a aplicar según cada caso.

Los Baremos no son homologables entre sí, salvo algunos casos concretos o sobre determinadas lesiones o secuelas, porque cada uno está concebido o intenta estarlo para un marco de actuación particular. **Los resultados de la Valoración con los distintos Baremos nunca se pueden equiparar de modo automático**, pues los valores asignados para una misma secuela son distintos según los Baremos, y esto es así pues se deben de aplicar a distintos conceptos indemnizatorios.

Dado el amplio campo de actuación de la Valoración Médica del Daño Corporal y la multitud de baremos utilizados en España, unos publicados en el B.O.E. y de obligado cumplimiento, otros asimismo publicados en el B.O.E. pero no de uso vinculante y finalmente otros no publicados oficialmente pero de uso amplio por los médicos valoradores, pasamos a exponer los distintos baremos de uso en España en las distintos campos de la Valoración Médica.

Tiene esta exposición la finalidad de dar una ayuda, (no pretende ser exhaustiva) a los médicos valoradores que se vean ante la circunstancia de dar opinión a un paciente, formar parte de un tribunal valorador, emitir un informe pericial para reclamación o defensa de un paciente o finalmente como perito judicial en un litigio en que se discuta la idoneidad o no de la valoración médica a una persona.

⁶⁹⁴ Información recuperada del portal de internet medynet.com, [en línea]. [Consulta: 23 de abril de 2014]. Disponible en: <http://www.medy.net.com/usuarios/jraguilar/vdc/tipos%20de%20baremos.htm>.

I) PARA LA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS EN ACCIDENTE DE TRAFICO

- 1 **Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre** (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.
- 2 **Anexo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991**, (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse en accidentes anteriores al 8 de noviembre de 1995. No obstante para estos accidentes puede usarse el baremo de la Ley 30/1995 con los mismos efectos orientadores que tenía el Baremo de la Orden de 5 de marzo.
- 3 **Baremo de la Resolución de 1 de Junio de 1989 de la Dirección General de Seguros** (para accidentes por el seguro obligatorio hasta el 8 de noviembre de 1995).
- 4 **El que exista en las condiciones generales de la Póliza de Ocupantes** para los conductores de vehículos respecto a su propia Compañía (ver el apartado V) .

II) PARA LA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS EN TRANSPORTE PUBLICO DE VIAJEROS

- 1 **Anexo del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre** (BOE del 28/12/1989), por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros

III) PARA LA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS EN ACCIDENTE DE CAZA

- 1 **Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre** (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.
- 2 **Anexo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991**, (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse en accidentes anteriores al 8 de noviembre de 1995.
- 3 **Baremo de la Resolución de 1 de Junio de 1989 de la Dirección General de Seguros** (para accidentes por el seguro obligatorio hasta el 8 de noviembre de 1995).

IV) PARA LA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS POR RESPONSABILIDAD CIVIL (en general)

- 1 Se trata de baremos de uso no vinculante, son a efectos orientativos.
- 2 **Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre** (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.
- 3 **Baremo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda**

de 5 de Marzo de 1991 (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse, no hay diferencias significativas con el anterior.

V) PARA LA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS EN RELACION CON POLIZAS DE SEGUROS

1 Baremo que esté en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro contratada

- Si las lesiones no están mencionadas en el Baremo de la Póliza:
- Lectura de las condiciones generales por si se menciona el procedimiento o el baremo a aplicar en ese caso (hay condicionados que remiten a determinado baremo en concreto).
- Si las condiciones generales mencionan únicamente que se valorará por asimilación con el Baremo de la Póliza se puede utilizar cualquier baremo de menoscabo funcional, siendo aconsejable que se haya publicado en España.

2 Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984, (BOE del 16 y 17/03/1984).

3 AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. *Guías para la evaluación de las deficiencias permanentes*. Ed. Ministerio de Asuntos Sociales INSERSO, Madrid, 1994.

VI) PARA LA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS EN ACCIDENTE DE TRABAJO.

1 Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de abril de 1974, (B.O.E. del 18/04/1974). Orden de 11 de mayo de 1988 (B.O.E. del 07/06/1988), revisó determinadas cuantías en el baremo anterior para suprimir las discriminaciones por razón de sexo. Actualizado en las cuantías por la Orden del Ministerio de Trabajo del 16 de enero de 1991 (B.O.E. del 18/01/1991).

VII) PARA LA VALORACION MEDICA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

1 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 10 de junio, (B.O.E. del 29/06/1994), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ver Artículo 116.

2 Real Decreto 1995/1978, de 12 de Mayo (B.O.E. del 25/08/1978) por el que se aprueba el Cuadro de Enfermedades Profesionales.

3 Anexo Real Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, (B.O.E. del 19/02/1973).

VIII-A) PARA LA VALORACION MEDICA DE LA CONDICION DE MINUSVALIDO

- 1 **Anexo 1 Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 16 y 17/03/1984). Es el único que se puede utilizar amparado por la Ley.

VIII-B) PARA LA EVALUACION DE LA IMPOSIBILIDAD DE OBTENER UN EMPLEO ADECUADO

- 1 **Anexo II Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 16 y 17/03/1984). Artículo 21 del R.D. 383/1984, de 1 de febrero.

IX) PARA LA VALORACION MEDICA DE LA NECESIDAD DE 3ª PERSONA

- 1 **Anexo III de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 17/03/1984).

X) PARA LA VALORACION MEDICA DE IMPOSIBILIDAD DE USO DE TRANSPORTES PUBLICOS O COLECTIVOS

- 1 **Anexo IV de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984** (B.O.E. del 17/03/1984).
- 2 **"Gestes de la vie quotidienne"**. F. Arcadio, A. Moulay y P. Chauvinc. Ed. Masson. París 1973.

XI) PARA LA VALORACION MEDICA DE LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA ORDINARIA

- 1 **"Gestes de la vie quotidienne"**. F. Arcadio, A. Moulay y P. Chauvinc. Ed. Masson. París 1973.

XII) PARA VALORACION DE LA APTITUD PSICOFISICA PARA OBTENER O PRORROGAR EL PERMISO O LICENCIA DE CONDUCCION

- 1 **Anexo IV del Real Decreto 772/1997 de 30 de mayo** (BOE del 06/06/1997), por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Uso para obtener el permiso o licencia y preferente para la renovación).
- 2 **Anexo I y II del Real Decreto 2272/1985 de 4 de diciembre** (BOE del 09/12/1985), por el que se determinan las aptitudes psicofísicas que deben de poseer los conductores de vehículos y

por el que se regulan los Centros de reconocimiento destinados a verificarlas. Es de utilidad en los que no puedan realizar la revisión del permiso o licencia de conducción con las nuevas normal del Real Decreto 77/1997.

XIII) PARA VALORACION MEDICA DE LOS DEFECTOS FISICOS Y ENFERMEDADES QUE CONSTITUYEN CAUSA DE INUTILIDAD PARA LA OBTENCION DE LOS TITULOS PARA EL GOBIERNO DE EMBARCACIONES DE RECREO

- 1 **Anexo de la Resolución de la Dirección General de la Marina Mercante de 22 de junio de 1990**, (B.O.E. del 07/07/1990), con el Cuadro de defectos físicos y enfermedades que constituyen inutilidad para la obtención de los títulos para el gobierno de embarcaciones de recreo.

XIV) PARA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS EN ATENTADOS TERRORISTAS

- 1 **Ley 33/1987**, de resarcimientos por daños a las Víctimas de Bandas Armadas y Elementos Terroristas.
- 2 **Guida alla valutazione medico-legale del danno biologico e dell'invalidità permanente**, de **R. Luvoni, F. Mangili y L. Bernardi**. Italia. Para valorar la Responsabilidad civil, el accidente laboral y el accidente privado.

XV) PARA VALORACION MEDICA DE VICTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

- 1 **Ley 35/1995 de 11 de diciembre** (B.O.E. del 12/12/1995), de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Especialmente los artículos 4 (concepto de lesiones y daños), 6 (criterios para determinar el importe de las ayudas)
- 2 **Real Decreto 738/97, de 23 de mayo**, (B.O.E. del 27/05/1997) por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

XVI) PARA VALORACION MEDICA DE LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

- 1 **Anexo del Real Decreto 1107/1993 de 9 de julio** (B.O.E. del 11/08/1993), por el que se aprueba el Reglamento de Reclutamiento. En el Anexo vienen las Normas para la

Determinación de la Aptitud Psicofísica para el Servicio Militar.

- 2 **Anexo del real Decreto 1410/1994 de 25 de junio** (B.O.E. del 20/07/1994) por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar. En el Anexo figuran las modificaciones a las Normas para la Determinación de la Aptitud Psicofísica para el Servicio Militar.

XVII) PARA VALORACION MEDICA PARA INGRESO A DETERMINADOS CUERPOS Y ESCALAS DE LAS FUERZAS ARMADAS

- 1 **Orden 52/1986, de 17 de junio** (B.O.E. del 03/07/1986), por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones común para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas. **Orden 15/1988 de 23 de febrero** (B.O.E. del 24/02/1988) con modificaciones y ampliaciones al cuadro médico de exclusiones de la Orden anterior.
- 2 **Apéndice B del Anexo a la Orden 75/1989, de 2 de octubre** (B.O.E. del 05/10/1989), por el que se aprueban las normas, los programas, el cuadro médico de exclusiones y los ejercicios físicos por los que han de regirse los procesos selectivos para el ingreso en los Centros docentes militares de formación de Grado Superior.
- 3 **Anexo I de la Orden 15/1988, de 23 de febrero** (B.O.E. del 24/02/1988), por el que se establece el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física aplicables al ingreso de la mujer en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas (en las mujeres no se aplica el de la Orden 52/1986, de 17 de junio).
- 4 **Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero** (B.O.E. del 20/03/1997).
- 5 Ver en la Resolución del Ministerio de Defensa en la que se convocan las plazas, cual es el baremo médico que se utiliza para esa convocatoria.

XVIII) PARA VALORACION MEDICA DE LESIONADOS MILITARES

- 1 **Anexo al Real Decreto 712/77, de 1 de abril** (B.O.E. del 22, 23, 25 y 26/04/1997 y rectificaciones del 31/05/1977), Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y el cuadro de lesiones y enfermedades.

XIX) PARA VALORACION MEDICA PARA INGRESO A DETERMINADOS PUESTOS COMO FUNCIONARIO DEL ESTADO

- 1 **Anexo de la Orden de 11 de enero de 1988**, (B.O.E del 19/01/1988), por el que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía.
- 2 **Ver en la Resolución del Ministerio correspondiente en la que se convocan las plazas, cual es el baremo médico que se utiliza para esa convocatoria.**

XX) BAREMOS EXTRANJEROS (no publicados traducidos en España)**A) FUNCIONALES O DE MENOSCABO**

- *Tabela Nacional de Incapacidades*. Portugal. Decreto-Ley nº 341/93, de 30 de setembro (Diario da República nº230 del 30/09/1993). Tabla nacional de incapacidades, para accidentes de trabajo, se usa también en derecho común (responsabilidad civil).
- *Concurs Medical. Barème fonctionnel indicatif des incapacités en droit commun*. Francia. Suplemento de Le Concurs Medical nº 25, de 19/06/1982. Es un baremo funcional indicativo de las incapacidades, para uso en derecho común (responsabilidad civil).

B) OTROS.

- **Barème du D^r Thierry et D^r Nicourt, classification des souffrances endurées suivant la nature du traumatismo**. Francia. Clasificación de los sufrimientos soportados, según la naturaleza del traumatismo.
- *Barème Accidents du travail et maladies professionnelles, de P. Padovani*. Francia. Baremo para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- **Guida alla valutazione medico-legale del danno biologico e dell'invalidità permanente, de R. Luvoni, F. Mangili y L. Bernardi**. Italia. Para valorar la Responsabilidad civil, el accidente laboral y el accidente privado.

ANEJO 2

ESCALA DE LA PÉRDIDA DEL PLACER DE LA VIDA

Grado de la Pérdida		Ejemplos
Ninguno	0%	No aplica.
Mínimo	1-17%	La persona está envuelta en un accidente automovilístico y pierde algunos días de trabajo; el funcionamiento y las relaciones de la familia son interrumpidos por días. La persona vuelve al nivel de funcionamiento previo al daño.
Liviano	18-33%	La persona se rompe un brazo que resulta en una incapacidad permanente para participar en actividades recreacionales. La persona tiene episodios infrecuentes de depresión leve. Todos los demás aspectos del funcionamiento práctico, emocional, social y ocupacional están al nivel previo al daño.
Moderado	34-50%	La persona pierde una pierna en un accidente automovilístico, lo que afecta su funcionamiento práctico a nivel cotidiano; las actividades recreativas están restringidas y sufre de episodios infrecuentes de depresión leve.
Severo	51-67%	La persona sufre quemaduras en un fuego y experimenta cicatrices significativas. El funcionamiento social está reducido substancialmente, la persona experimenta una pérdida significativa de valor propio o auto-estima y sufre de episodios frecuentes de depresión. El funcionamiento práctico y ocupacional permanece al nivel previo al daño.
Extremo	68-83%	La persona es cuadripléjica y requiere atención y cuidado a diario. El funcionamiento práctico, social y ocupacional están significativamente reducidos. La persona experimenta depresión severa y pérdida del valor propio.
Catastrófico	84-100%	La persona está encamada y requiere cuidado médico diario. Todos los aspectos del funcionamiento práctico, emocional y social están substancialmente reducidos. La persona no es capaz de trabajar.

ANEJO 3

PROPÓSITO DEL DAÑO PUNITIVO
POR JURISDICCIONES EUA

PROPÓSITO DEL DAÑO PUNITIVO ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Alabama	✓			✓		✓	Village Toyota Co., Inc. v. Stewart, 433 So.2d 1150 (Ala. 1983)
Alaska	✓					✓	Alaska Placer Co. v. Lee, 553 P.2d 54 (Alaska 1976); Sturm, Ruger & Co., Inc. v. Day, 594 P.2d 38, 47 (Alaska 1979)
Arizona	✓			✓		✓	Rhue v. Dawson, 173 Ariz. 220, 841 P.2d 215 (Ct. App. Div. 1 1992); Linthicum v. Nationwide Life Ins. Co., 150 Ariz. 326, 723 P.2d 675 (1986)
Arkansas	✓			✓		✓	McClellan v. Brown, 276 Ark. 28, 632 S.W.2d 406 (1982); Ray Dodge, Inc. v. Moore, 251 Ark. 1036, 479 S.W.2d 518 (1972)
California	✓			✓		✓	Cal. Civ. Code §3294
Colorado	✓			✓		✓	Colo. Rev. Stat. §13-21-102, Beebe v. Pierce, 185 Colo. 34, 521 P.2d 1263 (1974)
Connecticut	✓				✓		Collens v. New Caan Water Co., 155 Conn. 477, 234 A.2d 825 (1967)
Delaware	✓			✓		✓	Jardel Co., Inc. v. Hughes, 523 A.2d 518, 529 (Del. 1987)
District of Columbia	✓			✓		✓	Harris v. Wagshal, 343 A.2d 283 (D.C. 1975)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Florida	√			√	√		Campbell v. Government Employees Ins. Co., 306 So. 2d 525, 85 A.L.R. 3d 1200 (Fla. 1974)
Georgia	√		√	√	√		Ga. Code Ann §51-12-4.1(c)
Hawaii	√			√			Lauer v. Young Men's Christian Ass'n of Honolulu, 57 Haw. 390, 557 P.2d 1334 (1976)
Idaho	√				√		Curtis v. Firth, 123 Idaho 598, 850 P.2d 759, 759 (1993); Jolley v. Puregro Co. 94 Idaho 702, 496 P.2d 939 (1972)
Illinois	√			√	√		Maryasovsky v. West Towns Bus Co., 61 Ill. 2d 31, 330 N.E.2d 509 (1975); Baier v. Bostitch, 243 Ill. App. 3d 195, 183 Ill. Dec. 455, 611 N.E.2d 1103 (1st Dist. 1993)
Indiana	√			√	√		Orkin Exterminating Co., Inc. v. Traina, 486 N.E.2d 1019, 1022 (Ind. 1986)
Iowa	√			√	√		Coster v. Crookham, 468 N.W.2d 802, 810 (Iowa 1991); Lala v. Peoples Bank & Trust Co., 420 N.W.2d 804 (Iowa 1988)
Kansas	√			√	√		Traylor v. Wachter, 227 Kan. 221, 607 P.2d 1094, 1098 (1980); Henderson v. Hassur, 225 Kan. 678, 594 P.2d 650, 663 (1979)
Kentucky	√			√	√		Bissett v. Goss, 481 S.W.2d 71 (Ky. 1972)

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Louisiana		√	√				Killebrew v. Abbott Laboratories, 359 So. 2d 1275 (La. 1978); McCoy v. Arkansas Natural Gas Co., 175 La. 487, 143 So. 383, 85 A.L.R. 1147 (1932)
Maine	√					√	Braley v. Berkshire Mut. Ins. Co., 440 A.2d 359 (Me. 1982)
Maryland	√				√	√	Caldor, Inc. v. Bowden, 330 Md. 632, 625 A.2d 959 (1993); First Nat. Bank of St. Mary's v. Fidelity & Deposit Co., 283 Md. 228, 389 A.2d 359 (1978)
Massachusetts		√	√				City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co., 313 Mass. 257, 47 N.E.2d 265, 146 A.L.R. 750 (1943)
Michigan	√		√				McFadden v. Tate, 350 Mich. 84, 85 N.W.2d 181 (1957); Joba Const. Co., Inc. v. Burns & Roe Inc., 121 Mich. App. 615, 329 N.W.2d 760 (1982); Wise v. Daniel, 221 Mich. 229, 190 N.W. 746 (1922)
Minnesota	√		√		√	√	Kirschbaum v. Lowrey, 165 Minn. 233, 206 N.W. 171 (1925); Rosenbloom v. Flygare, 501 N.W.2d 597 (Minn. 1993); Minn. Stat. §549.20
Mississippi	√				√	√	Consolidated American Life Ins. Co. v. Toche, 410 So.2d 1303 (Miss. 1982); Standard Life Ins. Co. of Indiana v. Veal, 354 So.2d 239 (Miss. 1977)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Missouri	√				√		Chrislieb v. Luten, 633 S.W.2d 139 (Mo. Ct. App. E.D. 1982); State ex. rel. Smith v. Greene, 494 S.W.2d 55, 60 (Mo. 1973)
Montana	√		√		√	√	Mont Rev Code Ann §27-1-221; Johnson v. Murray, 201 Mont. 495, 656 P.2d 170 (1982); Miller v. Watkins, 200 Mont. 455, 653 P.2d 126, 133 (1982)
Nebraska		√					Miller v. Kingsley, 194 Neb. 123, 230 N.W.2d 472, 474 (1975); Abel v. Conover, 170 Neb. 926, 104 N.W.2d 684 (1960)
Nevada	√		√		√	√	Nev Rev Stat §42.005; Siggelkow v. Phoenix Ins. Co., 109 Nev. 42, 846 P.2d 303 (1993)
New Hampshire			√				NH Rev Stat Ann §407:16; §4:10
New Jersey	√				√	√	Nappe v. Anshelewitz, Barr, Ansell & Bonello, 97 N.J. 37, 477 A.2d 1224 (1984)
New Mexico	√				√	√	Christman v. Voyer, 92 N.M. 772, 595 P.2d 410 (Ct. App. 1979), revocado por otros fundamentos, Sánchez v. Clayton, 117 N.M. 761, 877 P.2d 567 (1994)
New York	√				√	√	Garity v. Lyle Stuart, Inc. 40 N.Y.2d 354, 386 N.Y.S.2d 831, 353 N.E.2d 793, 83 A.L.R.3d 1024 (1976)

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
North Carolina	✓				✓	✓	Mazza v. Huffaker, 61 N.C. App. 170, 300 S.E.2d 844 (1983); Shugar v. Guill, 304 N.C. 332, 283 S.E.2d 507 (1981); Newton v. Standard Fire Ins. Co., 291 N.C. 105, 229 S.E.2d 297 (1976)
North Dakota	✓		✓		✓	✓	ND Cent Code §32-03.2-11; Dahlen v. Landis, 314 N.W.2d 63 (N.D. 1981)
Ohio	✓		✓		✓	✓	Digital & Analog Design Corp. v. North Supply Co., 63 Ohio St. 3d 657, 490 N.E. 2d 737 (1992); Detling v. Chockley, 70 Ohio St. 2d 134, 24 Ohio Op. 3d 239, 439 N.E.2d 208 (1982); Ohio Rev Code Ann. §2315.21
Oklahoma	✓		✓		✓	✓	Oka Stat Ann tit 23 §9.1
Oregon	✓				✓	✓	Rogue Federal Credit Union v. Phillips, 121 Or. App. 630, 855 P.2d 1146 (1993); Lewis v. Devils Lake Rock Crushing Co., 274 Or. 293, 545 P.2d 1374 (1976)
Pennsylvania	✓				✓	✓	Delahanty v. First Pennsylvania Bank, N.A., 318 Pa. Super 90, 464, A.2d 1243 (1983)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
PUERTO RICO		√	√				Ley 131-1943, 1 L.P.R.A. §13; Ley 100-1959, 29 L.P.R.A. §146; Ley 69-1985, 29 L.P.R.A. §1321; Ley 44-1985, 1 L.P.R.A. §501; Sociedad de Gananciales v. Woolworth & Co., 143 D.P.R. 76, 81 (1997); , 143 D.P.R. 76, 81 (1997); Soto Cabral v. E.L.A., 138 D.P.R. 298 (1995); Cooperativa de Seguros Múltiples de Puerto Rico v. San Juan, 289 F.Supp. 858 (1968); Jiménez Nieves v. United States, 618 F. Supp. 66 (1985)
Rhode Island	√					√	Norel v. Grochowski, 51 R.I. 376, 155 A. 357 (1931)
South Carolina	√				√	√	Clark v. Cantrell, 332 S.C. 433, 504, S.E.2d 605 (Ct. App. 1998), confirmado y modificado en 339 S.C. 369, 529 S.E.2d 528 (2000); Hicks v. Herring, 246 S.C. 429, 144 S.E.2d 151 (1965)
South Dakota	√		√		√	√	SD Comp Laws Ann §21-3-2
Tennessee	√				√	√	Hodges v. S.C. Toof & Co., 833 S.W.2d 896 (Tenn. 1992); Huckleby v. Sangler, 563 S.W.2d 555 (Tenn. 1978)
Texas	√				√	√	Transportation Ins. Co. v. Moriel, 879 S.W.2d 10 (Tex. 1994); Hofer v. Lavender, 679 S.W.2d 470 (Tex. 1984)

Estado o Territorio	Derecho Común		Permitido solo por legislación	Propósito			Referencias
	Permitido	No Permitido		Compensación	Castigo	Disuasión	
Utah	√					√	Branch v. Western Petroleum, Inc. 657 P.2d 267 (Utah 1982); Nash v. Craigco, Inc. 585 P.2d 775 (Utah 1978)
Vermont	√				√	√	Goldsmith v. Joy, 41 Vt. 488, 17 A. 1010 (1889)
Virginia	√				√	√	F.B.C. Stores, Inc. v. Duncan 214 Va. 246, 198 S.E.2d 595 (1973)
Washington		√					Stanard v. Bolin, 88 Wash.2d 614, 565 P.2d 94 (1977); Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler, 2 Wash. 45, 25 P. 1072 (1891)
West Virginia	√				√	√	TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 187 W.Va. 457, 419 S.E.2d 870 (1992); Spenser v. Steinbrecher, 152 W.Va. 490, 164 S.E.2d 710 (1968)
Wisconsin	√		√		√	√	John Mohr & Sons, Inc. v. Jahnke, 55 Wis. 2d 402, 198 N.W.2d 363 (1972); Wisconsin Statutes Ann §895.043
Wyoming	√				√	√	Danculovich v. Brown, 593 P.2d 187 (Wyo. 1979)

Tabla 1: Propósito del Daño Punitivo, modificada de documento publicado en: KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., Punitive Damages: Law and Practice, Minneapolis, USA, West, 2002, Vol. 1, págs. 199-205.

PARTE VI

Resumen en Francés

CHAPITRE VII

Résumé en Français

7.1 CONTEXTE HISTORIQUE :

Le Droit romain est le point de départ et la source principale des maximes, règles, principes et axiomes juridiques utilisés de façon récurrente lors des arrêts des Tribunaux Suprêmes d'Espagne, de Porto Rico et la Cour de Cassation de France. Un des plus grands représentants de la philosophie légale de l'époque fut Justinien, qui définit le concept de justice comme étant «...*la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû*». À la différence d'autres cultures dans lesquelles les préceptes d'ordre légal étaient confondus avec les préceptes religieux et moraux, les romains distinguaient, depuis l'aube de l'évolution sociale, les préceptes légaux de ceux qui étaient d'ordre moral. Les principes philosophiques sur lesquels repose la responsabilité civile extracontractuelle ont été également bâtis durant cette étape. En particulier,

les trois principes éthiques et légaux esquissés par Ulpien qui établissent que le Droit est fondé sur le fait de vivre honnêtement «*honeste vivere*» ; de ne pas nuire à autrui «*alterum non laedere*» ; et de donner à chacun ce qui lui est dû «*suum quique tribuere*». Le développement du Droit romain est divisé en quatre périodes qui débutent avec la fondation de Rome jusqu'à la mort de l'empereur Justinien.

Durant la première période, appelée la Monarchie, le système de droit était très rudimentaire et cette période était connue comme l'époque embryonnaire et archaïque. La famille était la base de la société romaine et le père était la notion centrale sur laquelle reposait toute l'autorité. C'est à cette période qu'a été fondée la base du terme *pecunia* ou richesse, puisque l'on mesurait la capacité économique du chef de famille selon le *pecus* ou bétail possédé, mesure de valeur utilisée à partir de l'époque archaïque. On observe qu'à partir de ce moment historique les intérêts économiques et patrimoniaux commencent à être protégés au moyen de la législation. Les premiers efforts pour délimiter la portée du système judiciaire ont commencé avec l'adoption de normes visant la régulation de la vie familiale, le manquement à la fidélité, l'abandon des enfants de moins de trois ans, les fautes graves de la femme, l'ordre de la succession, le temps de deuil qui doit être respecté avant de contracter de nouvelles noces, la typification de délits variés, entre autre, l'homicide volontaire et involontaire, le parricide et l'adultère. L'infraction des principes moraux,

ne contextualise en rien l'étude que nous réalisons sur les préjudices moraux mais possède une signification latente et vise à mesurer la bonté et la méchanceté des actes des citoyens, et, l'État était celui qui régula à travers le Censeur, les procédures civiles afin de maintenir un équilibre social.

La seconde période de l'évolution du Droit romain est celle de la République et démarque la philosophie légale indépendamment des influences religieuses et ésotériques. La notion du Préteur, fonctionnaire public à qui incombait la responsabilité de résoudre les conflits entre les personnes privées. Cette notion substitue les Papes dans leur tâche de dire *le ius* et promeut également l'enseignement à travers la discussion publique des cas concrets et imaginaires. L'œuvre légale la plus grande importante fut la Loi des Douze Tables, laquelle constitue le premier effort pour codifier le Droit qui, jusqu'à ce moment, se transmettait de manière orale d'une génération à l'autre. Les XII tables contenaient les régulations relatives au droit procédural civil, le droit de la famille, le droit héréditaire et de tutelle, les affaires juridiques de l'époque, les limitations au droit de propriété et relations de voisinage ; le droit pénal, le droit sacré et deux chapitres additionnels qui contenaient les dispositions de nature diverse.

On identifie cette période comme étant celle qui vit naître la science juridique. À partir de ce moment, nous ne nous trouvons pas face à une société qui légifère et administre les normes de caractère légal, mais face à

des groupes de doctinaires qui analysent et dissertent sur les préceptes juridiques, promouvant les réflexions relatives aux institutions juridiques et leurs applications ainsi que l'intérêt pour leur environnement culturel. Lors de cette étape historique, c'était au moyen de la peine de mort qu'ils censuraient l'offense faite à l'honneur et l'image extérieure par le biais d'épithètes chantés ou écrits, chose qui de nos jours nous paraîtrait totalement démesurée et hors de proportions. Certains auteurs modernes tentent de mettre en relation les censures d'injures à l'époque romaine avec le préjudice moral, toutefois, la nature de l'action était pénale et les conséquences pouvaient être létales, selon le degré d'offense déployé.

DESCAMPS s'aligne avec les spécialistes du sujet signalant cette époque comme l'origine de la responsabilité civile puisqu'elle commence à établir une distinction fondamentale au sein des délits publics o *crimina*, qui étaient punis au moyen de peines corporelles ou pécuniaires en faveur du fisc o *aerarium* et délits de nature privée, appelés *delicta* ou *maleficia*, qui étaient composés d'actions de délits moins graves, et qui pouvaient être infligés à la demande de la partie offensée et étaient sanctionnées au moyen de peines pécuniaires.⁶⁹⁵ Au-delà de concevoir le délit comme un concept général, les romains ont typifié comme délits civils, des suppositions variées, en créant des notions mineures telle que *l'injuria*, *le furtum* et *le damnum injuria datum* qui reconnaît aux victimes le droit de faire une

⁶⁹⁵ DESCAMPS, O., op. cit., p. 11 ; GUZMÁN BRITO, A., op. cit., p. 231-233.

réclamation.⁶⁹⁶ Pour qu'une procédure illicite considérée comme *delictum* ait pu être envisagée, il aurait fallu la typifier au préalable dans la *lex publica* ou dans le *edictum praetoris*. Ultérieurement, ces notions du droit pénal privé adopté à Rome ont évolué et certaines font finalement partie des sources des obligations dans la tradition civiliste.

À cette époque les offenses aux droits moraux n'étaient pas reconnues et il n'existait pas de théorie générale de la réparation du dommage. L'atteinte à l'honneur, la réputation et la dignité de la personne se gérait à travers les notions juridiques suivantes :

1. "*Convicium*": C'est la plus ancienne de toutes et traite d'une sorte de diffamation stylisée, dont l'origine émane de l'utilisation de la magie et de la justice du peuple. On rassemblait des personnes en assemblée dans la maison d'un citoyen pour récolter les insultes et clameurs abusives. Les insultes et insolences étaient adressées à une personne spécifique et le délit prenait forme, même si la personne n'était pas présente. L'action pouvait être exécutée si le *Convicium* s'écartait des standards moraux de la communauté où il avait lieu et s'il exposait l'offensé à la perte de sa réputation ou au mépris des autres, qui était également défini comme une sensation intense de manque de respect ou de reconnaissance et aversion.

2. "*Adtemptata pudictia*": cet édit a été adopté pour protéger la réputation morale des femmes honnêtes et des jeunes romains. Il s'agissait des cas où des personnes décentes étaient poursuivies ou harcelées.

⁶⁹⁶ Ibid.

3. “*Ne quid infamandi causa fiat*”: C’est l’édit le plus général et permettait “l’*actio iniuriarum*” contre la personne qui causerait un dommage à la réputation d’autrui.

4. “*Servum alienum verberare*”: au moyen de cet édit était punie la personne qui frappait ou torturait l’esclave d’une autre personne. La punition n’était pas justifiée par les coups et blessures en soi, mais par l’injure ou insulte qui était directement faite à son maître.

La Loi Aquilia a constitué la législation romaine de Droit privé la plus importante ultérieure aux XII Tables.⁶⁹⁷ Cette législation a servi de base aux pandectistes et civilistes modernes dans l’élaboration de la théorie de la responsabilité extracontractuelle, et a servi aux romains de cette époque de paramètre pour régler la notion du délit civil de dommage. La nature de la loi a été objet de grand débat puisqu’elle présente des éléments d’une action pénale qui cible la sanction du coupable, mais contient en même temps une caractéristique reipersecutoire.⁶⁹⁸

Dans l’ensemble, la loi reconnaissait la possibilité de réparation pécuniaire pour les atteintes qui causaient préjudice au patrimoine, niant la possibilité de dédommagement des préjudices de nature morale. Le raisonnement sur lequel repose cette position est le fait qu’en Rome

⁶⁹⁷ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 953.

⁶⁹⁸ DESCAMPS, O., op. cit., p. 133. Geneviève, V., op.cit., p. 13 : «*Mais l’évolution la plus importante est certainement celle qui a amené nos anciens auteurs à dissocier la responsabilité civile de la responsabilité pénale, Inspirés par la distinctions romaines entre ‘délict public’ et ‘délict privé’ ‘action pénale’ et ‘action réipersécutoire’, ils ont en effet peu à titre principal par l’Etat alors que la réparation des dommages est une affaire qui intéresse d’abord les particuliers et, à partir de là, ils ont commencé à faire la distinction entre peine et indemnisation* ».

Antique, les choses, les esclaves et les animaux étaient considérés comme des objets dans le commerce des hommes et constituaient une partie du patrimoine. On ne concevait pas l'évaluation des biens immatériels ou du corps de l'homme libre, niant aussi n'importe quel type de tentative d'évaluer les préjudices moraux, comme nous les conceptualisons actuellement «*[L]iberum corpus nullam recipit aestimationem*». Il n'était ni même possible d'envisager la possibilité d'évaluer le *pretium doloris* comme nous le faisons actuellement.

En principe, le seul remède envisagé par la loi pour ces préjudices était une sanction de caractère pénal et la possibilité de réparation d'un préjudice moral n'était pas admise, indépendamment de sa configuration. La valeur de l'affection du propriétaire du bien lésé n'était pas envisagée mais se limitait à la valeur qu'il avait objectivement pour n'importe quel autre citoyen. Le D. 9.2.33 pr fait spécifiquement référence à l'absence de valeur affective dans la peine imposée.⁶⁹⁹ De manière explicite, on exclut la composante morale de l'estimation des dommages vécus.

En ce qui concerne l'origine de la demande de dédommagement pour cause de douleur, souffrance ou défiguration par autrui, la posture des juristes romains était de nier la reconnaissance de la possibilité d'une

⁶⁹⁹ *Si servum meum occidisti non effectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*

compensation dans les cas de défiguration par autrui.⁷⁰⁰ On s'est aperçu plus tard qu'ils commencèrent à donner de l'importance à l'impact d'une défiguration sur l'apparence physique, en particulier chez les femmes, pour lesquelles la beauté était un aspect d'importance extrême car il facilitait leur possibilité de mariage et par conséquent leur stabilité économique.⁷⁰¹ On peut à nouveau observer de quelle manière était contextualisées l'image propre et la beauté au travers d'une perspective patrimoniale et non morale, en contraste avec la notion moderne de préjudice moral par préjudice esthétique.

Durant la troisième période, la Principauté, une abondante littérature juridique a été produite, que l'on pourrait classer parmi les catégories suivantes: *Institutiones*: qui consistaient en des œuvres simples et systématiques utilisées dans l'enseignement du Droit. Il s'agissait d'œuvres promulguées par l'empereur Justinien dans lesquelles étaient expliqués les traités utilisés dans la jurisprudence de l'époque de manière simple et méthodique. L'*Epítome* consistait en de brefs manuels, utilisés également pour l'enseignement du Droit; *Regulae-Definitiones* compilait des œuvres élémentaires qui contenaient des principes, maximes, aphorismes juridiques, entre autres; *Sententiae-Opiniones* accumulait des postulats esquissés par les juristes sur des situations leur étaient présentées et qui constituaient des controverses; *Comentarii* qui comme son nom

⁷⁰⁰ Gaius, D. 9, 3, 7. DESCAMPS, O., loc. cit., nc. 35.

⁷⁰¹ ZIMMERMANN, R., op. cit., p. 1027. Gaius, D. 9, 3, 7.

l'indique, consistait en des commentaires sur l'œuvre de Sabino et les Édits du Préteur; *Questiones, Disputationes* étaient composés de livres contenant des débats sur les cas pratiques réels et imaginaires ; et *Digesta* ou traités généraux de Droit privé.

Durant la quatrième période, le *Dominat* va donner de plus en plus forme au Droit et on constate des législations impériales avec exposition des motifs et des parties du dispositif. La codification la plus importante de cette période fut celle réalisée par Justinien, appelée *Corpus Iuris Civilis*. Dans cette œuvre ont été compilées les lois, parvenant à séparer la législation écrite ou *leges* de toutes les autres sources légales émanant du *ius*. Le code fut divisé en *Codex, Digesta, Institutiones* et *Novelas*. C'est lors de cette étape qu'a été adopté le concept rudimentaire de la responsabilité aquilienne.

La conception romaine du délit incluait tout acte illicite privé sanctionné par une peine et occasionnant un dommage à autrui.⁷⁰² À l'origine, la punition était administrée de façon barbare avec l'application de la Loi du Talion. Au fur et à mesure de leur évolution, les romains ont commencé à distinguer le délit privé (*iniuria, furtum, damnum iniuria datum et rapina*) qui faisait partie du «*delictum*», des processus criminels, appelés «*crimina*», lesquels étaient ventilés au moyen de procédés de nature publique (*iudicium publicum*). Avec l'approbation de la Loi des XII

⁷⁰² DI PIETRO, A. [et al.], op. cit., p. 265; PETIT, E., op. cit., p. 428.

Tables, les conséquences des peines délictuelles étaient régulées, les rendant moins barbares et prévoyant la possibilité d'imposer des amendes ou d'accepter des pactes monétaires au lieu de la Loi du Talion.⁷⁰³ De sorte que lorsque nous affirmons qu'à son origine le Droit romain traitait le dommage privé comme un délit, nous ne faisons par référence à la notion contemporaine, aux connotations criminelles, mais à une nomenclature archaïque dont la signification s'applique de façon plus générique aux circonstances dans lesquelles étaient enfreints une obligation ou un devoir d'agir.

Le concept général de dommage ou *damnum* appréhendait, en principe, les offenses causées à autrui avec un impact patrimonial. À travers la jurisprudence, le concept délictuel a été élargi pour imposer la responsabilité de dommage aux personnes qui agissaient sous la culpabilité ou la négligence. L'application jurisprudentielle du concept de dommages a finalement permis la reconnaissance du manque à gagner en plus de l'estimation des dommages causés à la chose.

Les codes adoptés ont été inspirés du Droit privé romain de l'époque classique, avec de grandes influences du Droit canonique. Napoléon a adopté le Code civil français en 1804, basé sur le Droit romain, et celui-ci a constitué le modèle pour les autres codes civils occidentaux. L'influence du Droit canonique a été fondamentale pour le développement du Droit de

⁷⁰³ PETIT, E., op. cit., p. 429.

dommages et la philosophie de dédommagement qui le caractérise. L'institution du Droit germanique antique « Wergeld » ou « le prix du sang » a surgi comme base pour le rétablissement du dommage causé, bien qu'encore teinté d'influences préterites du Droit romain.⁷⁰⁴ On substitue la vision punitive par une vision moraliste du dommage, dans la mesure où le dommage est établi comme centre du système de la responsabilité civile, nuancé par des notions morales de la bonne et mauvaise conduite.

⁷⁰⁴ LE GOFF, J., op. cit., p. 66.

7.2 CONTEXTE CONCEPTUEL :

La responsabilité dans la sphère civile est liée à la théorie générale des obligations. Sur ce point en particulier, l'Art 1089 du Code Civil d'Espagne (CCE) affirme que « *[L]es obligations naissent de la loi, des contrats, des quasi contrats, et des actes et omissions illicites où peut intervenir n'importe quel genre de culpabilité ou négligence.* »⁷⁰⁵ Comme exception à cette norme, les espagnols ont adopté au sein du Code Pénal d'Espagne (CPE) la possibilité de réparer civilement les préjudices vécus comme conséquence d'un délit, à l'intérieur de la juridiction du Tribunal pénal.

La quatrième source des obligations énumérée dans l'Art. 1089, en rapport avec la culpabilité ou la négligence, est communément appelée en Espagne et Porto Rico, Responsabilité Extracontractuelle ou Droit de dommages.⁷⁰⁶ Le Droit de préjudices constitue un secteur autonome du Droit civil, étant donné la fonction d'indemnisation que contient la disposition de l'art. 1902 CCE. Les articles des Codes Civils visant à traiter la problématique du préjudice survenu dans le domaine de la responsabilité civile extracontractuelle sont basés sur un des trois principes du droit engendrés durant l'époque romaine, «*alterum non laedere* ».

⁷⁰⁵ Dans le CCPR, voir Art. 1042, 31 L.P.R.A. sec 2992; CCF Titre IV, Chapitre II, Arts. 1382 et 1383; CCI, Art. 1173.

⁷⁰⁶ DIEZ PICAZO, L., *Derecho de Daños*, op. cit.; HERRADOR GUARDIA, M.J., op. cit.; DIEZ-PICAZO GIMENEZ, G., *El Desbordamiento del Derecho de Daños: jurisprudencia reciente*, op. cit.; CONCEPCION RODRIGUEZ, J.L., op. cit.

La diversité des causes d'action émanant des préjudices subis au sein de relations extracontractuelles est semblable à celle des codes génétiques qui se trouvent dans l'ADN des êtres vivants. VICENTE DOMINGO attribue la prolifération de réclamations au phénomène social que vivent les peuples les plus développés où l'on cherche à revendiquer le préjudice subi et où l'on en vient à demander une compensation pour toute frustration personnelle au moyen de l'imposition de responsabilité. Elle abonde en ce sens, en envisageant qu'il existe une tendance à déposer une plainte auprès des assurances des présumés auteurs du préjudice, dépersonnalisant le processus et réduisant la culpabilité que peuvent ressentir les requérants.⁷⁰⁷

L'Espagne, la France et Porto Rico se distinguent, dans les juridictions civilistes, par le fait d'avoir un système de classement de préjudices ouvert et atypique.⁷⁰⁸ Ce qui veut dire que les préjudices sont définis de manière générale dans la codification et cela permet qu'en pratique, l'analyse et l'application des principes de préjudices soient vastes. En effet, cela permet qu'une réparation soit exigée auprès de tous les présumés déterminés par les tribunaux, et constitue un délit sujet à réparation. En contraste, le système de Droit commun nord-américain est configuré de telle sorte qu'il contient des catégories prévus limitant la discrétion dans l'interprétation et l'adjudication des préjudices. Le

⁷⁰⁷ VICENTE DOMINGO, E., *El Daño*, op. cit., p. 305.

⁷⁰⁸ STS 8 avril 1991 (RJ 1991, 72).

processus de demande de la réparation de préjudices n'étant pas contenus dans le système déjà classé en résulte davantage restrictif.

Les préjudices sont classés en fonction des intérêts de ceux qui ont vécu le fait dommageable. Les intérêts peuvent être de nature patrimoniale, lorsqu'il existe un préjudice, quantifiable en argent, selon les intérêts économiques de la personne lésée. Ces derniers se subdivisent à leur tour en préjudice émergent et manque à gagner. Le premier est la valeur de la perte qui été subie, c'est-à-dire, le coût de la réparation du préjudice qui résulte nécessaire et les frais relatifs, assumés par la personne lésée ou par un tiers. Tandis que le manque à gagner est la valeur du gain que le créancier ne pourra pas obtenir ou la perte de revenus, lorsqu'elle est directement liée à l'évènement préjudiciable.

En revanche, lorsqu'il n'est pas possible d'effectuer une évaluation en argent ou qu'il n'existe pas de base analogue pour l'estimer, nous nous trouvons en présence d'un préjudice non patrimonial, également connu comme extrapatrimonial, préjudice moral ou comme les italiens l'ont appelé, préjudice non pécuniaire.⁷⁰⁹ Les premiers efforts pour définir la notion du préjudice moral ont été imprécis et vagues. Dans une large mesure, cela est dû à l'intangibilité du concept. Nous les êtres humains,

⁷⁰⁹ CARBONNIER, J., op. cit., p. 206; LALOU, H., op. cit., p. 149; MAZEAUD, L., TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., t. I, p. 293; MAZEAUD, H., L. y J., *Leçons de droit civil : Obligations, Théorie générale*, op. cit., t. II, vol. 1, p. 410; SAVATIER, R., op. cit., t. II, p. 525; VINEY, G., *Traité de droit civil : Les obligations*, op. cit., t. IV, p. 250.

nous possédons, absorbons et analysons l'information de ce qui nous entoure à travers nos cinq sens. Tout ce qui peut être perçu à travers le monde matériel est simplifié. Quand il s'agit de définir des concepts abstraits ou, comme il est le cas ici, lorsque les préjudices lèsent les intérêts subjectifs intangibles, arriver à un consensus d'une définition universelle devient une tâche des plus ardues. Selon DÍEZ-PICAZO, la concurrence des éléments additionnels, tels que la banalisation du concept et la participation de juristes dépourvus d'expérience ont causé une déformation d'une idée qui, au début paraissait confuse, et qui aujourd'hui est «*encore moins claire que jamais*». ⁷¹⁰ Selon les systèmes du Droit continental en Europe, en particulier l'espagnol, le terme dommage moral est adopté à partir de la notion de «*dommage moral*», inspirée du Droit français.

Il existe une tendance à limiter la notion du préjudice moral aux préjudices émotionnels ou aux souffrances psychiques vécus par l'être humain après que le préjudice ait eu lieu. Il est commun dans ces cas-là de parler de pleurs, de tristesse, d'angoisse, d'insomnie, de perte d'intérêt pour les activités quotidiennes, de mélancolie, de rage, de frustration, d'altération des routines alimentaires, des pertes de la libido, de perte de confiance en soi, de sentiments de culpabilité, de perte de concentration et ainsi de suite. Nous pourrions continuer d'énumérer les effets et symptômes relatifs à l'état psychophysique de l'être humain lorsqu'il vit

⁷¹⁰ DÍEZ PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, op. cit., p. 13.

un préjudice, une perte ou une atteinte à son intégrité physique ou émotionnelle. Cependant, il s'agit d'une vision limitée qui se réfère plutôt à quelques-unes des manifestations du préjudice moral et non au concept du préjudice moral en soi. La tendance doctrinale qui prévaut définit le préjudice moral en termes négatifs, c'est-à-dire, les préjudices qui ne sont pas patrimoniaux. Il existe des courants doctrinaux en Italie, en France et en Espagne qui s'opposent à l'appellation du préjudice moral et qui lui préfèrent le nom de préjudice extrapatrimonial, comme le postulent VICENTE DOMINGO, GARCÍA SERRANO, RAMACCI, CRESPI et SCOGNAMIGLIO, entre autres.⁷¹¹

Le préjudice extrapatrimonial est composé d'activités illicites qui se répercutent sur la sphère matérielle ou physique de l'être humain et sur sa dimension immatérielle ou spirituelle. Par conséquent, la conception générale du préjudice moral, qui inclut autant la sphère matérielle que l'immatérielle, tant qu'il ne retombe pas sur le patrimoine, s'est vue dépassée par l'appellation du préjudice extrapatrimonial. Or notre postulat d'origine de l'étude du préjudice moral s'établit sur la conceptualisation générale et non sur la conceptualisation stricte que présente VICENTE DOMINGO ainsi que d'autres membres de la communauté juridique lorsqu'ils lui attribuent un sens bipartite, en distinguant les préjudices

⁷¹¹ RAMACCI, F., *Istituzioni di Diritto Penale*, op. cit., p. 361; et *Corso de Diritto Penale*. II, op. cit., p. 313; CRESPI, A./STELLA, F./ZUCCALA, G., op. cit., p. 477; SCOGNAMIGLIO, R., "Il danno morale mezzo secolo dopo", op. cit., p. 286.

extrapatrimoniaux non personnels des personnels. En substance, les premiers sont infligés contre des personnes juridiques et les autres concernent les préjudices infligés aux êtres humains. Cette dernière catégorie bifurque elle-même vers le préjudice moral pur ainsi que les préjudices corporels. Les préjudices corporels ont la caractéristique de pouvoir transcender le patrimoine dans certaines instances spécifiques. Par le biais de cette définition, le préjudice moral est subordonné au préjudice extrapatrimonial en le convertissant en l'un des deux composants principaux de celui-ci, le préjudice physique à la personne étant l'autre composant.⁷¹²

La classification du préjudice sur la base de l'impact matériel et moral prend une plus grande importance quand des alternatives sont recherchées en vue de sa réparation. Dans la plupart des cas où il y a un impact sur le patrimoine de la victime et qu'il n'est pas possible de le restituer dans sa forme d'origine ou «*in natura*», un exercice d'évaluation économique est effectué pour déterminer son équivalence en argent. En ce qui concerne l'utilisation de l'argent pour compenser le préjudice causé, GOODIN affirme qu'il existe deux possibilités.⁷¹³ La première, appelée par l'auteur «*means replacing compensation*» ou compensation substituant des expériences similaires pour la victime, alors que dans la

⁷¹² VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 49-52, 187; VIDE, C., op. cit., p. 65; et BUSTO LAGO, J. M., op. cit., p. 86.

⁷¹³ GOODIN, R. op. cit., vol. IX, no 1, p. 60.

seconde catégorie, appelée « *ends displacing compensation* », ou compensations qui déplacent les buts, et se caractérise par le fait que l'argent ne remplacera pas des expériences équivalentes, mais procurera la possibilité de combler le vide occasionné par le préjudice.

Le Tribunal Suprême Espagnol (TSE) a affirmé que les préjudices *moraux* « *représentent l'impact, la perte ou la souffrance psychique que certaines conduites, activités, ou, même, résultats, peuvent produire sur la personne affectée et dont la réparation vise à procurer, dans la mesure du possible, une compensation de la peine profonde causée, dont la décision incombe au juge de l'instance* ». ⁷¹⁴ Il a également établi une distinction entre les préjudices matériels et les préjudices moraux dans L'arrêt du 29 décembre 1998 (RJ 1998, 1230), quand il a affirmé que : « *Le préjudice moral affecte les intérêts spirituels de l'être humain qui sont attaqués ; il peut être direct, ou, comme il est plus souvent le cas, indirect, et subi par conséquence d'un préjudice personnel ; l'atteinte à l'intégrité physique non seulement produit un préjudice directement mais aussi un préjudice moral indubitable, le «premium doloris» qui doit être dédommagé.* »

Le manque d'équivalence entre le préjudice survenu et l'action de dédommagement dans les cas de préjudices moraux est un des sujets les plus étudiés. On recherche la formule idéale pour estimer les préjudices et

⁷¹⁴ SSTs de 12 juillet 1999 (RJ 1999, 4770); 22 février 1959; 28 février 1964; 22 avril 1983; 26 février 1984.

procurer des remèdes économiques aux choses qui, par définition, ne se trouvent pas au sein du commerce des hommes. C'est de là que surgissent les dissonances qui trouvent leurs origines au sein de la différence des milieux sociaux des parties. Cette théorie postule qu'il existe une relation inversée entre les facteurs de patrimoine et de satisfaction. C'est-à-dire que plus le patrimoine de l'offensé est importante, moins grande sera la satisfaction que peut offrir une réparation pécuniaire du préjudice moral et vice-versa.⁷¹⁵

Avec l'approbation de la Loi du 5 juillet 1985, article 31, les français ont confirmé le classement des préjudices moraux basé sur : (1) la portion de l'indemnisation octroyée de caractère personnel ; (2) les souffrances physiques et morales ; et, (3) les préjudices esthétiques et d'agrément. Le système de classification de préjudices moraux français est le plus structuré et complet qui ait été adopté en Europe continentale. Les gaulois distinguent les préjudices extrapatrimoniaux selon leur étendue, c'est-à-dire, selon qu'ils soient de caractère temporaire ou permanent. À partir de cette distinction, différentes possibilités de préjudices ont été développées. Parmi les préjudices moraux à caractère temporaire se trouvent : (1) le déficit fonctionnel temporaire qui se caractérise par la perte de la qualité de vie et du plaisir des expériences similaires de la vie quotidienne. La Cour de Cassation de France (CCassF) le définit comme l'incapacité

⁷¹⁵ MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", op. cit., t. II, p. 1241.

fonctionnelle totale et partielle durant le temps de l'hospitalisation, la chirurgie et/ou le rétablissement. (2) Les souffrances survenues qui incluent non seulement les souffrances et douleurs physiques mais aussi la souffrance morale éprouvée après avoir subi des expériences traumatisantes, un stress psychologique, des angoisses, des états dépressifs, une conscience de la gravité et de l'irréversibilité des lésions. (3) Les préjudices esthétiques temporaires en lien avec le handicap vécu par une personne après l'altération physique à caractère temporaire, par exemple, les hématomes, les cicatrices, les problèmes liés au langage, tous étant de caractère temporaire. Dans le cas de Cass. Civ., 2^e, 11 décembre 2014, 13-28.774, la victime a été compensée pour une agression pour préjudices esthétiques temporaires, après avoir été soumise à plusieurs chirurgies correctives pendant une période approximative de six ans, ce qui nous donne une notion du terme temporaire auquel nous faisons ici référence.

Les préjudices moraux permanents incluent des événements qui transcendent l'état de rétablissement de la victime. Les catégories identifiées dans les différentes juridictions étudiées sont les suivantes :

1. *Déficit fonctionnel permanent* : il s'agit d'une catégorie utilisée en France se référant à la réduction définitive du potentiel physique, psychosensoriel ou intellectuel, résultat d'une atteinte à l'intégrité autonomo-physiologique de l'individu. En Espagne, bien qu'il existe cette catégorie, on compense des cas qui remplissent les conditions de la description qu'en font les français. Par exemple, dans L'arrêt du 3 novembre 1995 (RJ 1995, 8353), le tribunal a décidé que l'indemnisation

devait avoir lieu pour concept de préjudice moral à la victime qui, comme conséquence d'un évènement coupable, a subi l'amputation d'une jambe, séquelle permanente l'empêchant d'effectuer n'importe quel type de travail ou d'activités de la vie quotidienne. Selon la doctrine et la jurisprudence française, sous cette catégorie sont inclus les préjudices moraux pour concept d'impact émotionnel survenu en même temps que les préjudices physiques permanents que pourrait éprouver la victime, ceci afin d'éviter une double compensation.⁷¹⁶ À Porto Rico, la Court a adopté un classement général du préjudice moral, appelé «angoisses physiques». On y reconnaît toute séquelle de douleur physique ou corporelle. Son traitement jurisprudentiel l'a éloigné de la notion du préjudice moral et lui a donné une certaine indépendance, compensant parfois les victimes sans faire référence à la sphère morale du préjudice.⁷¹⁷

2. *Perte d'agrément*: il s'agit d'une réduction de la capacité à éprouver des satisfactions ou plaisirs de la vie après avoir vécu un préjudice. En Espagne, la perte d'agrément a été considérée selon deux modalités : la première, dans les cas où la personne serait empêchée de réaliser des activités sociales ou récréatives (de loisirs) et la seconde, dans les cas où elle perdrait le goût de vivre. Le concept a été appliqué par la TSE lors d'un cas criminel durant lequel a été concédée une compensation pour un concept de préjudices moraux et à cet effet, a été présentée de la manière suivant : « ...*mais que lui a été enlevée pour le reste de sa vie la possibilité de profiter pleinement de sa propre énergie et de l'expansion générique de sa personnalité dans le milieu social, la perte de l'optimisme nécessaire pour affronter les avatars de l'existence*

⁷¹⁶ Civ. 2°, 16 septembre 2010, No. 09-69433, Resp. civ. et assur. 2010, com. no. 320.

⁷¹⁷ *Zalduondo v. Sánchez*, 15 D.P.R. 231 (1909); *Filardi v. Barreda*, 24 D.P.R. 391 (1916); *Rodríguez v. National Cash Register*, 35 D.P.R. 663 (1926); *Font v. Vicking Construction, Corp.*, supra.

*et, sans arriver à la dépression, une inévitable inclination au découragement, en définitive, une situation de détresse partielle accompagnée d'une douleur morale inhérente qui accompagnera le sujet durant son existence... ».*⁷¹⁸ Porto Rico adopte une position plus proche de la pensée nord-américaine en incluant cette cause d'action au sein de ce que l'on appelle les préjudices hédoniques. Cette classification a pris une tout autre ampleur lorsque le Tribunal Suprême de Porto Rico (TSPR) a décidé que l'impact sur l'environnement peut constituer un préjudice moral puisqu'il occasionne un préjudice sur le paysage d'une valeur écologique qui affecte la propriété du plaignant.⁷¹⁹ Dans Paoli Méndez v. Rodríguez, 138 D.P.R. 449 (1995) où il a affirmé que: “[l'] environnement et la nature ne servent pas seulement à ce que l'homme puisse les utiliser pour sa subsistance matérielle, mais également pour sa récréation et l'utilisation de son temps libre, pour la contemplation de sa beauté et de sa majestuosité, pour se sentir fier de sa patrie, pour améliorer un développement intégral de la personnalité et de son épanouissement personnel en tant qu'être humain ». À cet effet, il a été reconnu que le plaignant s'est vu privé de jouir de l'écosystème qui l'entoure, ce qui avait un impact direct sur son état animique et ses sentiments, en exigeant à ce que l'évaluation du préjudice moral infligé soit mise en œuvre. Cela a provoqué des controverses sur la réparation du préjudice dans le cas des personnes qui terminent handicapées à la suite d'un préjudice subi. De manière spécifique, nous faisons référence aux victimes qui se trouvent dans un état végétatif ou dans un coma, après avoir subi l'acte, l'omission nuisible ou négligente. La tendance jurisprudentielle et doctrinale s'est inclinée vers la reconnaissance du droit à la compensation de ce type d'hypothèse. Les arguments pour

⁷¹⁸ SSTS de 7 mai 1987 (RJ 1987, 3171); 30 novembre 2012 (RJ 2012, 3514); 25 mars 2010 (RJ 2010, 4349).

⁷¹⁹ Rivera v. S.L.G. Díaz, 165 D.P.R. 408 (2005).

justifier ce postulat sont variés. Cependant, l'analyse qui prévaut est celle considérant que si l'évènement nuisible n'avait pas eu lieu, la victime ne se trouverait pas dans l'état clinique dans lequel elle se trouve.⁷²⁰ En France, la Cour de Cassation a déterminé que l'état végétatif chronique d'un être humain n'exclut pas son droit à être indemnisé dans toutes les sphères, en prenant en considération son droit et sa dignité en tant qu'être humain.⁷²¹ À Porto Rico, il a été conclu qu'indépendamment de la douleur que la victime a pu ou non expérimentée, durant son état comateux ou végétatif, on se doit de la dédommager. La définition prévue par le TSE dans l'arrêt du 7 mai de 1987, (RJ 1987, 3022) semble vaste en considérant dans la privation de «*la possibilité de jouir pleinement de sa propre énergie et de l'étendue générique de sa personnalité dans le milieu social, la perte de l'optimisme nécessaire pour affronter les avatars de l'existence et, sans en venir à la dépression, une inévitable inclination au découragement pour en résulter à une situation de détresse mineure* ».

3. Le préjudice esthétique permanent: Le préjudice esthétique permanent prétend indemniser les altérations physiques qui sont définitives sur la personne après son rétablissement, telles que les cicatrices, les amputations, les anomalies durant la marche, entre autres. Comme nous pouvons l'observer, ce type de préjudice ne se limite pas aux lésions du visage d'un individu mais s'étend à n'importe quelle partie du corps qui ait été altérée de manière permanente. L'arrêt de le TSE du 15 novembre 1990 (RJ 1990, 8919) établit que la difformité doit

⁷²⁰ Cass. 2^e civ., 7 décembre 1978, n^o 77-12.013, Bull. Civ. II, n^o 269. AUBRY, C., [et al.], *Droit civil français : Responsabilité délictuelle*, 8^e ed., Paris : Librairies Techniques, 1989, vol. 6, p. 85.

⁷²¹ Cass., Civ.1^e, 22 février 1995, n^{os} 92-18.731 et 93-12.644, Bulletin civil, II, n^o61, Dalloz 1995, p :69, note Y. CHARTIER, JCP, 1995, I, 3853, observations G. VINEY, D.1996, 233, observations D. MAZEAUD, RTD civ., 1995, p :629, observations P.JOURDAIN ; Cass. 2^e civ., 28 juin 1995, n^o 93-18.465, Bull. civ. II, n^o 224.

posséder un caractère permanent pour qu'elle soit compensée selon la modalité du préjudice moral. Ceci étant indépendamment des remèdes palliatifs que la science apporterait pour améliorer la lésion, comme pourrait l'être le cas des chirurgies esthétiques correctives. Il est reconnu que la séquelle peut être de nature somatique, physique ou des deux natures.

4. *Préjudice moral sexuel*: Il s'agit de l'altération ou la privation des fonctions sexuelles de l'individu, en y incluant la libido et la reproduction. Les tribunaux français ont élargi la reconnaissance de ce préjudice non seulement à la personne qui ressent une diminution ou une perte de l'intérêt sexuel, mais aussi chez le partenaire qui souffre indirectement de la privation d'une vie sexuelle ordinaire. Dans L'arrêt du 10 juin 2014 (RJ 2014, 3578) le tribunal a concédé la compensation des préjudices moraux après que la victime ait souffert d'un stress posttraumatique à la suite d'une agression sexuelle, avec accès charnel. L'arrêt du 26 juin de 2013 (RJ 2013, 7275) nous paraît intéressant. Le TSE y réitère la mention de la provenance des préjudices moraux à la suite d'une agression sexuelle et établit qu'étant donné sa propre nature, une décision précise en termes monétaires est impossible. « *Le préjudice moral peut seulement être établi par le biais d'un procès global basé sur le sentiment social de réparation du préjudice produit par l'offense délictueuse, qui prendrait seulement en compte la nature de celle-ci et sa gravité réduisant la plainte des victimes à la réalité sociale et économique de chaque moment historique.*»⁷²² Étant donné la justification du TSE, nous pourrions déduire que, dans les cas d'agressions sexuelles en Espagne, la concession des préjudices moraux représente une amende civile analogue à celle qui est imposée dans la

⁷²² Voir aussi: SSTTS de 31 octobre 2000 (RJ 2000, 8703); 18 octobre 2010 (RJ 2010, 7862).

juridiction nord-américaine à travers les dommages punitifs. Le TSPR reconnaît, dans les cas d'agressions sexuelles, l'existence d'un préjudice moral quand la victime a été violée, quand une tentative de viol a eu lieu et quand la victime a été harcelée sexuellement, qu'il ait eu agression ou pas.⁷²³

5. *Préjudice d'établissement*: Ce préjudice consiste à la perte de toute possibilité de fonder une famille de par la gravité du handicap survenu à la suite du préjudice. En Espagne et à Porto Rico, l'existence d'un préjudice moral pour préjudice d'établissement, indépendant des autres catégories du préjudice moral qui peuvent être en lien avec l'évènement nuisible empêchant le mariage, n'a jamais été posée.

6. *Préjudice permanent exceptionnel*: Il s'agit d'un préjudice spécifique et atypique relatif aux évènements exceptionnels qui peuvent également être en lien avec des situations particulières ou avec la personnalité de la victime. C'est une classification générale qui s'est créée dans la nomenclature Dintilhac, dans le but d'appréhender les préjudices qui ne sont pas prévus dans les autres hypothèses et que ne peuvent obtenir réparation sous une autre catégorie. La notion n'a pas d'analogues dans les autres juridictions étudiées. En décision de la Seconde Salle Civile du CCassF du 11 septembre 2014, il a été décidé que la compensation sous la catégorie de préjudice permanent exceptionnel ne serait pas traitée si le préjudice avait déjà été concédé selon une autre hypothèse.

7. *Préjudice moral par contamination*: Ce préjudice comprend les pathologies qui sont évolutives, selon définies par le rapport de Dintilhac,

⁷²³ *Elba A.B.M. v. U.P.R. y otros*, 125 D.P.R. 294 (1990); *Rivera Pérez v. Cruz Corchado*, 119 D.P.R. 8 (1987); *Martínez v. Chase Manhattan Bank*, 108 D.P.R. 515 (1979).

qui ne présentent pas de cure et qui ne sont donc pas résolues à travers le temps. L'application typique se fait suite à la contamination par un agent exogène d'origine biologique, chimique ou physique qui produit l'apparition d'une pathologie qui mettrait en risque le pronostic de vie. C'est le cas des personnes contaminées par le virus du V.I.H ou de l'Hépatite C, durant n'importe laquelle de leurs étapes. La réparation de ce préjudice envisage tous les effets psychologiques et physiologiques du lésé. La CCassF a indiqué que les peurs et les angoisses des victimes sont prises en compte dans l'évaluation du préjudice. Dans l'évaluation du préjudice, la CCassF a établi que le déficit fonctionnel n'était pas inclus, qu'il soit temporaire ou permanent, car il doit être évalué et compensé séparément. Le TSE a reconnu ce même préjudice moral dans la SSTS du 26 février 1998 (RJ 1998, 1169) et du 16 février 1995 (RJ 1995, 933).

8. *Cas particulier de contamination par amiante en France*: Ce cas a été défini par la CCassF comme étant une situation d'inquiétude permanente face au risque possible de souffrir d'une maladie. Le droit des travailleurs exposés à l'amiante à être indemnisés par leurs patrons a été reconnu, étant donné l'anxiété constante qu'ils éprouvent en voyant leurs collègues succomber à la maladie et mourir suite à des problèmes de santé terminaux, appelant ce type d'état un préjudice d'anxiété.⁷²⁴ Le débat sur l'origine du préjudice par anxiété au lieu de préjudice spécifique par contamination fut pondéré par la CCassF, en présentant son argumentation en sentence publique. Le tribunal a débuté une argumentation en établissant une distinction entre le préjudice causé par la contamination du virus d'immunodéficience humaine en contraste avec l'état terminal du SIDA. Dans les deux cas, bien qu'il y ait des

⁷²⁴ Cass. soc., 17 décembre 2014, n^{os} 13-21254 13-21255 13-21256 13-21257 13-21258 13-21259 13-21260 13-21261 13-21262 13-21263 13-21264 13-21265 13-21266 13-21267 13-21268 13-21269 13-21270 13-21271 13-21272 13-21273 13-21274 13-21275 13-21276 13-21277 13-21278.

différences en ce qui concerne les effets de la maladie, il est possible de vérifier l'existence de celle-ci au moyen d'analyses diagnostiques. En revanche, la présence de fibres d'amiante dans les poumons ne peut pas être détectée lors des premières étapes de son développement, lorsque l'être humain est encore asymptomatique. Le tribunal attribue la distinction au fait qu'est compensée une anxiété fondée sur les faits d'exposition au matériau contaminant, sans que sa présence ait nécessairement été vérifiée, tant que le diagnostic ait été réalisé une fois que les symptômes aient fait leur apparition à une étape avancée de la maladie. C'est pour cette raison que la CCassF conclut qu'il est impossible de réparer l'agonie des personnes exposées à l'amiante par le biais du préjudice spécifique de contamination, lequel est réservé, pour des raisons pratiques, aux cas de contamination du V.I.H et de l'Hépatite, au moyen de la création du préjudice par anxiété.

9. *Préjudices aux victimes indirectes*: Celui-ci peut se manifester chez les préjudices physiques et moraux des personnes qui ne sont pas l'objet direct du préjudice mais qui en subissent tout de même des conséquences. En France, cette modalité de préjudice moral a été sévèrement critiquée jugeant l'application jurisprudentielle très généreuse, en élargissant la légitimation aux proches qui ne font pas partie de la famille immédiate de la victime et en allant jusqu'à reconnaître dix (10) proches ayant droit à une indemnisation pour ce concept dans un seul cas. En ce qui concerne le Droit Espagnol, dans le Code Pénal, Article 113, la possibilité de réparation du préjudice moral est reconnue lorsqu'il a eu lieu à la suite d'un délit.

10. *Préjudice par absence*: il s'établit lorsque les personnes proches de la victime qui est décédée éprouvent une consternation, une horreur, des troubles et autres sentiments de détresse suite à son décès.

Dans les cas où le défunt a souffert d'une longue maladie, ce préjudice est également envisagé lors des étapes terminales, bien que l'appellation du préjudice par absence ne soit pas conforme à ce type d'expérience. Il est indispensable d'établir la proximité affective ou intime que la personne entretient avec la victime décédée. Le TSE a concédé les préjudices moraux pour la perte d'ordre affectif et éducatif à une petite fille ayant perdu son père et son frère dans un accident.⁷²⁵ À Porto Rico, le préjudice par absence n'est non plus reconnu comme étant une cause d'action séparée des angoisses mentales que la victime, ayant perdu un être cher, ait pu éprouver.

11. *Préjudice d'affection*: Ce chagrin moral naît de la souffrance due à la lésion ou la mort d'un être cher, indépendamment du fait que des relations de droit ou de fait les unissent.⁷²⁶ En Espagne et en France, les controverses relatives à l'état civil ou l'orientation sexuelle des plaignants ont été surmontées. À Porto Rico, en revanche, cette modalité du préjudice moral comme étant indépendante des angoisses mentales n'a pas été reconnue.⁷²⁷ Dans les cas où la victime survit, il peut également s'établir un préjudice d'affection dû à la difficulté de voir un être cher handicapé et ayant perdu la faculté de réaliser des tâches quotidiennes de manière indépendante. Ce préjudice a été élargi en France aux oncles et tantes du lésé, ce qui fut fortement critiqué par la doctrine française, la considérant très vaste.⁷²⁸ L'application de cette modalité a été élargie par

⁷²⁵ STS 30 juillet 2008 (RJ 2008, 4640).

⁷²⁶ Cass. 1^e, civ., 28 octobre 2003, n^{os} 00-18.794 y 00-20.065.

⁷²⁷ *Batista v. Clínica Juliá*, 71 D.P.R. 823 (1950); *Roses v. Clínica Juliá*, 67 D.P.R. 518 (1947); *Travieso v. Del Toro*, 74 D.P.R. 1009 (1953); *Hernández v. Gobierno de la Capital*, 81 D.P.R. 1031 (1960); *Cintrón Adorno v. Gómez*, 147 D.P.R. 576 (1999).

⁷²⁸ Cass. Civ. 16 avril 1996, D. 1996 IR 135.

les tribunaux aux individus qui ont perdu la compagnie d'un animal à cause de l'intervention d'un tiers.⁷²⁹

12. *Préjudice moral de perte d'opportunité*: La perte d'opportunité est un type de réclamation qui a augmenté durant les dernières décennies à cause du désaccord des victimes et l'accès facile au mécanisme judiciaire. Le TSE reconnaît que la tendance jurisprudentielle a été à compenser la perte d'opportunité comme un préjudice moral malgré qu'il y ait des instances selon lesquelles il est possible d'identifier un préjudice patrimonial ou matériel.⁷³⁰ Nous voyons des clients déposer plainte contre des professionnels, tels que les avocats ou notaires, plaidant la perte d'opportunité de déposer plainte faute de ne pas avoir été orientés de façon adéquate en ce qui concerne les termes urgents et de strict respect, tels que les cas où sont expédiés des écrits qui pèchent par leurs éléments constitutifs et sont déclarés *nulas ab initio*, les droits ne pouvant être exercés à posteriori. En France, le préjudice de perte d'opportunité contre les professionnels de la santé a également été reconnu. Dans ces cas-là, il se peut que le préjudice subi par la victime transcende le préjudice moral et soit également compensé par la perte économique subie. En Italie, ce type de préjudice moral est rejeté car les conditions de certitude et de réalité ne peuvent être établies dans ce pays pour que le préjudice puisse être réparé.⁷³¹

13. *Préjudice moral d'atteinte à l'honneur*: Le droit à l'honneur est considéré comme une partie des droits de la personnalité, inhérents à la

⁷²⁹ Cass. 1^o civ., 16 janvier 1962, D. 1962, jur., p. 199; Cass. 1^o civ., 27 janvier 1982, n^o 80-15.947.

⁷³⁰ STS de 5 juin 2013 (RJ 2013, 4971); SSTS de 28 janvier 1998 (RJ 1998, 357), 3 octobre 1998 (RJ 1998, 8587).

⁷³¹ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 131.

dignité de la personne. Il peut être associé à la réputation, le prestige personnel et la dignité. Il est étroitement lié à l'intégrité de l'image et dignité de l'être humain. Du point de vue de la lésion morale, l'atteinte à l'honneur d'un individu affecte sa confiance en soi, l'affection aux autres et la référence sociale qu'il détient. La société est basée sur des principes qui promeuvent l'égalité de l'être humain et répudient les atteintes à l'honneur. Le cadre de référence pour évaluer l'honneur se voit directement affecté par l'idiosyncrasie et la culture, l'ensemble des normes, valeurs et idées qui changent au fil de l'évolution du peuple. Une particularité que l'on observe au sein du Droit espagnol est qu'il existe une présomption de préjudice lorsqu'on établit qu'il y a eu en effet une intrusion illégitime. À Porto Rico, à l'instar de l'Espagne, affirme dans la constitution que « *[T]oute personne a droit à la protection de la loi contre les atteintes abusives à son honneur, sa réputation ou à sa vie privée ou familiale* ». Le TSPR a supposé que le Code Civil de Porto Rico (CCPR) et la Constitution de PR possèdent dans leurs articles respectifs, les sources basiques pour promouvoir une vie en commun sociale responsable et pacifique. On peut également trouver des sentences dans lesquelles a été reconnu le préjudice moral pour un autre type de violations constitutionnelles relatives à l'honneur de l'individu, en particulier l'arrestation et la détention illégale de la part d'un fonctionnaire public d'un citoyen sans qu'il y ait une cause pour le faire ainsi que la persécution malicieuse comme conséquence d'accusations pénales infondées et par voie d'exception dans les cas civils faites avec malice. À la différence des Constitutions d'Espagne et de Porto Rico, la Constitution de France ne mentionne pas explicitement la protection des citoyens contre les atteintes à l'honneur, à la vie privée ou l'intégrité de l'image. Le Code Civil de France (CCF) a été amendé le 17 juillet 1990 pour introduire dans son article 9 une disposition qui répond à ce besoin : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent sans*

préjudice de la réparation du dommage subi prescrire toutes mesures telles que séquestres, saisies et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à la vie privée ; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.”.

14. Préjudices relatifs à la conception, la grossesse, la naissance et l'adoption: D'une façon générale, on considère que la naissance d'un être humain ne peut pas être cataloguée comme un préjudice, mais plutôt comme un évènement naturel positif et qui n'est pas sujet à la responsabilité d'une tierce personne. Comparer l'évènement de la naissance à un préjudice constituerait une antithèse aux principes naturels et de droits humains qui régissent notre société. Nous avons inclu sous cette catégorie les instances d'où survient une naissance d'un nouveau-né non planifiée, ni potentiellement attendue, les parents s'étant soumis à un processus médical de stérilisation ou étant sous traitement contraceptif pour éviter une grossesse. Cette situation est appelée par les nord-américains *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*. L'action coupable du médecin facultatif dans ce cas consiste en un aspect technique dû au fait d'avoir échoué le processus chirurgical visant à stériliser un des deux parents. Dans un autre scénario, et c'est le cas des parents qui, ne voulant pas concevoir, demande une assistance médicale pour mettre fin à la grossesse, et dans ce cas, le médecin facultatif commet également une faute dans l'exercice de la profession et ne réussit pas à l'interrompre. Comme conséquence de l'intervention négligente du médecin, naîtra un nourrisson ni planifié ni désiré par ses parents, générant dans certaines juridictions une cause d'action pour naissance illicite ou *wrongful birth*, comme l'appellent les nord-américains. Lorsque le nourrisson naît avec des problèmes cliniques ou congénitaux qui le rendent incapable de vivre selon les paramètres de la normalité, les parents ont l'habitude de déposer plainte à cause de ce fait particulier. Le

cas diffère lorsqu'il existe un risque prévisible durant une grossesse désirée de concevoir un enfant avec des problèmes cliniques et des handicaps, que le médecin n'en avertit pas les parents et ne permet pas que les parents réalisent un exercice de volonté sur leur droit à avoir ou non un enfant. En France, un cas célèbre a été exposé, durant lequel le droit d'un mineur handicapé a été reconnu en vue de porter plainte à raison de ses problèmes de santé avec lesquels il est venu au monde, car le personnel sanitaire n'avait pas donné l'option à ses parents de mettre fin à la grossesse.⁷³² Dans ce cas, la mère a exprimé au médecin que s'il y avait eu la possibilité que son fils naisse avec un handicap, elle aurait préféré mettre fin à la grossesse puisqu'elle avait été atteinte de la rubéole à une étape déterminante de la grossesse et que c'était une conséquence prévisible. L'examen initial en a résulté négatif mais il y a eu ultérieurement des analyses positives de rubéole et l'examen destiné à apporter une confirmation n'a laissé aucun doute. Malgré cela, le médecin leur a assuré qu'il n'y aurait aucun problème. Le tribunal a établi que non seulement les parents sont créanciers d'un droit à indemnisation pour les préjudices moraux subis mais que le mineur handicapé a une cause d'action indépendante. Ce cas a résulté polémique, tant que ses détracteurs manifestaient de l'indignation en voyant comment se compensait le fait de naître et de le qualifier de préjudice. Les critiques ont pris une telle ampleur qu'elles ont défendu une loi anti-Perruche qu'a adopté l'article L.114-5 du code social et qui soutient qu'il n'est pas possible d'être indemnisé « *du préjudice d'être né* », bien qu'il distingue le droit des personnes handicapées à obtenir une indemnisation suffisante pour se procurer des soins. Certains comprennent que cette dernière partie de l'article demeure lettre morte. Trois années plus tard, il a été reconnu, comme résultat d'un cas au Tribunal Européen de Droits Humains (TEDH), le droit des handicapés à être compensés. En Espagne, la

⁷³² Perruche, Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 1996, 94-11.791, 94-14.158.

position des tribunaux a été diamétralement opposée en établissant que le médecin facultatif réponde d'une faute professionnelle lorsqu'il ne réalise pas l'avortement. À Porto Rico, des cas similaires ont été observés lorsque l'inefficacité du processus de stérilisation et la grossesse ultérieure sont débattues. Il en a résulté une décision en faveur de la cause d'action contre le médecin facultatif, tant qu'il est prouvé qu'il a commis une faute professionnelle.

Un des thèmes importants en rapport avec le préjudice moral est son évaluation et la façon de le réparer. Les zones de conflit dans l'évaluation des préjudices non patrimoniaux ou moraux abordent les aspects suivants : (1) si les préjudices sont susceptibles de réparation ; (2) le cas échéant, si la réparation est une véritable réparation ou s'il s'agit plutôt d'une satisfaction donnée à l'offensé sans qu'elle en soit équivalente ; (3) si la satisfaction donnée à l'offensé doit être déterminée en appréhendant les critères d'expiation et de peine pour l'agent, en plus de procurer ladite satisfaction ; (4) quel est le fondement de la réparation des préjudices moraux ; (5) s'il est possible d'envisager les critères d'indemnisation, de satisfaction et peine ou expiation en même temps que la réparation des préjudices moraux soit effectuée.⁷³³ La CCassF a adopté une position objective de la perte et du préjudice subi. En effet, il a affirmé que l'indemnisation d'un préjudice ne s'évalue pas en fonction de la perception du préjudice par la victime, mais en fonction d'une évaluation objective

⁷³³ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 155-156.

effectuée par le tribunal.⁷³⁴ Actuellement, la doctrine et les tribunaux ont reconnu le principe que tout préjudice ou dommage doit être réparé *in natura* ou une indemnisation doit être octroyée dans les cas où cette option ne serait pas viable. D'après ce principe et le fait que les articles des codes respectifs relatifs aux préjudices ne soient pas si généraux, on admet une réparation du préjudice moral en Espagne, en France et à Porto Rico. L'essentiel de la doctrine semble s'accorder sur le fait que même s'il est vrai qu'il n'est pas possible de restituer le préjudice moral *in natura* ou *restitutio in integrum*, une compensation économique devrait normalement être octroyée. Cette compensation servirait de palliatif à l'offensé, recherchant un moyen de se procurer des satisfactions qui, d'une certaine façon, compenseraient la douleur subie.

Le TSE assume sa position en déclarant que « ...l'argent ne peut pas remplir la fonction d'équivalence en tant que matière de réparation du préjudice moral, la victime du préjudice moral souffre de douleurs. Or la réparation sert à rétablir un équilibre rompu, en pouvant, grâce à l'argent, et selon ses frais et son tempérament, lui procurer des sensations agréables, et revêtant la réparation accordée au lésé de la forme d'une réparation satisfaisante prise en charge par le responsable du préjudice moral, au lieu de l'équivalence de la souffrance morale».⁷³⁵ La CCassF et

⁷³⁴ Cass. crim., 3 avril 1978, *Juris Classeur périodique (J.C.P.)*, II, 19168, note S. Brousseau.

⁷³⁵ STS 7 février 1962.

la doctrine française ont réitéré que la fonction de compenser les victimes de préjudices moraux est une reconnaissance sociale qu'ils appellent « *l'éminente dignité de la personne humaine* ». ⁷³⁶

⁷³⁶ GALAND-CARVAL, S., op. cit., p. 92-93.

7.3 NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'ÉVOLUTION DU PRÉJUDICE MORAL DANS LE DROIT CIVIL:

L'évolution de la notion de préjudice moral dans le droit civil est similaire chez les différents pays étudiés. Nous identifions trois phases au sein du processus évolutif du préjudice moral :

Première phase : préjudice moral non compensable. Dans l'arrêt du TSE du 19 juillet 1928, il est affirmé « *que tant que ne sont pas établis dans la réalité d'autres relations...que celles qui sont purement spirituelles, aucune évaluation n'a pu voir le jour, qui soit autre que l'évaluation morale, inapplicable en soi dans l'ordre économique.* » étant donné que l'évaluation du préjudice spirituel ne se concevait pas, aucun remède économique n'était accordé à la lésion subie. En France, on peut observer divers arrêts judiciaires selon lesquels la compensation visant à dédommager a été refusée durant cette première période. On cite comme exemple l'arrêt du conseil de l'état, en séance plénière, du 29 octobre 1954, *borderant*: d. 1954, j. 767, conclusions de Fougères et note de Laubardère; gaz. Pal., 1954, qui ont déterminé que la « *douleur morale, ne pouvant pas être appréciée en argent, ne constitue pas de préjudice susceptible de donner lieu à réparation* ».

Seconde phase: le préjudice moral est compensé seulement lorsqu'il se répercutait sur le patrimoine de la victime. Il s'agit d'une période de transition où la Cour a reconnu la notion de préjudice moral, mais ne l'indemnisait pas, à condition que la réparation d'un intérêt pécuniaire affecte réellement ou potentiellement ait pu être justifiée.

Troisième phase: L'admission de l'indemnisation des préjudices moraux purs. Lors de cette étape, les problèmes conceptuels et pratiques en lien avec la preuve et l'évaluation des préjudices moraux ont commencé à survenir. Au début de cette phase, on constate que la Cour se repose encore sur les préjudices physiques pour dédommager l'offense, en montrant timidement dans son argumentation l'appréciation des autres composantes du préjudice moral. Ultérieurement, on reconnaît l'impact purement moral et spirituel de la «*douleur psychophysique que la lésion mortelle fait subir à la victime*». ⁷³⁷

Espagne: Dans le Droit espagnol, la genèse du droit moral est présentée au moyen d'une classification réalisée à travers de l'Acte Num. VII, Loi XXI du Titre IX, durant le règne d'Alphonse X. Il existe des auteurs, comme GARCÍA LÓPEZ, qui soutiennent que depuis les Actes, la possibilité du préjudice moral était déjà reconnue par écrit lorsque le concept de préjudice était défini dans l'Acte VII, Loi XV, Titre I. ⁷³⁸ Le

⁷³⁷ SSTS 17 février 1956 et 28 février 1964.

⁷³⁸ GARCÍA LÓPEZ, R., Rubio Torrano, E., op. cit., p. 34.

système statuaire adopté dans les Actes a été préservé dans la Neuvième Compilation des Lois d'Espagne, Livre XII, Titre XXV.

Lois:

1. La Constitution espagnole (CE) du 27 décembre 1978 a consacré le droit à l'intégrité physique et morale au même niveau que le droit à la vie. L'Article 15 de la CE établit que « *Tous ont **droit à la vie et l'intégrité physique et morale**, sans que, en aucun cas, ils puissent être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* » Le Tribunal Constitutionnel Espagnol (TCE) a déclaré que l'art.15 de la CE « *garantit le droit à l'intégrité physique et morale, au moyen duquel est protégée l'inviolabilité de la personne, non seulement contre des attaques visant à blesser son corps ou esprit, mais également contre tout type d'intervention sur ces biens dont le consentement de son titulaire ferait défaut* ». ⁷³⁹ Le concept de préjudice moral n'a pas été actualisé dans la législation civile espagnole afin de tempérer les avancées doctrinales et jurisprudentielles. Cependant, on prétend appréhender ce point, paradoxalement, avec l'introduction du CPE de 1944. Dans ce code est régulée la responsabilité civile procédant aux délits et fautes et interdisant toute conduite qui pourrait causer un préjudice moral par l'infraction de délits contre l'honneur, la calomnie, les injures et la diffamation. Loi Organique 1/1982, le 5 mai, de

⁷³⁹ STS 28 juin 1990 (RJ 1990, 120).

protection du droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à l'image. Dans l'art. 9.3 l'indemnisation pour intrusion illégitime de ces droits est élargie au préjudice moral.

2. Le Décret Royal Législatif 1/2007, du 16 novembre, a approuvé le texte remanié de la Loi Générale pour la Défense des Consommateurs et Usagers et autres lois complémentaires. L'art. 128 de la loi appréhende la protection contre les préjudices causés par les produits et services défectueux. Or le fait que les intérêts moraux de l'individu soient protégés, n'est pas pris en compte et demeure exclu du domaine de protection.

3. La législation adoptée pour l'évaluation des préjudices corporels subis lors d'accidents de circulation, Loi 30/1995, du 8 novembre, sur la Gestion et Supervision d'Assurances Privées présente le mécanisme servant à compenser les préjudices moraux causés par l'accident. Un examen des Tables I et III, incluant les indemnisations pour motif de décès et de lésions permanentes, suffit pour constater que le préjudice moral est inclus dans la compensation et ne figure pas comme élément indépendant, susceptible d'être indemnisé à part entière.

4. En matière de propriété intellectuelle, les préjudices moraux peuvent être compensés conformément à l'art. 135 de la Loi de Propriété Intellectuelle, Loi 22/2011, du 11 novembre, selon son amendement. On y reconnaît le droit à la victime ou l'offensé de choisir entre l'action de réclamer le bénéfice vraisemblablement obtenu, dans les cas où

l'exploitation illicite n'ait pas été matérialisée, ou entre le résultat qui s'est effectivement produit suite à l'exploitation.

5. Un autre aspect du préjudice moral qui est protégé au moyen d'une législation spéciale est celui en rapport avec la pollution acoustique et de bruits. L'Art. 1908 de la CCE sert de base au développement de ce type de préjudices. La transcendance de la reconnaissance de ce préjudice moral a atteint une ampleur internationale. Dans le cas de l'aéroport de Heathrow, le TEDH a étudié le cas du 2 octobre 2001/567 (TEDH 2001, 567). Plus tard, lors d'un cas établi par une citoyenne de Valence devant le même tribunal, il avait été avancé que les bruits des établissements nocturnes la faisaient se sentir harcelée et perturbée. Le TEDH a décidé, en ce qui concerne le cas de Moreno Gomez, que le droit de la plaignante avait été violé et que celle-ci avait souffert un préjudice moral indemnisable pour le bruit auquel elle avait été exposée.

Le TSE ne fait pas de référence explicite au préjudice moral ou à sa réparation, mais certains prétendent que la nature d'une norme ne dépend pas du corps légal auquel elle se rattache mais à la sphère juridique au sein de laquelle se produisent ses effets. C'est ce qu'affirme SANTOS BRIZ en argumentant que malgré que le CPE expose explicitement la réparation du préjudice moral, quand il contribue aux délits, la nature de la réparation demeure civile.⁷⁴⁰

⁷⁴⁰ SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 166-167.

Durant le dernier siècle, le Tribunal Suprême d'Espagne a nié le dédommagement des préjudices moraux en justifiant sa décision par le fait qu'il était impossible de quantifier financièrement les biens et valeurs de cette nature. Cette position a prévalu pendant une période approximative de trois décennies. Dans l'arrêt du 6 décembre 1882, le Tribunal a exprimé que *«[L]'honneur n'étant pas évaluable, lors des délits commis à son encontre, il est impossible de fixer la quantité à laquelle correspond le préjudice ni d'imposer au délinquant, comme responsabilité civile conséquent à l'acte criminel commis, celle de payer une indemnisation à l'offensé»*. Les affirmations du TSE des années 1882-1889 font écho au ressenti de l'époque en établissant dans les arrêts du 6 décembre 1882 que le préjudice moral n'est pas indemnisable puisqu'il ne peut s'évaluer et dans celui du 11 mars 1899 dans lequel est déclaré que *«les contrariétés ne sont pas indemnissables»*. D'autre part, le tribunal a également qualifié l'honneur en soi comme un *«droit idéal, sans réalité pratique»*.

Le point de départ jurisprudentiel de la notion du droit moral susceptible de dédommagement débute en Espagne avec l'arrêt du 6 décembre 1912 lors duquel on a porté plainte contre le Journal Le Liberal pour une publication intitulée *«Prêtre, ravisseur et suicidaire»*. Suite à l'arrêt du 6 décembre 1912, le TSE a poursuivi son évolution sur le thème des préjudices moraux de sorte que les arrêts ultérieurs ont explicitement

distingué l'indemnisation des préjudices moraux en soi et non les conséquences patrimoniales du préjudice, des biens moraux du lésé.

Dans l'arrêt du TSE du 14 novembre 1934, la décision jurisprudentielle de dédommager financièrement les préjudices moraux purs a été réitérée en établissant que « *La responsabilité civile comprend les préjudices moraux, à savoir, tant ceux qui, en réduisant l'activité personnelle, affaiblissent la capacité d'obtenir des richesses, c'est-à-dire, les préjudices moraux indirectement économiques, que ceux qui sont constitués par la simple douleur morale, bien qu'elle ne transcende pas la sphère patrimoniale...* » Cette tendance jurisprudentielle prévaut aujourd'hui en reconnaissant la possibilité de dédommager financièrement tous les aspects du préjudice moral. En ce qui concerne la conceptualisation du terme *préjudice moral*, le Tribunal a témoigné d'une nette évolution. Lors des arrêts du 21 janvier 1957 et du 28 février 1959, le concept est élargi et défini en signalant que celui-ci est constitué « *par les préjudices qui, sans affecter les choses matérielles susceptibles d'être évaluées, se réfèrent au patrimoine spirituel, aux biens immatériels de la santé, de l'honneur, de la liberté et d'autres analogues* ». Cette définition jurisprudentielle se rapproche davantage à la proposition de certains auteurs de traités modernes qui établissent qu'en aucun cas le préjudice peut s'étendre au domaine patrimonial, s'agissant exclusivement des préjudices des droits immatériels ou spirituels de l'individu. Quant à la

façon de compenser le préjudice moral, le TSE a justifié la compensation économique de ce dernier en établissant que la victime du préjudice moral souffre de douleurs et que l'on prétend, par le biais de la réparation économique, arriver à un équilibre.⁷⁴¹ Au moyen du dédommagement économique, la victime peut ressentir des sensations agréables susceptibles de compenser celles causées par le préjudice subi.⁷⁴²

France: L'application de l'article 1382 aux cas de préjudices moraux et de nature discrétionnaire, si l'on s'en réfère aux cas où il n'y a pas eu d'uniformité dans l'application du précepte.⁷⁴³ VICENTE DOMINGO souligne également que l'influence des pandectistes allemands s'est élargie à l'interprétation de l'Art. 1382 du CCF, en étant appliqué de façon restrictive, concédant une élasticité à l'interprétation et application, et en conférant une place à la compensation du préjudice moral.⁷⁴⁴ À travers les années, nous avons pu observer comment les législateurs ont intégré le concept de préjudice moral aux statuts spécifiques comme le sont : (1) l'Article 2, paragraphe 2 du Code de Procédure Pénale (CPP): « *l'action civile sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de la poursuite.* » En matière de divorce, le législateur français a également

⁷⁴¹ STS de 7 février 1962.

⁷⁴² SANTOS BRIZ, J., *La Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 169.

⁷⁴³ Cfr. Aubry et Rau, IV, §445, note 8.

⁷⁴⁴ VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, op. cit., p. 71.

reconnu le droit à un conjoint de réclamer à l'autre les préjudices moraux causés par la procédure de divorce.⁷⁴⁵

L'art.31 de la Loi n° 86-677, du 5 juillet 1985, mieux connue sous le nom de la Loi Badinter, régle les plaintes déposées par les personnes qui paient les compensations pour motif de préjudice moral ou physique. Par la même, sont permises les plaintes mais sont exclues les compensations pour motif de préjudices moraux ou physiques aux victimes et proches dès lors qu'ils aient témoigné un certain degré de culpabilité.

L'obligation de posséder une assurance de circulation a été imposée en France par le biais de la Loi 27/1958 du 27 février, aujourd'hui codifiée dans l'art. L211-1 du Code d'Assurances Français. En 1982 la CCassF a conclu le cas Desmares, lors duquel les décisions judiciaires préalables ont été fortement critiquées. On y acceptait des circonstances atténuantes de responsabilité pour le conducteur, limitant la conclusion à un cas de force majeure.⁷⁴⁶

La loi n° 1985-1353 du 17 décembre 1985, en rapport avec la sécurité sociale, a créé l'art. L. 452-3 du Code de Sécurité Social français sous la section de faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur provoquant les souffrances physiques et morales. Plus récemment, les

⁷⁴⁵ Art. 277. n° 1: « quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel ou **moral** que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint. »

⁷⁴⁶ Cass. civ., 2^e, 21 juillet 1982, 1982.449.

législateurs français ont amendé l'art. 16 du CCF comme résultat de l'adoption de la Loi 1994-653 du 29 juillet, sur la Bioéthique. On y reconnaît dans le statut la primatie de la personne, en interdisant toute atteinte à sa dignité et en garantissant le respect de l'être humain dès le début de sa vie.

La première décision de la Cour de Cassation de France reconnaissant la possibilité d'indemniser financièrement le préjudice moral, appelé « *dommage moral* », remonte au 5 juin 1833.⁷⁴⁷ À cette occasion, la CCassF a reconnu à deux chimistes le droit de réclamer les préjudices moraux d'un défendeur qui a résulté condamné pour vente illégale de drogues. Le Procureur Général Dupin signala qu'avancer que les préjudices avaient seulement lieu lorsqu'il existait des préjudices pécuniaires, constituait une erreur capitale, « *l'erreur capitale dans toute cette affaire, c'est de croire qu'il n'y ait qu'un préjudice matériel et d'argent qui puisse donner lieu à une action en dommages et intérêts* ». À partir de cet arrêt, des décisions jurisprudentielles, comme celle du 16 juin 1858 où le Tribunal de la Seine a condamné un dessinateur au versement de 5,000 francs car il avait publié la photographie d'un défunt sur son lit de mort alors qu'elle avait été prise seulement pour la famille. « *Attendu que nul ne peut sans le consentement formel de la famille, reproduire et livrer à la publicité les traits d'une personne sur son lit de mort, quelle qu'ait été la*

⁷⁴⁷ Cass. Chambres réunies, 15.06.1833, [1833] Sirey (S.), 1, 458, conclusions Dupin.

célébrité de cette personne... Attendu que le droit de s'opposer à cette reproduction est absolu qu'il a son principe dans le respect que commande la douleur des familles, et qu'il ne saurait être méconnu sans froisser les sentiments les plus intimes et les plus respectables de la nature et de la piété domestique...»

Dans d'autres cas, l'existence d'un préjudice moral dans les cas d'adultère a été reconnue.⁷⁴⁸ Selon la doctrine française, l'évolution du droit moral a été similaire à celle de l'Espagne, vu que le préjudice moral ou extrapatrimonial n'a pas été reconnu depuis son commencement. Même à la fin du XIX siècle et au début du XX siècle, le mouvement doctrinal, qui postulait la nécessité de compenser financièrement les préjudices moraux, subissait de fortes critiques. Par exemple, ESMEIN qualifia le préjudice moral de préjudice d'alibi permettant d'exposer des controverses qui n'étaient pas liées à sa vraie nature.⁷⁴⁹ La phrase utilisée par ce dernier pour décrire ce qu'il jugeait être une action maladroite en compensant les préjudices était : « *la douleur, certes, peut être profonde, mais on l'avilit en la monnayant.* » MORANGE, quant à lui, critiquait les tribunaux de France en les accusant de céder devant un courant doctrinal aux sérieux problèmes

⁷⁴⁸ Tribunal de la Seine 17 juillet 1901: Dalloz, Jurisprudence Générale 1902.2.109; Sirey 1837.2.374.

⁷⁴⁹ Cour de Cassation, Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et autres, Les limites de la réparation du préjudice, Dalloz, 2009, p. 396.

de paramètres moraux bas et étranger aux valeurs de la civilisation occidentale.⁷⁵⁰

Porto Rico: Nous prenons le point de départ de l'évolution du droit moral à partir de la fin du XIX siècle car le système juridique était identique au système espagnol à la même époque. On y appliquait les articles 123 et 124 de la CCE de 1870 et la CCE de 1889. L'influence du Droit espagnol était telle que les décisions judiciaires dans l'île et les doctrines étudiées étaient celles provenant d'Espagne. À Porto Rico, un critère indépendant et autonome n'ayant pas encore été développé, la promulgation en Espagne et la législation civile et pénale ont été copiées *ad verbatim*.

Le TSPR a résolu, pour une première fois, une controverse en rapport avec la réparation d'un préjudice moral en 1909, bien avant que le TSE ne s'exprime sur le sujet, en acceptant ladite réparation.⁷⁵¹ Le TSPR a décidé que la compensation des préjudices pouvait procéder puisqu'elle était protégée par l'Article 1803 de la CCPR, et pour appuyer sa décision, eut recours à la jurisprudence du *Common Law* décidée en 1879.⁷⁵² Dans le

⁷⁵⁰ MORANGE, G., « À propos d'un revirement de jurisprudence. La réparation de la douleur morale para le Conseil d'État », D. 1962, chron. 15, spec. p. 16.

⁷⁵¹ TSPR, *Zalduondo v. Sánchez*, 15 D.P.R. 231 (1909).

⁷⁵² *McIntyre v. Giblin*, 131 U.S. Appx. CLXXIV (1879). "This was a suit to recover damages for the careless and negligent shooting and wounding of Giblin, the plaintiff below, by McIntyre, the defendant. On the trial the court charged the jury that in computing the damages, they might take into consideration 'a fair compensation for the physical and mental suffering caused by the injury,' and the only question submitted to us now is, whether this charge was erroneous because the words '**and mental**' were

cas de McIntyre v. Gibblin, le Tribunal Suprême des États Unis (TSEUA) a décidé que le jury devait envisager une compensation juste pour les préjudices physiques et mentaux causés par le défendeur en tirant sur le plaignant et en le blessant négligemment. Or le processus appellatif a été débattu durant le cas, en arguant qu'une erreur avait été commise en incluant les mots «...*and mental*» lorsqu'ils en ont instruit le jury. Le TSEUA a déterminé que l'erreur invoquée n'avait pas été commise et que le but de l'instruction était de permettre au jury de concéder une compensation pour les souffrances personnelles causées par les blessures du plaignant. Or lorsque l'on examine la décision jurisprudentielle, il semble qu'il y ait eu un acte affirmatif du TSEUA où a été reconnu ce que dans le Droit continental et portoricain, nous considérons comme des préjudices moraux.

En 1922, le TSPR a pu examiner un cas où les proches de la personne à l'origine de l'acte ont réclamé des préjudices et où, non seulement un dédommagement économique a été concédé pour les préjudices patrimoniaux, mais où les préjudices moraux ont également été compensés.⁷⁵³ Le TSPR s'est exprimé dans plusieurs instances en rapport au sujet de l'évaluation du préjudice moral et des guides qualitatifs et

included.” La determinación del TSEEUU fue: “*We think, with the court below, that the effect of this instruction was no more than to **allow the jury to give compensation for the personal suffering of the plaintiff caused by the injury, and that in this there was no error.***”

⁷⁵³ Maldonado v. The Porto Rico Drug, Co., 31 D.P.R. 747 (1922) et après, Orta v. P.R. Railway L & P, Co., 36 D.P.R. 743 (1927).

quantitatifs ont été présentés afin de servir de référence aux juges dans leur tâche ardue d'adjudications. Les affirmations qualitatives sont subjectives et apportent peu au processus évaluateur. Dans le cas de Hernández v. Fournier, 80 D.P.R. 93 (1957), le TSPR a déterminé que pour que les préjudices soient susceptibles de dédommagement, ils ne peuvent être des «peines passagères». Il est nécessaire que les souffrances et les angoisses soient profondes et qu'elles affectent la santé, le bien-être et le bonheur de la personne offensée.⁷⁵⁴

Le TSPR a établi la norme jurisprudentielle consistant à utiliser les montants concédés par le TSPR comme référence, mais il ajouta qu'il est nécessaire de réaliser un ajustement rationnel pour évaluer la valeur de l'argent, les changements technologiques et le niveau de vie.⁷⁵⁵ Le processus évolutif de la jurisprudence de préjudices moraux à Porto Rico a vécu l'expérience d'étapes similaires à celles vécues par le TSE. Au début du XX siècle, les arrêts manquaient de spécificité. Bien que les préjudices moraux aient été compensés, on ne pouvait pas distinguer les parties spécifiques et les quantités respectives.⁷⁵⁶

L'inconsistance dans l'adjudication des préjudices moraux a été prouvée de différentes façons, la plus commune étant la sous-estimation

⁷⁵⁴ TSPR Ramos Rivera v. E.L.A., 90 D.P.R. 828 (1964) y Moa v. E.L.A., 100 D.P.R. 573 (1972).

⁷⁵⁵ Herrera Bolívar v. Ramírez Torres, 179 D.P.R. 774 (2010).

⁷⁵⁶ Font v. Viking Construction Corp., 58 D.P.R. 689 (1941); Muñoz v. The N.Y. & P.R. SIS Co., 72 D.P.R. 582 (1951); et Morales Muñoz v. Castro, 85 D.P.R. 288 (1962).

des préjudices et leur assimilation aux préjudices patrimoniaux. Le sujet des préjudices moraux à Porto Rico a peu évolué. À l'exception des traités des préjudices généraux où la notion est mentionnée, il n'existe pas de publications ou d'études sur le sujet.

7.4 PREJUDICE MORAL : DROIT NORD-AMERICAIN :

La reconnaissance de préjudices dans le Droit commun nord-américain surgit comme une matière ayant sa propre identité en 1859 avec la publication du premier traité sur les actes illicites, appelés *torts*, suivie par la publication du premier livre de casuistique relative à ce sujet en 1874.⁷⁵⁷

Le système judiciaire nord-américain est complexe dans la mesure où chacun des cinquante (50) États et territoires comportent des gouvernements indépendants, avec leurs Constitutions respectives et la capacité de légiférer et d'établir des structures judiciaires indépendantes. En vue d'harmoniser tous ces intérêts, il existe un gouvernement fédéral doté d'une Constitution fédérale, d'un congrès et d'un système de justice qui régit les juridictions d'état. Le système nord-américain de classement des préjudices consiste en un trinôme d'actes illicites basés sur : (1) les délits de négligence, *negligent torts* ; (2) les délits intentionnels, *intentional torts* ; (3) les hypothèses de responsabilité objective, aussi appelées *strict liability*.

La partie 901 du *Restatement (Second) of Torts*, déclare que les objectifs des actions de préjudice sont les suivants : (1) compenser, indemniser ou restituer suite à la souffrance subie comme conséquence des

⁷⁵⁷ SHAPO, M., op. cit., vol. 3, p. 4.

préjudices ; (2) déterminer les droits ; (3) punir le responsable du préjudice en éradiquant par la même la conduite injuste ou nuisible ; et (4) défendre les parties, en octroyant un remède destiné les dissuader d’avoir recours à des représailles, à la violence ou rendre justice eux-mêmes. Les tribunaux nord-américains ont défini le terme de préjudice civil comme pouvant être réparé à l’aide d’un octroi monétaire.

Les *Torts* intentionnels : il s’agit des cas où le défendeur savait ou laissait savoir qu’ils surviendraient en conséquence de ses actes. Pour qu’une cause d’action pour *Torts* intentionnels puisse aboutir, le défendeur doit établir l’élément de l’intention. Parmi les préjudices reconnus dans cette catégorie se trouvent :

1. “*Battery*”, acte intentionnel selon lequel on entre en contact avec une autre personne afin de lui nuire, de l’offenser ou dans le but de commettre une capture imminente. Il peut se manifester également lorsqu’on use la force sur une autre personne sans son consentement.⁷⁵⁸

2. “*Assault*” ou agression est l’action d’intimider une autre personne en l’agressant de sorte que la victime craigne qu’un préjudice physique imminent ne lui soit infligé.⁷⁵⁹

3. “*False Imprisonment*” est la détention illégale lorsqu’une personne a l’intention de limiter le mouvement d’une autre et la séquestre afin d’y parvenir. La victime doit être consciente de l’état de privation de liberté dans lequel elle se trouve, à l’encontre de son consentement et du préjudice subi.

⁷⁵⁸ GARNER, B.A., op. cit., 10^a ed., p. 182; MARTIN, E.A., op. cit., p. 46.

⁷⁵⁹ GARNER, B.A., op. cit., 10^a ed., p. 137; MARTIN, E.A., op. cit., p. 34.

4. “*Intentional Infliction of Emotional Distress*” est l'imposition intentionnelle d'une angoisse émotionnelle lorsqu'une conduite extrême et scandaleusement indignante cause un préjudice ou un dommage à la victime de façon prévisible. Dans certaines juridictions la présence de manifestations physiques sur la victime est requise pour qu'elle soit reconnue, comme le serait des évanouissements, des vomissements, des sueurs, entre autres. Pour qu'elle soit considérée comme un préjudice, l'offense doit atteindre un niveau tel qu'il affecterait l'homme prudent et raisonnable d'une sensibilité ordinaire.⁷⁶⁰

5. “*Trespass to Land*” ou entrée illégale dans la propriété d'autrui est considérée lorsqu'on entre volontairement et sciemment, sans autorisation, dans la propriété d'autrui ou que l'on autorise l'entrée à une tierce personne.⁷⁶¹

6. “*Trespass to Chattel*” ou transgression de biens immobiliers est considérée lorsque l'agissement vise à dépouiller le propriétaire légitime d'un bien immobilier de sa propriété ou utiliser celle-ci sans autorisation.⁷⁶²

7. “*Conversion*” consiste à l'appropriation illicite de biens immobiliers en les considérant siens. La différence entre ce délit et le précédent est que l'interférence sur le bien immobilier atteint un niveau tel qu'il a l'effet de dépouiller le propriétaire d'origine de son bien.

8. “*Defamation*” ou diffamation vise à protéger les personnes contre les publications calomnieuses et diffamatoires mais dont la particularité est que chaque état en définit les termes. D'ailleurs on pourrait y trouver des différences dans l'évaluation de la notion.

9. “*Nuisance*”, est défini comme un ennui, un problème ou une gêne causés par l'interférence d'une personne avec la propriété d'autrui ou sur la

⁷⁶⁰ PROSSER, W.L., KEETON, W.P., op. cit., p. 63.

⁷⁶¹ GARNER, B.A., op. cit., 10^a Ed., p. 1733-1735.

⁷⁶² GARNER, B.A., op. cit., 7^a ed., p. 333; MARTIN, E.A., op. cit., p. 116.

propriété d'autrui, affectant ainsi l'utilisation et la jouissance pacifique de ce bien.

Les éléments d'une cause d'action pour *préjudices intentionnels* sont : (1) un acte volontaire, (2) une intention (l'intention peut être démontrée par le désir à ce que l'acte cause un dommage ou la connaissance que l'acte pourra arriver, en toute certitude), (3) la relation causale, (4) la souffrance d'un préjudice et (5) l'absence d'un privilège ou la défense qui permet au défendeur d'effectuer l'acte causant le préjudice.

Torts de responsabilité absolue: Les préjudices de responsabilité absolue surviennent lorsqu'une action en particulier cause un dommage, indépendamment du degré d'attention ou de l'intention du défendeur, il est légalement déterminé qu'il constitue une responsabilité de caractère absolu. Aux EUA on considère au sein de cette catégorie les préjudices relatifs à : (1) *strict product liability* ou la vente de produits qui sont défectueux de par leur manufacture, la conception ou le marketing, ainsi que les produits hautement contaminants, comme pourraient l'être des produits radioactifs, la dynamite ou des produits chimiques, entre autres ; (2) les préjudices dans l'exercice des activités de danger exceptionnel ; (3) les préjudices causés par des animaux sauvages en terrain domestique. Dans ces cas-là, le défendeur est responsable des préjudices occasionnés vis-à-vis du plaignant indépendamment de son degré d'attention. En ce qui concerne certains activités, la politique publique est celle qui impose la

responsabilité indépendamment de l'attention exercée par le défendeur ; et (4) la responsabilité indirecte ou *vicarious liability*, lorsque la loi l'exige ainsi. La responsabilité pour préjudices causés par les animaux sauvages en terrain domestique a été élargie aux animaux domestiques lorsque leur conduite est agressive et présente un risque pour autrui.

Torts de négligence : Les préjudices négligents surviennent lorsque le défendeur n'adhère pas au code de conduite attendu de la part d'une personne raisonnable et prudente dans la même situation.⁷⁶³ Un des principaux classements à l'intérieur des *torts* négligents est celui des souffrances et angoisses mentales ou *pain and suffering*, de telle sorte que la doctrine a la coutume de l'utiliser pour appeler à l'aide de termes génériques les préjudices qui ne sont pas de nature économique ou qui seraient analogues aux préjudices moraux du Droit civil, comme nous l'avons expliqué précédemment. Or cette appellation n'est pas correcte, étant donné qu'à l'intérieur de toutes les catégories de *torts* intentionnels peuvent s'y ajouter les préjudices non patrimoniaux et, comme il est le sujet ici, les cas de diffamation ou calomnie, qui sont essentiellement moraux. Nous aborderons plus loin la classification de préjudice selon la sphère ciblée.

⁷⁶³ GARNER, B.A., op. cit., 10^a ed., p. 1718; PROSSER, W.L., KEETON, W., op. cit., p. 160 et ss.

Les éléments requis pour établir le *tort* négligent est l'existence d'un devoir d'agir de la part du défendeur. Pour prévaloir, le défendeur doit établir : (1) que le défendeur avait un devoir d'agir conforme à un certain code de conduite pour la protection d'autrui contre des risques déraisonnables, (2) la violation du devoir, (3) la souffrance d'un préjudice et (4) la relation causale entre la violation du devoir et le préjudice subi.

D'une façon générale, les professionnels du Droit ont des problèmes similaires à ceux existant dans le domaine civil, spécialement en ce qui concerne les éléments probants, le classement et l'évaluation des préjudices ainsi que leur réparation. L'existence d'éléments additionnels, tels que la possibilité d'avoir un juge lors des cas civils, ainsi que la capacité d'imposer des compensations nominales et des dommages-intérêts punitifs, ont tendance à amener dans l'arène certaines controverses additionnelles lors du processus de conceptualisation de préjudice moral, étrangères à la doctrine civile moderne.

1. *Douleur et souffrances*: Les tribunaux des différents États de la nation américaine se sont montrés réticents et se sont refusé à envisager la possibilité de dédommager des préjudices de nature émotionnelle durant le 19^{ème} siècle. Leur position se fondait sur l'impossibilité d'attribuer une valeur à la douleur émotionnelle, l'anxiété, la crainte et aux autres manifestations immatérielles, considérées à cette époque comme des manifestations métaphysiques.⁷⁶⁴ Ultérieurement, on accepta

⁷⁶⁴ SPEISER, S.M.; KRAUSE, C.F.; GANS, A.W., op. cit., vol. 4A, p. 519-520.

la possibilité de compenser les souffrances et les tourments émotionnels, tant qu'ils étaient accompagnés de manifestations physiques.⁷⁶⁵ La notion de concéder une compensation pour cause de douleur, de souffrance et d'angoisses mentales a fait son apparition lors du cas Scott v. Shephard del 1773. Dans ce cas, le défendeur avait lancé un pétard sur un marché bondé de monde. Comme conséquence, le plaignant a subi des brûlures et a perdu la vue. Selon ses allégations, le plaignant a souffert de douleurs terribles et de tourments et reçut 100 livres sterling en compensation de ses préjudices.⁷⁶⁶ Au bout de longues années d'évolution, les nord-américains ont défini le concept de douleur et souffrances en conférant des guides homogènes à toutes les juridictions. La partie 905 du *Restatement (Second) of Torts*, inclut la compensation de la douleur et souffrances parmi les préjudices compensables qui peuvent être concédés sans avoir à prouver la perte pécuniaire. Toute présentation du concept de douleur et souffrances présent dans le *Restatement (Second) of Torts* le compare aux préjudices non pécuniaires du Droit civil, selon GREENE y BORSTEIN.⁷⁶⁷ Cependant, cette affirmation n'est pas vraiment judicieuse étant donné qu'il existe des catégories de préjudice non pécuniaire qui ont une identité indépendante dans le Droit nord-américain et que les états limitent son application aux préjudices émotionnels en excluant les préjudices corporels. En addition aux préjudices et souffrances, les américains reconnaissent la perte de la jouissance de la vie, l'espérance de vie écourtée, le préjudice à la réputation professionnelle et la perte de la santé comme préjudices non économiques

⁷⁶⁵ Paz v. Brush Engineered Materials, Inc., 949 So.2d 1 (Miss. 2007); Hagen v. Gibbons, 177 N.W.2d 83 (1970). Exigence de manifestations physiques : Armstrong v. Brookdale University Hospital and Medical Center, 425 F.3d 126 (2d Cir. 2005); Allinger v. Kell, 302 N.W.2d 576 (1981). Exigence de manifestations physiques n'est pas nécessaire : Farm Bureau Ins. Co. of Nebraska v. Martinsen, 659 N.W.2d 823 (2003); Gamble v. Dollar General Corp., 852 So.2d 5 (Miss. 2003); Culbert v. Sampson's Supermarkets, inc., 444 A.2d 433 (Me. 1982).

⁷⁶⁶ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., "Determining Damages...", op. cit., p. 6-7.

⁷⁶⁷ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., "Determining Damages...", op. cit., p. 109-110.

hors de la catégorie de douleur et souffrances.⁷⁶⁸ En Californie et dans le Kansas, par exemple, les préjudices sont concédés selon ce classement par concept de douleur physique, peur, nervosité, deuil, anxiété, inquiétude, mortification, humiliation, indignation, honte, dégoût, terreur et tribulation.⁷⁶⁹ Dans l'État de Tennessee sont également reconnus les causes suivantes d'action : le handicap permanent, la défiguration et la perte du plaisir dans la vie comme des modalités à l'intérieur même de cette catégorie avec une identité à part.⁷⁷⁰ Il n'existe pas de barèmes, mesures fixes ou une autre référence qui permette au juge d'évaluer ce type de préjudices aux EUA. Le Tribunal Suprême de l'État du Missouri l'a affirmé de la manière suivante : « “[F]or time immemorial, the judicial measure of damages for pain and suffering has been fair and reasonable compensation. »⁷⁷¹

2. *Souffrances survenues*: Les souffrances émotionnelles sont compensées, après avoir subi un préjudice physique.⁷⁷² Les effets peuvent être temporaires, durant le processus de rétablissement de la victime.⁷⁷³

3. *Préjudices esthétiques*: Les lésions esthétiques et la défiguration sont compensées, même si elles ne sont pas visibles pour les autres.⁷⁷⁴ Les lésions ne doivent pas nécessairement être permanentes, il existe même des juridictions qui ont compensé ces préjudices bien qu'il n'y ait aucune documentation qui valide l'étendue du préjudice. Dans ces cas-là, le tribunal a justifié la compensation en indiquant que le langage de

⁷⁶⁸ Ibid.

⁷⁶⁹ *Sánchez v. U.S.*, 803 F. Supp.2d 1066 (C.D. Cal. 2011); *Kansas City Southern Ry. Co., Inc. v. Johnson*, 798 So.2d 374 (Miss. 2001).

⁷⁷⁰ *Champion v. CLC of Dyersburg, LLC*, 359 S.W.3d 161 (Tenn. Ct. App. 2011).

⁷⁷¹ *Graeff v. Baptist Temple of Springfield*, 576 S.W.2d 291, 301 (Mo. 1978).

⁷⁷² *Wood v. Mobil Chemical Co.*, 50 Ill. App.3 465 (1977) en el caso de la depresión; *Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans*, 413 So.2d 982 (La.Ct.App. 1982).

⁷⁷³ *Abrams v. City of Mattoon*, 148 Ill.App.3d 657 (1986); *Alphonso v. Charity Hosp. of Louisiana at New Orleans*, supra.

⁷⁷⁴ *Jones v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 870 F.2d 982 (5th Cir. 1989).

l'homme laïc, défigurer signifie rendre moins compétent, parfait ou beau en apparence ou en caractère.⁷⁷⁵ L'analyse aborde l'humiliation et la honte dont souffre la victime. La protection s'étend à la souffrance et à la douleur subie dues à la perte d'un membre du corps, d'une fonction corporelle, ainsi que l'angoisse émotionnelle vécue en subissant les lésions, ou la terreur éprouvée lorsque l'on s'approche du moment où la lésion va être subie.⁷⁷⁶

4. *Déficit fonctionnel permanent*: il ne s'agit pas d'une catégorie selon laquelle les Tribunaux nord-américains élucident les controverses relatives au préjudice moral, bien que des cas correspondant en tous points à la notion française aient été enregistrés. Par exemple, le Tribunal de Colorado a compensé une conductrice de camion qui avait subi une chute dans un établissement où il y avait de l'huile car elle avait subi une rupture de disques et souffrait de douleur chronique, de changements de personnalité causés par la douleur intense, de dépression, de perte du sommeil, de difficulté à se concentrer, de perte d'indépendance, d'incontinence et avait des problèmes pour accomplir des tâches quotidiennes, ce qui la handicapait de façon permanente.

5. *Préjudice pour perte d'agrément*: Ces préjudices sont également connus comme des préjudices hédoniques et se concèdent en cas de perte de jouissance de la vie ou pour la valeur de la vie en soi, en accord avec la valeur économique productive de la personne qui a subi le préjudice ou qui est morte à la suite du préjudice. Si une personne est privée de sa capacité de jouir de n'importe quel plaisir de la vie, cette personne a subi un préjudice.⁷⁷⁷ Il existe trois composantes dans l'évaluation des

⁷⁷⁵ *US v. Cook*, 462 F.2d 301, 304 (D.C. Cir. 1972); *Dombrowski v. Fafnir Bearing Co.*, 167 A.2d 458, (1961).

⁷⁷⁶ *Mileski v. Long Island R.R.*, 499 F.2d 1169 (2d Cir. 1974); *Kenton v. Hyatt Hotels Corp.*, 693 S.W.2d 83 (Mo. 1985); *Boryla v. Pash*, 960 P.2d 123 (Colo. 1998); *Blum v. Airport Terminal Services, Inc.*, 762 S.W.2d 67 (Mo.Ct.App. 1988); *Yowell v. Piper Aircraft Corp.*, 703 S.W.2d 640 (Tex. 1986).

⁷⁷⁷ SPEISER, S.M., KRAUSE, C.E., GANS, A.W., op. cit., vol. 2, p. 819.

préjudices hédoniques : (1) l'établissement de la valeur statistique de la vie ; (2) le degré de souffrance imposé à la partie qui a subi le préjudice, selon ce qui a été déterminé par un psychologue ; et (3) la combinaison des premiers deux composantes de la part d'un économiste.⁷⁷⁸ Les degrés de handicap sont échelonnés selon une échelle de sept points connue comme *Lost of Pleasure of Life Scale*.⁷⁷⁹ À la différence du Droit civil continental et du Droit portoricain, les nord-américains ne concèdent pas les préjudices moraux aux victimes qui sont en état de coma, bien qu'ils aient été privés du droit de la jouissance de la vie. La raison de nier la possibilité du dédommagement dans ces cas-là est qu'il est impossible de démontrer objectivement qu'ils ont éprouvé de la douleur. D'une façon générale, toutes les juridictions nord-américaines reconnaissent la perte de la jouissance de la vie comme étant une cause d'action susceptible de réparation. Il existe trois positions en relation avec la figure juridique. Une minorité reconnaît la figure dans ses juridictions respectives. La majorité la reconnaît comme étant une composante de la catégorie de douleur et souffrances, alors que le reste pense qu'elle doit être une catégorie indépendante de n'importe quelle autre. Parmi les arguments niant l'intégration de la perte de jouissance de la vie à la catégorie de douleur et souffrances figure celui affirmant qu'une personne peut perdre un membre de son corps, sans sentir de douleur et que cela peut handicaper substantiellement son expérience et jouissance de la vie.

6. *Préjudice sexuel*: Les tribunaux nord-américains n'ont pas établi de catégorie de préjudice moral exclusive pour la compensation de préjudices à la sexualité humaine car ils l'incluent généralement à l'intérieur des réclamations générales, comme celle de douleur et souffrances.

⁷⁷⁸ BAKER, G.W., SECK, M.K., op. cit., p. 192.

⁷⁷⁹ Ibid. Voir Annexe 2.

7. *Incapacité à contracter mariage*: Au sein du Droit commun nord-américain, cette cause d'action de préjudices n'existe pas.

8. *Préjudice par contamination*: La cause de l'action selon laquelle des dommages sont réclamés par contamination est de « *emotional distress* ». Cependant, les tribunaux ont déterminé qu'à moins qu'il n'y ait de symptômes ou de préjudice corporel qui mettent en évidence l'exposition à des pathogènes ou des agents toxiques, il est impossible de procéder à la réparation économique.⁷⁸⁰ Une uniformité n'existe pas dans l'analyse et le maniement de ces cas. Il y a des états qui refusent de dédommager dans le cas d'une exposition au VIH et à d'autres maladies contagieuses alors que d'autres ont adopté une position plus protectrice, en compensant même les erreurs de diagnostic.⁷⁸¹ Quand la contamination est produite par transfusions sanguines, les tribunaux appliquent la théorie de responsabilité absolue ou "*strict liability*" puisqu'ils considèrent le sang et ses dérivés comme étant des produits générant un profit pour les compagnies qui les traitent.⁷⁸²

9. *Préjudice aux victimes indirects ou par ricochet*: les tribunaux nord-américains ont utilisé cette figure pour adjudiquer la responsabilité à des organismes juridiques qui ont causé des préjudices à un ou plusieurs citoyens.⁷⁸³ La conceptualisation que nous avons vue au sein du droit civil sur le préjudice par ricochet n'est pas incluse dans le maniement qu'offrent les EUA au préjudice moral.

⁷⁸⁰ *Vosburg v. Cenex-Land O'Lakes Agronomy Co.*, 245 Neb. 485 (1994); *Metro-North Commuter R.R. Co. v. Buckley*, 521 US 424 (1997); *Cantrell v. GAF Corp.*, 999 F.2d 1007 (6th Cir. 1993); et *Lavelle v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 30 Ohio Misc.2d 11, 507 N.E.2d 476 (1987).

⁷⁸¹ *R.J. v. Humana of Florida, Inc.*, 652 So.2d 360 (Fla. 1995); *Heiner v. Moretuzzo*, 73 Ohio St.3d 80 (1995); *Majca v. Beekil*, 183 Ill. 2d 407 (1998).

⁷⁸² *Doe v. Miles Laboratories, Inc.*, 675 F.Supp. 1466 (DC Md. 1987).

⁷⁸³ *Singer v. Marx*, 301 P.2d440 (1956); *Talmage v. Smith*, 59 N.W. 656 (1894); *Carnes v. Thompson*, 48 S.W.2d 903 (Mo. 1932); *Manning v. Gimsley*, 643 F.2d 20 (1st Cir. 1981).

10. *Préjudice d'affection*: On le nomme perte de consortium. Il se définit comme un préjudice émotionnel qui survient lorsqu'un membre de la famille souffre de lésion ou décède.⁷⁸⁴ Pour qu'il soit envisagé, il doit exister un sentiment prolongé de perte. Dans les cas où un état temporaire de perte est vécu, la réclamation est effectuée selon l'hypothèse générale de "*emotional distress*". De la même manière, la norme générale est que l'on reconnaît le droit aux couples de fait, bien que des exceptions aient été rapportées dans certaines juridictions.⁷⁸⁵ La perte d'affection et de compagnie des animaux domestiques a été considérée comme un événement générant le droit à être compensé comme préjudice moral. En pratique, tous les cas d'animaux domestiques et non domestiques sont circonscrits à la concession de la valeur juste sur le marché de l'animal perdu ou lésé et dans certains cas exceptionnels, les frais vétérinaires occasionnés durant l'évènement.⁷⁸⁶

11. *Préjudice de perte d'opportunité*: Il existe peu de casuistique sur le thème puisque dans certaines instances, la controverse se centre sur une vision limitée de la violation des accords contractuels ou sont envisagés d'un point de vue commercial. Le seul scénario sur lequel ils s'accordent, avec une position civiliste, est celui de la réclamation des professionnels pour faute professionnelle, comme il peut survenir dans le cas des avocats qui n'avertissent pas du droit d'appeler les décisions et perdent l'opportunité d'exercer ladite action.

12. *Préjudice pour tromperie du conjoint*: Cela fait plus d'un siècle que le droit de déposer plainte pour cession de l'affection conjugale a été reconnu. C'est-à-dire que pour des interventions imprudentes de tierces personnes avec l'un des conjoints, il est nécessaire que le couple sache

⁷⁸⁴ DOBBS, D.B., op. cit., p. 841-842.

⁷⁸⁵ Ibid; *Elden v. Sheldon*, 758 P.2d 582 (1988).

⁷⁸⁶ *Irwin v. Degtiarov*, 8 N.E.3d 296 (2014); *Fuchser v. Jacobson*, 290 N.W.2d 449 (1980); *Hurtado v. Land O'Lakes, Inc.*, 278 P.3d 415 (2012).

que la personne avec laquelle interfère était mariée. De plus, selon la législation présente dans le *Restatement of Torts §686*, un père et une mère pouvaient donner des conseils à leurs enfants sur le mariage mais sans avoir l'intention d'affecter la relation sentimentale. Cependant, lors de ce type de cas durant lesquels on persuade ses enfants de rompre un mariage, ces derniers peuvent avoir recours à une responsabilité de cession et abus de privilège que la loi reconnaît.⁷⁸⁷ L'adultère n'a pas été reconnu comme une cause d'action de préjudice moral dans la juridiction nord-américaine.⁷⁸⁸

13. *Préjudice à l'honneur*: La protection de l'intimité et de l'honneur sont de nature constitutionnelle et jalousement protégés par le Droit commun nord-américain. Les accusations malicieuses ont également été l'objet de réparation dans la mesure où elles portent atteinte à l'image de la victime et à sa réputation. Pour qu'il y ait préjudice, le défendeur doit avoir mis en place une action contre le plaignant, ou avoir incité une autre personne à le faire, en utilisant la fausse information pour atteindre son objectif.⁷⁸⁹ En addition aux causes d'action où l'honneur du plaignant est atteint, les EUA reconnaissent la protection des autres droits constitutionnels qui ouvrent la porte aux réclamations de préjudices et dommages, lorsqu'ils sont violents. Le huitième amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique (CEUA) protège les citoyens contre les punitions cruelles et inhabituelles. Selon ce principe des cas ont été présentés où l'usage excessif de la force de la part du personnel officiel correctionnel contre des détenus emprisonnés est revendiqué comme un préjudice, dans des conditions inappropriées

⁷⁸⁷ *Poulos v. Poulos*, 222 N.E.2d 887 (1967).

⁷⁸⁸ *Whittington v. Whittington*, 766 S.W.2d 73 (Ky.App. 1989); *Ruprecht v. Ruprecht*, 599 A.2d 604 (1991); *Poston v. Poston*, 436 S.E.2d 854 (1993); *Nagy v. Nagy*, 258 Cal.Rptr. 787 (1989); *Weicker v. Weicker*, 237 N.E.2d 876 (1968).

⁷⁸⁹ *Chapman v. Grimm & Grimm*, 638 N.E.2d 462 (Ind.Ct.App. 1994); *Matthews v. Blue Cross and Blue Shield of Michigan*, 572 N.W.2d 603, 613 (1998).

d'emprisonnement et de refus à dispenser des services médicaux aux détenus. Ces réclamations ont prévalu devant le Tribunal Suprême des EUA.⁷⁹⁰

Préjudices relatifs à la conception, la grossesse, la naissance et l'adoption: Les tribunaux nord-américains ont été très judicieux dans l'octroi de préjudices moraux dans ces cas-là. Leur position cible une compensation pécuniaire de préjudice, en écartant la possibilité d'un dédommagement du préjudice moral. Or nous centrons notre réflexion sur la tendance des tribunaux à concéder des préjudices relatifs aux frais médicaux et, exceptionnellement, les frais d'éducation et non l'affection dont souffrent les parents et, dans certaines instances, les enfants qui naissent avec des problèmes de santé dus à une intervention inappropriée du médecin facultatif.

Les termes utilisés par le Droit commune nord-américain pour appeler les grossesses non planifiées et non désirées sont *wrongful conception* o *wrognful pregnancy* et, en général, sont associés aux réclamations de fautes professionnelles dues aux erreurs dans les processus de stérilisation, en contraste avec les réclamations appelées *wrongful birth* où sont réclamées les malformations ou défauts du nourrisson qui étaient prévisibles ou qui étaient connus et n'ont pas été communiqués de façon

⁷⁹⁰ En *Johnson v. Summers*, 577 N.E.2D 301, 304 (1991); *Estelle v. Gamble*, 429 US 97 (1976)- services médicaux; *Pelfrey v. Chambers*, 43 F.3d 1034 (6th Cir. 1995); *Rushing v. Wayne County*, 462 N.W.2d 23 (1990); *Jordan v. Gardner*, 986 F.2d 1521 (9th Cir. 1993).

opportune aux parents.⁷⁹¹ Récemment, le Tribunal du Nouveau Hampshire a déterminé que les parents récupérer les frais extraordinaires médicaux et éducatifs relatifs à la naissance d'un nourrisson handicapé, et non le préjudice moral associé à la perte d'opportunité d'interrompre la grossesse par faute d'informations.⁷⁹² Le tribunal a également nié la cause d'action du mineur déclarant qu'il aurait été mieux de ne pas être né, sous prétexte qu'aucun droit du mineur n'a été violé étant donné qu'il n'avait pas la légitimation de prendre la décision de naître ou de ne pas naître.

En ce qui concerne la mort avant la naissance du fœtus, la position des tribunaux consiste à nier l'existence d'un droit à compensation lorsqu'un préjudice mortel est infligé à un fœtus.⁷⁹³ La compensation a été octroyée sous la figure de mort illégale, cause d'action que la majorité des États ne suit pas et n'aurait pas sa place au sein du Droit civil étant donné que la naissance de la personne survient lors du détachement du sein maternel.⁷⁹⁴

Préjudices nominaux: Les préjudices nominaux se définissent comme une compensation triviale qui s'octroie au plaignant lors d'une action de préjudices et quand l'existence d'une perte substantielle ou de

⁷⁹¹ Provencio v. Wenrich, 261 P.3d 1089 (2011); Crawford v. Kirk, 929 S.W.2d 633 (Tex. App. Texarkana 1996).

⁷⁹² Smith v. Cote, 513 A.2d 341 (N.H. 1986).

⁷⁹³ Farley v. Sartin, 466 S.E.2d 522 (W.Va. 1995).

⁷⁹⁴ Véase Artículos 29 y 30 del CCE y el Art. 24 del CCPR.

préjudice susceptible d'être compensé n'ont pas été trouvés.⁷⁹⁵ Cela peut arriver dans les cas où il a été possible d'établir une cause d'action car la loi reconnaît une invasion technique de ses droits, une violation d'un devoir du défendeur ou dans les cas où l'existence d'un préjudice réel a été prouvé, mais la preuve du défendeur ne parvient pas à prouver sa quantité.⁷⁹⁶

Dommages-intérêts punitifs: peuvent être également reconnus comme *exemplary damages*. Sa première mention dans la jurisprudence nord-américaine remonte à l'année 1763. Le tribunal Suprême des États-Unis d'Amérique a révisé la définition du dommages-intérêt punitif dans le cas *Gertz v. Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974) en indiquant l'existence d'amendes privées imposées par les juges dans le domaine civil dans le but de punir des conduites répréhensibles et de les en dissuader à l'avenir.⁷⁹⁷ La partie 908, alinéa (a), du *Restatement of Torts* les dommages-intérêts punitifs sont définis comme des préjudices, séparés des préjudices compensables ou nominaux, qui sont concédés à l'encontre de défendeur en vue de le punir de sa conduite barbare, atroce, et de l'indifférence délibérée qu'il montre dans ses actes, et pour l'en dissuader, et dissuader

⁷⁹⁵ Restatement Second, Torts §907. DUNCAN, M.J., TURNER, R., *Torts: A Contemporary Approach*, Saint Paul, MN: West Thomson Reuters, 2010, p. 649.

⁷⁹⁶ GARNER, B.A., op. cit., 10^a ed., p. 473; Restatement § 907.

⁷⁹⁷ *Stermer v. Archer-Daniels-Midland Co.*, 140 So.3d 879 (La. Ct. App. 3d Cir. 2014); *Tully v. McLean*, 948 N.E.2d 714 (1st Dist. 2011); *Cady v. IMC Mortg. Co.*, 862 A.2d 202 (R.I. 2004); *City of Newport v. Fact Concerts, Inc.*, 453 US 247 (1981); *Lee v. Delta Air Lines, Inc.*, 32 F.3d 566 (5th Cir. 1994). Voir *Annexe 3*.

autrui, d'encourir à une conduite similaire à l'avenir. Les dommages-intérêts punitifs sont des préjudices de grande échelle, qui sont concédés à la partie plaignante et qui vont au-delà du montant nécessaire pour réparer le préjudice, lorsque l'offense ou préjudice subi a été aggravé(e) par des circonstances de violence, d'oppression, de malice, de fraude, de conduite téméraire du défendeur, et qui soient octroyés au plaignant en tant que consolation de ses angoisses mentales, de la lacération de ses sentiments, de la honte, de la dégradation ou d'autres circonstances, afin de punir le défendeur de son mauvais comportement et pour qu'il puisse servir d'exemple aux autres.

Le Tribunal Suprême des États-Unis a conclu que la concession des dommages-intérêts punitifs ne doit pas violer les conditions requises de l'Ordre Juridictionnel et le droit à les procès en bonne et due forme instituées au sein de la CEUA. L'Ordre juridictionnel exige qu'un guide concernant le but rémunérateur ou dissuasif des dommages-intérêts punitifs ainsi qu'une instruction sur le fait que les dommages-intérêts punitifs ne sont pas requis, soient fournis au juge. De plus, les tribunaux doivent effectuer une révision ultérieure du jugement des dommages-intérêts punitifs.⁷⁹⁸ À cet effet, les tribunaux exercent un contrôle sur les dommages-intérêts punitifs sur au moins deux niveaux. Ils doivent décider s'il est nécessaire de concéder des dommages-intérêts punitifs dans un cas

⁷⁹⁸ DOBBS, D.B., op. cit., p. 1070.

particulier, et procéder à la concession des dommages-intérêts punitifs, si la quantité de préjudices est justifiée.⁷⁹⁹ Le TSEUA a affirmé qu'il n'était pas possible d'établir une limite entre ce qui est constitutionnellement acceptable et l'inacceptable qui pourrait s'appliquer à chaque cas. De même, nous avons constaté des exceptions des plus surprenantes imposées par le TSEUA y compris dans des cas de dommages-intérêts punitifs. Dans le cas de TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 US 443 (1993), lors duquel il y eut des préjudices compensables pour une somme de 19.000\$, équivalant à 16.642€ et pour un motif de préjudices punitif a été octroyé un montant de 10 millions de dollars, c'est-à-dire approximativement 8.759.414€. La proportion du dommages-intérêt punitif dans ce cas a résulté en un chiffre irréal, 526:1, mais le TSEUA l'a confirmé en affirmant qu'il y a d'autres cas où la conduite est tellement scandaleuse qu'elle est justifiée.

Dans les cas où il y a des entités juridiques, les adjudications de dommages-intérêts punitifs ont été exponentiellement plus élevées. Cependant, dans le cas BMW de North America V. Gore, 517 U.S. 559 (1996), le Tribunal a refusé d'appuyer une compensation de dommages-intérêts punitifs représentant une proportion de 500:1 dans le cas de fraude contre la compagnie automotrice et a établi les facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte en évaluant et adjudiquant ces préjudices: (1) si

⁷⁹⁹ SHAPO, M.S., op. cit., p. 73.

l'acte était intentionnel, malicieux ou commis dans un grand mépris du préjudice pouvant être infligé ; (2) si l'acte a été répétitif ou isolé; et (3) si le préjudice causé était économique ou non économique. Face à la critique sur la punition excessive des peines, le TSEUA s'est exprimé pour établir des aspects de caractère raisonnable. Le tribunal a affirmé qu'une relation de 4:1 entre les dommages-intérêts punitifs et les compensables est suffisamment élevée pour qu'une attaque de caractère constitutionnelle puisse être initiée.

Lorsque la proportion dépasse de 10:1, la violation constitutionnelle de l'ordre juridictionnel est pratiquement certaine, au titre de la quinzième et quatorzième clauses de la CEUA, selon les circonstances ordinaires. Les décisions du Tribunal Suprême Fédéral ont eu un impact sur le maniement des dommages-intérêts punitifs dans différentes juridictions. Par conséquent, certaines d'entre elles ont établi des contrôles tels que : (1) les reconnaître seulement lorsqu'une loi qui les autorisent a été approuvée ; (2) exiger que la preuve afin d'établir les dommages-intérêts punitifs soit claire et convaincante ; et (3) établir la condition financière du défendeur pour que le montant imposé soit proportionnel à la capacité économique.

Les états qui ont opté pour légiférer la concession de dommages-intérêts punitifs l'ont fait différemment. Les législations peuvent être classées selon l'effet qu'elles ont ; il existe essentiellement deux possibilités : les statuts à effet multiplicateur (*multiplier statutes*) et les

statuts à montants maximaux (*cap statutes*). Les premiers exigent que le montant en préjudices compensables soit multiplié par un facteur en particulier pour déterminer alors le montant en dommages-intérêts punitifs. Les autres établissent une limite à la compensation pour motif de dommages-intérêts punitifs.

Certains arguments contre l'utilisation du dommages-intérêt punitif comme amende civile pour dissuader les conduites inappropriées sont : (1) Que la population générale ne connaît pas ce qui constitue une conduite punissable selon le concept de dommages-intérêt punitif à moins qu'elle n'ait été exposée à un juge ou lors d'un cas où cela a été discuté. En contraste avec les rapports des cas criminels, peu d'exposition aux moyens de communication est fournie lors des cas civils. Les sentences et informations des dommages-intérêts punitifs qui accaparent la une des journaux et les médias sont celles des compagnies qui sont condamnées à payer des montants excessifs, des cas et conduites avec lesquelles ne s'identifient pas les particuliers. Cela implique par conséquent que la finalité préventive disparaît. (2) À la différence du Droit pénal où il existe une peine maximale établie au moyen de la législation, il n'existe pas de maximum pour les dommages-intérêts punitifs à moins que le tribunal ne détermine que le montant imposé par un juge ou un tribunal inférieur soit excessif (3) Le montant en dommages-intérêts punitifs peut excéder, et de fait, a excédé dans certains instances, l'amende envisagée par le Droit

pénal pour la même conduite (4). Plusieurs plaignants pourraient recouvrer les dommages-intérêts punitifs du même défendeur pour le même agissement. (5) Dans un cas criminel, on exige que la culpabilité de l'inculpé soit prouvée au-delà du doute raisonnable, alors que dans les cas civils, le poids de la preuve est moindre. (6) Dans les cas civils il est possible d'imposer des dommages-intérêts punitifs pour responsabilité vicariaire et de faire payer finalement la pénalité à une personne qui n'était responsable de la conduite que l'on vise à décourager. En fonction de l'efficacité du principal en rapport avec son agent ou avec la personne au nom de laquelle il répond, l'objectif préventif de cette sanction civile sera atteint.

Les dommages-intérêts punitifs sont généralement acceptés dans le droit commun nord-américain. Seulement cinq juridictions rejettent la concession de ces préjudices : La Louisiane, le Massachusetts, le Nebraska, le Nouveau Hampshire et l'état de Washington.⁸⁰⁰ Pour que l'on puisse envisager les dommages-intérêts punitifs dans les cinq juridictions mentionnées plus haut, il faudrait qu'ils soient prévus dans une législation qui ainsi l'autorise.⁸⁰¹ Alors qu'il existe d'autres états, qui malgré leur reconnaissance du préjudice, limitent le montant au coût du litige, comme

⁸⁰⁰ PROSSER, W.L., supra, p. 9, nota 61; KIRCHER, J.J., WISEMAN, C.M., op. cit., vol. 1, p. 18, 145-197.

⁸⁰¹ Louisiana, McCoy v. Arkansas Natural Gas Co., 175 La. 487 (1932); Massachusetts, City of Lowell v. Massachusetts Bonding & Ins. Co., 313 Mass. 257 (1943); Nebraska-Abel v. Conover, 170 Neb. 926 (1960); New Hampshire, N.H. Rev. Stat. Ann. §507:16; Washington, Spokane Truck & Dray Co. v. Hoefler, 2 Wash. 45 (1891).

est le cas du Connecticut, du Michigan et du Texas où le terme « *punitive damage* » n'est pas utilisé, mais où on inclut une partie de « *compensatory damages* » lorsqu'il y a une conduite malicieuse, fraudieuse ou oppressive.⁸⁰² Afin de promouvoir la finalité préventive que vise la peine civile, il existe plusieurs juridictions de la nation nord-américaine qui ne permettent pas de couvertures d'assurances pour motifs de dommages-intérêts punitifs.⁸⁰³ Le TSEEUU a appuyé la constitutionnalité des dommages-intérêts punitifs lorsque des controverses ont eu lieu en rapport aux droits de la liberté d'expression, à la protection égale des lois, à la protection contre des amendes excessives, au droit à la confidentialité, à l'imposition de conditions onéreuses pour le commerce interétatique et la violation de clauses contractuelles, en addition aux arguments constitutionnels déjà présentés.

Le jury de jugement: La Constitution approuvée en 1787 garantit le droit à un jugement par jury seulement dans les cas criminels, mais des inquiétudes pour l'absence de protections et de gardes du corps constitutionnels dans les cas civils, ont donné lieu sujets à l'adoption du Septième Amendement : « *Le droit à ce que soit exposés face un à un jury les procès sujets à la Common Law lors desquels la valeur débattue excède de 20 dollars, sera garanti et aucun fait connu du jury sera objet d'un*

⁸⁰² *Crowley v. Global Realty Inc.*, 474 A.2d 1056 (1984).

⁸⁰³ *McCLELLAN, F.M.*, op. cit.; *HASKELL, D.*, op. cit.; *LONG, J.D.*, op. cit.

nouvel examen au sein de n'importe quel tribunal des États-Unis, comme ce qu'il est convenu selon les normes de la Common Law. »

La fonction principale du jury est de formuler des arrêts de faits qui sont sujets de débat. Cela signifie que, en partie, le jury sera celui qui détermine si un témoin fait sa déclaration sans mentir et sans erreur. Cela signifie également que le jury est chargé de décider quelles sont les interférences de droit qui peuvent se baser sur la preuve présentée et admise et prononcera un jugement sur la conduite qui est débattue. Enfin, le jury est celui chargé de déterminer la quantité de compensation en préjudices qui sera accordée à la victime, sujette aux instructions imparties par le juge sur les mesures légales à utiliser.

Plusieurs études ont constaté que les défendeurs représentant des corporations paient des compensations plus élevées que les individus qui sont défendeurs. En outre, l'effet des poches profondes a été constaté autant lors de situations durant lesquelles le jury délibère en tant que groupe que lors de situations contraires. Cette tendance à assigner une responsabilité plus grande ainsi que des compensations plus élevées lorsque le défendeur représente une corporation est très fréquente quand des préjudices non économiques sont accordés.⁸⁰⁴

Évaluation de préjudices: Il s'agit de la compensation basée sur le préjudice subi comme conséquence du préjudice. Elle est appelée en

⁸⁰⁴ GREENE, E., BORNSTEIN, B.H., "Determining Damages...", op. cit., p. 67.

anglais « *compensation of the victim ex post* » – Cette méthode se limite à évaluer le préjudice subi par la victime et à accorder une somme monétaire afin de procurer sa réparation ou compensation. Une autre méthode visant à quantifier le préjudice survenu est le calcul de la valeur statistique de la vie (VSL, son sigle en anglais). Il s'agit d'une méthode généralement utilisée pour observer l'échange implicite entre le risque de mort associé au travail et le salaire du travail.

Un problème historique dans le système de droit nord-américain est la disparité et l'inconsistance de la somme des préjudices imposés et l'évaluation des préjudices de la part du jury. Cela est dû à ce que, dans la plupart de cas, les instructions qui sont données au jury préalablement à la délibération sont vagues et ambiguës.

Les Tribunaux nord-américains ont été confrontés au même dilemme que les européens et le TSPR en utilisant l'argent comme mesure de restitution des préjudices extrapatrimoniaux. De ce fait, dans le cas de *Andrulonis v. U.S.*, 724 F.Supp. 421, 1524 (1989) le TSEUA a conclu que: « *Recovery for non economic losses such as pain and suffering is based on the legal fiction that money damages can compensate for a victim's injury. Although this device is as close as the law can come in its effort to right the wrong, it is still, nevertheless, a fiction, for money will not replace or repair the lost of broken limb or remove the liability caused.* »

Ce qui s'approche le plus d'un barème est un document créé par l'Association Nationale des Commissaires d'Assurances (NAIC, son sigle en anglais) dans lequel une échelle basée sur la sévérité du préjudice est établie.⁸⁰⁵

1. Préjudice émotionnel uniquement: les effets psychiques tels que la tristesse, la crainte, l'anxiété. Tout effet physique est exclu.

2. Insignifiant/temporaire: se réfère aux préjudices passagers et légers, tels que les lacérations, les contusions, les cicatrices mineures et

⁸⁰⁵ AVRAHAM, R., op. cit., p. 94.

l'éruption cutanée. Il se matérialise s'il n'y a pas de retard dans le rétablissement.

3. Mineur temporaire: se réfère aux infections, fractures, traumatismes ou événements qui exigent une hospitalisation d'une courte durée et tout retard de courte durée dans le processus de rétablissement.

4. Majeur temporaire: il s'agit des événements qui, malgré qu'ils soient significatifs, ont un bon pronostic et une espérance de rétablissement rapide. Il est présent dans les cas de brûlures, de matériel chirurgical laissé dans le corps, d'effets secondaires de drogues et de médicaments, de dommage cérébral temporaire. Un retard du rétablissement peut se manifester.

5. Mineur permanent: Il s'agit de changements qui n'affectent pas la fonctionnalité totale de l'individu mais qui sont de caractère permanent, tels que la perte des doigts, perte ou dommage des organes. Cela inclut les lésions qui ne sont pas handicapantes.

6. Significatif permanent: préjudices irréversibles et substantiels, tels que : la surdité, la perte d'une extrémité, la perte d'un  il, perte d'un rein ou d'un poumon.

7. Majeur permanent: lors de ces dommages est affectée la fonctionnabilit  de l'individu, exigeant de l'aide pour exécuter les tâches quotidiennes. Il apparaît chez les cas de paraplégie, de cécité, de perte des deux extrémités ou de dommage cérébral, entre autres.

8. Grave permanent: Cette catégorie s'applique aux cas lors desquels le pronostic est réservé et les victimes dépendent totalement d'une autre personne, comme le serait le cas des personnes qui souffrent de tétraplégie, dommage cérébral sévère et qui exigent des soins à vie.

9. Décès

Les manifestations physiques se déclinent selon l'intensité de sévérité, sur au moins sept niveaux de sévérité, alors que les effets émotionnels ou psychiques sont classés dans une catégorie à part.

Cas particulier de l'État de Louisiane: La Louisiane est le seul État annexe aux EUA qui possède un système judiciaire combiné, c'est-à-dire qu'y entrent en jeu le droit civil ainsi que le droit commun nord-américain, à l'instar de celui de l'État Libre Associé de Porto Rico. Le Code Civil de 1804 fut le premier à être approuvé sur le continent américain et s'est inspiré du projet de 1800 du *Code Civil* connu comme le *Projet de l'an VIII*. Ultérieurement, en 1825 le code existant a été abrogé pour être remplacé par le *Code Civil de l'État de la Louisiane*.

Les tribunaux ont reconnu les préjudices moraux, en déclarant qu'une fois que les allégations de la plainte aient été prouvées, il ne doit exister de différence basée sur l'objet autour duquel préjudice a été généré, s'il est de nature patrimoniale ou non- patrimoniale.⁸⁰⁶ Le traitement que l'État de Louisiane réserve aux préjudices punitifs reflète l'existence d'un mélange hybride entre les traditions civilistes et celle du *Common Law* du droit de Louisiane. À la différence de ce que l'on peut constater dans les juridictions des États-Unis, la Louisiane ne permet pas l'adjudication des préjudices punitifs à l'exception des lieux où ils sont autorisés par la loi.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ *Meador v. Toyota of Jefferson, Inc.*, 332 So.2d 433, 437 (La. 1976).

⁸⁰⁷ DeGRAVELLES, J.W.; DeGRAVELLES, J.N., op. cit., p. 579.

La Législation fédérale: Le gouvernement fédéral a une juridiction dans tous les États qui composent la nation nord-américaine et les territoires, en y incluant l'État Libre Associé de Porto Rico. Malgré le pouvoir que détient le gouvernement fédéral sur les États et les territoires, on leur reconnaît une souveraineté pour légiférer et établir les contrôles jurisprudentiels et système de gouvernement tant qu'ils ne résultent pas incompatibles avec les principes constitutionnels et fédéraux. En ce qui concerne les préjudices et dommages, le gouvernement fédéral a adopté une législation pour établir la manière selon laquelle ils doivent être gérés, tant que le gouvernement fédéral est impliqué. La portée de la loi n'affecte en aucun cas la législation que les États et les territoires ont approuvée à l'intérieur de leurs juridictions respectives.

7.5 CONCLUSIONS :

1. L'origine de la responsabilité civile extracontractuelle est indiscutablement associée au Droit romain. Le contexte socioculturel de l'époque a influencé la dénomination des figures juridiques qui ont servi plus tard de base au développement de la théorie. La loi Aquilia, dont la nature bipartite est la cause de la diversité d'opinion jusqu'à aujourd'hui, était substantiellement pénale, avec des contours reipersecutoires auxquels on attribue des nuances réparatrices. Un élément qui résulte essentiel pour notre étude est le fait qu'en examinant la nature des actions du Droit romain à la lumière de la responsabilité civile extracontractuelle, il semble clair qu'il n'existait pas à l'époque de parallèle avec ce que nous connaissons aujourd'hui comme étant le préjudice moral.

2. Dans le Droit romain, les atteintes aux biens et intérêts extrapatrimoniaux ne faisaient pas l'objet de réparation à moins que la propriété en ait été l'objet, comme pouvaient l'être les esclaves ou les animaux. La figure la plus proche de ce que nous connaissons aujourd'hui comme préjudice moral à l'époque romaine était la *injuria*. Cependant, la nature de l'action et le maniement de la peine, dictée par la conceptualisation de la figure dans le droit de cette époque, l'éloignaient du concept moderne de préjudice moral.

3. L'influence des principes sociaux, moraux et religieux a affecté directement la conceptualisation du préjudice moral à travers l'histoire. Or le Droit romain mentionne la réparation des offenses morales quand elles sont infligées à la propriété extérieure. La vision que l'homme libre n'a pas de prix se réaffirmait et, par conséquent, il n'était pas possible de quantifier économiquement le préjudice matériel ou immatériel infligé à une personne libre. De par l'influence du Droit canonique et les postures socioculturelles des différents pays européens, ont été formulées les bases de la responsabilité civile, comme conséquence d'une mentalité moraliste du préjudice et de la nécessité de réparer l'offense devant Dieu. Cette même mentalité, ainsi que les traditions et philosophies anciennes, qui soutenaient l'impossibilité d'adjuger une valeur monétaire à l'être humain, sont celles qui empêchent toute reconnaissance de la possibilité de dédommager le préjudice moral causé. À l'époque moderne, la conscience sociale globalisée, la protection de l'égalité et les droits humains ont influencé la considération du dédommagement du préjudice moral et ont élargi la perspective au sein des différents forums judiciaires et quasi judiciaires. Il n'est pas étonnant de voir comment sont cités des arrêts de tribunaux internationaux en vue de consolider des postures jurisprudentielles, comme dans le cas de la pollution acoustique et le droit à l'égalité de l'homme.

4. L'impact sur la sphère immatérielle de l'être humain a rendu ardue la précision du terme et par conséquent l'incapacité de certains individus à abstraire et appliquer le concept de préjudice moral. De plus, nous avons constaté comment des tribunaux octroient l'indemnisation pour motif de préjudices moraux et patrimoniaux, mais ne parviennent toutefois à donner un détail pertinent des parties accordées lors des arrêts.

5. Il existe une racine commune à la conceptualisation du préjudice moral en Espagne, France et Porto Rico, du moment que l'origine de la tradition juridique civile de ces pays et leurs codifications sont les mêmes. Bien qu'à Porto Rico le premier cas adjugé de préjudice moral en 1909 ait été basé sur une détermination du Tribunal Suprême des États-Unis, le fait est dû à un incident isolé de la nature sociopolitique et non à un abandon de la racine civile en matière de responsabilité extracontractuelle. Les cas précédents basent leurs décisions sur la jurisprudence et la doctrine espagnoles, en créant éventuellement leur propre interprétation des principes généraux de la responsabilité issue du Code Civil.

6. Les articles du Code Civil en Espagne, France et Porto Rico qui ont un lien avec la responsabilité civile extracontractuelle sont si généraux qu'ils permettent l'inclusion des préjudices moraux comme une nouvelle catégorie de dommage. La jurisprudence des pays étudiés a été fondamentale dans le développement de la figure du préjudice moral et l'interprétation du statut général qui sustente sa réparation.

7. L'ouverture que manifestent l'Espagne, la France et Porto Rico face au développement du préjudice moral est prêchée sur les principes d'équité et de philosophie d'une action de dédommagement qui se trouvent derrière l'exercice jurisprudentiel. Leur position pragmatique n'a pas été émulée par d'autres pays européens qui partagent la même racine civile, comme l'Italie, l'Allemagne, la Belgique et le Portugal, qui se montrent plus attachés à la notion d'incapacité de quantifier le préjudice moral.

8. Un dénominateur commun que nous trouvons dans l'ensemble des pays étudiés est qu'au sein de l'évolution du préjudice moral, il y a trois étapes différenciables entre elles. La première, marquante de par sa négativité totale à réparer le préjudice moral en se basant sur le principe philosophique, est celle qui soutient que l'être humain n'est pas susceptible d'évaluation économique par le fait que les droits qui le protègent sont fondamentaux et de premier rang. La seconde étape, toujours présente dans certains pays européens et États de la nation nord-américaine, est celle où l'on reconnaît l'existence des préjudices moraux, mais ils sont réparés seulement lorsqu'ils ont un impact sur le patrimoine de l'offensé ou le corps humain et lorsque l'on peut faire une distinction claire entre les catégories de préjudices moraux réparables. La troisième étape de l'évolution dans laquelle se trouvent l'Espagne, la France et Porto Rico, est celle où sont non seulement reconnus les préjudices moraux mais où sont également établis des mécanismes réparateurs pour indemniser les victimes

du préjudice moral et où l'on cherche à soulager les conséquences des préjudices directement en rapport avec l'évènement dommageable.

9. La vision pragmatique qu'ont assumée l'Espagne, la France et Porto Rico pour protéger les victimes qui souffrent de préjudices moraux vise à conférer un remède à l'offense vécue. On utilise un paiement en argent comme mécanisme de dédommagement du préjudice moral, même lorsque l'on sait que les biens lésés sont extérieurs au commerce de l'homme et qu'il n'existe pas de proportion entre les préjudices moraux et la réparation économique de ceux-ci. Au moyen de la compensation économique les tribunaux peuvent permettre à la victime de se procurer des satisfactions qui compensent l'offense subie. Dans certains cas, il serait ironique voire impossible d'atteindre un dédommagement satisfaisant adéquat étant donné que le préjudice peut être d'une ampleur telle qu'il en serait inenvisageable, mais il serait possible d'au moins procurer des soins et remèdes palliatifs qui augmenteraient la qualité et espérance de vie des victimes.

10. La position des pays les plus libéraux en ce qui concerne l'admission du préjudice moral en relation au cas où les victimes se retrouvent dans un état végétatif est antagoniste. Certains écartent la possibilité du dédommagement en partant de l'hypothèse de l'incapacité de la victime à sentir et connaître ce qui se passe autour d'elle, en ajoutant à cela une position legaliste de la légitimation de déposer plainte. L'autre

groupe, où se trouvent l'Espagne, la France et Porto Rico, assume une position plus protectrice et libérale selon laquelle est défendue la possibilité de réparer et dédommager la victime dans un état végétatif, en se basant sur l'inviolabilité de l'être humain et ses droits fondamentaux. De plus le débat se centre sur la question de savoir si la science a pu ou non confirmer que la personne se trouvant effectivement dans un état végétatif ne peut pas sentir, entendre ou vivre d'autres sensations physiques et, sur la pertinence que cela aurait sur les décisions judiciaires. Concrètement, la défense de la compensation des victimes dans un état végétatif ne vise pas la culpabilité de l'acteur mais l'intégrité du bien-être de l'offensé.

11. Dans le droit commun nord-américain n'est pas reconnu le droit à la compensation par concept de préjudices moraux aux individus qui se trouvent dans un état comateux ou végétatif malgré l'existence reconnue de l'offense objective contre cet individu. La raison pour laquelle ne sont pas admis les dommages est que la personne ne vit aucun préjudice dans la mesure où elle n'est pas consciente de ce qui se passe autour d'elle. Paradoxalement, il existe des juridictions qui ont reconnu les dommages à des personnes incapables, ou même à un fœtus avant sa naissance. Néanmoins, on pourrait soutenir qu'il se trouve dans un état similaire de conscience au patient dans un état comateux et selon les principes du Droit civil, l'individu n'est pas reconnu comme une personne jusqu'à qu'il se détache du sein maternel.

12. L'analyse jurisprudentielle de la notion du préjudice moral reflète qu'il n'existe pas d'uniformité dans son cadre. Cette situation fut fortement critiquée de la part des spécialistes du sujet. DÍEZ-PICAZO l'a catalogué de passe-partout, «*qui sert autant pour un trou que pour un accroc* » alors que selon la doctrine française, MAZEAUD a qualifié les juges de «*Ministres de l'équité* », lançant ainsi une forte critique aux critères qui sont utilisés pour l'adjudication des controverses en rapport avec le préjudice moral et sous-entendant que les juges usurpent la fonction législative en adoptant et définissant le préjudice moral et sa portée juridique en l'absence de législation.⁸⁰⁸ Dans certaines instances, les décisions judiciaires paraissent renforcer la nature réparatrice du préjudice moral, alors que d'autres semblent imposer des sanctions aux auteurs du dommage, comme cela arrive communément lors des cas des atteintes à l'honneur et à l'intimité. En outre, nous rendons compte au sein de cette étude de comment en Espagne ont été conférées des nuances punitives à la réparation de préjudices moraux pour préjudice sexuel.⁸⁰⁹ L'absence d'objectivation du préjudice moral promet l'application de façon non équitable, en affectant l'équilibre naturel des choses.

13. L'évolution culturelle et la globalisation ont un impact sur la définition et la portée du terme « préjudice moral ». Nous avons pu

⁸⁰⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, op.cit, p. 14; MAZEAUD, H., *Leçons de responsabilité civile*, op. cit., p. 73.

⁸⁰⁹ DIEZ-PICAZO, L. *El escándalo del daño moral*, op. cit., p. 101.

observer comment, au niveau international, se sont formulés des principes légaux applicables à l'humanité qui sont parfois incorporés aux lois nationales et promulgués à travers les tribunaux. C'est notamment le cas de la Déclaration des Droits Humains, adoptés par l'Organisation des Nations Unies (ONU) et avant cela, la Déclaration des Droits de l'Homme qui a été promulguée originellement en 1789, lors d'une assemblée constituante en France et qui fut ultérieurement intégrée à la Constitution Française de 1973. La France a également envisagé les décisions du Tribunal Européen de Droits Civils pour adopter une position en rapport avec les droits des personnes handicapées ainsi que la portée du préjudice moral pour protéger ces individus. Les forums internationaux ont aussi influencé la perspective juridique des pays européens et nous prenons ici l'exemple des décisions du Tribunal Européen de Droits Humains en rapport avec la pollution acoustique et le droit bafoué aux victimes qui la subissent, en reconnaissant un préjudice moral lors de cas spécifiques.

14. Il existe un parallélisme entre la notion du préjudice moral dans le Droit continental européen et le droit portoricain. En termes d'évolution, Porto Rico se voit à la traîne dans la classification et l'évaluation des catégories du préjudice moral. Il semble fonctionner selon peu de modalités, et sa conceptualisation soit correcte.

15. La participation des professionnels du Droit civil à la naissance de la notion du préjudice moral est transcendante. En effet, ce sont les

avocats plaidants qui présentent les plaintes devant les forums judiciaires et leur capacité à esquisser correctement et sustenter les plaintes des préjudices moraux a un impact direct sur le résultat judiciaire.

16. Un autre dénominateur commun entre l'Espagne, la France et Porto Rico, est que les décisions judiciaires qui admettent les préjudices moraux sont présentées au moyen de termes généraux et le détail des adjudications octroyées n'est pas présenté lors des arrêts. Cette pratique cause de grands désagréments dans la mesure où elle rend laborieux le processus de révision. En effet, elle rend impossible d'établir des modèles de dédommagements qui pourront servir de référence lors de futurs cas. La raison d'avoir recours à cette pratique est la difficulté de réaliser les déterminations claires et concrètes de faits sur les préjudices vécus par les victimes, et aussi de pouvoir adjudiquer à quel préjudice moral une valeur économique est mise en relation et octroyée.

17. Bien que les français aient conçu un catalogue de préjudices moraux dans le but d'uniformiser l'application du concept, celui-ci n'en est pas moins infaillible et n'a pu appréhender la problématique de la double indemnisation. Pas plus tard qu'en 2012, nous notons que la CCassF a fait des réajustements aux préjudices moraux octroyés afin d'éviter l'iniquité au sein de l'administration de la justice.⁸¹⁰

⁸¹⁰ Crim. 23 octobre 2012, n° 11-83.770. Pour illustrer la situation légale, nous présentons le langage utilisé par le tribunal: "*Ne procède pas à une double indemnisation la cour d'appel qui a évalué séparément les préjudices distincts*

18. Le rôle des forums judiciaires dans la pondération, l'adjudication et l'évaluation des préjudices moraux est d'une grande importance, en l'absence de paramètres légaux. Il est reconnu que la discrétion du juge est déterminante et par conséquent les forums de haute hiérarchie témoignent une grande déférence aux décisions des forums d'instance.

19. La compensation économique d'un dommage qui n'est pas économique a l'effet de créer une dichotomie interne dans le système d'idées, de croyances et émotions, puisqu'il s'agit de prétendre réparer un préjudice au moyen d'un remède de nature non équivalente. Cela veut dire que par définition, on prétend expliquer le préjudice moral comme n'étant pas patrimonial alors que la recherche de sa réparation est pécuniaire.

20. Considérant comme un fait incontournable l'impossibilité d'établir une équivalence monétaire parfaite proportionnelle aux dommages extrapatrimoniaux, les juridictions ont adopté des barèmes en vue d'établir une uniformité au sein de l'évaluation. En terme de légalité, l'évaluation et le dédommagement ne peuvent résulter ni possibles ni parfaits lorsqu'il s'agit de préjudices moraux permanents et purs, étant donné qu'il n'y aura aucun moyen de revenir à l'état d'origine et seulement

constitués par les souffrances endurées du fait des blessures et l'angoisse d'une mort imminente."

des approximations pourront être établies pour que la victime se trouve dans un état similaire à celui dans lequel elle se trouvait avant l'offense.

21. Même s'il existe des barèmes qui confèrent aux juges des paramètres, ceux-ci ne sont pas inaliénables et la subjectivité de l'évaluation de l'épreuve peut donner des résultats différents pour chaque cas, en fonction de l'habilité à juger de percevoir les détails du cas et de l'habilité de la victime à décrire concrètement les préjudices vécus. Pire encore, l'adoption des barèmes en l'absence de consignes visant à aboutir à des décisions de faits spécifiques, représente un risque pour ces juges, qui en voulant faciliter le processus, manient les barèmes comme des livres de cuisine, en adjudiquant automatiquement et mécaniquement les guides offerts comme des références.

22. Dans le Droit civil le préjudice moral est défini en termes négatif, comme étant ce qui n'est pas patrimonial. Dans le Droit commun nord-américain les torts sont définis par contraste, comme étant les préjudices ni criminels, ni liés à la non-exécution du contrat. Le fait d'adopter respectivement une définition des préjudices moraux et des torts, comporte un risque. Les nouvelles modalités de préjudice moral déplacent ou rendent obsolète la définition, dans la mesure où il s'agit d'intérêts abstraits et l'on peut observer au passage comment s'élargit la protection des intérêts et de droits de l'homme qui n'ont pas été prévus.

23. Dans le système de Droit commun nord-américain, la conceptualisation de préjudice moral n'existe pas au même degré et sur la même étendue que dans les pays de tradition civile étudiés. Pour appréhender les controverses que constituent les préjudices moraux sous le système civil, les nord-américains détiennent un système uniforme à travers la nation seulement pour les cas où la plainte est faite auprès du gouvernement fédéral à cause des actes commis par ses employés. Au niveau de l'état, il n'existe pas d'uniformité au sein du maniement des cas de préjudices moraux.

24. Bien que le système de Droit commun ne possède pas la notion de préjudice moral, il existe des dénominateurs communs au sein du système de classification des dommages. Les systèmes civil et commun, divisent les dommages en se basant sur l'impact subi sur les biens de la victime et les appellent dommages patrimoniaux ou économiques et dommages non patrimoniaux et non économiques. Les deux systèmes distinguent à l'intérieur du dommage non patrimonial, les dommages physiques et les dommages émotionnels. Au sein des deux systèmes de Droit est confrontée la problématique des arrêts et les avis judiciaires qui adjudiquent un montant général en vertu de dommages non économiques, sans en effectuer le détail adéquat par concepts ou parties.

25. Autant le Droit civil que le Droit commun nord-américain appréhendent la problématique de l'abstraction et de la subjectivité dans le

manement des préjudices moraux. Cela signifie d'une part, que l'abstraction des concepts selon lesquels sont configurés les préjudices moraux demeure difficile à assimiler par certains professionnels et, d'autre part, l'évaluation des témoignages des victimes, emplis de subjectivité, rendent le travail plus ardu encore. Si nous prenons l'exemple que chaque être humain assimile les expériences et les facteurs exogènes différemment, certains démontrent une impartialité ainsi qu'une certaine tolérance à la douleur physique et mentale. On peut donc, saisir la difficulté d'uniformiser ou d'établir une formule mathématique pour compenser le préjudice moral. Si nous extrapolions l'exercice au champ de la médecine, nous verrions que les patients sont pris en charge en utilisant comme guide initial leur plainte et en reconnaissant qu'il s'agit d'une plainte subjective. On utilise l'information objective, à travers les analyses de laboratoires et les symptômes pour en conclure un diagnostic et les mesures à prendre dans le maniement du problème de santé. Quant aux préjudices moraux, la plainte du demandeur sera suffisamment subjective, dans la mesure où nous vivons tous les préjudices de manière différente. Toutefois, des paramètres objectifs doivent être élaborés afin de servir de référents lors de l'évaluation de l'intensité du préjudice et de la fréquence du symptôme, variables qui auront à leur tour un impact direct sur l'évaluation monétaire du préjudice.

26. Le développement de certaines modalités du préjudice moral dans le Droit commun nord-américain a été plus lent qu'en Europe continentale. L'exemple précédent reflète le manque de reconnaissance du droit à la compagnie et à l'affection en ce qui concerne la perte de personnes aux liens affectifs proches, qui ne font pas partie de la famille immédiate, de même que la perte de la compagnie d'animaux domestiques.

27. L'utilisation de mécanismes punitifs en substitution où en complément de dédommagement moral n'est pas compatible avec le concept et la figure du préjudice moral dans le Droit civil. La vision punitive se centre sur la personne à l'origine des dommages, en imposant une sanction dissuasive pour que l'offense ne se renouvelle pas. Le mécanisme s'oppose à la vision réparatrice qui appréhende la partie offensée, l'amplitude du dommage et le palliatif monétaire qu'il offrira pour neutraliser le préjudice moral causé. D'autre part, la quantification du préjudice moral dans le cadre du droit pénal n'exigera pas de preuve d'expertise visant à évaluer l'impact de l'action sur l'offensé, mais plutôt à déterminer les éléments du lien causal et l'agissement du coupable. On pourrait imposer une peine prédéterminée, ce qui rendrait hors de propos l'amplitude de l'évènement pour le plaignant. Cette quantité résulterait, dans la majeure partie des cas, en une somme arbitraire en inadéquation avec le dommage causé.

28. Le biais punitif décrit par BARRIENTOS ZAMORANO dans son œuvre s'est vu manifesté dans les arrêts du TSE lors des cas de sévices sexuels. En particulier l'arrêt du 26 juin 2013 (RJ 2013, 7275) justifie la compensation en affirmant : « *Le préjudice moral peut s'établir seulement par le biais d'un procès global basé sur le sentiment social de réparation du dommage produit par l'offense criminelle, en s'intéressant à sa nature et sa gravité en tempérant la plainte des victimes à la lumière de la réalité sociale et économique de chaque moment historique.* » Certes, ces expressions reflètent l'intention de punir la conduite des acteurs du dommage et ne cherchent pas un remède ou un dédommagement du préjudice subi par la victime, ce qui représente une dichotomie dans l'application du concept de préjudice moral.

29. Le préjudice moral est un des domaines du droit qui présente le plus de zones d'ombre et où les tribunaux ont fait preuve d'une très grande créativité en ce qui concerne la solution des controverses relatives au sujet. Ce que nous pouvons anticiper est qu'il s'agit du développement d'une tendance d'un degré supérieur de rigueur dans l'analyse des préjudices moraux et une vision plus inclusive et protectrice en ce qui concerne les décisions judiciaires.

30. La conception du préjudice moral moderne a dépassé la définition du *pretium doloris*. La doctrine coïncide sur l'affirmation que le *pretium doloris* est un préjudice moral mais qu'il est impossible d'établir

véritablement une équivalence parfaite entre les deux termes. Le préjudice moral est plus vaste que le *pretium doloris* dans la mesure où il protège les intérêts immatériels abstraits, tels que le droit à l'honneur, l'intimité et l'identité.

31. Ne confondons pas les symptômes avec la maladie. Ce que prétend illustrer cette expression est que souvent sont appelées préjudice moral les souffrances vécues par la victime quand en réalité elles sont des manifestations des préjudices subis et non le préjudice moral en lui même. Face à une telle situation, il faut se demander en quoi consiste l'acte ou l'omission illicite qui a généré le préjudice. Par exemple, dans un cas où une blessure mortelle est causée à un enfant, parent ou membre de la famille et que comme conséquence, la victime manifeste des signes de dépression avec des épisodes d'insomnie, de pleurs, d'angoisse, de sentiments d'handicap, etc. on pourrait confondre l'effet avec la cause. Ce qui signifie que le préjudice moral consiste à la privation de compagnie et d'affection et non à la façon dont se sent la victime. Les manifestations vont varier en composition et en intensité, selon les circonstances particulières de la personne qui les éprouve. Que se passe-t-il lorsque nous nous trouvons face à une maladie chronique qui peut provoquer la mort, comme peut l'être le cas des préjudices moraux par pollution ou par exposition à l'amiante ou à d'autres composants chimiques nocifs pour la santé qui ne se manifestent pas nécessairement dans l'immédiat chez le

corps humain. L'absence de manifestations psychophysiques n'implique pas l'absence de dommage. Les tendances jurisprudentielles en Espagne, en France et à Porto Rico, ciblent la compensation des victimes d'un point de vue inclusif et vaste, comme on a pu le constater chez les cas de personnes dans un état végétatif et chez ceux qui ont résulté contaminés.

32. Le préjudice moral ressort comme une figure indépendante et autonome de toutes les références historiques que nous connaissons. Bien que beaucoup se sont avancés à définir et comprendre le préjudice moral, nous nous trouvons toujours dans une étape de développement et face à la vaste possibilité d'actions qui peuvent affecter la sphère extrapatrimoniale et qui ne sont pas prévisibles, nous devons adopter une définition qui soit suffisamment élastique et générale pour permettre son application sans besoin de changements constants. Dans le cas contraire, la définition et la portée de la figure demeureraient vite dépassées et face à leur obsolescence, pourraient tomber en désuétude et causer des complications majeures.

33. Dans cette tentative de définir de façon générale les préjudices moraux, nous commencerions par modifier leur identité, c'est-à-dire commencer par un changement d'appellation en les nommant comme dommages extrapatrimoniaux. L'usage du terme préjudice moral vise la définition emboîtante du terme, c'est-à-dire son immatérialité. Cependant, la figure transcende sa définition en pouvant se manifester physiquement,

comme le serait la perte d'un membre du corps ou la défiguration et ses effets psychophysiques. De même que le préjudice moral n'a de parfaite équivalence avec le *pretium doloris*, le terme de « préjudice moral » demeure plus limité que le terme de « dommage extrapatrimonial ».

34. La classification du dommage exceptionnel permanent adopté par les français à travers le système Dintilhac a été conçue comme une catégorie générale pour les cas où les dommages n'étaient pas prévus. Cependant, la tendance est à une utilisation de moins en moins fréquente au profit de l'adoption de nouvelles catégories, ce qui nous amène à penser qu'il disparaîtra par manque d'usage pratique.

35. Selon ce que nous avons ciblé lors des réflexions préliminaires du Chapitre IV, les systèmes juridiques d'Espagne, de France et de Porto Rico, et nous nous permettons d'y ajouter l'Italie, ne sont pas infaillibles et laissent entrevoir dans certaines instances leurs faiblesses. Sans vouloir être exhaustifs, nous présenterons un exemple de chaque juridiction afin d'appuyer notre conclusion. En Espagne, nous avons constaté comment les tribunaux ont démontré des tendances punitives lors de certaines décisions judiciaires relatives aux préjudices moraux par agressions sexuelles, en se centrant sur la punition ou l'élément dissuasif envers l'auteur des faits et non sur le dédommagement envers la victime. En France, ont été créés tant de catégories de préjudices moraux, en y incluant certaines de caractère général, comme celle du préjudice exceptionnel permanent, que cela a créé

des problèmes avec la duplicité des indemnisations exigeant l'intervention des forums appellatifs pour réaliser des ajustements dans les compensations. Porto Rico a mélangé les principes juridiques du Droit civil avec le *common law* dans certaines interprétations du préjudice moral, ce qui a conduit à des conclusions erronées en principe de légalité en se basant sur un *ratio decidendi* inapproprié. Finalement, en Italie, la rigidité avec laquelle a été défini le maniement de la réparation du préjudice moral leur a causé un conflit parmi les législations en vigueur. La position générale est que l'on ne peut compenser les préjudices moraux à moins que cela ait été prévu dans une loi et que les principes Constitutionnels de protection du corps et de l'intégrité physique aient été harmonisés en faisant usage d'une disposition pénale, ce qui a généré de fortes critiques. Le Tribunal Constitutionnel du pays a dû jongler pour harmoniser la législation en vigueur, et avec l'utilisation des ressources qu'il avait à disposition, pour accepter la compensation des préjudices moraux quand ils sont infligés au corps humain.

Nous concluons notre étude avec ces mots d'Emmanuel Mounier tiré de son texte, *Le personnalisme*. «*Mille photographies échafaudées ne font pas un homme qui marche, qui pense et qui veut* ». C'est par cette situation que nous vous laissons juger que la complexité de l'être humain, déterminée par sa programmation génétique, unique et irremplaçable et les expériences exogènes à son être, est digne d'une pondération

prudente. Les droits externes sont si sacrés qu'il incombe à chacun d'entre nous, en tant que professionnels du droit, de les étudier et de les défendre avec une très grande prudence et respect. Chaque personne vit le dommage et le préjudice moral de façon différente et sa réaction sera déterminée par les outils qu'elle a pu développer durant sa vie. De la même façon, les juges auront des conflits constants pour maintenir l'impartialité qu'exigent leurs positions dans l'analyse et l'adjudication des controverses, spécialement quand les intérêts lésés sont de nature fondamentale et les dommages résultent répudiables socialement. L'unique façon de nous déplacer vers une position neutre se fait par le biais de l'exposition au sujet, l'apprentissage continu et les exemples pratiques du quotidien. L'exercice de comparer la réalité juridique des autres pays avec les controverses similaires nous sert à rompre les paradigmes et à évaluer les controverses au travers de différentes perspectives, en promouvant une solution plus rationnelle et pondérée.