

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARRERA DE DERCHO**



TESIS DE GRADO

***“EXTENSION NORMATIVA DEL CONCEPTO DEL DAÑO MORAL EN EL ACTUAL
CODIGO CIVIL”***

(Tesis Para Optar al Grado de Licenciatura en Derecho)

POSTULANTE: MARCELA KANTUTA VÁSQUEZ

TUTOR: DR. E. ALBERTO LUNA YAÑEZ

LA PAZ – BOLIVIA

2016

Dedicatoria

El presente trabajo, va dedicado con mucho amor, a mis amados papás Delia y Marcelo, a mi abuelita Delia, a mi hermana Lía, a mis hijos Ramiro Adrian y Bismarck Marcelo y a mi amado esposo Bismarck Rodrigo, por su comprensión su apoyo incondicional y amor, y a toda mi familia porque me brinda motivación y estímulo para llegar a mis objetivos de vida.

Agradecimientos

Agradecer a Dios por todas sus bendiciones, al Dr. E. Alberto Luna Yañez, por su apoyo, dedicación y dirección en la elaboración de la presente Tesis de Grado, así como a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de san Andrés Alma Mater en la formación de los profesionales del Derecho que contribuyen al desarrollo de nuestro país.

RESUMEN ABSTRACT

El trabajo de investigación que presentamos, aborda un tema que demuestra a nuestro juicio un especial interés, ya que el daño moral se acepta como una de las formas del concepto genérico: daño; su concepto y ámbito de aplicación no son tratados con un perfil uniforme. Las mayores problemáticas que se han estudiado, hoy día, en torno al tema es la del resarcimiento y concretamente, si es susceptible de reparación pecuniaria. Pero, aceptado esto, se impone el conflicto de cuantificar esa indemnización. Por una cuestión lógica y sistemática debe señalarse que existe una dificultad previa a esa cuantificación monetaria, que deriva de la mera apreciación de la existencia de dicho daño. Son numerosas las posiciones en cuanto al concepto de daño moral. Los criterios son unánimes en plantear la indemnización material del daño patrimonial. No hay dudas en cuanto a la resarcibilidad de los daños materiales y de las repercusiones patrimoniales del daño moral, en tanto aquellos constituyen un daño de naturaleza material. Haciendo especial referencia a los cuestionamientos y vacíos jurídicos que aún existen en cuanto a la reparación pecuniaria de este daño, los estudios realizados en cuanto a este tema ha sido unánime en aceptarla mayoritariamente en sede de responsabilidad extracontractual.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| Portada..... | I |
| Dedicatoria..... | II |
| Agradecimientos..... | III |
| Resumen Abstract..... | IV |
| Índice..... | V |
| DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN | |
| 1. Enunciado del Tema de la Tesis..... | 1 |
| 2. Identificación del Problema..... | 1 |
| 3. Problematización..... | 2 |
| 4. Delimitación del Tema de la Tesis..... | 3 |
| 4.1 Delimitación Temática..... | 3 |
| 4.2 Delimitación Temporal..... | 4 |
| 4.3 Delimitación Espacial..... | 4 |
| 5. Fundamentación e Importancia del Tema de la Tesis..... | 4 |
| 6. Objetivos del Tema de la Tesis..... | 6 |
| 6.1 Objetivo General..... | 6 |
| 6.2 Objetivos Específicos..... | 7 |
| 7. Marco de Referencia..... | 7 |
| 7.1 Marco Histórico..... | 7 |
| 7.2 Marco Teórico..... | 10 |
| 8. Hipótesis del Trabajo..... | 11 |
| 8.1 Variables..... | 12 |
| 8.1.1. Independiente..... | 12 |
| 8.1.2. Dependiente..... | 12 |
| 9. Métodos y Técnicas a Utilizar en la Tesis..... | 12 |
| 9.1. Métodos..... | 12 |
| 9.1.1. Generales..... | 12 |
| 9.1.2. Específicos..... | 13 |

| | |
|--|----|
| 10. Técnicas a Utilizarse en la Tesis..... | 13 |
| Introducción..... | 15 |

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO

| | |
|--|----|
| 1. Antecedentes Históricos de la Forma de Reparación del Daño Moral..... | 18 |
| 1.1. Formas de Reparación del Daño en la Historia..... | 18 |
| 1.1.1. El Código de Ur Nammu..... | 18 |
| 1.1.2. Código Hammurabi..... | 19 |
| 1.1.3. Derecho Hebreo, Ley De Moisés y Normas Talmúdicas..... | 21 |
| 1.1.4. Derecho Griego..... | 22 |
| 1.1.5 Derecho Romano..... | 23 |
| 2. Formas de Reparación del Daño Moral en la Historia..... | 24 |
| 2.1. Derecho Romano..... | 24 |
| 2.2. Edad Media..... | 25 |

CAPITULO II

EL DAÑO

| | |
|--|----|
| 1. El Daño..... | 27 |
| 1.1. Etimología de la Palabra Daño..... | 27 |
| 1.2. Definiciones del Daño..... | 28 |
| 1.3. Tipos de Daño..... | 31 |
| 1.4. Categoría de Daños..... | 32 |
| a) El Daño Causado a los Bienes..... | 32 |
| b) Perjuicio a la Salud o Vida de las Personas..... | 33 |
| c) El Daño Moral..... | 33 |
| 1.5.Requisitos Del Daño Resarcible..... | 33 |
| 1.6. Características Del Daño | 34 |
| a) El Daño Como Menoscabo..... | 34 |
| b) El Daño Como Lesión a un Interés..... | 35 |
| c) Distinción Entre Interés Lesionado y Bien Jurídico Dañado | 36 |
| d) El Daño Como Menoscabo a un Interés Propio..... | 37 |

| | |
|---|----|
| 2. Certeza Del Daño..... | 38 |
| 3. La Subsistencia del Daño..... | 38 |
| 4. Clasificación Del Daño Reparable..... | 39 |
| 4.1. El Daño Patrimonial o Económico..... | 40 |
| 4.1.1. Elementos del Daño Patrimonial..... | 41 |
| a) Daño Emergente o Damnum Emergens..... | 41 |
| b) Lucro Cesante o Lucrum Cessans..... | 41 |
| 4.2. Daño Extrapatrimonial, No Patrimonial, Extraeconómico o Moral..... | 42 |

CAPITULO III
DAÑO MORAL

| | |
|---|----|
| 1. Definición del Daño Moral..... | 44 |
| 2. Naturaleza del Daño Moral..... | 48 |
| 2.1. Daño Moral Directo e Indirecto..... | 49 |
| 2.2. Bienes Jurídicos que Tutelan el Daño Moral..... | 50 |
| 2.3. Daño Moral Aspecto Objetivo y Subjetivo..... | 51 |
| 2.4. Partes del Daño Moral..... | 51 |
| 2.5. Los Elementos que Integran el Daño Moral..... | 52 |
| 2.6. Legitimación Activa para el Reclamo del Daño Moral..... | 53 |
| 3. Características del Daño Moral..... | 53 |
| 3.1. El Daño Moral Como Lesión a un Interés No Patrimonial..... | 53 |
| 3.2. El Daño Moral Como una Actividad Dañosa..... | 54 |
| 3.3. Clasificación del Daño Moral..... | 56 |
| a) Daño Moral Objetivo..... | 56 |
| b) Daño Moral Subjetivo..... | 57 |
| c) Daño Moral Puro..... | 59 |
| d) Daño Moral Directo..... | 59 |
| e) Daño Moral Indirecto..... | 59 |
| 4. Responsabilidad Civil..... | 60 |
| 4.1. Teoría de la Responsabilidad Civil..... | 62 |
| 4.2. Fundamentos de la Responsabilidad Civil..... | 63 |

| | |
|--|----|
| 4.3. Presupuestos de la Responsabilidad Civil..... | 65 |
| a) El Hecho Humano..... | 65 |
| b) Antijuricidad..... | 66 |
| c) Imputabilidad..... | 67 |
| d) La Relación de Causalidad..... | 67 |
| e) El Daño Resarcible..... | 68 |
| 4.4. Clasificación de la Responsabilidad Civil..... | 69 |
| a) Responsabilidad Contractual..... | 69 |
| b) Responsabilidad Extracontractual..... | 70 |
| 5. Los Factores de Atribución..... | 70 |
| 6. Coexistencia de la Responsabilidad Civil y Penal..... | 71 |
| 7. Ataque a los Derechos de la Personalidad en la Responsabilidad Penal y Civil..... | 72 |
| 8. El Daño Moral Como Responsabilidad Civil..... | 73 |
| 9. Distinción Entre Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil..... | 74 |
| 9.1. Análisis de la Acción Civil Versus la Acción Penal..... | 75 |
| 10. Responsabilidad Civil Derivada de Delito..... | 77 |
| 11. Ejercicio de la Acción Civil en el Procedimiento Penal..... | 77 |
| 12. El Daño Moral en la Responsabilidad Contractual y su Diferencia con la Orbita Extracontractual..... | 79 |
| 12.1. Daño Moral en Responsabilidad Contractual..... | 79 |
| 12.2. El Daño Moral en la Responsabilidad Extracontractual..... | 81 |
| 13. Reparación de Daño Moral..... | 81 |
| 13.1. Concepto de Reparación..... | 82 |
| 13.1.1 Terminología de Reparación..... | 82 |
| 13.1.2. Diferencia Entre Pena y Reparación..... | 84 |
| 13.2. Concepto de Reparación del Daño..... | 85 |
| 13.3. Reparación del Daño Moral..... | 86 |
| 13.3.1. Principio de Reparación Integral..... | 88 |
| 13.3.2. Definición de la Reparación del Daño Moral..... | 89 |

| | |
|---|-----|
| 13.3.3. Naturaleza de la Reparación del Daño Moral..... | 89 |
| a) La Reparación del Daño Moral como Sanción al Ofensor..... | 89 |
| b) La Reparación del Daño Moral como Resarcimiento Critica a la tesis..... | 90 |
| c) La Reparación Como Sanción y Resarcimiento..... | 91 |
| 13.4. Análisis del Carácter Reparador en el Daño Moral..... | 92 |
| 13.5. El Problema del Resarcimiento en el Ámbito de los Derechos de la Personalidad de Integridad Moral..... | 94 |
| 13.5.1. Razonamientos para Determinar la Reparación..... | 95 |
| a) Determinación de la Cuantía en Atención al Daño Patrimonial..... | 95 |
| b) Determinación de la Cuantía Con Base en la Gravedad de la Falta..... | 96 |
| c) Determinación Con Base a un Criterio Subjetivo..... | 96 |
| d) Determinación Atendiendo a los Placeres Compensatorios..... | 97 |
| e) Determinación Atendiendo la Prudencia Judicial..... | 97 |
| f) Determinación Atendiendo Precedentes Judiciales..... | 97 |
| 13.6. Formas de Reparación..... | 98 |
| a) Reparación Satisfactiva..... | 98 |
| b) Reparación Neutralizadora..... | 99 |
| c) Prevención de Daños Futuros..... | 100 |
| 14. La Prueba del Daño Moral | 100 |
| 14.1. El Daño Moral No Debe Ser Probado..... | 101 |
| 14.2. Tesis De Todo Daño Debe Ser Probado..... | 102 |
| 15 Cuantificación y Resarcimiento del Daño Moral..... | 103 |
| a) Libre Arbitrio Judicial..... | 104 |
| b) Tabulaciones..... | 105 |
| c) Regulaciones Jurídicas Coherentes..... | 105 |
| d) Métodos Científicos..... | 107 |
| e) Sanciones por Afectación a los Derechos al Honor, la Imagen y la Intimidad..... | 108 |
| 16 Diferencias Entre Daño Moral y Daño Psíquico..... | 109 |

CAPÍTULO IV
MARCO JURIDICO

| | |
|---|-----|
| 1. Fundamentación Jurídica en la Constitución | |
| Política del Estado Plurinacional de Bolivia..... | 111 |
| 2. Fundamentación Jurídica Del Código Civil..... | 115 |
| 3. Derecho Comparado..... | 116 |
| 3.1. Argentina..... | 116 |
| 3.2. Colombia..... | 117 |
| 3.3. Francia..... | 118 |
| 3.4. Perú..... | 118 |
| 4. El Daño Moral en Otras Ramas del Derecho..... | 119 |
| 4.1. Código Penal..... | 119 |
| 4.2. Código de Procedimiento Penal..... | 121 |
| 4.3. Ley de Imprenta..... | 121 |
| 4.4. Ley 369, ley general de las personas adultas Mayores..... | 122 |
| 4.5. Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia..... | 122 |
| 5. Análisis de la Reparación del Daño Moral en Nuestra Legislación..... | 122 |
| 5.1. Errores al Momento de Presentar la Demanda..... | 123 |
| 5.2. Errores al Momento de ser Admitida la Demanda..... | 124 |
| 5.3. Errores en Tramitación de Proceso la Sentencia..... | 124 |
| 6. Declaraciones y Tratados Internacionales..... | 125 |
| 6.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos..... | 125 |
| 6.2. Pacto Internacional al de Derechos Civiles y Políticos..... | 126 |
| 6.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José..... | 126 |
| 7. Leyes Internacionales con Relación a la Protección y Reparación del Daño Moral..... | 127 |

CAPÍTULO V
MARCO PRÁCTICO

| | |
|---|-----|
| 1. Resultado de Encuestas..... | 130 |
| 2. Jurisprudencia Boliviana en Cuanto a la Reparación del Daño Moral..... | 133 |
| Conclusiones..... | 135 |
| Recomendación..... | 138 |
| Anteproyecto de Ley..... | 139 |
| Bibliografía..... | 141 |
| Web grafía..... | 144 |
| Anexos..... | 145 |

DISEÑO DE LA INVESTIGACION

1. ENUNCIADO DEL TEMA DE LA TESIS.

“EXTENSION NORMATIVA DEL CONCEPTO DEL DAÑO MORAL EN EL ACTUAL CODIGO CIVIL”.

2. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA.

Tenemos una realidad social, en la cual, el ser humano está al filo de sufrir algún daño moral, tomando en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico no regula de manera específica la reparación ante un daño moral y mucho menos su indemnización.

La limitada resarcibilidad del daño moral en Bolivia es su regla general ya que solo son resarcibles los daños patrimoniales. Ello por cuanto el parágrafo II del artículo 994 del Código Civil – inspirado en el artículo 2.059 del modelo italiano de 1942 – establece que “el daño moral solo debe ser resarcido en los casos previstos por la ley” (lo cual sucede, entre otras hipótesis, cuando este daño deriva de la comisión de un ilícito penal) puesto que el artículo 87 del Código Penal establece: “Toda persona responsable penalmente, lo es también civilmente y está obligada a la reparación de los daños materiales y morales causados por el delito”.

En la actualidad la vulnerabilidad de los derechos de la personalidad por la existencia de daños morales y la regulación que de esta figura realiza el Código Civil es prácticamente escasa y restrictiva, debiendo además tener presente la falta de acción en cuanto a la protección de estos derechos cuando las personas son agredidas moralmente además de la carencia de pronunciamientos judiciales en relación a la reparación del daño moral.

El estudio e investigación de la figura de reparación del daño moral en nuestro país es muy importante por la coyuntura actual en la que estamos, ya que de esa forma se estaría protegiendo a la persona, siendo la reparación un componente importante para que las personas aprendan a respetar los derechos de la personalidad, los derechos fundamentales y por supuesto las garantías constitucionales, debiendo tener presente que existe un vacío jurídico al respecto, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico no regula de manera específica el daño moral y mucho menos la forma de su reparación.

Es necesario la posibilidad de reparación monetaria como medio de reparación del daño moral, es bastante debatible en el ámbito doctrinal, siendo dicha reparación ignorado por la ley civil, ya que no se señala la posibilidad de resarcir pecuniariamente el daño moral producido, igualmente en el orden procesal no se precisa la norma civil que determine qué proceso debe encausarse la demanda sobre reparación de daño moral, (debiendo tenerse presente que se habla de daños que no lleven aparejados la ocurrencia de delito). Por lo que en nuestra práctica judicial, existen pocas resoluciones judiciales en materia civil, donde se pronuncie la forma de reparación.

3.PROBLEMATIZACION.

La finalidad del presente trabajo de investigación, es que el daño moral debe ser indemnizable en todos los casos de incumplimiento de una obligación sea de origen contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional.

- ¿Es necesario la Amplitud conceptual del Daño Moral en la época actual en Bolivia?
- Adecuar el Código Civil a los principios señalados en el al Artículo 8 parágrafos I y II de la Constitución Política del Estado, puesto que el mismo

no regula específicamente el daño moral, produciendo un vacío legal al dejar desprotegido determinados derechos al momento de su violación, lo que implica un justo reconocimiento al resarcimiento.

- ¿Será necesario establecer la extensión normativa del concepto del daño moral en el actual código civil, para toda conducta que implique el incumplimiento de un deber jurídico que tenga por causa la ley o el contrato?
- ¿Por qué los abogados al momento de presentar una demanda en la que se solicita la reparación del daño moral no fundamentan y prueban la misma limitándose a su mera enunciación, esperando que la misma se resuelva como mera consecuencia de la demanda principal?
- ¿Por qué las sentencias no califican ni establecen la forma de la reparación del daño moral en su fallo, limitándose a enunciar que el mismo se resolverá en ejecución de sentencia?
- ¿Por qué en la actualidad existe un incremento en la violación de los derechos a la personalidad?
- ¿Por qué el código no regula de manera específica la reparación del daño moral. Produciendo una desprotección a determinados derechos que al momento de su violación, no producen un daño patrimonial sino un daño moral?

4. DELIMITACION DEL TEMA DE LA TESIS.

4.1. DELIMITACION TEMATICA.

Como delimitación temática se tomará en cuenta lo previsto en la Constitución Política del estado en su artículo 410, aplicable al área del derecho civil y en consecuencia aplicable a todo orden jurídico normativo nacional; dentro de esta

trataremos la teoría de la responsabilidad civil en nuestra legislación, asimismo sus respectivas soluciones.

4.2. DELIMITACION TEMPORAL.

La delimitación temporal comprenderá desde febrero del año 2009 hasta la fecha, tomando como parámetro la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional, la misma que establece nuevos paradigmas bajo los cuales se viabilizara el desarrollo de nuestra investigación.

4.3. DELIMITACION ESPACIAL.

Por razones prácticas, la siguiente investigación se realizará en el ámbito geográfico de la ciudad de La Paz, aunque debido al carácter de la Ley su aplicación es de carácter nacional.

5. FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DEL TEMA DE LA TESIS.

El presente trabajo de investigación aborda un estudio de la figura de la reparación del daño moral ya que en nuestra vida cotidiana podemos observar, que se violan los derechos de la personalidad, derechos fundamentales y garantías constitucionales lo cual se puede observar tanto en los medios de comunicación, en el trabajo, personas que se ofenden unas a otras sin medir las consecuencias, y que nadie borra después, lastimando los sentimientos y produciendo un daño moral, contradictoriamente existen muy pocas personas que inician un proceso civil de daño moral, aspecto que se encuentra regulado de manera general y amplia por los artículos 9 al 23 del código civil, lo que me llevo a plantearme las siguientes interrogantes necesarias relacionadas con el tema, como ser: ¿Por qué existen pocas demandas de daño moral? ¿Será que los derechos de la personalidad al no ser materiales tengan menos importancia

que otro tipo de derechos? ¿Es necesaria la regulación de estos derechos de manera específica? ¿Cuál la forma de reparación del daño moral? ¿Existen parámetros que permitan establecer la forma de reparación del daño moral para que un Juez dicte su fallo? ¿Es viable realizar una demanda civil sobre reparación de daño moral? ¿Será posible una reparación pecuniaria? ¿Qué limitaciones tiene su aplicación? ¿De qué forma se aplica la reparación del daño moral en nuestro país? ¿Cuál la forma de pruebas que se considera para poder establecer que se ha producido un daño moral, considerando que dicho daño es subjetivo?, y muchas otras interrogantes que motivaron la realización del presente trabajo de investigación a fin de que las mismas puedan ser absueltas y con esto pueda realizar un aporte a la sociedad, debiendo considerar así mismo que el tema de análisis es muy amplio y puede ser estudiado desde distintos puntos de vista.

Se identificó el problema como científico, porque es un problema singular, aunque no es muy novedoso ya que tiene pertinencia social, esboza el tema de lo general a lo particular, es algo que atañe al conocimiento jurídico, que pretende una demostración, contiene tres presupuestos necesarios que se pueden describir como objetividad en primer lugar, investiga un aspecto Jurídico, y es también científico, porque delimita un objeto de estudio y por último tiene asequibilidad empírica, porque tiene un contenido accesible para su redacción; aunque se requiere cierto conocimiento del área civil y procesal, la investigación del presente trabajo será elaborado mediante la búsqueda de información teórica, empírica y de comprobación a fin de poder resolver el problema. Por lo que al contar con un diseño teórico metodológico, se pretende hacer un aporte práctico actualizando la novedad del enfoque del tema y su significación práctica en la actualidad.

En resumen el trabajo se concentra en determinar cuáles son los mecanismos, fundamentos que se utiliza para lograr la reparación del daño moral en la vía judicial civil para que de esta forma se pueda reformar la protección a los

derechos de la personalidad, debiendo además señalar que se considerara en el presente trabajo la premisa de que todo daño es susceptible de reparación y toda reparación implica una posible valoración pecuniaria por responsabilidad civil, misma que se pretende aplicar a la reparación del daño moral, por lo que en ese contexto el proceso de investigación, se encuentra justificado.

Es necesario señalar que uno de los principales problemas para la realización del presente trabajo es que el daño moral es subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir que el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, problema que a la vez se convierte en una de las justificaciones para la realización del presente tema ya que se pretende lograr establecer parámetros y límites que puedan ser aplicados por los juzgadores, abogados, y toda sociedad y que la reparación de los daños morales pueda ser efectiva, pronta y oportuna y que con esto la violación de los derechos de la personalidad, a los derechos fundamentales y garantías constitucionales disminuya.

También constituye tema de investigación del presente trabajo las falencias de nuestro sistema en el ámbito judicial en cuanto a la reparación del daño moral.

6. OBJETIVOS DEL TEMA DE LA TESIS.

6.1. OBJETIVO GENERAL.

El objetivo general del tema de investigación, es de demostrar la necesidad de modificar e incorporar la extensión normativa del daño moral en el actual Código Civil, efectivizándolo mediante un mecanismo legal que nos permita indemnizar el daño moral, y así preservar los valores de libertad, honor e igualdad,

adecuándonos al artículo 8 párrafo I y II de nuestra Constitución Política del Estado Plurinacional.

6.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS.

1. Describir la eficacia o deficiencia respecto al principio o teoría de la responsabilidad civil que adopta nuestra legislación, artículo 994 del Código Civil párrafo segundo, (Resarcimiento), el daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.
2. Comparar otras legislaciones, con la nuestra, identificando las teorías que adoptan y la efectividad de su normativa en el contexto actual, en el tratamiento de la indemnización del daño moral.
3. Proponer la incorporación de una medida correctiva en cuanto a la responsabilidad civil a nuestro Código Civil, que determine el marco legal del mismo, efectivizándola mediante un mecanismo legal que nos permita indemnizar ante del resarcimiento de daño moral.

7. MARCO DE REFERENCIA.

7.1. MARCO HISTORICO.

El daño moral tiene sus orígenes desde tiempos remotos. En los primeros grupos humanos, la venganza se constituía como un castigo privado contra aquel que causaba daño a otro; el ofensor, es decir, quien causaba el daño, no contraía ningún tipo de deber jurídico frente al ofendido, porque quedaba expuesto a la venganza del ofendido o de su familia. Asimismo con el desarrollo histórico fueron surgiendo Instituciones y leyes como la Ley del Tali3n, la ley de la XII tablas, la Iniuria, y la lex Aquila, que fueron evolucionando y realizaron la distinción entre

responsabilidad civil ocasionada por un daño, así como su respectiva reparación o indemnización.

La ley del Tali3n, que significaba en lat3n: *lex talionis*, se refiere a un principio jur3dico de justicia retributiva, en el que la norma impon3a un castigo que se identificaba con el crimen cometido. De esta manera, no s3lo se habla de una pena equivalente, sino de una pena id3ntica. La expresi3n m3s famosa de la Ley del Tali3n es: "Ojo por ojo, diente por diente", que aparece en el libro del 3xodo en el Antiguo Testamento.

Hist3ricamente, "la Ley del Tali3n" constituy3 el primer intento por establecer una proporcionalidad entre da3o recibido en un crimen y da3o producido en el castigo, siendo el primer limite a la venganza libre.

En los libros sagrados de la Biblia que forman parte del Pentateuco, existen antecedentes de la responsabilidad proveniente del delito, por ejemplo en los casos de lesiones causadas en ri3as, correspond3a al culpable la obligaci3n de reparar o indemnizar el da3o, pero la responsabilidad civil llevaba aparejada la Ley del Tali3n.

En el Antiguo Testamento, concretamente en la Ley Mosaico (Ley de Mois3s), la Ley del Tali3n aparece en 3xodo 21:23-25 "Mas si hubiere muerte, entonces pagar3s vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe, en Lev3tico 24:18-20 "El que hiere a una animal ha de restituirlo, animal por animal. Y el que causare lesi3n en su pr3jimo, seg3n hizo, as3 le sea hecho; rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente, seg3n la lesi3n que haya hecho a otro, tal se har3 a 3l". En Deuteronomio 13:21 "Y no lo compadecer3s, vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie".

Extendieron varios ordenamientos jurídicos que se inspiraron en la Ley del Tali3n, especialmente en la Edad Antigua y en la Edad Media. En el famoso C3digo de Hammurabi (1792 A.C.), el principio de reciprocidad exacta se utiliza con claridad.

Cuando surgi3 la Ley del Tali3n, la sociedad se puso del lado del vengador, otorg3ndole un sentido de aprobaci3n para el mismo autor. La instauraci3n de la ley “Ojo por ojo, diente por diente”, constituy3 una notable evoluci3n, ya que establec3a una relaci3n adecuada entre el da3o sufrido y la magnitud de la venganza a la que su autor quedaba expuesto.

Este principio sigui3 vigente para el juda3smo, aunque dejara de tener efecto para el cristianismo a ra3z del Serm3n de la Monta3a de Jes3s en Nazaret (Mateo 5:38-39).

En dicho serm3n Jes3s en Nazaret predico el amor hacia los enemigos, contrario a la expresi3n “Ojo por ojo, diente por diente” contenida en la Ley del Tali3n.

En la actualidad, existen ordenamientos jurídicos que se basan en la Ley del Tali3n, especialmente en los pa3ses musulmanes.

Es importante hacer notar, que al surgir la Ley del Tali3n se logr3 establecer una limite a la venganza libre, la cual era desproporcionada y representaba una barbarie contra el que causaba un da3o, ya que con los castigos que aplic3 esta ley, empez3 a existir una equivalencia o proporcionalidad entre delito y castigo.

7.2. MARCO TEORICO.

El da3o o perjuicio constituye uno de los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil y, por tanto, se concibe como el fundamento primordial de la obligaci3n resarcitoria, el cual merece en este ac3pite un estudio amplio y

detallado, con el fin de establecer su etimología, definición, sus características y su respectiva clasificación, si bien es cierto que, la vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado. Por tal razón, es universalmente aceptado por el derecho el principio general según el cual, quien cause daño a otro está obligado a repararlo. Con base en ello, la responsabilidad civil se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios a cargo del autor del daño, consecuencia impuesta por el derecho, que desde sus épocas más antiguas ha sentido la necesidad de proteger a quien injustamente ha sido lesionado en sus intereses.

La responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada, soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a dos elementos subjetivos o personales: la víctima y el victimario, a quién padece el perjuicio y a quien es agente del mismo.

Se parte de la idea del daño, como una mal, como un disvalor, algo que nos quita lo que era nuestro, de lo cual gozábamos o nos aprovechábamos, que era nuestra integridad psíquica o física, o bien el uso y disfrute de los bienes que componen nuestro patrimonio, que unidas a las posibilidades de acrecentamientos o nuevas incorporaciones de bienes o valores. La conducta dañosa, se muestra como impropia, equivocada o ilícita. El principio del “naemenm laedere”, “no dañaras”, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo; quién daña a otro le priva de lo que es suyo, le quita algo de lo cual antes se aprovechaba por estar en su persona o en su patrimonio.

La reacción del ordenamiento jurídico consiste en una sanción a pedido de la víctima, que tiende al resarcimiento o reparación del perjuicio y en lo posible al restablecimiento del estado anterior, sea borrando el daño mediante una sanción

específica, sea indemnizándolo con una suma de dinero, mediante una sanción sustitutiva.

Un concepto descriptivo de la responsabilidad civil, requiere, por una parte, atenerse a lo que es la regla – haciendo abstracción de las hipótesis de excepción – y por otra parte, hacer mención de los presupuestos de esa responsabilidad:

- Autoría;
- Antijurídica;
- Imputación;
- **Daño**; y
- Relación de causalidad¹.

8. HIPOTESIS DEL TRABAJO.

La presente investigación adopta la siguiente hipótesis de trabajo:

Al establecer la extensión normativa del resarcimiento del daño moral en el actual código civil, se viabilizará el ejercicio de un derecho de indemnización del daño moral por la comisión u omisión de un derecho pre existente de carácter contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional, asimismo adecuarnos a nuestra Constitución Política del Estado Plurinacional preservando sus valores y principios.

8.1 VARIABLES.

8.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.

¹ Alberto Luna Yañez, Curso de Derecho Civil Obligaciones, Sexta Edición, editorial "TEMIS" Pag.251-252.

Establecer la extensión normativa del resarcimiento del daño moral en el código civil actual.

8.1.2. VARIABLE DEPENDIENTE.

Subsumirse en los principios y valores de la Constitución Política del Estado Plurinacional.

9. METODOS Y TECNICAS A UTILIZAR EN LA TESIS.

9.1. METODOS.

9.1.1. GENERALES.

Deductivo.- Proceso de conocimiento que va de lo general a lo particular. El método deductivo es aquel que parte de los datos generales aceptados como válidos y que por medio del razonamiento lógico, pueden deducirse varias suposiciones. De casos Particulares permite llegar a conclusiones generales.

Método de Análisis.- Es la descomposición de un todo en sus elementos, es separar un conocimiento o un objeto de las partes que lo estructuran, es decir hallar los principios y las relaciones las dependencias que existen en un todo.

Método de observación.- Es el procedimiento de la percepción deliberada de ciertos fenómenos jurídicos reales por medio de un esquema conceptual o teórico. Sirve para comprobar y proyectar las conjeturas y describir las conclusiones científicas, este método será utilizado para verificar y sustentar la hipótesis en hechos jurídicos confirmados.

9.1.2. ESPECIFICOS.

Método de la Construcción Jurídica: El método de la construcción Jurídica permite la creación, complementación modificación y reformulación de figuras jurídicas. En esta investigación se trata de complementar un artículo del Código Civil en relación a la indemnización del daño moral

Método Comparativo: Realizaremos comparaciones de nuestra legislación con otras, respecto a la doctrina que adoptan para la indemnización del daño moral.

Método Teleológico: Que busca determinar cuál es el interés jurídicamente protegido, los cuales son los derechos fundamentales, derecho a la vida y a la integridad física, psicológica.

10. TECNICAS A UTILIZARSE EN LA TESIS.

Las técnicas a utilizarse serán:

Técnica Documental: La obtención de la información mediante recolección de lectura de documentos, libros de fuentes primarias, para contar con datos correctos y fidedignos existentes sobre el tema.

La Encuesta: Mediante esta técnica se pretende obtener información acerca de una parte de la población, mediante el uso de cuestionarios que mida diversos indicadores que se han determinado en la operacionalización de los términos del problema o de las variables de la hipótesis.

INTRODUCCION

En la actualidad nos encontramos en una sociedad en la cual se presentan diferentes situaciones de la vida que provocan daños, siendo la más frecuente el daño moral que se produce por la violación a los derechos de la personalidad como ser el honor, la imagen y la vida privada, derechos fundamentales y garantías constitucionales, derechos que en la vía civil quedan sin posibilidad efectiva de una reparación integra.

Sin embargo la concepción imperante respecto al resarcimiento del daño moral a sufrido un vuelco no solo importante sino absoluto quedando por tanto nuestra doctrina y jurisprudencia rezagada en la evolución legislativa.

A raíz de ello el presente trabajo plantea una forma mediante la cual se pueda reparar los daños morales producidos por la violación a los derechos de la personalidad, derechos fundamentales y garantías constitucionales, por lo que se expone una evolución histórica de la reparación del daño moral, así también se realiza un estudio doctrinal del daño y del daño moral señalando sus formas características, elementos, su reparación y la responsabilidad civil, tomando puntos importantes expuestos por diferentes autores; en cuanto a la doctrina del presente trabajo se hace un hincapié en remarcar sintéticamente lo predominante en cada capítulo, mencionando diferentes autores, así mismo se hace un estudio y sistematización de varios supuestos de reparación por violación a los derechos de la personalidad y análisis de los distintos parámetros para su correcta evaluación, los mismos que están expresados en la doctrina constituyen el marco teórico.

Así mismo se llevó a cabo un análisis en el marco jurídico de las distintas normas existentes en Bolivia referentes al daño moral y su reparación, así mismo se hizo mención de normas extranjeras que pueda coadyuvar con la investigación.

Toda vez que el presente trabajo surge como exigencia inevitable de buscar respuestas al hecho problemático y las interrogantes planteadas en la misma como ser ¿Cuál la forma de reparación del daño moral? ¿Existe parámetros que permitan establecer la forma de reparación del daño moral para que un juez dicte su fallo? ¿Es viable realizar una demanda civil sobre reparación de daño moral en nuestro país? ¿Cuál la tutela jurídica para obtener la reparación del daño moral? ¿Será posible una reparación pecuniaria?, ¿Qué limitaciones tiene su aplicación? ¿De qué forma se aplica la reparación del daño moral en nuestro país? ¿Cuál la forma de pruebas que se considera para poder establecer que se ha producido un daño moral, considerando que dicho daño es subjetivo?, habiéndose llegado a la hipótesis de la necesidad de una ley de reparación de daño moral para la protección de los derechos de la personalidad, derechos fundamentales y garantías constitucionales bajo, la premisa de que todo daños es susceptible de reparación y toda reparación implica una posible valoración pecuniaria por responsabilidad civil, misma que se pretende aplicar a la reparación del daño moral, por lo que para sustentar de manera practica el presente trabajo se realizó encuestas a diferentes jueces en materia civil, así mismo se realizó una revisión de los procesos ordinarios en la ciudad de La Paz referentes al daño moral realizando un análisis en materia procesal de las falencias existentes para que se dé una integra reparación del daño moral y una revisión jurisprudencial a fin de poder responder las interrogantes planteadas, responder a los objetivos y justificar la hipótesis y poder determinar cuáles son los mecanismos, fundamentos que se utiliza para lograr la reparación del daño moral en la vía judicial civil para que de esta forma se pueda reformar la protección a los derechos de la personalidad, lo que constituye el marco practico, por lo que el proceso de investigación, se encuentra justificado.

Consta en el presente trabajo de un detalle grafico estadístico que tiene por objeto visualizar rápidamente las tendencias predominantes en cuanto a la

reparación del daño moral, en nuestros juzgados, lo que ayudara al lector a descubrir que en nuestro país son escasos los procesos que han conseguido una reparación íntegra por daño moral

Consideramos que este trabajo de investigación valiosa, pues analiza una realidad, la del daño moral en nuestro medio, enfrentando la apreciación teórica con la de los magistrados que resuelven casos concretos.

CAPITULO I

MARCO HISTORICO

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA FORMA DE REPARACION DEL DAÑO MORAL.

El daño moral ha pasado por diversas etapas y se mantiene en constante evolución, su historia ha sido siempre fustigada por dificultades conceptuales y sociales, estimulando por su naturaleza intangible e impasible de exacta evaluación y medición, el daño moral surge cuando hay una lesión a los derechos de la personalidad, los que están fuera de todos los derechos patrimoniales y que se refieren a los atributos internos de la persona humana.

Razón por la que previamente haremos una recopilación de los antecedentes históricos comenzando por el daño y posteriormente veremos el daño moral.

1.2. FORMAS DE REPARACION DEL DAÑO EN LA HISTORIA.

1.2.1. EL CÓDIGO DE UR NAMMU.

La existencia de las investigaciones arqueológicas indica que las primeras aproximadamente, proceden de la antigua civilización sumeria que floreció al sur de la Mesopotamia y aunque su texto no fue aun hallado parecen haber sido promulgadas por Ur-Engur (rey de Ur) también Urukagina (rey de Lagash) había recopilado una serie de reglamentos administrativos.²

El profesor de la Universidad Samuel N. Kramer catedrático de la universidad de Pensilvania, descifro una tabla uniforme, que data de aproximadamente 2050 A.C.

²Drapklin Israel, Los Códigos pre-hamurabicos "Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales"
<http://www.bibliojuridica.org/libros>.

a la que denomino "el código más antiguo del mundo" y se conoce como el código de UrNammu. Tres de sus leyes (entre las que se han podido descifrar por estar menos deterioradas las tablas) se refiere a casos de daños a la persona física y establecen lo siguiente:

- Si un hombre daña a otro con un instrumento le ha cortados un mano pie tendrá que pagar diez "shekels" de plata.
- Si un hombre daña a otro con un instrumento le ha cortado un pie tendrá que pagar una mina de plata.
- Si un hombre daña a otro con un instrumento ha cortado la nariz tendrá que pagar dos tercios de una mina de plata.³

El descubrimiento de estas leyes tiene la enorme importancia de demostrar que 300 años antes de que la Ley del Tali3n fuera impuesta por Hammurabi existía un cuerpo legal en que **la reparaci3n del daño se realizaba en forma pecuniaria**, con un concepto que aparece hoy muy moderno. Sin embargo esto resulta sorprendente que hubiese existido una soluci3n semejante en tiempos tan remotos, soluci3n que actualmente gran parte de la doctrina pugna por imponer en los c3digos de los países europeos y del primer mundo.⁴

1.2.2. C3DIGO HAMMURABI.

Alrededor del año 1780 A.C. Hammurabi promulgo su c3digo, que hace pocos años pas3 de ser el primero en la historia de los cuerpos legales, como es conocido introduce la Ley del Tali3n. Sin embargo desaparece el sistema de compensaci3n pecuniaria en esta legislaci3n.

³García Mendieta Carmen. "La Obligaci3n de Reparar el Daño Moral a trav3s del Tiempo", <http://www.bibliojuridica.org/libros>.

⁴Ibidem

La Ley del Tali3n "ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie" daba al ofendido la aprobaci3n para vengar la ofensa, en etapas hist3ricas posteriores, la victima del da"o comenz3 a perdonar al agresor a cambio de una suma de dinero literalmente aceptada. Para algunos tratadistas seg"n se"ala Alfonso Oramos,⁵ el momento hist3rico en que el ofendido perdonaba al agresor a cambio de algo se estableci3 la incipiente relaci3n entre el deber de responder y la obligaci3n de resarcir el da"o. Uno de los preceptos de las XII Tablas lo se"alaba "Mutilado el miembro, si no hay transacci3n, imp3nganse al autor de la Ley del Tali3n".

La propia Ley de las XII Tablas, iba establecer tambi3n la transici3n entre la composici3n voluntaria y la legal existían ciertos delitos establecidos para los cuales la posibilidad de escoger entre la venganza o la suma de dinero, era voluntaria, en cambio, para actos ilícitos la autoridad imponía una suma de dinero que el ofendido debía aceptar y el ofensor tenía que pagar, como por ejemplo lo se"ala Ignacio Morales.⁶

Tabla VII

El depositario que dolosamente malversare 3l deposito, pague el da"o causado.

Tabla VIII

Quien perjudicare sin derecho o por causalidad, este tenido el resarcimiento del da"o.

Con el da"o causado injustamente..... (Como no sea por accidente fortuito), cond3nense a la reparaci3n.

⁵Oramos Cross Alfonso, Responsabilidad Civil, Orígenes y Diferencias respecto a la Responsabilidad Penal,2000

⁶Morales Ignacio Jos3 Derecho Romano, La Obligaci3n de Reparar el Da"o Moral a trav3s del tiempo Pag.224 a 225. <http://www.bibliojuridica.org/Libros>.

1.2.3. DERECHO HEBREO, LEY DE MOISÉS Y NORMAS TALMÚDICAS.

La Ley de Moisés puede situarse cronológicamente alrededor del año 300 a.c. En ese sentido en Éxodo 21, versículo 18-19 señala "si alguno riñere y alguno hiriere a su prójimo con piedra o con el puño y no muriere, pero cayere en cama; Si se levantara y anduviere fuera sobre su báculo, entonces será el que lo hirió absuelto; solamente satisfecerá lo que estuvo parado y dejara que lo curen".⁷

Así mismo en Números 4 se lee "El hombre o la mujer que cometieren alguno de todos los pecados de los hombres, haciendo prevaricación contra Jehová y delinquiere aquella persona; Confesara su pecado que cometiere y compensara su ofensa enteramente y añadirá su quinto sobre ello y lo darán a aquel contra quien pecaron".⁸

Aquí en las disposiciones transcritas prevé tanto la indemnización del daño emergente (curación) como la del lucro cesante el (tiempo que estuvo parado), la segunda además de una compensación por equivalente, establece una suplementaria de naturaleza claramente sancionatoria, según Jurkwitz, el primer obstáculo que enfrentaron los sabios al componer la ley talmúdica sobre el daño personal fue el justificar la teoría de la compensación pecuniaria ya que resulta muy difícil conciliar esta modalidad con algunas disposiciones de la Torah, este autor dice que debe dar preferencia al Talión sobre la indemnización pecuniaria.

Como señala la investigadora los sabios razonaron: ojo por ojo, significa equivalencia en dinero. ¿Qué quiere decir, de lo contrario, sacarle un ojo a otro?

⁷Antiguo Testamento Versión Reyna Valera

⁸Ibidem.

Lo razonable es que se indemnice el daño causado y de esta forma armonizaron los dos supuestos.⁹

El Talmud discurre cinco rubros de daños indemnizables 1) incapacitación 2) dolo; 3) tratamiento médico; 4) pérdida de tiempo; 5) humillación o degradación. Dentro de cada una de estas categorías de compensación, los compiladores colocaron cuatro pautas precisas para medir el daño sufrido.

La incapacitación equivale a la pérdida de la futura aptitud para ganarse la vida y la indemnización se calcula en base a la comparación de la situación anterior con la posterior; las expensas medidas constituirán lo que llamamos daño emergente y la pérdida de tiempo lucro cesante. En cuanto al daño moral solo es compensable cuando la ofensa inflingida es intencional o sea se tiene en cuenta el dolo del autor como elemento subjetivo, la cantidad a pagar varía según la condición social de ambas personas; injuriado e injuriante quedando a criterio del juez tomar en cuenta la posición social así como su reputación como profesional u hombre de negocios. Estas disposiciones legales anteriores en un siglo son sorprendentes por lo que resultan válidas para el presente y están aun siendo recogidas por las codificaciones civiles más avanzadas.¹⁰

1.1.4. DERECHO GRIEGO.

Entre los griegos debía ser reparado todo daño ocasionado a otro ya sea en su persona física en su patrimonio o en su reputación, la fuente de la obligación podía ser extracontractual o contractual, pudiendo reclamarse el resarcimiento del daño aun de carácter moral.¹¹

⁹García, Mendieta Carmen, La Obligación del Reparar el Daño Moral a través del Tiempo pag.227-229 <http://www.bibliojuridica.org/libros>.

¹⁰Morales Ignacio José Derecho Romano, La Obligación de Reparar el Daño Moral a través del tiempo Pag.230. <http://www.bibliojuridica.org/Libros>.

¹¹ibidem.

1.1.5. DERECHO ROMANO.

En Roma el derecho se dividían en públicos y privados, los primeros dan lugar a una instancia penal que recibe el nombre de publiciumjudicium; y los segundos son aquellos en los cuales una persona ha sufrido lesión de sus derechos y corresponde solamente a ella la persecución que da lugar a la instancia privada denomina privatumjudicium, dentro de este tenemos a los que atacan los bienes o honor de una persona y son: a)hurto, b) la rapiña, c)el daño material y d) la injuria.

Se afirma que en la época clásica constituye injuria toda conducta que implique desconcentración o menosprecio para con el semejante. El digesto (47, 10, 15, 27) dice que el pretor toda conducta que signifique infamia y que el ofendido tiene derecho a ejercer al actio iniuriarum. Como se desarrollaba el actio iniuriarum? El ofendido debía estimar ante el pretor el importe que reclamaba en concepto de compensación. El juez podía fijar la cuantía de acuerdo a la equidad y tomando en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. La injuria atroz era estimada por el pretor de acuerdo a las circunstancias de lugar tiempo y persona (por ejemplo no era lo mismo injuriar a un esclavo que aun personaje público no era igual hacer en lugar aislado que en un sitio público, el juez podía disminuir la cuantía según su leal saber y entender pero generalmente se atendía lo establecido por el pretor).¹²

La naturaleza jurídica radicaba como señala la autora en que era una indemnización civil toda vez que el ofendido podía optar entre seguir la actio iniuriamum i impenetra la acción criminal correspondiente a fin de obtener el castigo de ofensor.

¹²Ibidem

De todo lo señalado se concluye que si bien los antiguos habían considerado la protección de ciertos bienes jurídicos entre los cuales el honor la dignidad personal y social de la persona su reputación y decoro no alcanzaron una sistematización de estos principios, es la doctrina moderna que bajo la denominación de derechos de la personalidad llego a elaborar una concepción fisiológica – jurídica de ciertos valores inmateriales, inherentes la esfera intima del individuo.

Castan Tobeñas afirma que el "cristianismo centro la base moral indestructible sobre la que de alzarse el reconocimiento de los derechos de la personalidad individual" pero el derecho concebido como una orden total de la vida no sintió la necesidad de poner especialmente de relieve los derechos de persona humana, fue recién en el renacimiento que surgieron los primeros atisbos de afirmar la independencia de la persona y la intangibilidad de sus derechos. De este modo surgió la figura de la potestad in se ipsum o ius in corpus en que según la doctrina moderna se encuentra el embrión de los llamados derechos de la personalidad.¹³

2. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA HISTORIA.

Para tener una mayor comprensión del tema tomaremos como punto de referencia momentos históricos clave para el desarrollo y regulación de este tema.

2.1. Derecho Romano.

En el Derecho Romano los intereses no patrimoniales se llegaban a resarcir de manera pecuniaria. Así la actio iniuriarum daba a la victima de los delitos contra

¹³CastañTobeñas José, Los Derechos de la personalidad, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, n.192, v.24, pág.9.

la integridad física o moral una amplia protección de esos bienes jurídicos no patrimoniales.

Debido a la imposibilidad para estimar el valor pecuniario de la persona libre y de sus bienes no patrimoniales, se consideraba que en la mayoría de los casos era la propia víctima la que debía fijar la cuantía de la lesión de esos bienes.

Sin embargo, en el Derecho Romano también había ciertos casos en los que la cuantía del resarcimiento estaba fijado por el Edicto de los Ediles.

2.2. Edad Media.

Durante la Baja Edad Media con la legislación Alfonsina destacamos el texto de las Partidas en el cual se trata el tema del daño moral de forma muy casuística. Queda suficientemente claro en el texto citado el reconocimiento que a este daño se hace con la definición que del daño se da en la Partida VII, tit. XVI, I.I: "empeoramiento o menoscabo o destruimiento que omerescible en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro"; esta definición comprende tanto el daño patrimonial como el moral cuando se refiere al daño que el hombre recibe en sí mismo.

La solución que las Partidas dan a este problema es regular las lesiones a bienes extra patrimoniales incluso mediante indemnizaciones pecuniarias.

Mientras que el Derecho Romano incluía dentro de las lesiones extra patrimoniales los daños a la integridad moral (injurias y calumnias) el derecho de las Partidas se ciñe casi de manera exclusiva en los daños a la integridad física.

La Ley VI del Título VI de la partida VII, se refiere al agravio moral, así señalan como ejemplos de reparación de la difamación de forma pecuniaria donde el juez

tiene libre albedrío para fijar la cuantía de la suma, así mismo hablan de la gratitud y la deshonra La Ley I, del Título IX asimila la injuria a la deshonra y aclara que puede ser de hecho o de palabra es "... Como si un hombre deshonrase a otro o le diese bofetadas ante muchos, haciendo escándalo o diciendo un nombre malo..." aquí se puede observar una similitud con el derecho romano ya que se produce deshonra por medio de cantos o por escritos que se distribuyen en lugares públicos o por palabras difamatorias.

La vía del deshonrado para resarcirse, está establecida en la Ley XXI título IX de la partida VII misma que establece una opción para el pago de dinero, estas acciones no son acumulables, debiendo solicitarse la reparación pecuniaria, ante el juez estimando el monto de la misma bajo el juramento teniendo en cuenta el grado de la ofensa, el lugar en que se produjo y todas las circunstancias del caso, en la que el juez puede aceptar la estimación o moderarla a su arbitrio, mandando a que una vez fijada al ofensor que le pague la compensación establecida, sin embargo si se elige la vía penal es privativo del juez concertar a la pena de encarcelamiento o pena pecuniaria, sin embargo si optase por la última la suma será destinada a la cámara del Rey y no al ofendido.

Por lo que no cabe duda que el último caso trata de una pena y en el primer caso de una reparación de orden civil, debiendo por lo expuesto considerar que este es uno de los antecedentes mediato de la reparación por daño moral, acogida en la mayoría de los códigos modernos.¹⁴

¹⁴Gonzales María del Refugio, Estudios sobre la historia del derecho civil en México, UNAM Institutos de Investigaciones Jurídicas, <http://www.derecho.unam.mx/web2>.

CAPITULO II

EL DAÑO

Con el propósito de entrar a fondo en la problemática del daño moral previamente se realizara un estudio de lo que es el **daño**, con todas sus características, para luego introducirnos a lo que es el daño moral y la forma de reparación por ser el objeto de investigación de la presente tesis.

1. DAÑO.

El daño o perjuicio constituye uno de los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil y, por tanto, se concibe como el fundamento primordial de la obligación resarcitoria, el cual merece en este acápite un estudio amplio y detallado, con el fin de establecer su **etimología, definición, sus características y su respectiva clasificación**, si bien es cierto que, la vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado. Por tal razón, es universalmente aceptado por el derecho el principio general según el cual, quien cause daño a otro está obligado a repararlo. Con base en ello, la responsabilidad civil se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios a cargo del autor del daño, consecuencia impuesta por el derecho, que desde sus épocas más antiguas ha sentido la necesidad de proteger a quien injustamente ha sido lesionado en sus intereses.

1.1 ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA DAÑO.

La voz proviene etimológicamente del latín *damnum*, daño, pérdida, multa y del indoeuropeo *dap* – up pérdida, gasto, en términos generales el daño es la lesión o menoscabo que experimenta una persona en su bienes cuerpo o alma quien quiera que sea su causante, sin embargo la palabra en castellano comenzó a ser utilizada en el siglo XII (1140).

1.2. DEFINICIONES DE DAÑO.

Existen varias definiciones de daños dentro de las causales se citan las siguientes:

Respecto, al daño se puede decir que la misma ha experimentado con el devenir del tiempo una evolución, partiendo desde una noción materialista hasta alcanzar concepciones abstractas de contenido más espiritual. Igualmente, cabe anotar que detrás de cada ordenamiento jurídico, tanto antiguo como actual, se reconocen y protegen los bienes jurídicos tutelados, valores que desde siempre el hombre ha querido custodiar, tales como la vida, la libertad, el patrimonio, la integridad, el honor, la dignidad, entre otros.

Atendiendo a un significado más sencillo, el daño es el menoscabo o la lesión que sufre una persona en los bienes vitales naturales, en la propiedad o en el patrimonio, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado.

Además, de ser un elemento que reclama la responsabilidad civil, el perjuicio se presenta como una exigencia legal. Esto se percibe de la lectura del artículo 994 párrafo II del Código Civil Boliviano (El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley), preceptos que se refieren a la responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Igualmente, se ha dicho que el daño debe ser directo, actual y cierto, condiciones tradicionales que deben caracterizar el perjuicio para darle un verdadero sentido.

Más que una característica, el hecho de que sea directo significa que debe presentarse como consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación, ya sea de índole contractual o extracontractual, pues se alude a la relación existente entre el autor del daño y el daño, donde este último debe ser

imputado al presunto autor del mismo. Por otra parte, al afirmar que el perjuicio es actual, se quiere decir que debe existir en el momento de formular la demanda, es decir, que hay certeza de la ocurrencia del daño y por tanto, en principio no es indemnizable el perjuicio futuro. Sin embargo, este perjuicio no consolidado hace referencia a un daño que a futuro la víctima sufrirá y que consecuentemente es alegado por ella al momento de demandar, si es cierto puede ser reparable, de donde se sigue que el carácter esencial del perjuicio es la certeza.

Por regla general los códigos no definen el término daño, habiendo la doctrina y jurisprudencia elaborados ciertas teorías por lo que conviene puntualizar qué se entiende por daño en su generalidad, para luego adentrarnos en el daño moral en ese contexto desde una perspectiva jurídica y objetiva, el daño se define como el menoscabo, perjuicio, dolor o molestia que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad ya en su patrimonio.¹⁵

Más particularmente, en Derecho Civil, la palabra “daño” representa al detrimento, perjuicio menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes.

El daño puede prevenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad de entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.¹⁶

¹⁵Zannoni Eduardo, El daño en la responsabilidad Civil 2da Ed. Astrea Bs Argentina Pág.156.

¹⁶ ibídem.

Podemos observar que nuestro Código Civil Boliviano, en el artículo 344 expresa lo siguiente. “el resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado con arreglo a las disposiciones siguientes”. Por lo expuesto en el artículo anterior se observa que nuestro código civil no examina el concepto jurídico de daño, por lo que no se expresa un concepto es mas lo dispuesto en el artículo 344 regula la reparación del daño a causa del incumplimiento de una obligación¹⁷. Es necesario señalar que actualmente en nuestro código no se ha considerado de ninguna forma el daño moral limitándose únicamente a reglamentar el daño material, que implique el menoscabo sufrido en el ámbito del patrimonio o bienes de las personas.

La cuestión relativa a los daños o perjuicios sin duda es la más objetiva y aparente en Derecho Civil; sin embargo, cuando se trata de aclarar desde un punto de vista lógico esta noción, nos hallamos ante una gran vaguedad de concepto en la doctrina; ello se debe a la profunda evolución que han tenido en el tiempo actual las viejas reglas de la responsabilidad civil.¹⁸

Para el autor Cfr Demogue, “No es suficiente la noción según la cual el daño es la supresión o disminución de cualquiera de los bienes que sirven al hombre para satisfacción de sus necesidades, porque la palabra bien es vaga y si agregamos que debe tratarse de un bien protegido por el ordenamiento jurídico, estamos diciendo que debe referirse a un derecho subjetivo, pues estos no son otra cosa sino bienes o intereses jurídicamente protegidos”¹⁹.

¹⁷ Morales Guillen, Carlos Código Civil Concordado y anotado Tercera Edición, Gisbert Pág.408

¹⁸ Valencia Zea, Aurturo Y Ortiz Monsalve, Alvaro. Derecho Civil de las Obligaciones. Novena Edición Tomo III, Santa Fe Bogotá - Colombia. Editorial Temis. 1998. Pág. 179

¹⁹ Valencia Zea, Aurturo Y Ortiz Monsalve, Alvaro. Derecho Civil de las Obligaciones. Novena Edición Tomo III, Santa Fe Bogotá - Colombia. Editorial Temis. 1998. Pág. 180

Por otra parte, el autor Lacruz conceptualiza el daño “Toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona; significa un desequilibrio jurídico que la indemnización debe restablecer, en todo o en parte.”²⁰

El autor Eduardo Zannoni, define que el daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica si no hay daño, pero el daño para generar responsabilidad debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa (en sentido lato-dolo o culpa) u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía, etc.), mediando una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable-atribuido-y el daño.

Los autores Lacruz y Zannoni coinciden de cierta forma en que el daño debe ser indemnizado o resarcido, porque constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir.

En definitiva, el daño, está constituido por todo menoscabo, detrimento o deterioro que se produzca en los intereses lícitos de la víctima, vinculados con elementos pertenecientes a su patrimonio, a los bienes de su personalidad o, a su órbita espiritual o afectiva. Con ello, queda claro que, el perjuicio puede lesionar no solamente el patrimonio de un individuo, sino que también puede afectar intereses extrapatrimoniales del mismo.

1.3. TIPOS DE DAÑO.

Es necesario señalar para la mejor comprensión del presente trabajo de investigación que existen dos tipos de daño, uno materia que abarca aquella que

²⁰ Aguilar Guerra, Osman Vladimir. Derecho de Obligaciones Pág. 439

directa o indirectamente afecta a un patrimonio o aquellos bienes (cosas o derechos) mismo que pueden ser fácilmente susceptibles de valoración pecuniaria y el otro tipo de daño es el moral mismo que supone la privación o disminución de bienes no económicos y que tiene un valor singular para la persona la privación o disminución de bienes no económicos y que tiene un valor singular para la persona, como ser la paz, la tranquilidad, el honor, la integridad física así como los más sagrados afectos y sentimientos.

En efecto la corriente fenoménica no considera la notoria circunstancia de que el Derecho no protege los bienes en sí mismos sino en tanto y en cuanto estos dan satisfacción a necesidades o menesteres humanos (intereses) económicos o morales: de allí precisamente que la esencia del daño deba asociarse a la frustración de la posibilidad de continuar satisfaciendo esos requerimientos en virtud de la pérdida o alteración del bien y no a este último acontecimiento empírico. ²¹

1.4. CATEGORÍA DE DAÑOS.

Según la doctrina francesa misma que es ideada por RIPERT Y BOULANGER, se distinguen entre diferentes categorías de daños como ser:

- a) El daño causado a los bienes.
- b) Perjuicio a la salud o vida de las personas.
- c) El daño moral.

a) El daño causado a los bienes, que si bien es objeto de otro estudio conviene su descripción a fin de poder individualizar los conceptos y que se distinga cada uno de los daños por separado, en ese entendido este daño constituye una de

²¹ Morales Guillen, Carlos, Código Civil Concordado y anotado Tercera Edición, Editorial, Gisbert Pág.408.

las formas más claras de configuración de un perjuicio siendo el daño visible ya que constituye por Ej. En la destrucción de una casa, la avería de un automóvil en razón de una colisión, por lo que en estos casos el perjuicio se calcula fácilmente con la simple confrontación del valor que implica su reparación.²²

b) El daño causado a la salud o a la vida de las personas.- En lo referido a este inciso el orden jurídico romano negaba el derecho a la reparación monetaria en casos de lesiones corporales, sin embargo hoy en día se ha vuelto común la compensación por el daño causado, por incapacidad para el trabajo, dolores y molestias, perjuicio estético y daños ocasionados por el evento como ser honorarios del médico, medicamentos, gastos de hospital, etc.

c) El daño moral.- Este daño según algunos autores el perjuicio no atenta de ninguna forma al patrimonio, sino son producto del ataque a los sentimientos de la persona, pero por ser este daño parte del objeto de nuestro estudio su descripción se desarrollara ampliamente en todo el desarrollo de la tesis.

Según el código civil regula dos clases o especies de daños el patrimonial (aludido por los arts. 344) y el moral contemplado únicamente por el Artículo 994 inciso segundo, así mismo norma los daños inmediatos y directos y el daño previsto. En sus Artículos (345 y 346)

1.5 REQUISITOS DEL DAÑO RESARCIBLE.

Toda vez que la presente tesis abarca la reparación del daño moral señalaremos algunos requisitos para que el daño sea resarcible los mismos que fueron descritos por el Dr. Alberto Luna Yáñez en su libro “Curso de Derecho Civil – Obligaciones” que si bien son aplicables para la reparación de un daño

²²Azpeitia Gustavo, Lozada Ezequiel, Moldes J.E. Alejandro El daño a las personas, Editorial Abaco, Tucumán Pág.27y 28.

patrimonial considero que el mismo también son aplicables para la reparación del daño moral.

Por lo que los requisitos son los siguientes:²³

- * Debe ser cierto y no eventual, vale decir que ha ocurrido en los hechos.
- * Debe ser subsistente y no haber sido ya reparado.
- * Debe ser personal del demandante, porque es él quien pretende la indemnización.
- * Debe afectar un interés legítimo del damnificado.

Para que el daño sea potencialmente reparable debe haber producido consecuencias que se adecuan a las categorías (metros o patrones) que se adecuan al código civil, sobre la base de las reglas de causalidad adecuada, es decir que deben ajustarse a la extensión reparadora prevista en nuestro ordenamiento civil. De este modo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual serán resarcibles las consecuencias inmediatas del evento dañoso y también las mediatas.²⁴

1.6. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO.

El daño tiene varias características entre las cuales podemos señalar:

a) EL DAÑO COMO UN MENOSCABO.

Etimológicamente, la palabra menoscabo significa “El efecto de menoscabar, verbo que en su primera acepción el Diccionario de la Lengua Española define como “Disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo”.

²³Luna Yañez Alberto, Curso de Derecho Civil – Obligaciones, 1era. Edición ARTHYK Producciones 1996 Pág.152.

²⁴Boragina Juan Carlos “El Daño”, op.cit, Pag.,1144 a 1148

El autor Minozzi indica que “Hay daños cuyo contenido no es dinero, ni cosa comercialmente reducible a dinero, sino el dolor, el espanto, la emoción, la afrenta, la aflicción física o moral, y en general, una sensación dolorosa experimentada por la persona atribuyendo a la palabra dolor su más extenso significado. Estamos en los umbrales del daño moral, que, si bien se traduce en un resarcimiento pecuniario, no ha afectado valores económicos”.

Pero, aunque no todo daño es perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, el daño es menoscabo resarcible pecuniariamente. Cuando el daño ha consistido en un perjuicio apreciable en el patrimonio del damnificado-daño patrimonial, el resarcimiento recompone o recompensa los bienes dañados, destruidos o su valor.

Cuando el daño ha consistido en la lesión o agravio a un interés no patrimonial del damnificado, la indemnización o el resarcimiento se cuantifica, se mide en relación a la entidad que, objetivamente, se reconoce al interés del lesionado, su posición social, la repercusión del agraviado en su ser existencial individual o personal y también de relación.

Quiere decir, que el menoscabo debe ser resarcible pecuniariamente, cuando afecta un patrimonio ya que el resarcimiento recompensa los bienes dañados; ahora bien, cuando se ha lesionado un interés extrapatrimonial el resarcimiento debe cuantificarse y resarcirse.

b) EL DAÑO COMO LESIÓN A UN INTERÉS.

Para el autor Adriano de Cupis “El objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica y siempre es un interés humano”²⁵ “La noción de daño va unida

²⁵Zannoni Eduardo. El daño de la responsabilidad civil Pág. 21.

a la del damnificado. Es damnificado quien sufre el daño y quien puede exigir su reparación al responsable. No hay daño sin damnificado”.

Es decir, que el objeto del daño siempre es un interés humano, porque el agraviado es un damnificado.

“Para que pueda decirse que existe un interés lesionado o agraviado, es menester que quien se dice damnificado demuestre que el menoscabo afecta o imposibilita, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos sobre los cuales él ejercía una facultad de actuar. Esta facultad de actuación en la esfera propia del damnificado constituye su interés, el daño ha sido lesionado ese interés”.²⁶

El damnificado que ha sufrido una lesión o ha sido afectado debe demostrar que el menoscabo sufrido, imposibilita la satisfacción o goce de sus bienes.

c) DISTINCIÓN ENTRE INTERÉS LESIONADO Y BIEN JURÍDICO DAÑADO.

“El interés jurídico es un poder de actuar reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción.”

“Por bien jurídico ha de entenderse en sentido amplio, cualquier objeto de satisfacción; puede tratarse de cosas, derechos, bienes inmateriales con valor económico, pero también puede tratarse del cuerpo, la salud, integridad física, la intimidad, el honor, incluso la vida como el bien supremo, que constituyen para el derecho objetos de satisfacción no patrimoniales, sin valor económico para su titular.”²⁷

²⁶Zannoni Eduardo. El Daño de la Responsabilidad Civil Pág. 24, 25.

²⁷ Ibidem Pág. 25.

De la distinción entre interés jurídico lesionado y bien jurídico dañado, se constituye en que el interés jurídico es el poder de actuar y el bien jurídico es el objeto de satisfacción.

Aunque el interés jurídico este referido a un poder de actuar hacia el objeto de satisfacción, sucede que a través de bienes patrimoniales el sujeto puede satisfacer también un interés no patrimonial, es decir un poder de actuar, hacia bienes no patrimoniales, y viceversa a través de bienes no patrimoniales el sujeto puede satisfacer además un interés patrimonial, o un poder de actuar hacia bienes patrimoniales.²⁸

Lo cual quiere decir, que si el interés jurídico va dirigido a un daño patrimonial el menoscabo de este también puede provocar daños extrapatrimoniales a la inversa.

d) EL DAÑO COMO MENOSCABO A UN INTERÉS PROPIO.

Cuando el daño significa un menoscabo a un interés propio, se deduce que: “Solo puede reclamar **reparación** del daño aquel que lo haya sufrido, al decir “daño propio”, el acento no debe ponerse, necesariamente en la persona que ha sido víctima del hecho dañoso, sino en el interés que ese hecho ha afectado”.²⁹

El autor Orgaz indica: “La persona lesionada en su salud, puede naturalmente, incluir en su demanda el importe de los alimentos que debe a su familia o a otros parientes durante el tiempo necesario para su curación; el dueño de la cosa destruida puede reclamar el importe de su propia obligación hacia el tercero, a

²⁸Zannoni Eduardo. El Daño de la Responsabilidad Civil Pág. 27.

²⁹ ibídem Pág.44, 45.

quien estaba obligado a transmitir esa cosa, cuando había tomado a su cargo el caso fortuito.”³⁰

Esto significa que el daño que ha sufrido una persona puede afectar otros intereses como obligaciones que tenía con su familia o terceros.

2. CERTEZA DEL DAÑO.

Para el autor **Gilberto MartínezRave** “La certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. Es la certidumbre sobre el mismo. El concepto no tiene nada que ver con el perjuicio futuro. Si el daño existe no interesa que sea pasado, presente o futuro”³¹

El daño debe ser real y efectivo. El daño puede ser inmediato o mediato en relación con el hecho generador. Puede hablarse de daño inmediato cuando el perjuicio, la lesión al bien jurídico, reconoce el hecho generador su causa próxima, en cambio; son daños mediatos los que resultan solamente de un hecho con un acontecimiento distinto. Cuando hablamos de la certeza del daño, nos referimos a que debe ser evidente o real, ya que ya debió haber sido efectuado.

3.LA SUBSISTENCIA DEL DAÑO.

El diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio define la palabra subsistente como permanencia, continuidad.³²

El autor Martínez Rave, considera que el término utilizado como subsistencia del daño se entiende como pendiente de indemnización, de pago, en el momento del

³⁰ ibídem Pág.45.

³¹Martínez Rave. Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Pág. 163

³²Ossorio. Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Pág. 724

fallo y no como existencia física o material del daño. La pérdida de un brazo, como daño, puede existir en el momento de proferirse el fallo, pero si ya fue indemnizado, pagado, entendemos que no está subsistente para los efectos indemnizatorios. Si el daño es pasado, presente o futuro en el momento de la demanda, pero ha sido pagada su indemnización en el momento del fallo, ya no subsiste para efectos indemnizatorios aunque físicamente la lesión este vigente. Debido, a que, para el derecho y para los efectos indemnizatorios, ese daño no es subsistente, porque se pagó su respectiva indemnización.³³

Esto significa, que cuando un daño está pendiente de ser indemnizado o pagado es insubsistente, por ejemplo: se inicia una demanda ordinaria de daño y perjuicios, pero hasta que el juez dicte una sentencia condenatoria y se ordene el pago, el daño deja de ser subsistente, es más, este procedimiento podría llegar hasta un amparo y todavía el daño sigue siendo subsistente.

Para el autor Eduardo Zannoni “La subsistencia del daño alude al momento de la reclamación por el damnificado. Si el daño fue reparado por el responsable, el perjuicio es insubsistente. Pero si fue reparado por la víctima, el perjuicio subsiste por el quantum de la reparación”.³⁴

Quiere decir, que el daño deja de ser subsistente hasta que sea reparado por el que lo ocasionó.

4. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO REPARABLE: PATRIMONIAL O ECONÓMICOY DAÑO EXTRAPATRIMONIAL, NO PATRIMONIAL O MORAL.

El ser humano puede ocasionar daños a otros miembros de la sociedad, es decir, el daño es de persona a persona, en realidad, es a los derechos que una

³³Martínez Rave. Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Pág. 165

³⁴Zannoni. Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 57

persona tiene sobre sí misma, y a los derechos que tiene sobre sus bienes económicos (su fuerza física para el trabajo o sus bienes acumulados).

Para el autor Carlos Alberto Ghersi "La clasificación tradicional del daño abarca dos grandes campos: el daño patrimonial y el extrapatrimonial".

Se infiere que el daño es sobre la persona humana y puede afectar sus ámbitos patrimoniales y extrapatrimoniales. Debido a esto el sistema jurídico ha protegido a la persona, en esos dos aspectos, a través de instituciones que se han ido desarrollando a través de la historia.

4.1. EL DAÑO PATRIMONIAL O ECONÓMICO.

El Diccionario Jurídico de Manuel Ossorio define que "Patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona, y que pueden ser apreciables en dinero".

Para el autor Eduardo Zannoni "El daño patrimonial es la lesión o menoscabo que afecta un interés relativo a los bienes del damnificado, es decir sobre los bienes que integran su esfera jurídica que por ende le pertenecen".³⁵

Este concepto considera el daño patrimonial como un menoscabo a los bienes materiales de una persona.

Además, "El daño patrimonial puede ser directo e indirecto. Es directo cuando el perjuicio es consecuencia inmediata del evento dañoso; y hay daño indirecto, cuando el perjuicio resulta de la conexión del evento dañoso con un hecho distinto; se llama daño mediato".³⁶

³⁵Zannoni Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. Pág. 60

³⁶Ibídem Pág.122

4.1.1. ELEMENTOS DEL DAÑO PATRIMONIAL.

Los elementos del daño patrimonial son: El daño emergente y el lucro cesante:

a) DAÑO EMERGENTE o DAMNUM EMERGENS.

El autor Eduardo Zannoni define que "Son aquellos perjuicios que se traducen en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar".³⁷

Podemos observar, que el autor Zannoni define el daño emergente como perjuicio que puede sufrir un sujeto por la destrucción de sus bienes, por un evento dañoso, lo cual le genera gastos que ha realizado; por ejemplo: En el caso de un accidente automovilístico, donde a una persona le colisionan su vehículo, en ese momento tiene gastos que hacer para la reparación de su vehículo. Aquí se da el daño emergente.

Este tipo de daño se encuentra regulado en el artículo 344 del Código Civil Boliviano: "El resarcimiento del daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado...".

b) LUCRO CESANTE o LUCRUM CESSANS.

El autor guatemalteco Doctor Vladimir Aguilar considera el lucro cesante (lucrum cessans) es decir los beneficios o ganancias que se han dejado de obtener,

³⁷Ibidem Pág. 60

como consecuencia de haber sufrido un daño. Esta cuestión ofrece ciertas dificultades de valoración y prueba. El lucro cesante, ganancia frustrada o ganancia *dejada* de obtener no puede presumirse, sino que ha de ser una consecuencia directa del hecho que produjo el daño.³⁸

Por ejemplo: En un accidente de tránsito, la persona que ha sufrido un daño al ser colisionado y destruido su vehículo, lo tiene que mandar a reparar, y si este vehículo lo utilizaba para trabajar como vendedor, puede dejar de percibir sus ganancias por el tiempo en que su vehículo está siendo reparado.

Concluimos, que el daño emergente y el lucro cesante, tienen un contenido pecuniario o patrimonial. Para su evaluación sólo interesa la intensidad del daño, su quantum, sin interesar para su tasación, la voluntad o las circunstancias que rodearon al causante, al momento de ocasionarlo.

4.2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL, NO PATRIMONIAL, EXTRAECONÓMICO O MORAL.

Para el autor Santos Briz "El daño no patrimonial es aquel cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencial que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria".

Para la jurisprudencia italiana "Daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrean ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado".³⁹

³⁸Aguilar Guerra Vladimir Osman. Derecho de Obligaciones. Pág.441

³⁹Santos Briz Jaime.Derecho civil. Teoría y Práctica. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Tomo III. Editorial Revista D. Privado. Editorial D. Financiero Madrid 1973. Pág.553

El daño extra patrimonial es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial y que perjudica la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, seguridad personal, dignidad personal o en cualquier otra afección legítima.

Se concluye, diciendo, que el daño patrimonial afecta el patrimonio de la persona y el daño extrapatrimonial afecta los valores espirituales, psicológicos e inmateriales de una persona.

CAPITULO III

EL DAÑO MORAL.

El presente capítulo está dedicado al estudio del daño moral, objeto de la presente tesis. Estudiaremos varias definiciones acerca del daño moral, sus características, su naturaleza y formas de reparación.

1.DEFINICION DE DAÑO MORAL.

En el presente apartado vamos a estudiar algunos conceptos del daño moral.

“El daño moral es una institución jurídica de antigua data, ya que surgió en la doctrina francesa que lo denominó como “Domanges Morales”⁴⁰

La autora Andrea Fabiana Mac Donald considera que “Existen diferentes posiciones referidas a la noción de daño moral, entre las cuales podemos señalar las siguientes: Unas posiciones, consideran que el daño moral es aquel perjuicio sufrido por una persona; es el agravio que sufre en su dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad facultativa mental o espiritual”.

Otra posición sostiene “Daño moral es una lesión a un derecho extra patrimonial en contraposición al daño patrimonial. Esta posición es muy predicada en Francia, Italia y Argentina”⁴¹

La segunda posición, predicada en Francia, Italia y Argentina lo considera como una lesión a un derecho extrapatrimonial.

⁴⁰Mac Donald, Andrea Fabiana. El daño moral en el derecho laboral y su aplicación en el ámbito contractual y extracontractual. Diario Judicial. <http://www.diariojudicial.com>. Mayo 1997.

⁴¹Ibídem.

Por otra parte, el autor argentino Carlos Alberto Gherzi considera “Daño moral es una lesión a los sentimientos que tiene eminentemente carácter reparatorio o de satisfacción”.

Así mismo, considera que el daño moral tiene un carácter reparatorio o de satisfacción y los tribunales argentinos se han referido a la delimitación del daño moral, diciendo que constituye toda modificación desvalios del espíritu, puesto que puede consistir en profundas preocupaciones, o en estados de aguda irritación que afectan el equilibrio anímico de la persona. **No constituye título para hacer indemnizable cualquier inquietud o perturbación del ánimo y no tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales, sino mitigar el dolor o la herida a los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano.**⁴²

El autor argentino Eduardo Zannoni indica "Daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y en general, los padecimientos que se han infringido a la víctima".

También, menciona que esos dolores, angustias aflicciones, humillaciones y padecimientos, son estados del espíritu, consecuencia del daño, por ejemplo: El dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.⁴³

⁴²Gherzi, Carlos A. Cuantificación Económica Daño moral y Psicológico. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 2002. Pág. 125

⁴³ Ibidem pág. 290.

El mismo autor, indica que el daño moral también es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico. La noción se desarrolla en base a la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado. El daño o agravio moral es daño no patrimonial, y que éste a su vez, "no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial".

Por ejemplo, "Las lesiones que ha sufrido la víctima de un accidente, obligan al responsable a resarcir el daño patrimonial que esas lesiones provocan, pero en su caso el daño extrapatrimonial o daño moral que el ataque a su integridad corporal conlleva".

En este concepto se conjugan los daños extrapatrimoniales con los patrimoniales, ya que el daño provocado a uno, puede producir daños en el otro.

En la legislación colombiana puede percibirse en los siguientes conceptos: ***“daño moral es el dolor, la pesadumbre, la perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, perturbación anímica, desolación, impotencia u otros signos expresivos, concretándose en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima”***⁴⁴ o *“el perjuicio moral es una especie de daño que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como la pesadumbre, la aflicción, la soledad, entre otros, que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece”*⁴⁵.

⁴⁴Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 20001-3103-005-2005-00406-01. Tal concepto ha sido sostenido en diferentes sentencias por tal Corporación, a modo de ejemplo el fallo del 13 de Mayo de 2008 y del 09 de Julio de 2010.

⁴⁵Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 05 de Mayo de 1999, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. 4978.

Asimismo, considera que el derecho a la integridad corporal, que es un derecho de la personalidad de la víctima, ha sufrido un perjuicio de orden patrimonial la lesión al interés patrimonial representado por los gastos, daño emergente, que debió hacer para su restablecimiento físico y por la incapacidad laboral, lucro cesante y simultáneamente un perjuicio de orden no patrimonial en tanto se ha lesionado el interés a la seguridad física que el derecho a la integridad corporal presupone y que ha sido menguado por el daño estético.

Por otra parte, el autor Cristóbal Montes señala que "Daño moral es aquel que afecta un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporales cuya tutela se cobija bajo la categoría jurídica de los denominados derechos de la personalidad".⁴⁶

En este caso, el autor Montes define a los daños morales, como aquellos daños a los derechos de la personalidad y que por lo tanto, son incorporales.

Podemos concluir, que hay autores que consideran el daño moral como un perjuicio que sufre una persona; otros lo consideran una lesión a los daños extrapatrimoniales, sin embargo, se puede observar que hay autores que se inclinan por considerar que el daño moral es un dolor, angustia, aflicción física o espiritual; humillación que sufre una persona como consecuencia del daño que se le ha infringido; otros, consideran que es una lesión a los sentimientos, a la dignidad, otros; que es un daño a los derechos personalísimos y la mayoría coinciden que estos daños deben ser reparados o resarcidos, diferente a la forma de reparar un daño patrimonial.

⁴⁶Aguilar Guerra, Vladimir Osman. Derecho de Obligaciones. Pág. 442

Señala De Ánegel, que en los últimos años se observa también una nueva puesta en tela de juicio del llamado daño moral. Por supuesto, no se trata de retornar a la discusión decimonónica sobre la indemnizabilidad de este tipo de daños, que es una discusión agotada y que ha de entenderse resuelta en sentido afirmativo. Se trata de puntualizar el concepto mismo de daño moral, que, junto a la idea de sufrimiento, dolor físico o psíquico, ha ido sucesivamente experimentando ampliaciones entre las que, a veces, se coloca la pérdida de los placeres de la vida o daño de disfrute y algunos otros criterios similares. El problema consiste, probablemente, en tratar de poner coto a las enormes disparidades a que el criterio judicial ha ido conduciendo en esta materia, sobre todo en los casos en que al lado de lo que puede ser estrictamente indemnización por daño moral, se colocan criterios en que se encuentra larvada la idea de daños punitivos. El problema presenta una especial gravedad en la medida en que es habitual entre nosotros demandar una cifra global de indemnización en la que se comprenden daños patrimoniales y daños morales, sin la necesaria especificación. En este sentido habrá que entender que si el daño es el dolor físico o psicológico, la pecunia doloris, la indemnización debe limitarse a contribuir a sobrellevar tal dolor, sin ir más allá. Son muy claras, las líneas de tendencias que buscan la reducción de las indemnizaciones a través de baremos en las que se encuentra muy claramente el influjo de los aseguradores.⁴⁷

2. NATURALEZA DEL DAÑO MORAL.

En cuanto a la naturaleza del daño moral, existen varias tesis a propósito del daño moral:

- 1) La primera atiende a la naturaleza del derecho menoscabado, es el daño moral que resultaría del atentado a los derechos de la personalidad; es decir,

⁴⁷ Luis Díez Picazo, Derecho de daños, Primera Edición 1999, Civitas Ediciones, S.L. Pág.239.

aquellos bienes que integran el llamado patrimonio moral en la persona.

- 2) Otra teoría, tiene en cuenta la naturaleza del interés lesionado; basta el ataque a un interés extrapatrimonial, aunque sea patrimonial, se considera el bien dañado.
- 3) Según una tercera postura, el daño moral consiste en el resultado de lesión: una consecuencia negativa de naturaleza espiritual, este podría definirse como una modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, o en la aptitud de actuar, que se traduce en un modo de estar de la persona, diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y perjudicial para su existencia.⁴⁸

Primeramente del daño moral fue visualizado como perjuicio al placer o por disgusto, inclinándose la doctrina por una concepción subjetiva. Actualmente crece la tendencia de objetivización y socialización del daño moral. Se proyecta mas allá de lo que la persona siente, quiere o piensa para comprender la lesión a cualquier aspecto de lo que “vive”, sea cualquier afectación a la capacidad de sociabilidad como dimensión espiritual de la persona, sea imposibilidad de realizar actividades abnegadas, altruistas y comunitarias, que inclusive benefician espiritualmente a otros.

2.1. Daño moral Directo e Indirecto.

El daño moral directo vulnera en forma inmediata a un interés protegido por el derecho de la personalidad o el social o familiar.

El daño moral indirecto se da al producirse la conducta lesiva, se afecta a un

⁴⁸Bueres Alberto, J. “El daño Moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique a la vida y a la persona en general” en Revista de Derecho Privado y Comunitario No.1 Daños a la Persona 1998 pág.239 y siguientes.

bien patrimonial y por represión lesiona en forma secundaria a un interés no patrimonial que corresponde al daño moral, el efecto de la conducta vulnera un derecho patrimonial y en forma desviada y coexistente lleva como consecuencia un ataque al bien o al derecho personalísimo sea familiar o social.⁴⁹

Salvador Ochoa Olvera nos dice al respecto al daño originado por todo acto atentatorio de los derechos de la personalidad, doctrinalmente se le llama moral y por clasificación, en cuanto al objeto no puede considerarse daño moral aquel que se proyecta sobre bienes de naturaleza materia por lo que para este autor también se da el daño moral en forma directa e indirecta el primero, al que lesiona o afecta bienes de naturaleza extrapatrimonial o inmateriales y el segundo se da cuando por la afectación de un bien de naturaleza extrapatrimonial se causa un menoscabo de naturaleza material o cuando de la afectación de un bien de naturaleza patrimonial se lesiona bienes del patrimonio inmaterial o moral de la persona.

Menciona también que el agravio es fuente de obligaciones porque su reparación en último análisis desemboca en el derecho del cobro de daños y perjuicios.

2.2. Bienes jurídicos que tutela el daño moral.

En nuestro código civil no se precisa un concepto de daño moral ni se precisa que bienes jurídicos tutela la indemnización otorgada a título de reparación moral, sin embargo varios autores coinciden en que el daño moral es una lesión a derechos de la personalidad como son el honor, sentimiento, vida privada.

El autor Borja Soriano en su libro Teoría General de las obligaciones menciona: Existen categorías de daños que oponen claramente por una parte los que toca

⁴⁹ Olivera Toro Jorge, el Daño Moral, Themis México 1996, pág. 13, www.juridicas.unam.mx.

a lo que se ha llamado la parte social del patrimonio moral del individuo y hieren a la persona en su honor, reputación y por otra parte lo que toca a la parte afectiva del patrimonio moral, hieren a un individuo en su afecto se trata por ejemplo del dolor experimentado por una persona a la muerte de un ser querido.

2.3. Daño moral aspecto objetivo y subjetivo.

El patrimonio moral de toda persona se compone por el patrimonio moral social u objetivo y por el patrimonio moral afectivo o subjetivo el primero se refiere a los bienes que se relacionan de manera directa con el sujeto y el medio en que se desenvuelve socialmente donde se exterioriza su personalidad. Es necesario comentar que cuando se daña generalmente bienes que integran este patrimonio casi siempre causan daño económico pecuniario, ya que el ataque a la honra de un profesionista, por ejemplo en su medio acarrea un desprestigio que se traducirá en un perjuicio económico cuando por una razón directa del agravio moral sufrido soporte una merma o detrimento en la demanda de sus servicios como profesionista. El patrimonio moral subjetivo cuando los bienes que lo integran se refieren directamente a la persona en su intimidad en la concepción subjetiva más aguda del individuo.

2.4. Partes del Daño Moral.

Para que se dé, el daño moral debe existir un sujeto pasivo (agraviado) y un sujeto activo (agraviante), el primero es aquel a quien se le causa el daño el cual puede ser un particular o una entidad. Por lo tanto de este daño deriva una responsabilidad es decir de quien lo causo y el cual tiene la obligación de reparar ya sea directa o por el obligado a la reparación o por las personas o cosas que estén bajo su cuidado.

2.5. Los Elementos que integran el Daño Moral.

Por su propia definición, como algo tan específico, concreto y personal; tan ceñido a cada caso en concreto, resulta imposible definir y categorizar los elementos que integran el daño moral.

Metodológicamente nos va a resultar mucho más factible y práctico señalar los elementos por los cuales se exterioriza el daño moral y así lograr, si no describirlo, al menos obtener, y ello es lo que suele buscar el jurista, un medio objetivo que acredite su existencia y, más tarde, su cuantificación en términos de reparación, restitución o indemnización.

Por lo expuesto vemos que el daño moral siempre se introduce en varias de las conductas que ahora reproduciremos y que delatan no solo su existencia sino que también nos servirán para su correcta valoración.

Son elementos que normalmente exteriorizan la existencia, íntima frecuentemente, de un daño moral con relación a los derechos de integridad moral y pueden ser, los siguientes:

- El sentimiento de ausencia, de carencia, de una aptitud psíquica invaluable.
- El sentimiento de depresión de la autoestima.
- La limitación de las expectativas sociales ya adquiridas.
- El sentimiento de la dignidad vejada.
- El sentimiento de la privacidad violada.
- Los sentimientos de pena, vergüenza, culpabilidad o inferioridad.
- El sentimiento de incapacidad, ante determinados eventos, subjetivo u objetivo.
- Las conductas compulsivas originadas con el daño sufrido.
- Alteraciones del sueño.

- La inseguridad o la incapacidad para intervenir o debatir sobre determinados aspectos.
- El deshonor, público o particular.
- El aminoramiento de la garantía personal ante terceros.
- Y, en general, cualquier efecto constatado de la íntima confianza, la seguridad personal, la sensación de la desintegración de la propia estructura personal, acompañado de un íntimo descredito respecto a uno mismo, que se exteriorice o no de forma apreciable por terceros, es decir un decrecimiento de la autoestima o de la hetero-estima, en general.

Esta lista de elementos bien podría ser parcialmente modificada, si bien, puede resultar bastante valida en un aspecto relativo y referente a la terminología más que al contenido.

2.6. Legitimación Activa para el reclamo del Daño Moral.

Conforme la doctrina, solo tiene acción para demandar la reparación del agravio moral quien lo ha sufrido: El legitimado directo, derecho del que carecen otras personas por intenso que haya sido el dolor experimentado a causa del hecho, doctrina que fue refutada por otros autores que propusieron interpretaciones alternativas ampliando la legitimación a aquellos que estuvieran unidos por un vínculo de parentesco.⁵⁰

3. CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO MORAL.

3.1. EL DAÑO MORAL COMO LESION A UN INTERES NO PATRIMONIAL.

Para el autor **Zannoni**: **El derecho no resarce cualquier dolor, humillación,**

⁵⁰ Gustavo Azpieta y otros, El daño a las personas, Editorial Abaco Tucumán Buenos Aires Pág.66

aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente. Lo que define al daño moral no es, en sí, el dolor o los padecimientos, ellos serán resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico.⁵¹

Debido a esto, es necesario que exista la lesión a un interés para que se den los presupuestos de un daño moral, porque el menoscabo debe afectar la satisfacción o goce de los bienes jurídicos del afectado.

3.2. EL DAÑO MORAL COMO UNA ACTIVIDAD DAÑOSA.

El citado autor, considera que el daño patrimonial se aprecia en el resultado económico disvalioso ("en el perjuicio efectivamente sufrido", daño emergente o en "la ganancia de que fue privado el damnificado-lucro cesante), la dalia moral debe apreciarse por su resultado: las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales del hecho. Así como el daño patrimonial proviene de la lesión a un interés económico, pero no es esa lesión en sí misma, sino su consecuencia, lo que se resarce (disminución o falta de enriquecimiento patrimonial), el daño moral proviene de la lesión a un interés pero no consiste en ese ataque, lesión o menoscabo, sino en el perjuicio consecuente.⁵²

El honor, la intimidad, la imagen, la vida, la salud, etc., son intangibles pues todos y cada uno se atribuyen a la personalidad del sujeto.

⁵¹Aguilar Guerra Vladimir Osman, Derecho de Obligaciones Pág. 290.

⁵²Ibidem Pág. 292

Por lo que, el daño moral no se mide solo, ni fundamentalmente por las repercusiones que contiene, sino por el menosprecio que la actividad dañosa en si misma denota a la persona, y se estima en razón de la entidad del interés no patrimonial lesionado.⁵³

Lo que califica al daño moral, es la actividad dañosa; el sólo ataque a intereses no patrimoniales de la víctima, sin que para definir su existencia deba requerirse que ella lo comprenda o lo perciba. Habitualmente el agravio provocará en el damnificado una modificación disvaliosa de su espíritu y al estimarse el contenido del daño, podrá mensurarse la cuantía o el modo del resarcimiento, porque quien sufre el ataque no está en condiciones de experimentar esa modificación disvaliosa de su espíritu, el agravio menoscaba siempre una proyección existencial que es reconocida también a quien están privados de razón o de sensibilidad.⁵⁴

Es necesario hacer constar, que no debe confundirse daño con actividad dañosa; la actividad dañosa, es la que provoca como resultado el daño. Lo que se repara es el resultado dañoso, no la actividad del responsable del hecho ilícito o del incumplimiento contractual.

Para el autor Carlos Alberto Gherzi, en síntesis el daño moral:

- Incide en la aptitud de pensar, de querer o sentir.
- El sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista daño moral.
- Constituye angustias y afecciones padecidas por la víctima.
- Supone la privación o disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano y que son la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y entre otros, los más sagrados afectos.

⁵³Ibidem pág. 293

⁵⁴ Ibidem pág.294

- Puede constituir en un injusto ataque a la integridad física como derecho a la personalidad".⁵⁵

El daño moral debe apreciarse por su resultado o las consecuencias que provoca, también va implícito en el momento de resarcir el perjuicio que viene aparejado con la consecuencia del daño producido.

3.3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.

La doctrina clásica italiana clasifica el daño moral: en daño moral objetivo, daño moral subjetivo, daño moral puro, daño moral directo e indirecto.

a) DAÑO MORAL OBJETIVO.

Para el autor argentino Zannoni "Es aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social, ejemplo de ello es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, al honor o a la reputación pública de una persona".⁵⁶

Este daño genera consecuencias económicamente valiables. Por ejemplo: En el caso de un profesional que por el hecho atribuido, pierde a su clientela, en todo o en parte.

Este tipo de daño es muy común en delitos contra el honor, debido a que como consecuencia de una injuria o calumnia, las personas que lo sufren, se ven ofendidas en su buen nombre, en su honor, o reputación, debido a que esto les

⁵⁵Ghersl. Carlos A. Daño moral y psicológico. Pág. 127

⁵⁶Zannoni. Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil Pág. 296

puede ocasionar un menoscabo no sólo social, sino económico.

b) DAÑO MORAL SUBJETIVO.

Este daño consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que padece la persona en su individualidad. Ejemplo: Las heridas u ofensas físicas.

Este tipo de daño supone normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgusto, desánimo, *pérdida* de satisfacción de vivir).

Para el autor Brebbia: El lado subjetivo se encuentra formado por aquellos bienes personales que los sujetos poseen en razón de su característica individual biológica y psíquica, por ejemplo, las afecciones legítimas, la integridad física, etc.; bienes cuyo grado de conculcación solo puede ser constatado por las demás personas de una manera indirecta, partiendo de la base de indiscutible uniformidad de la naturaleza humana y generalizando las sensaciones sufridas en casos análogos para cada uno.

En cambio, la lesión sufrida en alguno de los bienes que componen el aspecto objetivo de la personalidad moral, admite una comprobación más directa por parte de las demás personas, por ejemplo cuando dichos bienes aparecen originados en la vida de relación y dejan de constituir un valor individual." ⁵⁷

Ejemplificamos bienes como el honor, la honestidad, cuya lesión o menoscabo pueden ser apreciados de una manera objetiva y externa sin necesidad de realizar una indagación de carácter subjetivo en la persona del damnificado.

⁵⁷Zannoni. Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil, Pág. 297

Se puede considerar, que existe un daño corporal cuando una persona que ha sufrido heridas u ofensas físicas puede ameritar un tratamiento médico o psicológico, ejemplo de ello podría ser en el caso de una violación; aquí, los daños han constituido una gran ofensa a la dignidad y daños corporales a la víctima y lógicamente esto va a crear perturbaciones anímicas y psicológicas en ella, lo cual constituye una gran lesión al honor y dignidad de la persona, víctima de la acción.

En la doctrina francesa, los autores Mazeaud y Tunc hacen una diferenciación del daño moral objetivo y subjetivo y lo diferencian en la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral.⁵⁸

Existe una separación entre los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral que afectan al individuo en su honor, en su reputación, en su consideración y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral, que alcanza a la persona en sus afectos, por ejemplo, el pesar que se puede experimentar por la muerte de una persona querida o familiar.

Asimismo, " La distinción entre daño objetivo y subjetivo, parte social y parte afectiva del patrimonio moral, o en fin aspecto objetivo y aspecto subjetivo de él, constituyen intentos de diferenciaciones que en la doctrina francesa, intentaban delimitar el ámbito del daño moral resarcible".⁵⁹

Es importante la distinción entre la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral de una persona. En la parte social, el individuo puede ser afectado por una injuria, difamación o calumnia que afecte su buen nombre, lo cual podría ocasionar inclusive la pérdida de trabajo o clientela, en caso de un profesional.

⁵⁸Ibidem Pág. 296

⁵⁹Zannoni. Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil. Pág. 298

En la parte afectiva, va a ser todo aquel daño que le produce dolor a la persona en su parte afectiva, pero va a repercutir en el desenvolvimiento normal en su diario vivir.

c) DAÑO MORAL PURO.

Para el autor Santos Briz, daño moral puro "Son los daños que no acarrean directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado".⁶⁰

d) DAÑO MORAL DIRECTO.

Para el autor Eduardo Zannoni, el daño moral es directo "Si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial".⁶¹

Asimismo, es directo cuando la lesión afecta un bien jurídico contenido en cualquiera de los derechos de la personalidad: la vida, la integridad corporal, la intimidad, el honor, la propia imagen, infringido por un ataque, menoscabo o desconocimiento a cualquiera de los atributos de la persona: nombre, capacidad, estado de familia.

e) DAÑO MORAL INDIRECTO.

El daño moral es indirecto, si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce el menoscabo a un bien no patrimonial. Quiere decir que este daño se produce como repercusión de un

⁶⁰Ibidem Pág. 299

⁶¹Ibidem Pág. 300

acto ilícito que vulnera directamente otros bienes jurídicos.

El daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial. Podemos concluir, que el daño moral afecta corporal y psicológicamente a la víctima. Los daños ocasionados a esos derechos extra patrimoniales trascienden, por lo que es importante el estudio, el análisis y comprobación de la presente tesis.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL.

Es importante en este punto hablar de la responsabilidad civil, toda vez que es un punto cardinal en nuestro tema, ya que la responsabilidad civil tiene como componente estructural a una razón de justicia en la solución indemnizatoria: la pretensión de devolver al damnificado la plenitud o integridad de la cual gozaba antes de la verificación del daño.⁶²

La teoría de las obligaciones hace parte del derecho civil y nos da cuenta de la trayectoria de las obligaciones desde su nacimiento hasta su extinción. La obligación, se concibe como el vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada debe realizar una prestación en provecho de otra. En este punto, haciendo referencia a las fuentes de las obligaciones, la que mayor interés tiene para nuestro estudio, es la responsabilidad civil.

La responsabilidad civil es fuente de obligaciones, cuando con motivo de un daño la víctima reclama su reparación, en virtud del máximo postulado del derecho, según el cual, quien cause daño a otro debe indemnizarlo. Es decir, que una

⁶²Luna Yañez Alberto, Curso de Derecho Civil – Obligaciones 1er Edición ARTHYK PRODUCCIONES 1996 Pág. 291.

persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro.⁶³

De una u otra manera cada persona ha adquirido una idea de responsabilidad independientemente de su conocimiento jurídico. Es la obligación de actuar de determinada manera. Sin embargo, jurídicamente este término se visualiza desde otro punto de vista, por tal razón, para el tratadista Tamayo Jaramillo *“la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros.*

En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos”⁶⁴.

En consecuencia, existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra. Pues de forma general, la responsabilidad civil es definida como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de un hecho, acto o conducta.

En este sentido, la responsabilidad civil da cumplimiento a la idea de que todo riesgo debe tener un garante y todo daño un responsable, en razón a que acarrea una sanción que consiste en la obligación de reparar el daño causado, o como lo expresa De Cupis *“una reacción del derecho para facilitar la represión del daño”*⁶⁵.

Precisamente, **es posible que el daño objeto de reparación derive de un hecho cualquiera, sin que medie ningún tipo de acuerdo de voluntades**

⁶³Mazeaud. Henri y León. Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, Pág. 7.

⁶⁴Tamayo. Jaramillo. Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, 2ed, T.I, Bogotá, Legis Editores S.A, 2007, Pág. 8.

⁶⁵ De Cupis. Adriano. El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, Traducción de Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Editorial Bosch, 1970, Pág. 82.

entre el civilmente responsable y la víctima, o, en caso contrario, emane del incumplimiento de un contrato. En efecto, como se verá oportunamente más adelante, la doctrina tradicional de los civilistas ha pretendido establecer una dicotomía en la institución general de la responsabilidad, dividiéndola en dos sectores dependiendo de su fuente de origen y los cuales se encuentran sometidos a un régimen jurídico diferente. En primer lugar, el de la responsabilidad extracontractual o aquiliana y por otro lado, el de la responsabilidad contractual. En el presente trabajo, se analizan específicamente estas dos modalidades de la responsabilidad civil, dada la importancia que ostentan para nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe anotar, que la inmensa importancia que tiene la responsabilidad civil, ha sido una labor desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, debido a que los textos legales ofrecen una regulación muy pobre y poco fundamentada en este punto, no obstante, con base en ellos se han solucionado los problemas más complejos que acontecen en la sociedad actual. Por tal razón, es posible manifestar que las bases de la responsabilidad civil han sido tarea de la época moderna.

4.1. TEORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

El vocablo “Responsabilidad” deriva del latín *responsus*, participio pasado del verbo *responderé* cuya significación equivale a “garantizar”.

La Responsabilidad importa un deber que, como respuesta adecuada soporta quien ha causado un daño, perjuicio o detrimento. El responsable tiene que indemnizar a la víctima. La responsabilidad enfrenta a dos elementos subjetivos o personales: la víctima y el victimario.

Se parte de la idea del daño, como un mal, como un disvalor, algo que nos quita lo que era nuestro, de lo cual gozábamos o nos aprovechábamos, que era nuestra integridad psíquica o física, o bien el uso y disfrute de los bienes que componen nuestro patrimonio, que unidas a las posibilidades de acrecentamientos o nuevas incorporaciones de bienes o valores. La conducta dañosa, se muestra como impropia, equivocada o ilícita. El principio del naeminem, laedere **“no dañaras”**, es una consecuencia indudable del deber de hacer justicia, dando a cada uno lo suyo; quien daña a otro le priva de lo que es suyo, le quita algo de lo cual antes se aprovechaba por estar en su persona o en su patrimonio.

La reacción del ordenamiento jurídico consiste en una sanción a pedido de la víctima, que tiende al resarcimiento o reparación del perjuicio y en lo posible al restablecimiento del estado anterior, sea borrando el daño mediante una sanción específica, sea indemnizándolo con una suma de dinero, mediante una sanción sustitutiva.

Un concepto descriptivo de la responsabilidad civil requiere, por una parte, atenderse a lo que es la regla – haciendo abstracción de las hipótesis de excepción – por otra parte, hacer mención de los presupuestos de esa responsabilidad:

- autoría;
- antijuricidad;
- imputación;
- daño; y
- relación de causalidad.⁶⁶

⁶⁶Alberto Luna, Yañez. Obligaciones curso de derecho civil, Sexta Edición, Editorial “Temis, Pág.251 y 252.

4.2. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La ciencia del derecho en esta materia ha evolucionado de manera muy significativa. En efecto, el principio señero del orden jurídico, según el cual, no hay responsabilidad sin culpa, que ha sido elaborado después de un largo proceso, al presente resulta insuficiente y estrecho como fundamento de la responsabilidad civil. Los nuevos tiempos y las nuevas necesidades exigen del jurista una nueva respuesta; esta fórmula tradicional ya no es satisfactoria, en orden a la justicia y a la seguridad de las personas.

La disyuntiva es: responsabilidad castigo o responsabilidad reparación.

¿La sanción que el ordenamiento jurídico aplica como respuesta, tiende a castigar al autor del comportamiento antijurídico, sea por acción o por omisión; o por el contrario tiende a resarcir a la víctima del daño injusto?

Esta cuestión, que hoy puede parecer bastante sencilla, no lo fue durante siglos. Se pensaba que toda sanción que prescinde de la voluntariedad del obrar, era injusta. Se concluía, en que no podía haber responsabilidad sin autor voluntario y culpable⁶⁷. La pregunta era: ¿Cuál la razón para castigar?

La idea central es que el daño, como desgracia que importa o significa para el hombre, debe ser erradicado, evitando o reparado,⁶⁸ El ser humano clama por una vida más digna, exenta del poder del dinero, de los placeres compensatorios que el mismo puede brindar a la víctima del daño.⁶⁹ La consagración de daño, como fundamento de la Responsabilidad Civil, es una premisa más realista y

⁶⁷Alberto Luna, Yañez. Obligaciones curso de derecho civil, Sexta Edición, Editorial "Temis, Pág.257"

⁶⁸ Es el quid de la Responsabilidad Civil en los tiempos actuales. Según Jorge Mossetlturraspe, en su obra Introducción a la Responsabilidad Civil. de la Editorial Hammurabi. 1993. Pág.27.

⁶⁹Mossetlturraste en su obra citada: "...una más penetrante mirada sociológica nos posibilita descubrir quiénes son los mayormente dañados en las comunidades en que los latinoamericanos vivimos y, por otro lado, quienes son de ordinario los dañadores"

simple, que además de conducir a soluciones justas muestra un cambio de óptica: la preocupación por juzgar la conducta del agente a la preocupación por juzgar el daño, en sí mismo, en su licitud o injusticia.

En síntesis, el fundamento de la Responsabilidad Civil en los tiempos presentes, reposa en los siguientes razonamientos:

- El quid se encuentra en el daño, pero más en el injustamente sufrido que en el causado con ilicitud;
- La Responsabilidad Civil, tiene como componente estructural a una razón de justicia en la solución indemnizable: la pretensión de devolver al damnificado la plenitud o integridad de la cual gozaba antes de la verificación del daño;
- La Culpa fue durante más de dos siglos el requisito básico, la razón o fundamento del deber de indemnizar;
- El derecho moderno, sin negar los supuestos de imputación culposa, ha avanzado y multiplicado hipótesis de responsabilidad “sin culpa”, objetivas, en la cual el factor de atribución es objetivo: riesgo, seguridad o garantía;
- La última década del siglo XX nos muestra, junto con el avance de los criterios objetivos, el desarrollo de fórmulas modernas de cobertura del riesgo, a través del Seguro y sus diversas modalidades;⁷⁰

4.3. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La mayoría de los tratadistas del Derecho Civil, coinciden en señalar un esquema estructural, o sea, un conjunto de elementos o presupuestos, para acceder a la reparación de daños; pero no hay acuerdo doctrinal uniforme o unívoco en cuáles son esos elementos⁷¹. En el esquema básico se ubican el hecho humano, el daño y la relación de causalidad. A este esquema habría que añadir la antijuricidad y la imputabilidad.

⁷⁰ Alberto Luna, Yañez. Obligaciones curso de derecho civil, Sexta Edición, Editorial “Temis, Pág.259”

⁷¹Stiglitz Gabriel. Ed. La Ley. Bs. As.1.987.

a) EL HECHO HUMANO.

Al decir de Luis Recasens Siches, en su obra *Vida Humana, Sociedad y Derecho*: “Sin conducta o hecho humano, no hay derecho”. En el análisis de este presupuesto dejamos momentáneamente de lado los hechos o fenómenos de la naturaleza, que como se sabe, también pueden causar daños.

La noción de hecho humano, comprende dos situaciones: la acción, es decir, la situación que como consecuencia de la intervención del hombre se produce un cambio en el mundo exterior. Ejemplo: Talar un árbol; y la *omisión*, es decir, la abstención en el actuar, Ejemplo: No denunció un delito del que he tenido conocimiento. Acciones y Omisiones pueden producir daños.

Por regla general se es responsable por el Hecho Propio y en algunos casos como en la responsabilidad indirecta o refleja y en la responsabilidad por el hecho de las cosas, se es responsable, porque “la ley dispone la responsabilidad sobre determinado sujeto, sin ser autor del acto dañoso, en consideración a una relación en que se encuentra con el autor de ese acto.”

El Código Civil Boliviano, en su Artículo 984 dice: “Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento”.

b) ANTIJURICIDAD.

Significa que es contrario al deber jurídico o a una obligación preexistente. La ilicitud del daño es la consecuencia de toda conducta injusta que lesiona un derecho subjetivo de otro a un interés jurídico merecedor de tutela legal y es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva.

La idea central es que, todo daño injusto en cuanto lesiona un interés merecedor de tutela y, a la vez, viola el genérico deber jurídico de no causar daño a otro: “alterum non laedere”.

No hay antijuricidad, en casos de legítima defensa y estado de necesidad, conforme a lo dispuesto por los Artículos 985 y 986 del Código Civil.⁷²

c) IMPUTABILIDAD.

Este elemento se refiere a la capacidad de responder del sujeto que realizó el hecho. Es la capacidad delictiva civil, de la cual dependerá la culpabilidad del agente. En esta materia no son de aplicación las reglas referidas a la capacidad e incapacidad de obrar, previstas en los Artículos 4 y 5 del Código Civil, sino las reglas especiales contenidas en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 988.- (Daño causado por persona inimputable). Quién en el momento de cometer un hecho dañoso no tenía la edad de diez años cumplidos o estaba por otra causa incapacitado de querer o entender, no responde por las consecuencias de su hecho a menos que su incapacidad derive de culpa propia.

Artículo 989.- (Resarcimiento del daño causado por persona inimputable).

El resarcimiento del daño causado por el menor de diez años o por el incapacitado de querer o entender, se debe por quien estaba obligado a la vigilancia del incapaz, excepto si se prueba que no se pudo impedir el hecho. II. Si el perjudicado no ha podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a la vigilancia, el autor del daño puede ser condenado a una indemnización equitativa.

⁷² E. Alberto Luna Yañez, Sexta Edición, Editorial Temis, Pág. 260 y 261

d) LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.

Para que surja la obligación de resarcir, además del factor de atribución que corresponda, debe existir una adecuada relación de causalidad o nexo causal. Debe existir una adecuada relación de causa a efecto entre el hecho ilícito y el daño. Es en síntesis, la vinculación que debe existir entre un hecho y el daño, para que el autor de ese comportamiento deba indemnizar el perjuicio.

Esto quiere decir, que la persona que ha causado un daño y que está obligado a repararlo, puede demostrar durante el juicio, que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima de un daño, puede producir que se rompa total o parcialmente el nexo causal que existía entre el hecho y el daño producido.

e) El daño Resarcible.- La noción de daño en cuanto presupuesto de la responsabilidad civil, se entiende como la lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial, acaecido como consecuencia de una acción.

Eduardo Zannoni⁷³ define el daño "... el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio..." Según este autor, el daño debe reunir los siguientes requisitos:

- Debe existir un interés sobre el bien que ha sufrido un menoscabo;
- El daño debe ser cierto; y
- Debe subsistir al tiempo del resarcimiento

⁷³Zannoni Eduardo, El daño en la Responsabilidad Civil. Ed. Astrea. Ss. 187, Pág.1.

El daño no está definido por el Código Civil Boliviano, sin embargo se halla referido expresamente por el Artículo 984 que expresa (Resarcimiento por Hecho ilícito). Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.

4.4. CLASIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Tradicionalmente se ha clasificado a la responsabilidad civil en contractual y extracontractual. De acuerdo a esta clasificación es contractual la responsabilidad que se origina entre dos personas (acreedor y deudor) que están ligados por un contrato valido, cuando el cumplimiento del mismo genera un daño a una de las partes y las demás, las responsabilidades que no proviene de incumplir un contrato son extracontractuales.⁷⁴

a) RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

El autor guatemalteco Dr. Vladimir Osman Aguilar Guerra considera: "Cabe que el daño sea consecuencia del incumplimiento de un pacto, de un convenio, de un contrato, de una relación jurídica preexistente: al incumplirse una obligación previamente asumida o cumplir tarde o defectuosamente, las más de las veces se causará un perjuicio al que esperaba la exacta realización de la prestación debida, por lo que el incumplidor será según las circunstancias del caso, responsable de ese incumplimiento (o parcial o defectuoso incumplimiento) quedando obligado a reparar el daño ocasionado".⁷⁵

La responsabilidad contractual surge, cuando hay incumplimiento de un pacto, de un convenio, de un contrato o de relación jurídica preexistente, y causa un

⁷⁴Roberto Lopez Cabaña, Responsabilidad de daños, editorial Perrot Pág.350

⁷⁵Aguilar Guerra. Vladimir Osman. Derecho de obligaciones. Pág. 418

perjuicio para quien esperaba la realización de la prestación debida, por lo que el incumplidor queda obligado a reparar el daño causado.

Significa que, si la parte que ha incumplido con la obligación y paga la cantidad fijada previamente, esto le compensa los daños y perjuicios producidos a la otra parte.

b) RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

El autor Gilberto Martínez Rave, considera que "La responsabilidad civil extracontractual nace para una persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no le liga ningún nexo contractual. Esta se ha dividido en directa que es aquella que nace o surge contra la persona que directa o personalmente ha cometido u ocasionado el daño. En cambio la indirecta nace contra la persona que, aunque no ejecutó personalmente el hecho dañoso, estaba vinculada con quien lo hizo o con la cosa que lo ocasionó."

5. LOS FACTORES DE ATRIBUCION.

El hecho dañoso provoca fácticamente, la lesión a un sujeto, a su patrimonio, o a su personalidad. Frente a este fenómeno, el Derecho se cuestiona si es justo que el daño quede a cargo de quien de hecho ha sufrido o si por el contrario, debe desplazar sus consecuencias económicas a otra persona. Factor de atribución es: la razón suficiente por la cual se justifica que el daño que ha sufrido una persona se traslade económicamente a otro.

Los factores de Atribución se clasifican en Subjetivos y Objetivos:

Los factores subjetivos, toman en cuenta la reprochabilidad de la conducta del sujeto ofensor o dañador, sea porque obró descuidadamente (culpa) o porque lo hizo con intención dañina (dolo).

Los factores objetivos, son los que no tienen en consideración esa reprochabilidad sino alguna otra razón por la cual es justo provocar el desplazamiento de la consecuencia económica; para ello, el legislador ha tomado en cuenta valoraciones de índole social, económica, política etc., así son factores de atribución objetiva, entre otros, el riesgo, la equidad, la garantía, la igualdad en distribución de las cargas publicas etcétera.

6. COEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL.

Puede ocurrir que un hecho ilícito producido con dolo o con culpa genere responsabilidad civil por contar con todos los requisitos necesarios para que exista una sanción reparadora, que también configure un tipo penal y por lo tanto sea pasible de una sanción punitiva proveniente de la legislación criminal.

Tal situación provoca la existencia de dos tipos de acciones, la penal que tiene al resguardo social y que proviene del derecho público y la acción reparadora proveniente del derecho privado que apunta a la protección o resguardo del patrimonio del damnificado.⁷⁶

Según el Artículo 984 del Código Civil: “Quien con un hecho dañoso doloso o culposo ocasiona a alguien un daño injusto queda obligado al resarcimiento”. El daño posee, pues, un verdadero derecho subjetivo que, procesalmente considerado, lo define Chiovenda cual “una voluntad subjetiva”, esto es, considerado desde el punto de vista de aquel que puede reclamar la actuación.

⁷⁶Guersi Carlos Alberto, Teoría General de la Reparación de Daños editorial Astrea Edición 2003, Pág.366

Para ejercitarlo, se le ofrece una doble vía: la del proceso civil y la del criminal, ambas posibles, pero de naturaleza bien diversa, y su elección, aunque en la práctica sea muchas veces caprichosa, debiera obedecer también a un criterio más objetivo y formal. Y ello no solamente por la obvia consideración de que el Derecho aborrece todo capricho, sino en razón de las anómalas prácticas procesales a que el actual dualismo puede conducir, por ejemplo, cuando los titulares del daño son distintos y optan por jurisdicciones diversas.

En nuestra legislación se reconoce esta doble vía en el código penal que señala La Responsabilidad penal y la civil se diferencian:

1. En que la penal tiene como fuente a las conductas (tipos penales) que se encuentran catalogadas en el código penal, mientras que la responsabilidad civil puede surgir en cualquier lado que se cause inclusive si proviene de un delito penal. Estos dos tipos de responsabilidad no se excluyen mutuamente ya que puede suceder que un sujeto resulte responsable en los dos ámbitos por un mismo hecho.
2. Otra diferencia en que la responsabilidad varía en función del daño causado, en materia penal es el grado de culpabilidad lo que va a determinar la pena, siendo una culpa subjetiva y no como en el campo civil de una culpa objetiva.
3. La responsabilidad civil no se trata de penar sino tan solo de reparar el daño.

7. ATAQUE A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL.

Con relación a los ataques contra el honor debe distinguirse la acción penal de la acción civil pues se considera responde a fines distintos.

La acción penal aunque privada sustenta la pretensión punitiva (aunque la víctima recurra a la querrela penal reclamando la indemnización del daño) la acción civil sustenta la pretensión resarcitoria con su fundamento en normas como los Artículos 36, 37 y 38 del código de procedimiento penal por los daños causados a los derechos de la personalidad.

Siendo obvio que previamente existe una sentencia penal absolutoria la misma hace cosa juzgada en materia civil, así como se considera que el juez puede condenar en calidad de responsable civil al sujeto absuelto o sobreseído en sede penal o si la acción penal se extingue en razón de excusas absolutorias toda vez que la exención de represión penal no impide el principio la obligación de resarcimiento del daño eventual que hayan cuadrado

8. EI DAÑO MORAL COMO RESPONSABILIDAD CIVIL.

El autor Gilberto Martínez Rave, considera que "Etimológica y gramaticalmente, el término responsabilidad está vinculado a una persona. Es un término de relación que indica que se es responsable ante otra persona. Sugiere un nexo entre dos personas que, en principio, son: aquella que ocasiona el daño y la que lo sufre. Jurídicamente el término responsabilidad se concreta como la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto, de una conducta.⁷⁷

La consecuencia de provocar un daño civil, es la obligación de reparar el mismo y esta respuesta obligada es lo que se denomina responsabilidad civil, y existe la misma cuando los daños son provocados como resultado de hechos ilícitos o por un riesgo creado lo que debería traducirse en indemnización.

⁷⁷Martínez Rave. Gilberto. Responsabilidad civil Extracontractual Pág. 3

Las formas de indemnizar consisten en restablecer el estado que guardaban la cosa antes de provocar el daño u en su caso de no ser posible se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente por la afección que consiste en pagar una cantidad de dinero.⁷⁸

Es necesario buscar los fundamentos en el campo de la filosofía del derecho, e este entendido la jurisprudencia romana llego a la idea de que en la vida humana la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que al contrario además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye a un valor y que quiere ver que los proteja el derecho.⁷⁹

Debemos resaltar y hacernos la pregunta que por no contar con un contenido económico estos valores van a quedar desprotegidos por una norma jurídica.

Si retrocedemos en el tiempo observamos que el origen del derecho está precisamente en normas morales que fueron sancionadas por la comunidad, sin embargo actualmente solo podemos encontrar algunos resabios de ese lejano amanecer jurídico en el concepto de las buenas costumbres a las que el juzgador debe recurrir y evaluar por voluntad del legislador en determinados casos al enfrentarse a una laguna legislativa.⁸⁰

Jiménez Gómez expresa que el fundamento de la responsabilidad civil por daño moral reside en la prioridad que tiene los bienes no materiales de la persona, aquellos para los que no es posible establecer una valoración por lo que textualmente afirma: "...al proteger el patrimonio moral de la persona no solo se está ampliando la tutela del orden jurídico a un bien o clase de bienes más, sino que se le está dotando de un medio eficaz para evitar el desmoronamiento de la

⁷⁸Pérez Duarte Alicia Elena y Noraña, Daño Moral pág. 624, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletín/cont/53/art/art4.pdf>.

⁷⁹Ibidem Pág. 626

⁸⁰Ibidem.

sociedad...”

9. DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD PENAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL.

“Entre la responsabilidad penal y responsabilidad civil hay, una separación e independencia manifiesta”

Esto se debe a que provienen de causas diversas y persiguen finalidades también diversas. Mientras la responsabilidad penal deriva de una acción u omisión penada por la ley y sólo persigue el castigo del culpable, la responsabilidad civil tiene por causa, el daño injusto causado a la persona o propiedad de otro y su único objeto es de reparar ese daño.⁸¹

9.1 ANÁLISIS DE LA ACCIÓN CIVIL VERSUS LA ACCIÓN PENAL.

No obstante debemos puntualizar lo beneficioso que sería el perfeccionamiento de la esfera civil con el objeto de dar solución a demandas interpuestas por daños morales, y así no contar solamente con la vía penal para reprimir conductas que laceran el entorno espiritual de las personas.

Los derechos inherentes a la personalidad constituyen un instrumento eficaz para que el ser humano sea reconocido como personalidad plena. En virtud de esto la persona agraviada en un bien personal puede reclamar no solo el resarcimiento del daño sufrido, sino también que se creen las condiciones necesarias mediante la imposición de medidas para que cese en el futuro toda acción que pueda perjudicar su esfera física y espiritual.

⁸¹Alesandri Rodríguez, teoría de las Obligaciones puede verse en <http://forodelderecho.blogcindario.com>

De lo anteriormente expuesto concluimos que la vía más apropiada y verdaderamente eficaz para dar solución a las controversias que se susciten con relación a la violación de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral es la civil, porque esta rama es la encargada de dirimir los conflictos entre particulares y las figuras delictivas con relación al derecho al honor, a la imagen... de las personas, son privadas por naturaleza, pudiendo accionar solamente la parte ofendida, es decir, delitos perseguibles a instancia de parte.

Por otro lado en vía penal, la pretensión punitiva corre a cargo única y exclusivamente al particular agraviado, produciendo una serie de procesos en la esfera penal, siendo además la pena impuesta mínima lo que produce la suspensión de la pena y/o el perdón judicial, debiendo entablarse otro proceso para la reparación del daño, disminuye así la atención del Juez hacia otras figuras delictivas de carácter privado que por su naturaleza no pueden ser resueltas por la vía civil.

Por ello abogamos que la jurisdicción civil ejercite la potestad que le esta conferida por ley e intervenga en la solución de conflictos de esta índole con más frecuencia, para sí poder llegar a una construcción jurídica de los derechos inherentes a la personalidad, como institución puesta a disposición de la persona para hacer valer su dignidad, reconociendo a está, dentro de los valores personales, como el bien máspreciado.

Por ello consideramos que cuando nos encontremos en presencia de conductas que resulten ofensivas al honor de una persona lo más sensato sea dejar escoger a ésta por qué vía accionar, ya sea la penal o la civil, respetando siempre que si el acto es constitutivo de delito o concurren las circunstancias previstas en la legislación penal, se le debe atribuir a la esfera penología tal posibilidad, Por lo demás quedara a elección del perjudicado la jurisdicción a la cual acudir recordando la naturaleza de las figuras en cuestión, será la civil, la penal o

ambas, ya que un hecho puede no ser constitutivo de delito pero si puede constituir intromisión ilegítima, teniendo a prevalecer el ámbito de protección civil del honor sobre el penal.

No podemos dejar de hacer mención a una cuestión que a nuestro juicio es decisiva en el caso que nos ocupa y consiste en la no utilización reiterada de la vía civil para accionar ante este tipo de velación, creemos que ello obedezca al desconocimiento y a la no aplicación de la letra de la ley, así como a la deficiencia legislativa que existe al respecto. Esta protección civil de derecho al honor, imagen y vida privada, como máximo exponente de los derechos inherentes a la personalidad, garantizaría al agraviado el saneamiento de su integridad moral y la restitución de su buena fama de la cual gozaba antes de la agresión a su honor. Además de la adopción de un conjunto de medidas que se deben tener en cuenta para procurar que el ofensor se abstenga en el futuro de la realización de conductas similares.

10. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO.

El derecho penal sustantivo "Ha creado principios y normas que contienen las ideas concernientes a la repercusión del delito en el patrimonio de la víctima", un ejemplo claro en nuestro Código Penal se establece en el Artículo 87 "Toda persona responsable penalmente, lo es también civilmente y está obligada a la reparación de los daños materialmente y morales causados por el delito".

11. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

De la comisión de un delito nacen, salvo las excepciones previstas en la ley, dos acciones: la penal y la civil.

El propósito de la acción penal "Es la averiguación del acto delictuoso y las circunstancias de su comisión, verificación de la participación de los sindicados, el pronunciamiento de la sentencia y su debida ejecución. La acción civil, es de naturaleza privada por razón de que el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivaron de la comisión del delito, interesa únicamente al agraviado y a sus Herederos.^{82"}

El Proyecto italiano de 1921 a partir del reconocimiento del derecho al resarcimiento como derecho público, imponía al juez penal que en toda sentencia condenatoria dispusiese la obligación de resarcir cuando correspondiese, instituye, además como garantía, una hipoteca legal, sobre los bienes del condenado, sujeta a la condición del cumplimiento de dicha obligación o el compromiso de cumplirla en un plazo determinado. ⁸³

Significa, que en la sentencia condenatoria dictada por el Juez Penal, se disponía la obligación de resarcir, cuando correspondiese.

El nuevo Código Procesal Penal italiano consagra como principio que "Cuando se pronuncia sentencia de condena el juez decide sobre la demanda por la restitución y el resarcimiento" ⁸⁴

Lo que significa, que la víctima sólo puede ejercitar la acción reparadora mientras esté pendiente la persecución penal, si ésta se suspende, se suspende el ejercicio de la acción reparadora, y tiene el derecho de promover la demanda civil ante los tribunales competentes, en este caso sería por la vía ordinaria ante un juez de 1ª instancia.

⁸²Contreras Ortiz Rubén Alberto. Las obligaciones civiles extracontractuales. Pág. 23.

⁸³Creus Carlos. Reparación del daño producido por el delito. Pág. 16.

⁸⁴IbidemPág. 71.

Quiere decir, que la persona que deduce acción reparadora en el procedimiento penal y dicha acción reparadora es admitida, no podrá deducir nuevamente dicha acción en un proceso civil, sino que tiene que desistir o se debe declarar el abandono en la instancia penal antes del comienzo del debate, ahora bien si lo planteó por la vía civil no la puede ejercer en el procedimiento penal.

Se considera necesario tomar en cuenta estos preceptos jurídicos, en virtud de que toda persona responsable por delito o falta es responsable civilmente y la persona que ha sufrido el daño puede deducir la acción reparadora en el procedimiento penal o deducirlo en la vía civil.

12. EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y SU DIFERENCIA CON LA ÓRBITA EXTRA CONTRACTUAL.

Como ya se ha indicado qué es responsabilidad contractual y extracontractual. El objeto de la presente tesis es el estudio del daño moral, y es necesario comprender cómo surge el daño moral en estas clases de responsabilidad.

12.1. DAÑO MORAL EN RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

Para el autor Zannoni, "El agravio moral en el ámbito de la responsabilidad contractual constituye daño moral indirecto, porque siendo el ámbito propio del contrato, el de los actos jurídicos o negocios patrimoniales en los distintos supuestos de incumplimiento o ineficacia atribuibles a una de las partes del negocio, el daño no patrimonial, será siempre consecuencia de la lesión o menoscabo al interés patrimonial de la parte del contrato que sufra aquél. Una cosa es el contenido de la prestación y otra distinta son los intereses o bienes que resultan afectados por el incumplimiento de la obligación. Estos bienes o

intereses conculcados pueden ser de naturaleza no patrimonial".⁸⁵

Podemos recordar, que "El daño moral es indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce el menoscabo a un bien no patrimonial, por ejemplo en el caso del incumplimiento de contrato de construcción de obra".

Asimismo, para el citado autor, el daño moral puede ser directo, ello acaecerá cuando la responsabilidad contractual resulta de un negocio jurídico en el que para la parte que sufre el daño, la prestación incumplida tenía un interés extrapatrimonial. Asimismo el mismo autor considera que cuando la responsabilidad contractual se atribuye por el incumplimiento o mala prestación de una actividad a la que alguien estaba obligado en razón del contrato y ese incumplimiento o mala prestación estaban directamente encaminados a satisfacer un interés extrapatrimonial del acreedor, el dalia será directamente extrapatrimonial.⁸⁶

Un ejemplo de esto, son los daños que se pueden derivar de una actividad médica, cuando se le atribuye al médico responsabilidad, por la llamada mala práctica de la medicina.

El autor Carlos Alberto Ghersi explica: "La tendencia jurisprudencial argentina en torno de la procedencia del daño moral en materia contractual, es más estricta que en materia extracontractual, existen algunos pronunciamientos dentro de la legislación argentina los cuales son:

- La apreciación del daño moral en el incumplimiento de contratos debe

⁸⁵Zannoni Eduardo. El Daño en la Responsabilidad civil Pág. 330

⁸⁶Ibidem Pág.331

juzgarse con marcado rigor y términos estrictos.

- En el ámbito contractual, la determinación del daño moral es siempre facultativa de los jueces y por ende su admisión se encuentra supeditada a mayores exigencias que cuando se trata de la responsabilidad extracontractual. En materia contractual la reparación puede o no ser concedida por el juez, quien está facultado para apreciar libremente el hecho generador y las circunstancias del caso e imponer o librar al deudor de la reparación del daño moral, mucho más restrictiva que en los daños causados por culpa aquiliana.
- El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos donde se agravan verdaderos intereses extrapatrimoniales como la salud, la integridad física, la intimidad, honor, privacidad, etc., afectados como consecuencia inmediata y necesaria de ese incumplimiento que no son equiparables ni asimilables a las molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueda llegar a provocar un simple incumplimiento contractual.⁸⁷

12.2. EL DAÑO MORAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Cabe recordar, que la responsabilidad extracontractual es la que se da, cuando la producción del daño no depende de una previa relación contractual.

13. REPARACION DE DAÑO MORAL.

La reparación ha sido considerada como una institución del Derecho Civil, mas no vinculada al derecho penal, en efecto tradicionalmente a la reparación se ha

⁸⁷Gherzi, Carlos Alberto. Daño moral y psicológico. Pág. 166.

vinculado con el proceso civil, siendo la misma vista no solo una consecuencia accesoria de la imposición de una sanción jurídica, sino también al mismo tiempo como un medio autónomo de castigar y generar un efecto preventivo.⁸⁸

Mediante la reparación nos dice De Cupis se pretende equilibrar los intereses afectados en la medida en que fueron perjudicados. Se trata pues de un mero acto de reparación de restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito que ocasiono el daño.⁸⁹

13.1 CONCEPTO DE REPARACION.

Reparación: “Componer el daño o perjuicios que se ha sufrido restableciendo la cosa al estado anterior al hecho excepto si fuera imposible en cuyo caso la indemnización se fijara en dinero correspondiente a la medida del daño, a fin de satisfacer al ofendido”.

Sin embargo mucho más acertada es la definición dada por Antonio Chávez que explica que la reparación es el acto por el cual se cumple el deber de indemnizar, se compensa, se repara un perjuicio causado pagándose las pérdidas y daños provocados, por un imperativo de la propia conciencia o cuando esta falte por una compulsión judicial, la idea se compone de dos elementos fundamentales el de la responsabilidad que corresponde a la obligación de asumir las consecuencias ocasionadas por un acto u omisión imputables a alguien directamente o por otro bajo su dependencia y el daño que ha ocasionado moral o materialmente o ambos.⁹⁰

⁸⁸Rodríguez Delgado Julio, La Reparación como sanción jurídico – penal Editorial San Marcos 1999 Pág.128.

⁸⁹Cupis Adriano de Teoría General de la Responsabilidad Civil Barcelona Bosch 1975 Pág.127.

⁹⁰Rodríguez Delgado Julio, La Reparación como Sanción jurídico penal, Editorial San Marcos 1ra Edición 1999 Perú, Pág. 136

13.1 .1 TERMINOLOGÍA DE REPARACIÓN.

Hablamos indistintamente de “reparación “resarcimiento” o indemnización del daño moral para querer significar la misma idea de la entrega de una cantidad de dinero al perjudicado por un daño moral.

Pero ni siquiera la doctrina coincide en este punto, y así, algunos autores utilizan los tres términos por igual; otros como Ortiz Ricol, hablan solo de “reparación” y otros, como Lafaille, solo de “resarcimiento”.

Si matizamos, habrá que decir, en primer lugar, que “resarcimiento” significa etimológicamente “reconstrucción”. Según esto, se trataría de intentar colmar con la máxima precisión el vacío material que ha sufrido el dañado. Pero, para ello, habría que conocer exactamente el precio de mercado de aquel bien, es decir, en cuanto exactamente ha disminuido el patrimonio, y volverlo de nuevo a su situación inicial.⁹¹

Por esto, el daño moral escapa, a esta categoría de “resarcimiento” resultando mejor hablar de “reparación”. La diferencia es que, con la reparación, lo que se intenta es compensar al perjudicado mediante un aumento de su patrimonio que, hasta ese momento, había permanecido intacto.

En cuanto al resarcimiento, Messineo distingue dos subtipos: resarcimiento específico y resarcimiento pecuniario. En el primero, el causante del daño proporciona al dañado algo que reconstruye la situación anterior de forma exacta. Se trata de una “restitutio in integrum”. Todo queda como antes. Sin embargo, el resarcimiento pecuniario consiste en la entrega de una suma de dinero equivalente al valor económico del bien dañado.

⁹¹Rodríguez Delgado Julio, La Reparación como sanción jurídico penal; Editorial San Marcos 1era edición 1999 Perú, Pág.136.

Si aplicamos esto a los daños morales, no hablaremos de reconstitución del patrimonio, sino simplemente de una función satisfactoria (no resarcimiento, sino reparación).

Diferente terminología utiliza Carnelutti, que engloba dentro del término “restitución” tres conceptos:

- “Restitución directa”, que significaría la vuelta a la situación originaria anterior al daño;
- “Resarcimiento”, como la situación de equivalencia entre el interés dañado y el interés ofrecido por el causante;
- “Reparación”, en la que se produce una relación, ahora de compensación y no de equivalencia, entre el bien dañado y lo ofrecido por el causante del daño, generalmente una suma de dinero. No se pretende reconstruir con ello la situación originaria, sino compensarla en lo posible por otras fuentes.

Dejando a un lado toda esta controversia terminológica entre autores, y como conclusión, señalo que los términos “reparación”, “Resarcimiento” e “indemnización” responden básicamente a un mismo contenido. En un mismo supuesto, unos autores hablaran de resarcimiento y otros de reparación, por lo que ambos casos serán aceptados.

El conflicto surgió al aparecer el daño moral, porque, hasta entonces, todas las situaciones se resolvían acudiendo a la función de equivalencia del dinero. Se producía, por lo tanto, un resarcimiento pecuniario sin más.

13.1 .2.DIFERENCIA ENTRE PENA Y REPARACIÓN.

El debate entre pena y reparación no es meramente conceptual, tiene como se ha dicho y repetido importancia fundamental en punto a la cuantía de la sanción

en si, por su repercusión social, por lo que significa como reproche formulado por el poder jurisdiccional contra el dañador.

Dice Scognamiglio la diferencia fundamental que media entre daño y pena consiste en que con pena se procura esencialmente infligir un mal al reo y oír lo mismo proyecta o refleja su personalidad en tanto que el daño y su reparación se dirige exclusivamente al lesionado en la necesidad de aliviarlo del mal que lo aflige.

Esto se debe a que provienen de causas diversas y persiguen finalidades también diversas. Mientras la responsabilidad penal deriva de una acción y omisión penada por la ley y solo persigue el castigo del culpable, la responsabilidad delictual o cuasi delictual civil tiene por causa, el daño injusto causado a la persona o propiedad de otro y su único objeto es reparar ese daño.⁹²

13.2. CONCEPTO DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

A fin de que proceda la reparación de un daño es necesario que una persona cause a otra un daño, ya sea intencionalmente, por descuido o negligencia o bien por el empleo de alguna cosa o aparato, maquinaria o instrumento, por lo que es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido, se dice que una persona es civilmente responsable cuando está obligado a reparar el daño material o moral que otro ha sufrido.⁹³

La Reparación del daño tiene primordialmente a colocar a una persona lesión en la situación que disfrutaba antes de que produjera el hecho lesivo por lo tanto la norma jurídica ordena que aquella situación que fue perturbada sea restablecida

⁹²Jorge Mossettturraspe, Responsabilidad por daño, Editorial Rubinzal, Tomo 5 Pág. 74 a 75.

⁹³Manuel Osorio, Diccionarios Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta 2007.

mediante la restitución, si e daño se produjo por sustracción o por despojo de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruido o ha desaparecido.

Si bien el Artículo 984 de nuestro Código Civil se refiere la reparación de los daños por hecho ilícito el mismo señala claramente que quien con un hecho doloso o culposo ocasiona a alguien un daño injusto queda obligado al resarcimiento, precepto legal que a mi entender es limitado como lo ha señalado el estudio realizado por el Dr. José Luis Diez Schwerter mismo que señala que en Bolivia la regla general es que solo son resarcibles los daños patrimoniales ello por cuanto al parágrafo II del Artículo 994 que establece que el daño moral solo debe ser resarcido en los casos previstos por la ley (lo cual sucede entre otros casos cuando este daño deriva de la comisión de un ilícito penal).

Por lo que como hemos visto únicamente nuestro sistema legislativo prevé la reparación del daño patrimonial, y excepcionalmente se repara el daño moral.

13.3. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

El daño moral constituye uno de los problemas más apasionante y novedosos del derecho como fuente de responsabilidad civil. En España la práctica generalizada de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño moral no patrimonial. El profesor de Castro señaló al respecto “el reconocimiento en base a los principios tradicionales del carácter indemnizable del daño moral es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico”⁹⁴. Con el que se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general.

⁹⁴Gisela María Pérez Fuentes, Evolución Legislativa y Jurisprudencial de los derechos de la personalidad y el daño moral en España, [www.http://books.google.com.bo/books](http://books.google.com.bo/books).

Por su parte Hernández Gil considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indefinición por ese daño como un principio general del derecho.

La existencia del daño moral en Etapa ha estado sin duda íntimamente vinculada a la protección judicial de los derechos de la personalidad; al respecto a dicho Puig Brutau⁹⁵ que los derechos de la personalidad existen por su propia naturaleza.

Es así que como vimos la reparación en nuestro país del daño moral se da únicamente en casos previstos por ley señalado en el artículo 994 del Código Civil parágrafo II; lastimosamente no existe una ley que proteja los derechos los derechos de la personalidad y mucho menos el derecho a la imagen, la vida privada y honor de las personas, si bien el código penal tipifica la injuria y calumnia las mismas a la larga no llegan a tener una reparación real con relación al daño moral toda vez que implica una serie de procesos morosos, por lo que en nuestro país no se ha considerado que la cuestión de reparación de daños implican la protección de derechos lesionados, de equilibrio y justicia social.

Como señala la Dra. Yoleida Vielma Mendoza Profesora de Derecho Civil Universidad de los Andes (Mérida Venezuela) “hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del derecho privado”⁹⁶ por lo que me parece que nuestro sistema legislativo debe ampliar su ámbito de protección regulando de una manera específica los derechos de la personalidad para que los mismos estén protegidos de una manera adecuada y en caso de

⁹⁵Ibidem Pág.34.

⁹⁶Yoleida Vielma Mendoza Discusiones en torno a la reparación del daño moral Dikaiosyne N°16, Revista Filosófica Practica Universidad de los Andes Junio 2006, Pág.23

violación se obtenga una correcta reparación. Debiendo ser de manera pronta y oportuna vez que nos encontramos atrasados en cuanto a la reparación de estos derechos.

Mediante el resarcimiento nos dice de Cupis que se pretende equilibrar los intereses afectados en la medida que fueron perjudicados se trata de un mero acto de reparación, de restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito que ocasiono el daño.

13.3.1. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL.

Este principio corresponde a la extensión de la obligación de indemnizar, por los daños causados alegados y probados esto quiere decir que no solo se debe reparar el daño emergente y lucro cesante sino los perjuicios de otra índole como el daño moral mismo que reviste una categoría propia e independiente de las demás, se debe tener en cuenta que cuando se indemniza el daño moral no se puede admitir una reparación que solo tuviera en cuenta el valor del bien afectado, sino que es necesario también atender al momento de pago, al valor adquisitivo de afectación, obrar de otra manera supondría una indemnización por el valor propiamente nominal sin que se obtuviese una reparación integral.⁹⁷

Al efectuar una valoración de la jurisprudencia se ha establecido que se ha optado por efectuar una valoración global que derive de una apreciación racional aunque no matemática pues nuestra legislación carece de parámetros o módulos objetivos, disponiéndose muchas veces incoherentemente que la valoración del daño moral se disponga en ejecución de sentencia con la intervención de peritos, sin considerarse que el daño moral por sus características no puede ser medido por peritos sino debe estar al prudente árbitro del Juzgador.

⁹⁷Azpeitia, Gustavo y otros, El Daño a las personas, Editorial Abaco, Pág.183.

13.3.2. DEFINICIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

No se encuentra un concepto uniforme de lo que implica la reparación del daño moral sin embargo lo definiremos como la reacción del ordenamiento jurídico a pedido del ofendido (víctima) frente a una conducta dañosa, que debe hacer que el ofensor responda ante el ofendido por el daño causado a fin de que el mismo sea borrado mediante una sanción específica, indemnizándola con una suma de dinero o mediante otro tipo de sanción sustitutiva.

13.3.3. NATURALEZA DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

En cuanto a la naturaleza de la reparación del daño moral, dos grandes líneas de pensamiento se han dividido, aunque cada vez menos, a la doctrina.

Por una parte, están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir **una sanción al ofensor** entre los que se ubica DEMOGUE, RIPERT Y SAVATIER en la doctrina francesa. Y por otra parte, la mayoría de los autores prefieren considerar que la reparación constituye **un auténtico resarcimiento**. Últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente. En este sentido se pronuncia SANTOS BRIZ en la doctrina española como su principal defensor.

a) La Reparación del daño moral como Sanción al Ofensor.

Hay quienes estiman que la reparación del daño moral constituirá una pena, es decir que sería una sanción al ofensor. Esta posición parte de estimar que los derechos así lesionados tendrían una naturaleza ideal no susceptible de valoración pecuniaria por eso no son resarcibles. Lo que se tiene en cuenta aquí

es el castigo del ofensor, los daños e intereses no tendrían un carácter resarcitorio.⁹⁸

La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción a ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptible de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorio sino ejemplar.

A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o aflicción. En la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar como resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo a muerto. Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

b) La Reparación del daño moral como Resarcimiento.

Por otra parte, la gran mayoría de los autores consideran que la reparación sería un verdadero resarcimiento. Entiende que el daño moral es resarcible y que el responsable debe su indemnización como consecuencia del daño inferido, de modo que la víctima procure satisfacciones semejantes en intensidad al sufrimiento recibido.

La doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño moral no patrimonial es resarcitoria y no punitoria. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos y replicas al respecto. El daño moral constituye una

⁹⁸Zannoni Eduardo A., El daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, 3era. Edición 2005, Pág.197 y siguientes.

lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones y más aún que ese dolor genere sentimientos que el daño provoca “no tengan precio”, no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor extra patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. **La apreciación pecuniaria cumple, mas bien, un rol Satisfactiva,** en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.⁹⁹

Desde otro punto de vista, se ha criticado la tesis de la resarcibilidad replicando al decir de Llambias que “no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjuagados mediante una equivalencia de goces”¹⁰⁰ Es decir de advertir que esta objeción parte de un equívoco: la función resarcitoria del daño moral no es compensatoria. No se trata de dolor con dolor se paga, ni de poner precio al dolor. Se observa que paradójicamente, quienes consideran inmoral la indemnización del daño moral acuden al argumento de que la pretensión resarcitoria se apoya en una filosofía materialista de la vida, y quienes propician tal pretensión han aducido que si solo se consideran reparables los daños materiales, patrimoniales, el principio de la reparación del daño será incompleto y rudimentario, como se los seres humanos solo reaccionaran o se agitaran al impulso de intereses materiales.

⁹⁹Llambias, Jorge, J. Tratado de Derecho Civil Obligaciones, 3ra edición, Tomo I, Perrot, 1978, Pág.334.

¹⁰⁰Ibidem.

c) La Reparación como sanción y resarcimiento.

Propugna que la indemnización cumpliría una doble función; el carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. La reparación cumpliría una función de justicia correctiva que conjuga a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño.¹⁰¹

Es imprescindible puntualizar como lo hace Larenz que de lo que se trata, es de aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. En cuanto a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice al autor “proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir; pero si una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder”.¹⁰²

13.4. ANÁLISIS DEL CARÁCTER REPARADOR EN EL DAÑO MORAL.

El resarcimiento obtenido como reparación del perjuicio experimentado mitigara este con placeres o ventajas que subsanaran en sus sentimientos o en su espíritu, la situación disvaliosa padecida.

¹⁰¹Rodríguez Delgado Julio, La Reparación como Sanción, Editorial San Marcos, 1ra Edición, 1999, Pág.155.

¹⁰²Larenz, K. Derecho de Obligaciones Traducido por Santos Briz, Revista de Derecho Privado Madrid 1999 Pág. 642 y 643.

No obstante no debe caerse en la tentación de formular groseras compensaciones sobre la base del llamado placer vital suplementario. Pero la indemnización debe alcanzar el carácter de una “satisfacción compensatoria”.¹⁰³

La idea central es que la suma a conceder debe resarcir de alguna manera el daño ocasionado, pero sin crear una fuente de indebido lucro. Es que la indemnización no consiste en una sanción punitiva al agravante, pero mucho menos ha de limitarse a una compensación simbólica o irrisoria. La medida de indemnización deberá ser fijada en cada caso y de acuerdo con las especiales del mismo, es necesario señalar en este ámbito de reparación del daño moral, que la reparación de los derechos de la personalidad adquiere especial relevancia, la reparación debe ser tal que desaliente las conductas lesivas.

Ya que existe una infravaloración del daño, toda vez que las personas afectadas en su intimidad u honor, figuras públicas cuya imagen ha sido usada sin consentimiento, para efectuar publicaciones comerciales, funcionarios y jueces deshonrados, ultrajados por la prensa, reciben únicamente en nuestro país en el mejor de los casos una satisfacción pública la cual no repara en nada el daño causado ya que el daño ha sido provocado y únicamente expresar en palabras que fue un error y que se equivocaron, lo que a mi criterio no repara en nada el daño moral, creando únicamente en el receptor una duda razonable y sembrando la desconfianza hacia esas personas.

Es necesario señalar que en nuestro país no existe indemnizaciones que representa de manera alguna el daño efectivamente causado ni las molestias que provoca el solo hecho de tener que promover un proceso judicial lo que desalienta a los abogados a tomar casos, por lo que las víctimas tienen menos posibilidad

¹⁰³Eduardo, A. Zannoni, El Daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, Pág.218 y siguientes.

de estas bien patrocinadas y lo que es peor en vez de inducir a las empresas periodísticas a evitar estas acciones dañosas contribuyen a que las reiteren, porque la indemnización que tendrán que pagar, si es que llega a darse, será menor que el beneficio que reciban de la publicación escandalosa y dañosa.

Los jueces no tienen que temer a los medios de prensa y de los periodistas estrellas ni deben evaluar las indemnizaciones en función de la magnitud de su propia economía individual limitada por el horizonte de un salario menudo, es necesario ver que en la vida de las empresas periodísticas se manejan millones diariamente y las indemnizaciones que los jueces fijan representa un porcentaje extremadamente mínimo de los ingresos diarios de esas empresas.¹⁰⁴

13.5. EL PROBLEMA DEL RESARCIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE INTEGRIDAD MORAL.

El artículo 344 del Código Civil Capítulo III Del incumplimiento de la obligaciones, es una norma exclusiva de los daños patrimoniales mas no al daño moral, toda vez que se refiere al incumplimiento del deudor, lo que se provoca divergencia de opiniones en cuanto a la reparación del daño moral, por lo que nuestro código civil no establece un sistema en cuanto a la responsabilidad civil en materia extracontractual como contractual.

Así mismo el Artículo 984 del código civil abre una puerta al resarcimiento por daño moral toda vez que señala: “Quien con un hecho doloso o culposo ocasiona a alguien un daño injusto queda obligado al resarcimiento” señalando así mismo el artículo 994 inciso II en el que señala: “El daño moral solo debe ser resarcido en los casos previstos por la ley”, este último artículo es de vital trascendencia

¹⁰⁴Rivera Julio Cesar, Extraído de El derecho a la intimidad como limite a la publicación de Sentencias Judiciales, Revista de Derecho Privado y Comunitario, núm. 2006-Santa Fe Pág.34, puede verse en la Pág. <http://www.rivera.com.ar/site/noticias> .

en el presente trabajo de investigación ya que lo que se pretende es extender modificar y ampliar el mencionado inciso, se considera que abre una vacío jurídico toda vez que si bien por una parte del estado tiene el deber de proteger los derechos de la personalidad enunciados en el código civil y en la constitución y consagrado en normas internacionales, no existe una ley que autorice la reparación del daño moral por la violación a estos derechos produciendo muchas veces que los mismos sean ignorados y poco o mal manejado la reparación del daño moral en la práctica judicial.

13.5.1. RAZONAMIENTOS PARA DETERMINAR LA REPARACIÓN.

A fin de ampliar el tema es necesario hacer hincapié en algunos razonamientos necesarios expuestos por algunos para poder determinar la indemnización en caso de que se produzca un daño moral, no siendo estos razonamientos absolutos ni conclusivos.

a) Determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial.

Esta doctrina ha sido rechazada toda vez que se considera que el daño moral no tiene por qué tener vinculación con el daño material en lo que hace a la determinación de la cuantía toda vez que no es complementario ni accesorio, tiene condición autónoma y vigencia propia que asiente en aspectos presente y futuros propios del dolor, la herida a los sentimientos, los padecimientos.¹⁰⁵

Sin embargo lastimosamente este criterio es muy utilizado en nuestra práctica judicial toda vez que los abogados al momento de presentar una demanda ordinaria solicitan a la vez la reparación de los daños y perjuicios por daño material y moral sin justificar sus pretensiones los que hace que poco a poco

¹⁰⁵Mosserlturraspe Jorge, Responsabilidad por daños, Editorial RubizaoCulzoni tomo 5 Pág.219.

nada se considere a este ultimo así mismo los jueces a momento de dictar el auto de calificación del proceso olvidan pronunciarse en este aspecto volviéndose la reparación del daño moral accesoria de la demanda principal y de los daños materiales.

b) Determinación de la cuantía con base en la gravedad de la falta.

La gravedad de la falta no significa la gravedad de la lesión causado sino constituye el hecho productor, el mismo integra las circunstancias del caso que la equidad impone considerar, de ninguna manera puede ser razón del acogimiento o del rechazo de la pretensión indemnizatoria, ni el factor principal de la determinación de la cuantía, tal criterio desnaturaliza la institución de reparación del daño, lastimosamente en nuestra práctica judicial se ve que muchos procesos sobre reparación del daño moral resultan irrisorios toda vez que se considera que la falta no ha sido tan grave por lo que muchas veces no son considerados, o peor aun las victimas de dicho daño al considerar que la falta no ha sido tan grave, dejan que pase, produciendo con esto que los derechos de la personalidad sean vulnerados cada día, ya que no se ha sentado un precedente que demuestre una reparación integral.

c) Determinación con base a un criterio subjetivo.

Según Santos Briz para determinar la cuantía de la indemnización por daño puramente moral, han de tenerse en cuenta, por tanto todas las circunstancias que contribuyan a caracterizar especialmente el hecho dañoso en concreto, también tienen importancia la situación económica del dañador, porque la obligación de indemnizar daños morales no debe conducir a tratar al agente con injusta dureza, por otra parte si su situación patrimonial es mala esto no debe conducir tampoco a la desaparición total de su obligación ya que el factor patrimonial es solo uno de los varios que se han de tener en cuenta, debiendo

tenerse en cuenta según el grado de culpa.¹⁰⁶

d) Determinación atendiendo a los placeres compensatorios.

Cuando se pretende indemnización por daño moral lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyan al perdido y la suma de dinero entregada como indemnizatoria debe ser suficiente para lograr esos goces que no apunta a darse placer superflojos sino a cubrir necesidad primarias o urgentes.

e) Determinación atendiendo la Prudencia Judicial.

La norma delega al Juez de apreciación soberana al señalar que podrá o no establecer la indemnización a reparar, su decisión debe ser fundada en las circunstancias personal de la víctima y victimario, en las circunstancias del caso y en la índole del hecho generados de las consecuencias dañosas, no pareciendo sensata la libertad de los jueces en la determinación de la cuantía, el daño moral es decir en la que queda en el libre arbitrio cuando no en la prudencia, no resaltando los criterios que deben iluminar ese árbitro, no señalando en los fundamentos de la sentencia las causas que arrimaron a determinar la cuantía de la reparación.

f) Determinación atendiendo Precedentes Judiciales.

No existiera dos casos iguales en orden a la reparación del daño moral por lo que no puede tomarse una suma dineraria como prototipo para tales o cuales

¹⁰⁶Santos Briz, La Responsabilidad Civil Derecho Sustantivo y Derecho Procesal, Editorial Montecorvo-Madrid 1993
Pág. 163

situaciones siendo que muchas veces la pérdida del poder adquisitivo del dinero hace que la suma que hoy parece razonable, no lo sea para el caso de mañana.¹⁰⁷

13.6. FORMAS DE REPARACIÓN.

En el ámbito estrictamente civil de la reparación de daños nuestro código señala la reparación patrimonial y la del daño moral esta última únicamente en los casos previstos por la ley señalado en el artículo 994 parágrafo II.

La doctrina en este aspecto sostiene que el daño moral es indemnizable, por lo que doctrinalmente distinguiremos las formas de reparación y medidas de prevención de daños.¹⁰⁸

a) Reparación Satisfactiva.

La indemnización en dinero puede a lo sumo importar un quantum que representa la medida de una satisfacción pecuniaria a la víctima pero no la medida de una reposición por equivalente pecuniario, como tal la reparación Satisfactiva en dinero deberá atender tanto a la magnitud del agravio, según las circunstancias del ofendido como la calificación de la conducta del ofensor, así por ejemplo no será lo mismo a los efectos de cuantificar el daño, la calificación de la conducta meramente culposa del ofensor que la actitud deliberada, es decir dolosa encaminada a provocar el agravio al honor del ofendido, juega aquí como en toda materia relativa a la indemnización del daño moral la regla de la previsibilidad de las consecuencias.

¹⁰⁷MossetIturraspe Jorge, Responsabilidad por daños Ob. Cit. Pág. 227

¹⁰⁸Zannoni Eduardo, El daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Asteas 3ra Edición 2005 Pág. 376 y 377

Así mismo habrá de ponderarse la medida del agravio, trátase del daño al aspecto subjetivo del honor, la dignidad del ofendido o del aspecto público, su reputación sea moral o profesional y repercusión del agravio con relación del agraviado.¹⁰⁹

Aquí cabe una pregunta ¿subsiste los daños al honor a la reputación, a la dignidad del ofendido si el ofensor ha hecho retractación publica de la injuria o calumnia?.

Siendo la Respuesta¹¹⁰ que la retractación no borra el ilícito solo exime de la pena en algunas legislaciones, por lo que no impide la reparación por los daños producidos, aunque la retractación sirva para aquilatar la medida del daño que sin duda ha de ser mayor de no mediar la retractación, la indemnización tiene por objeto la satisfacción del ofendido del acuerdo con las pautas generales en razón del agravio producido y que la retractación por cierto no borra.

b) Reparación Neutralizadora.

Consiste en aquella que importe debilitar o neutralizar el agravio mismo aun cuando implique borrar el ilícito y los daños ya producidos.

Desde la perspectiva exclusivamente civilista de la indemnización por daños concordamos en que la obligación de publicar la retractación de la ofensa o de la sentencia condenatoria en caso de así haberlo pedido el ofendido tiene un doble objetivo a saber: el dar a publicidad la retractación, operando así como un complemento del resarcimiento del daño, descentrándose así mismo una indemnización pecuniaria.¹¹¹

¹⁰⁹Ibidem. Pág. 379

¹¹⁰Santos Cifuentes, Derechos Personalísimos, Editorial Lerner, Cordova, 1974 Pág. 187

¹¹¹Zannoni Eduardo, El daño en la Responsabilidad Civil, Editorial Asteas 3ra Edición 2005 Pág. 382

Ya que como señala Mosset Iturraspe la declaración judicial puede restañar las afecciones desde ese momento y para el futuro pero no alcanza en nuestra opinión a borrar el dolor ocasionado en el pasado ni compensarlo.¹¹²

Por lo expuesto como lo señala Orgaz en su obra el daño resarcible “La sentencia judicial que únicamente dispone la publicación de la sentencia en un medio periodístico y una satisfacción pública como se nombra en nuestros medios no debe hacer que la reparación pecuniaria este excluida debiendo ser necesaria junto con aquella por los sufrimientos y humillaciones antes padecidos y los que no son reversibles posteriormente”.

c) Prevención de Daños Futuros.

La dignidad de las personas no puede quedar comprometida por un acto que se agota instantáneamente sino mediante ilícitos continuados especialmente en los ataques a la intimidad por lo que se puede solicitar al juez al momento de iniciarse el proceso, la cesación de la actividad lesiva.

14. PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

El presente trabajo tiene como estudio la reparación del daño moral, sin embargo es necesario tomar en cuenta algunos aspectos que sirven para la mejor comprensión del presente trabajo toda vez que hasta ahora solo se hizo una suposición de que se logró probar el daño moral para exigir su reparación, sin embargo se ha evidenciado que los estudios relativos al problema de la prueba del daño moral en un juicio son escasos.

¹¹²MossetIturraspe, Responsabilidad por Daños, Editorial RubinzalCulzoni, 2004 tomo II Pág. 253.

Para Díez-Picazo, el daño moral no debe ser simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Para algunos, debería ser objeto de algún tipo de prueba. Es indudable que se debería incluir como parte del petitorio en la demanda y merecer una argumentación.

Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas."¹¹³.

La dificultad de la prueba del daño moral deriva principalmente por el hecho de que el mismo afecta a bienes jurídicos extrapatrimoniales, y porque es casi imposible hacer una valoración económica de dicho daño, en virtud de que no existen parámetros objetivos para su determinación.

En ese sentido, han sido dos las posturas que se han mantenido en lo que a la prueba del daño moral se refiere. Así, por un lado nos encontramos con la más antigua que señala que el daño moral no requiere de prueba. Y por otro, con la moderna tesis que defiende que el daño moral, al igual que cualquier otro tipo de daño, debe ser probado por quien pretenda su reparación.¹¹⁴

14.1. EL DAÑO MORAL NO DEBE SER PROBADO.

Se fundamenta de imposible la acreditación de su existencia. En otras palabras:

¹¹³ Díez Picazo y Ponce de Leon, Luis (1999). Derecho de Daños, Madrid, Editorial Civitas; Pág. 329.

¹¹⁴ *Ibidem*.

el daño moral es de índole netamente subjetivo y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre basado en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto, a falta de medios probatorios, su apreciación debe ser considerada y valorada exclusivamente por el Juez.

A este respecto, para muchos la ausencia de exigencia probatoria es tierra fértil para el nacimiento de condenas arbitrarias (Ejemplo por daños inexistentes o estableciendo montos exorbitantes). Esta situación puede convertirse en un golpe a la justicia y a la seguridad jurídica.

14.2. TESIS DE TODO DAÑO DEBE SER PROBADO.

La corriente que señala que todo daño debe probarse, sea patrimonial o extrapatrimonial. Señala que la persona que haya sufrido un daño moral deberá ante el Juez la existencia de un daño cierto o real, sin que pueda darse por sentado que el Juez ya lo presume.

Esta última postura es correcta y fundamenta el Estado de Derecho. En este sentido, los legisladores deben concentrar sus esfuerzos en desarrollar una teoría general de la prueba del daño moral, que parta su esencia, y que permita a los afectados probar su existencia.

Debiendo la prueba analizarse con prudencia extrema para evitar dejarse llevar por las apariencias, así mismo la prueba a aportarse debe ser lo más completa y precisa que sea posible, toda vez que nos encontramos en terrenos de dificultad demostrativa como es el probar los daños morales producidos por la violación a los derechos personalísimos, debiendo en este punto estar presente la destreza del profesional abogado para convencer al juez del daño producido, sin embargo muchas veces se toma este punto con ligereza por parte de los abogados

pretendiendo que el juez dicte una sentencia favorable sin proporcionarle las pruebas suficientes.

15. CUANTIFICACION Y RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL.

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

El derecho al resarcimiento aquí debe operar características peculiares, ya que no existe correspondencia entre los bienes lesionados (personales o extrapatrimoniales) y el dinero como bien utilizado para el resarcimiento. De tal suerte es necesario analizar cuál es la finalidad de la indemnización en los casos de daño moral.

Por lo que en el caso concreto de la afectación a los derechos inherentes a la personalidad, que integran el concepto de daños morales es de decir lesión al honor a la intimidad y la imagen, el daño moral adquiere ribetes específicos en función de la naturaleza y características de los derechos afectados.

Siendo la dificultad de su reparación y su cuantificación aun mayor el código civil ignora la posibilidad del resarcir pecuniariamente el daño moral. En sede de responsabilidad extracontractual el Código parte de señalar la posibilidad de reparar el daño moral, pero al desarrollar cada una de estas variantes limita la reparación del daño a la retractación publica de ofensor, lo que se ve en la práctica, así también al exponer las causas por las cuales se puede indemnizar los perjuicios, tampoco el código acepta el pago dinerario por concepto de daño moral.

No obstante el punto de partida: debemos partir de que todo reclamo de reparación por daño moral no puede sustentarse en la mera invocación genérica de tal perjuicio sino que es menester que se especifique en qué consiste el mismo es decir, como la conducta agravante incidió sobre la persona del damnificado, lo que no significa que el daño moral solo pueda acreditarse mediante el empleo de pruebas directas toda vez que la certeza de su existencia de la medida de la reparación son fundamentalmente fruto de un juicio de razonable probabilidad basado en regla de experiencia; en lo que respecta al quantum de la indemnización, existe coincidencia en cuanto a que tal menester debe buscarse un equilibrio, en el que la reparación del daño funcione como disuasivo de conductas inescrupulosas, pero sin que implique dejar de lado las circunstancias sociales, económicas y familiares de la víctima y de los reclamantes.

Dicho de otras palabras la indemnización no debe enriquecer al reclamante, ni tampoco debe ser ínfima, pues de ser así como señala Cifuentes, se convierte el lucrativa y se fomenta la industria del escándalo.¹¹⁵

Tampoco puede perderse de vista que el sistema de responsabilidad civil debe ser ejemplarizador que desaliente las conductas dañosas y se cree la conciencia de que no será más barato indemnizar que evitar el daño.

Por eso se han elaborado algunos criterios que permiten, de una manera relativa, cuantificar el daño moral.

¹¹⁵Ghersi Carlos Alberto Ob. Cit. Pág. 247

a) Libre arbitrio judicial.

La cuantificación indemnizatoria está supeditada exclusivamente al parecer del magistrado en el caso concreto.

Sin embargo existen algunas variables que pueden ser consideradas por el Juez para mensurar el daño.¹¹⁶

1) Principio general de realizar una prudente y razonable apreciación con un criterio de Justicia la cual sin embargo es una facultad privativa de los jueces de grado.

2) Prudencia e Equidad toda vez que el juzgador está sometido al mandato del ordenamiento jurídico por lo que debe efectuar una adecuada exposición de su juicio de valor.

3) Variables relevantes al caso, en este sentido el Dr. Vigo magistrado de la sala Civil Argentina advirtió que la extensión del resarcimiento debe ser establecida prudencialmente circunstancias variables útiles para cuantificar el daño traduciéndolo a dinero a efectos de la reparación, a lo que se refiere se debe evaluar las variables relevantes del caso.

Esto, en realidad, no es un sistema sino más bien una renuncia a todo sistema.

b) Tabulaciones.

Se crean tablas obligatorias que tarifican las indemnizaciones; a cada clase de daño moral le correspondería un monto, Se fijan topes máximos y mínimos, sistema que permite ahorrar costos y exigencias probatorias, posibilitando la prontitud del resarcimiento. En contra, se predica que se desinteresa de la realidad de los daños y de su plenitud indemnizatoria.

¹¹⁶Guztavo Aspeitia, Ezqueliel, Lozada; Alejandro J. E. Moldes, "El daño a las personas", Editorial Abaco, Pág. 150

c) Regulaciones judiciales coherentes.

A partir de las mismas sentencias se propugna una coherencia indemnizatoria entre soluciones jurisdiccionales en conjuntos.

d) Métodos Científicos.

Se elaboran pautas científicas que justifiquen las indemnizaciones de daños morales. Se pueden instrumentar diversos elementos de medición: porcentuales comparativos, unidades de medida, montos para los daños típicos y las combinaciones de estos elementos.

Todos estos criterios permiten una aproximación más o menos objetiva, pero siempre queda, en definitiva, librada la fijación a la prudencia del juzgador que tendrá en cuenta las circunstancias del hecho, debiendo el juzgador desalentar la idea que es más barato el pago de la indemnización que evitar la conducta dañosa.

Por ello para la presente tesis señalamos algunas directrices expuestas en derecho comparado para su cuantificación:

- 1) Debe considerarse la naturaleza de la ofensa que implica tomar en cuenta la deformación del hecho y gravedad de las imputaciones especialmente si se hace a través de una periodista.
- 2) El prestigio de la víctima que indican los antecedentes curriculares ya que la lesión a la integridad moral, a la honorabilidad a la reputación personal y a la profesional es más agravante cuanto más empeño y dedicación haya puesto la víctima en el desarrollo de esas cualidades.
- 3) Las circunstancias personales de la víctima. Esto porque la indemnización del

daño moral busca resarcirlo por lo que es pertinente centrar la atención en la víctima.

4) El nivel de difusión de la noticia periodística. Se debe examinar la difusión por la cantidad de ejemplares que se vende de una publicación ofensiva, más los lectores que se detienen a mirar los títulos destacados. Es decir se evalúa el medio por cual se causa el daño, según su mayor o menos difusión.

5) El carácter reparador de la indemnización. La finalidad es que el pago resulte un atenuante del daño ocasionado proporcionando en compensación placeres y ventajas para subsanar la situación padecida lo cual expresa que la sanción no puede ser considerada punitiva para el agraviante pero tampoco debe ser irrisoria para el agraviado.

6) Debe ser desalentadora de las conductas nocivas ya que debe inducir a la población e inclusive a las empresas, a adoptar mecanismos que prevengan la producción de daño.¹¹⁷

e) Sanciones por afectación a los derechos al honor, la imagen y la intimidad.

La agresión a los derechos al honor, la imagen y la intimidad de lugar a distintas reacciones del ordenamiento positivo.

Como primera medida al agente causante del daño debe ser obligado a cesar en la actividad perturbadora si esta subsistencia a indemnizar el daño moral causado a la víctima, además podrá establecer la publicación de la sentencia e incluso que el perjudicado emita una réplica a ser publicada en el mismo medio y con los mismas características que lo fue la noticia falsa.

Haciendo un breve análisis de nuestra norma civil, se ha establecido la

¹¹⁷Rivera Julio Cesar, Giatí Gustavo y Alonso, Juan Ignacio, Cuantificación del daño moral, [www. Jurídicas, unam.mx](http://www.Jurídicas.unam.mx).

existencia de daño moral puede dar pie a un reclamo ante juez civil, debiendo la persona agraviada, plantear su reclamo en la demanda para el mismo integre la pretensión ejercida y pueda ser contestada por el demandado, accionando de este modo el ejercicio del derecho a la defensa y al juez en merito a ingresar la litis resolución de la cuestión en la sentencia, posibilitando el tratamiento del reclamo en la alzada debiendo así mismo determinar con exactitud la cosa demandada.

Siguiendo los pasos de nuestro Código de Procedimiento Civil se debe accionar una demanda ordinaria sobre reparación o indemnización del daño moral es necesario considerar que la misma debe cumplir con los requisitos en el Artículo 110, incisos 8 y 9.

Ya que como lo ha señalado la fijación de la cuantía debe efectuarse en la demanda, siendo improcedente el dejarlo librado a la suma que fije el juez la estimación del daño moral, ya que con esa fórmula no se cumplen los requisitos procesales, privando incluso al demandado de allanarse, debiendo el accionante hacer esa determinación económica y si entendiera que las circunstancias no lo posibilitan o que la evaluación dependiera de elementos aun no fijados definitivamente puede el peticionante por lo menos estimarlo cuantitativamente y hacer la salvedad de que el juez deberá estar a la prueba a lo que en más o menos resulte de ella.

Es en ese sentido que el juez de la causa deberá justipreciar el daño moral al momento de la sentencia definitiva lo que permitirá su tratamiento en la alzada haciendo un cálculo actualizado de la indemnización por daño moral al momento de sentenciar, a fin de que la reparación por agravio moral se estima al momento del pronunciamiento en forma integral y en función del valor actual de la moneda.

Es necesario señalar en este punto que nuestra práctica judicial en un primer

juicio se debate la resarcibilidad o no del daño la responsabilidad del agente y luego en un proceso accesorio como es ejecución de sentencia (un segundo proceso) se procede a la cuantificación del daño siendo este proceso lento y complicado.

Como se observa, en nuestro caso no existe una clara posición, por principios, a la indemnización del daño moral, pero tampoco se ha tratado de explicarla y justificar su inclusión en nuestro ordenamiento jurídico.

16. DIFERENCIAS ENTRE DAÑO MORAL Y DAÑO PSÍQUICO.

Si atendemos a las definiciones del **daño moral**, se entiende según la jurisprudencia como *"el quebranto moral o anímico que una persona sufre por los actos dolosos, culposos o negligentes"*.

Por lo tanto desde un punto jurídico el daño moral sería un quebranto anímico, sufrimiento emocional y/o perjuicio inmaterial. Se trata por lo tanto de un dolor psíquico que sin llegar a ser patológico, conlleva un cierto desequilibrio emocional/espiritual limitado en el tiempo. Dicho daño moral puede ser la consecuencia de un perjuicio, daño físico o acoso moral. Una característica esencial del daño moral es que es consciente, es decir el propio sujeto tiene conciencia de dicho malestar moral, no este el caso del daño psíquico que puede ser inconsciente.

El daño moral repercute en la capacidad del sujeto de gozar o limitan su satisfacción, pero no modifican su estructura de personalidad anterior al hecho traumático y suele desaparecer cuando ya no existe la causa de dicho malestar.

En conclusión el daño moral se equipara con aquellas situaciones de sufrimiento, angustia o padecimiento referidas al ámbito espiritual, al honor, a la pérdida de

disfrute de personas o situaciones, y es limitado en el tiempo. En cambio el daño psíquico es considerado como una afección con entidad propia, que provoca en el sujeto que la padece una alteración en sus funciones psíquicas objetivables (medibles, cuantificables y clasificables nosológicamente), de distinta naturaleza que las actividades precedentes al hecho traumático.¹¹⁸

¹¹⁸Francisco J. Arroyo Ortega, Perito jurídico y Forense, <http://www.franciscoarroyocom.co>.

CAPITULO IV MARCO JURÍDICO

1. FUNDAMENTACION JURÍDICA EN LA CONTITUCION POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.

El ejercicio del derecho de la personalidad está regulado en normativa tanto internacional como nacional, dentro de esta última se encuentra la Constitución Política del Estado, y los Códigos Penal y Civil, las mismas no disponen de forma clara la forma en la que debe repararse el daño moral y las reglas para la misma.

“Artículo 8: I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suxa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), tekoKavi (vida buena), ivimarai (tierra sin mal) y qhapajñan (camino o vida noble).

II. El estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, **dignidad**, **libertad**, solidaridad, reciprocidad, **respeto**, complementariedad, **armonía**, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

Como dice nuestra Constitución Política del Estado en su artículo 8 párrafo II, nuestro Estado se sustenta en los valores de dignidad, libertad, respeto, armonía.

Sin embargo estos valores están siendo afectados en el tratamiento de la indemnización ante un daño causado en nuestro caso un **daño moral**.

Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:

1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descentralización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales.

2. Garantizar el Bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural, y plurilingüe.

3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional.

4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, **derechos y deberes** reconocidos y consagrados en esta Constitución.

5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la Salud y al trabajo.

6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

“Es evidente que nuestra Constitución Política del Estado Plurinacional en su artículo 9 inciso 4) ya que hace mención que como fin o como función sería garantizar el cumplimiento de los valores consagrados en la presente Constitución. Acorde a este artículo pretendemos restablecer los valores de

dignidad, libertad, respeto, armonía”.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar el cumplimiento de principios y valores, además cumplir finalidades y funciones específicas constitucionales fundadas en la justicia, armonía, desarrollo, seguridad protección, igualdad, dignidad, unidad, cumplimiento y haciendo cumplir la Constitución Política del Estado .

Artículo 15. I. Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física, **psicológica** y sexual. Nadie será torturado, ni sufrirá tratos crueles, inhumanos, degradantes o humillantes. No existe la pena de muerte.

II. Todas las personas, en particular las mujeres, tienen derecho a no sufrir violencia física, sexual o psicológica, tanto en la familia como en la sociedad.

III. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar la violencia de género y generacional, así como toda acción u omisión que tenga por objeto degradar la condición humana, causar muerte, dolor y sufrimiento físico, sexual o **psicológico**, tanto en el ámbito público como privado.

IV. Ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna.

V. Ninguna persona podrá ser sometida a servidumbre ni esclavitud. Se prohíbe la trata y tráfico de personas.

Se entiende por derechos fundamentales a los derechos que se encuentran garantizados por la Constitución, y tiene como fuente de producción al legislador constituyente, en cambio si hablamos de derechos humanos esta comprende los derechos garantizados por las normas internacionales, las cuales tienen por

fuente a los Estados y Organismos Internacionales. Ambos derechos son derechos positivos que tiene por fin salvaguardar los mismos valores desde un punto de vista moral y político, y se consideran básicos para la convivencia humana, sin embargo es necesario tomar en cuenta que al utilizar la expresión derechos humanos fuera del contexto al que se hizo referencia, tendría una connotación netamente moral. Podemos concluir que la Constitución Política del Estado dispone salvaguardar la integridad física y psicológica de todos las bolivianas y los bolivianos, es por ello que el objeto de la presente investigación es justificar la necesidad de modificar y complementar la normativa civil boliviana, en cuanto a la Indemnización del daño moral para así dar cumplimiento a lo dispuesto en la Constitución.

Artículo 113. I. La vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, reparación y resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

Este Artículo es el fundamento para la realización del trabajo de investigación ya que nos señala que a toda persona que se le haya vulnerado sus derechos, la víctima tiene el derecho a la indemnización por daño moral.

Artículo 108 inciso3. Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución.

Artículo 109.- párrafo I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

Parágrafo II. Los derechos y sus garantías serán regulados por la ley.

Artículo 115 inciso1. Toda persona será protegida oportunamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin embargo los procesos que se instauran en nuestro país, son costosos y morosos, no existe

un proceso específico que proteja los derechos de la personalidad de integridad moral debiendo el mismo encuadrarse en un proceso penal privado en materia penal o en un proceso ordinario en materia civil.

2. FUNDAMENTACION JURIDICA DEL CÓDIGO CIVIL.

Como vimos en el transcurso del presente trabajo las Obligaciones de hechos ilícitos regidas por el **Código Civil** en su **Libro Tercero DE LAS OBLIGACIONES, Título VII DE LOS HECHOS ILICITOS**, sin embargo el presente trabajo se enfoca solamente en el resarcimiento del daño moral, el cual está regulada mediante los artículos:

Artículo 344.- El resarcimiento del Daño, en razón del incumplimiento o del retraso, comprende la pérdida sufrida por el acreedor y la ganancia de que ha sido privado, con arreglo a las disposiciones siguientes

Artículo 984.- “Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto queda obligado al resarcimiento”

Artículo 994.-“(Resarcimiento)”.II. El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.

En cuanto al resarcimiento del daño moral se basan en los derechos personalísimos del ser humano, estaríamos hablando de la teoría extracontractual; Sin embargo el Artículo 994 parágrafo II ya no se adecua a la moderna realidad que vive en hombre, con relación al resarcimiento del daño moral.

De la revisión de los artículos precedentemente citados, vemos que en los mismos se desarrolla de forma insuficiente lo que se debería entenderse por

daño moral y la forma en la que debe ser reparado el mismo, el objeto de la presente tesis es incidir en lo primero, siempre que se demuestre su existencia y provenga del incumplimiento de una obligación sea de origen contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional.

3. DERECHO COMPARADO.

A continuación veremos cuál es el tratamiento del Resarcimiento del daño moral en otros países:

3.1 ARGENTINA.

En el país de Argentina La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Artículo 1078.- La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

En materia aquiliana es genéricamente indemnizable el daño moral: “La obligación de resarcir el daño causado por los hechos ilícitos comprende, además de la indemnización por pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima” (Artículo 1078 Código Civil.)

3.2. COLOMBIA.

En la legislación Colombina, la dignidad de la persona ha sido el fundamento para el reconocimiento de derechos que trascienden más allá de lo puramente material. Es así como el derecho siempre ha reconocido un grupo de bienes de la persona que caen dentro de la esfera de su intimidad y cuya protección y tutela ha sido objeto de especial atención por parte de jueces, legisladores y constituyentes. El derecho al buen nombre, a la honra y a la fama, derecho a la libertad de expresión, son ejemplos de derechos inalienables de la persona que gozan de protección del Derecho.

Artículo 94. - La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella.

Artículo 97.- En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Por tanto, cabe afirmar que la legislación Colombiana se rige en derechos personalísimos como por ejemplo la dignidad del ser humano al igual que nuestra legislación.

Artículo 2341.- El que haya cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

3.3. FRANCIA.

La legislación francesa no contiene ninguna disposición especial. La doctrina admite la reparación del agravio moral en los actos ilícitos por aplicación del Artículo 1382, que se refiere a la obligación de indemnizar todo daño acusado por culpa, sin limitar la protección a los daños patrimoniales, ni autorizar una interpretación restringida.

También se conoce en los supuestos de responsabilidad contractual.

El criterio favorable a la admisión no solo ha determinado las decisiones de los tribunales, sino que también ha llegado a tener acogida en los fallos del Consejo.

3.4. PERU.

Artículo 1992.- Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

Artículo 1984.- El Daño Moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

4. EL DAÑO MORAL EN OTRAS RAMAS DEL DERECHO.

4.1. Código Penal.

El código penal ofrece una tutela bastante abarcadora, aunque no total de los derechos inherentes a la personalidad, confiere una especial protección a la esfera moral pues dedica el título noveno a los delitos contra el honor dando lugar a determinadas figuras delictivas. Mismos que se encuentran comprendidos en el Artículo 282 al Artículo 288 del código penal.

Otro fundamento legal relacionado con el daño moral, lo constituye el Artículo 87 del código penal en el que se dispone: (Responsabilidad Civil) Toda persona responsable penalmente lo es también civilmente y está obligada a la reparación de los daños materiales y morales causados por el delito, por lo que el daño moral por lo regular es resarcible en los casos en que es consecuencia de un delito que implique también la responsabilidad civil.

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

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

expresar que la misma debe ser publica pero no da más detalles de su ejecución, por lo que se deja a la libertad del tribunal, según cada caso.

Sin embargo no encontramos sentencias que se pronuncien, respecto a la responsabilidad civil por daño moral. Y nos preguntamos: ¿Dicha falta obedece a la inexistencia de los daños morales?, la respuesta obviamente es negativa, predominando el desconocimiento y la incertidumbre que conlleva a la abstención del asunto.

Así mismo tenemos el Artículo 65 (responsabilidad civil) la suspensión condicional de la pena y el perdón judicial no comprende la responsabilidad civil, que deberá ser siempre satisfecha.

Artículo 88 (Preferencia) la responsabilidad civil será preferente al pago de la multa y a cualquier otra obligación que el responsable hubiera contraído después de cometido el delito.

Artículo 91.- (extensión) La responsabilidad civil comprende: 1). La restitución de los bienes del ofendido que le serán entregados aunque sea por un tercer poseedor. 2) La reparación del daño causado. 3) La indemnización de todo perjuicio causado a la víctima, a su familia o a un tercero fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. En toda indemnización se comprenderán siempre los gastos ocasionados a la víctima, para su curación, restablecimiento y educación.

4.2. Código de Procedimiento Penal.

Debemos señalar que a pesar de la correcta formulación, de la forma de reparación en la práctica judicial son pocos los procesos penales que se ventilan

por reparación del daño moral siendo muy compleja su aplicación y ejecución a pesar de las vías establecidas.

Este código dispone la reparación de daños en sus artículos 36 a 41, señalando en su Artículo 36 La acción civil para la reparación de daños o indemnización de los daños y perjuicios causados por un delito solo podrá ser ejercida por el damnificado con el autor y los partícipes del delito y en su caso contra el civilmente responsable.

Artículo 37. La acción civil podrá ser ejercida en el proceso penal conforme con las reglas especiales previstas en este código o intentase ante los tribunales civiles, pero no simultáneamente en ambas jurisdicciones.

4.3. Ley de Imprenta.

La Ley de Imprenta dispone con relación a la reparación del daño moral por violación a los derechos de la personalidad.

Artículo 1. Todo hombre tiene el derecho de publicar sus pensamientos por la prensa, sin previa censura, salvo las restricciones establecidas por la presente ley.

Artículo 27. Los delitos de calumnia e injuria contra particulares quedan sujetos a la penalidad del Código y su Juzgamiento pertenece a los tribunales ordinarios, a no ser que el ofendido quiera hacer valer su acción ante el Jurado.

4.4. Ley 369, Ley General de las Personas Adultas Mayores.

La Ley General de las Personas Adultas Mayores, se rige bajo los principios de la No violencia y buscar prevenir un maltrato que afecte la integridad moral de las personas adultas.

Artículo 3. inciso 1) No violencia, Busca prevenir y erradicar toda conducta que cause lesión interna o externa, o cualquier otro tipo de maltrato que afecte la integridad física, psicológica, sexual y moral de las personas adultas mayores. Inciso 5)... garantizar el desarrollo e incorporación de las personas adultas mayores a la sociedad con dignidad e integridad.

Artículo 5.- El derecho a una vejez digna es garantizado a través de: Un desarrollo integral, sin discriminación y sin violencia.

4.5. Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de Violencia.

Artículo.2. Esta ley tiene por objeto establecer mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección y reparación a las mujeres en situación de violencia, así como la persecución y sanción a los agresores, con el fin de garantizar a las mujeres una vida digna y el ejercicio pleno de sus derechos para Vivir Bien.

5. Análisis de la Reparación del Daño Moral en Nuestra Legislación.

De un análisis de nuestra norma civil, se ha podido establecer que la existencia de daño moral puede dar pie a un reclamo ante un juez civil, así también cuando proviene de delito pueda dar pie para la reparación del daño a una acción civil para la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por un delito siendo ejercida en un proceso penal ante los tribunales civiles.

En este punto y a fin de dar respuesta a los objetivos del tema y bajo el supuesto que la persona ha elegido la vía civil, en nuestra práctica jurídica la persona agraviada, cuando plantea su demanda debe seguir los pasos del código de procedimiento civil y accionar una demanda ordinaria, cumpliendo con los requisitos previstos en el Artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, teniendo presente lo dispuesto en el inciso 8 y 9 del señalado artículo.

Sin embargo esta norma ritual poco cumple cuando hablábamos de la reparación por daño moral ya que considero que la misma al no ser considerada específicamente en el código civil es muchas veces ignorada y poco valorizada tanto por los abogados litigantes, las partes y los funcionarios judiciales, ya que existe una serie de falencias las cuales se detallaran a continuación a fin de que las mismas puedan ser consideradas y reparadas.

5.1. Errores al momento de presentar la demanda.

- ❖ Las demandas solo enuncian como pretensión la reparación de daño moral sin presentar los fundamentos necesarios en su demanda para que el mismo sea considerado.
- ❖ Asimismo la falta de presentación de pruebas al momento de presentar la demanda.
- ❖ La falta de cuantificación por reparación de daño moral y la diferencia con la reparación de daño material ya que son dos cosas distintas que deben merecer igual importancia, debiendo cuantificarse ambas por separado.

- ❖ La mera enunciación de: “Demandan x más el pago de daños y perjuicios daños materiales” sin la fundamentación necesaria para cada una de las pretensiones que se realizan puede ser considerada por el Juez de la causa.

5.2. Errores al momento de ser admitida la demanda.

- ❖ Las demandas son admitidas sin cumplir los requisitos expuestos en el Artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, al no señalar con exactitud la cosa demandada debiendo diferenciarse en la misma la indemnización del daño material y del daño moral siendo que la última por lo general no se fundamenta.
- ❖ Los abogados no fijan la cuantiar en la demanda sobre reparación de daños y la misma es admitida con esa falencia.

5.3. Errores en la tramitación de proceso la Sentencia.

- ❖ No se señala en el auto de calificación del proceso los puntos que se deben probar con relación al daño moral, limitándose únicamente al juzgador a señalar “Probar los daños y perjuicios ocasionados”.
- ❖ En las sentencias analizadas se pudo verificar que los jueces no hacen referencia a la reparación del daño moral y mucho menos una fundamentación sobre la pretensión de reparación de la misma. Lo que da lugar a que apelación no tenga fundamento para refutar la sentencia; Provocando con esto que las mismas puedan ser anuladas lo cual conduciría a una innecesaria dilatación del proceso.
- ❖ Las Sentencia que declaran probadas las demandas sobre reparación de daño moral no fijan cuantitativamente el monto a indemnizar, señalando

únicamente que la misma se califique en ejecución de Sentencia, lo que viola el Artículo 195 del Código de Procedimiento Civil y alarga más su proceso.

6. Declaraciones y Tratados Internacionales.

Las normas de carácter internacional son aquellas que regulan lo relativo a la protección del patrimonio moral contra las injerencias arbitrarias a la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, los ataques a la honra, reputación, la dignidad y de la cuales Bolivia es parte siendo los siguientes tratados.

El derecho al respecto a la vida privada o intimidad, al honor e incluso a la imagen propia son considerados ya como derechos humanos fundamentales establecidos por diversos instrumentos internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 (Artículo 12) el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Artículo 17 y 19), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Artículo 16), instrumentos firmados y ratificados por nuestro país, sin embargo cabe señalar que existen otros instrumentos como son la: Convención de Roma para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1959 la declaración de los Derechos y Libertades fundamentales aprobadas por el parlamento europeo y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los pueblos de 1981 y de los cuales Bolivia no es parte.

6.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En su Artículo 12 establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

6.2. Pacto Internacional al de Derechos Civiles y Políticos.

En su Artículo 17 establece las mismas disposiciones que en el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en su Artículo 19 al hablar de la libertad de expresión señala que el ejercicio de ese derecho entraña deberes y responsabilidades especiales por lo que podrá estar sujeto a ciertas restricciones fijada por la ley y que sean necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas.

6.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José.

El Artículo 11 se refiere a que toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y que por tanto no deberá ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, domicilio, correspondencia, ni deberá sufrir ataques ilegales a su honra o reputación y establece también el derecho de la persona a ser protegida por la ley contra esas injerencias o ataques.

El Artículo 13 establece la libertad de pensamientos y expresión determinando que no deberá existir previa censura, pero que el ejercicio de esos derechos estará sujeto a responsabilidades ulteriores mismas que deberán, estar expresamente fijadas por la ley y que deberán tender a asegurar entre otras cuestiones el respeto a los derechos o la reputación de los demás.

7. Leyes Internacionales con Relación a la Protección y Reparación del Daño Moral.

Siempre analizamos cuando nos referimos al derecho comparado, la legislación española, notándose en ella, una evolución con respecto a la indemnización de los daños morales, quedando en criterio prudencial de los juzgadores la determinación de la cuantía de los daños, partiendo de criterios tales como: las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión efectivamente producida, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. El criterio de la medida del daño que ha de resarcirse lo da el nexo causal entre el acto ilícito y el daño, sus circunstancias la gravedad de la lesión difusión, o audiencia del medio en que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

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

Existiendo en el ordenamiento español la ley sobre responsabilidad de civil y seguro en la circulación de vehículos de motor y el Código Penal en su Artículo 113, la ley de Propiedad Intelectual en su Artículo 133 y siguientes prevén la indemnización de perjuicios materiales y su extensión a los morales.

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

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

El artículo 1393 establece las bases para la indemnización. Esa indemnización será determinada por el Juez competente, quien tomara en cuenta las siguientes circunstancias: I. La Naturaleza del daño. II. Los derechos lesionados. III. El grado de responsabilidad. IV. La situación pecuniaria o el nivel de vida del responsable. V. El grado de repercusión de los daños causados y VI. Los usos y costumbres del lugar donde se causó el daño.

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

En el Código Civil Venezolano se recoge en su Artículo 1196 que "... la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito el juez puede especialmente acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal como también en caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada..."

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

De la revisión hecha de toda la legislación comparada se evidencia una tendencia mayoritaria a reparar el daño moral pecuniariamente.

CAPITULO V

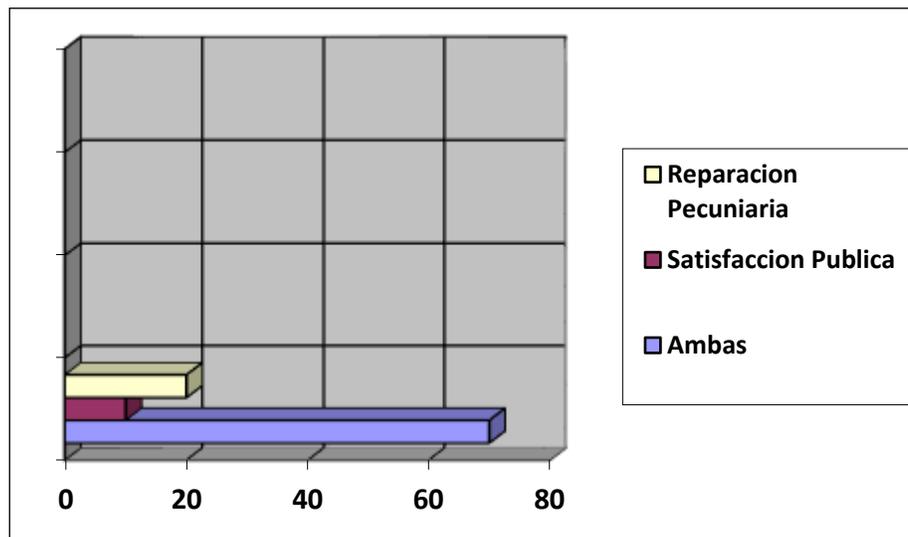
MARCO PRÁCTICO

1.RESULTADO DE ENCUESTAS

Con la finalidad de respaldar la presente tesis se realizó encuestas a los jueces de los 15 juzgados de partido en lo civil, que actualmente se encuentran ejerciendo funciones en la ciudad de La Paz.

1. ¿Luego de admitir una demanda por daño moral, cual es la forma de reparación que su autoridad aplica?

Cuadro estadístico:

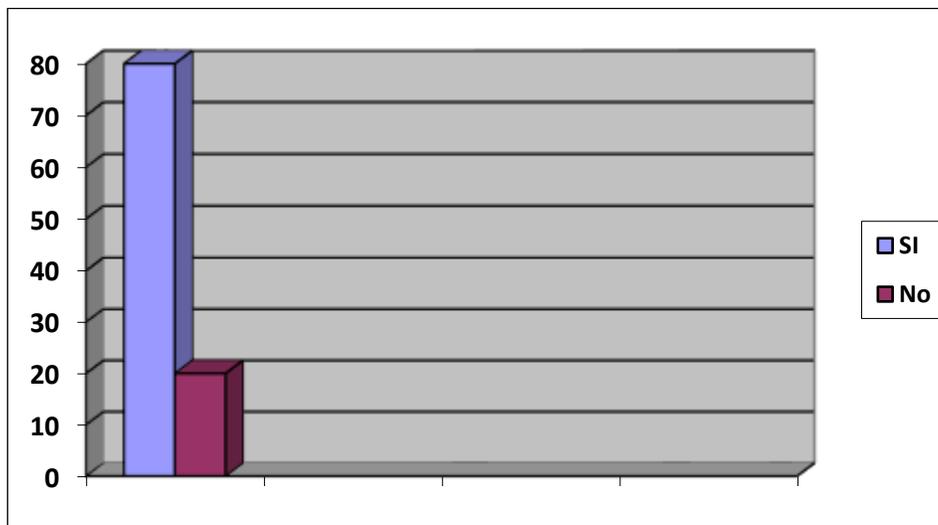


- ❖ El 70% de los Jueces considera que la mejor forma de reparación cuando se ha probado una demanda por daño moral es que el responsable publique una satisfacción pública y se imponga una reparación pecuniaria a fin de que la reparación sea integra. Asimismo consideran que cada caso es diferente y particular y no se puede considerar a todos por igual.

- ❖ El 10% de los Jueces considera que la mejor forma de reparación por daño moral es que se publique una satisfacción pública (toda vez que consideran que el daño moral no puede cuantificarse en términos económicos).
- ❖ El otro 20% considera que la mejor forma de reparación es la reparación pecuniaria. Sin embargo, comentaron que es muy difícil establecer el monto a indemnizar.

2. ¿Considera necesario que exista una ley específica para reglamentar la reparación del daño moral?

Cuadro de Resultados:

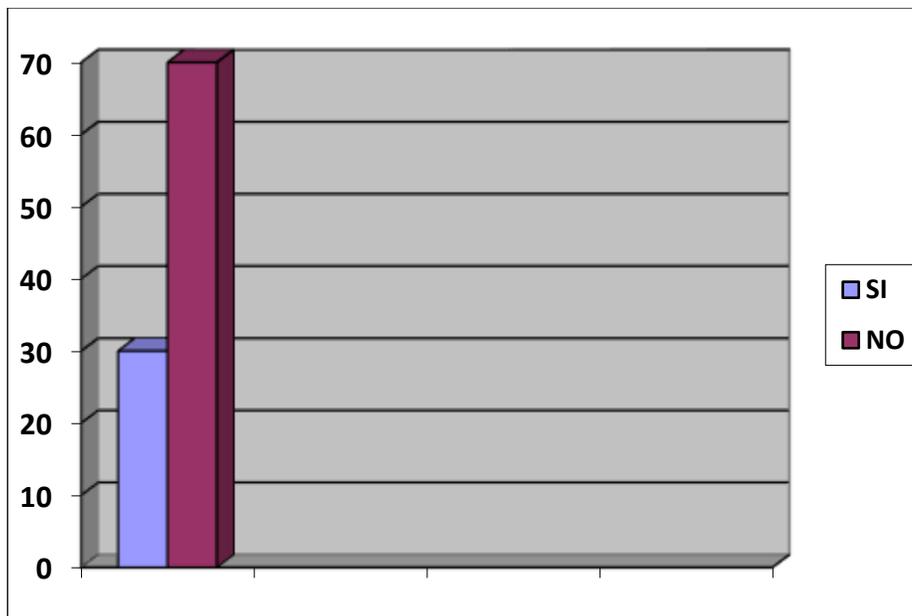


El 80% de los encuestados dijo que “SI” consideran necesario una Ley específica, por los siguientes motivos:

- ❖ El Código no expresa nada sobre la reparación del daño moral.
- ❖ Con una Ley específica nos evitaríamos de confusiones en la elaboración de las sentencias.

El 20% dijo que “NO”, ya que consideran necesario la creación de una Ley específica, debido a que el código civil se encuentra implícito la reparación del daño moral.

3. ¿En caso de que una demanda por daño moral este probada, considera que nuestras normas establecen los parámetros para que se pueda determinar la reparación?



- ❖ El 70% señala que nuestra norma no establece ningún tipo de parámetro para poder determinar la reparación.
- ❖ El 30% expresa que si se establece estos parámetros de manera implícita en el Código Civil y su procedimiento.
- ❖ Esta respuesta nos llevaría a una subjetividad, en donde un Juez X podría disponer una reparación muy distinta que un Juez Y, para un mismo caso.

2. Jurisprudencia Boliviana en cuanto a la reparación del daño moral.

La inexistencia, desde el punto de vista jurisprudencial de una conceptualización clara sobre “daño moral”, obliga a analizar de modo general algunas de las sentencias que regulan la lesión de específicos bienes jurídicos y que se considera como daño moral a fin de intentar las características que la jurisprudencia ha dado al daño moral su reparación.

AUTO SUPREMO N°415 Sucre, 12 de octubre de 2007

“El daño moral en general constituye el detrimento o desprestigio que sufre una persona y que viene a afectar ya sea su honra (daño moral), su persona (daño físico), o sus bienes (daño material) y el perjuicio implica todo lo que se deja de ganar como consecuencia del daño, es por esto que existe el daño emergente y lucro cesante”, como acontece en el caso presente en el que se ha ocasionado un daño injusto pasible de resarcimiento dentro de los términos que establecen los artículos 984 y 994 del Código Civil.

Este Auto Supremo es claro en señalar la diferencia entre daño moral, daño físico y daño material,.....

AUTO SUPREMO N°27 Sucre, 1 de marzo de 2006

“Que entre los “Derechos a la Personalidad” previstos en el capítulo III, Título I del Libro Primero del Código Civil, encontramos los ARts.17,18 y 23, relativos al derecho al honor, a la intimidad y a la Inviolabilidad de estos”. Así el Artículo 17 del Código Civil establece que “Toda persona tiene derecho a que sea respetado su buen nombre”. La protección al honor se efectúa en este código y demás leyes pertinentes”. A su tiempo el Artículo 18 prevé “Nadie puede perturbar ni divulgar la vida íntima de una persona...” y finalmente el artículo 23 dice: “Los derechos de la personalidad son inviolables y cualquier hecho contra el confiere al damnificado la facultad de demandar el cese de ese hecho, aparte del resarcimiento por el daño material o moral”. Como corolario de las citas

precedentes el Artículo 984 del igual sustantivo de la materia, a regular del modo de proceder ante los “hechos ilícitos”, prevé su resarcimiento y establece “quien como un hecho doloso y culposo, ocasiona un daño injusto, que queda obligado al resarcimiento”.

AUTO SUPREMO 249 SUCRE 1998 señala:

“Que de lo analizado puntualmente, se deduce que la juez a quo, incurrió en error manifiesto al valorar la insuficiente prueba producida, haciendo uso indebido del Artículo 195 del Código Adjetivo, al trasladar la cuantificación de los daños y perjuicios presuntos al procedimiento sumario en ejecución de sentencia, situación que se da únicamente cuando hubieren sido demandados accesoriamente y no en la forma principal como se la dedujo a fojas 54, correspondiendo a falta de pruebas su declaratoria pertinente, de manera que en este aspecto la alzada se halla plenamente justificada”.

Este Auto Supremo es una evidencia que más de la falta de conocimiento de algunos jueces de la norma, toda vez que la mayoría de los autos supremos analizados establecen que la calificación de los daños se hará en ejecución de sentencia lo que produce mayor retardación de justicia y que la reparación tarde más.

CONCLUSIONES

La investigación propuesta nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. La carencia legislativa en nuestro país en relación a una fundamentada regulación sobre el daño moral influye en la exigibilidad de su reparación, según corresponda y en la consecuente inexistencia de pronunciamientos judiciales.
2. A pesar del reconocimiento de los derechos de la personalidad por nuestro ordenamiento jurídico, existen reales dificultades en el logro de la protección de estos derechos (el honor, la intimidad, la propia imagen, la dignidad, entre otros), cuando han sido vulnerados por daño moral.
3. Existe una generalidad en la doctrina moderna al reconocer la reparación pecuniaria del daño moral de forma satisfactoria.
4. El daño moral es una figura jurídica que busca la protección de la persona y sus intereses, cuando estos se ven afectados por la comisión directa o indirecta de un sufrimiento o un menoscabo de índole corporal o emocional.
5. Cuando una persona es responsable del incumplimiento de un deber jurídico, sea de naturaleza contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional, tiene la obligación de resarcir el daño, si prueba y demuestra la existencia de este daño, lo que implica la aplicación de la norma rectora contenida en el artículo 984 del Código Civil.
6. Si este incumplimiento genera un daño moral, debe existir con claridad la obligación de su resarcimiento, habida cuenta que la víctima que soporta este daño, debe probar su existencia y su extensión.

7. El Código Civil Boliviano, en el artículo 994 parágrafo segundo otorga este derecho de resarcimiento de manera **restrictiva**, porque su aplicación, está limitada a la vulneración de los derechos de la personalidad únicamente.

8. Sin embargo, la realidad actual, nos muestra que el daño moral, puede estar presente, en todo incumplimiento genérico de cualquier deber jurídico que tenga por causa, a la ley o al contrato.

9. Por lo tanto, a resultas de la presente investigación, se impone una extensión normativa del artículo 994 del Código Civil en todos los casos que se prueba la existencia de un daño moral, derivado del incumplimiento de un deber jurídico contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional.

10. Porque la Constitución Política del Estado, a partir de la fecha de su promulgación y vigencia -9 de Febrero del 2009- ha cambiado el espectro de los derechos de la persona, mediante principios y valores con una visión garantista y humanista (pro homine).

Por ello, el artículo 994 parágrafo segundo del Código Civil Debe ser modificado con la siguiente redacción: **El daño moral es indemnizable siempre que se demuestre su existencia y provenga del incumplimiento de una obligación contractual, extracontractual o de origen legal o vulneración, de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional.**

11. Una extensión de aplicación normativa del artículo 994 parágrafo II del actual Código Civil, que hasta el presente, tiene una aplicación de carácter restrictivo, proponiéndose que su aplicación sea de efecto ampliado a todos los casos en que el incumplimiento de un deber jurídico, sea de naturaleza legal o

convencional, ocasione un perjuicio moral o la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional. Este precepto legal así ampliado, podrá tener aplicación no solo en materia civil, sino también en todos los órdenes normativos de la estructura legislativa boliviana.

12. Adoptamos la tesis resarcitoria del daño moral porque la indemnización no tiene carácter de sanción sino satisfactorio.

RECOMENDACION

El Estado Plurinacional de Bolivia a través del Órgano Legislativo debe considerar la importancia de regular en la legislación civil boliviana, la definición de daño moral y el procedimiento para cuantificar y resarcir el mismo, ya sea que provenga del incumplimiento de una obligación sea de origen contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional.

ANTEPROYECTO DE LEY

De conformidad y en aplicación del artículo 162, de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en lo referido a la iniciativa legislativa ciudadana, párrafo I, inciso 1, me permito elevar a consideración de la Asamblea Legislativa Plurinacional, la presente reforma de un artículo 994 del Código Civil referido al:

RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN EL ACTUAL CODIGO CIVIL BOLIVIANO.

La Constitución Política del Estado que en sus Artículos 21 inciso 2 y 22 establece la protección de los Derechos de la Personalidad, basándose en los principios de igualdad libertad y solidaridad, los que están inmersos en los valores y principios que la misma proclama.

El Código Civil a momento de su aprobación disponía en el Libro Tercero de las Obligaciones, Título VII De los Hechos Ilícitos, artículo 994 párrafo segundo la figura del Resarcimiento del daño moral, sin embargo no aclara en qué casos corresponde realizar el mismo a través de una indemnización, deficiencia que hasta la fecha no fue superada puesto que dicha disposición no fue modificada, lo cual provoca que el referido artículo no tenga armonía con la Constitución Política del Estado en actual vigencia, al dejar desprotegidos los derechos fundamentales de toda persona.

Al existir vacíos de aplicación normativa, en cuanto al resarcimiento del daño moral se hace necesario ampliar y modificar el código de Civil en su Artículo 994 párrafo segundo para compatibilizar con la actual Constitución Política del Estado, hasta tanto se promulgue un nuevo Código Civil acorde con la norma fundamental.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL.

DECRETA:

Artículo Único. De conformidad con el Artículo 162, de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, acogiendo la iniciativa legislativa ciudadana propuesta, se complementa y modifica el Artículo 994 parágrafo segundo del Código Civil en actual vigencia de la forma siguiente:

Artículo 1. (RESARCIMIENTO).- El daño moral es indemnizable siempre que se demuestre su existencia y provenga del incumplimiento de una obligación sea de origen contractual, extracontractual, legal o de la vulneración de cualquier derecho fundamental o garantía constitucional.

Artículo 2.- (LEGITIMACION PASIVA).- Esta obligación se impone a cualquier sujeto de derecho que incurra en esta previsión.-

BIBLIOGRAFIA

1. **MOREAU, JAQUES.** “Les choses dangereuses en droit administratif français”, en Travaux Henri Capitant, Paris, 1967.
2. **ALBERTO LUNA YAÑEZ,** Curso de Derecho Civil Obligaciones, Sexta Edición, editorial “TEMIS”.
3. **ORAMAS GROSS, ALFONSO.** Responsabilidad Civil Orígenes y Diferencias Respecto de la de la Responsabilidad Penal. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas. Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador. Desarrollado por MMC Design <http://www.revistajuridicaonline.com>.
4. **JIMENES de ASUA, LUIS.** Tratado de Derecho Penal, T.I. Pág.286, Editorial Losada.Bs.As.1.977.
5. **LA BIBLIA LATINOAMERICANA,** Editorial Verbo Divino, Edición LXXXVII, Impreso en España. 1989. Pág., 14 Nuevo Testamento.
6. **MARTINEZ RAVE, GILBERTO.** Responsabilidad civil Extracontractual. 10ma Edición. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá. 1988.
7. **MEDELLIN A., CARLOS J.** Lecciones de Derecho Romano. 14ta Edición, Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2002.
8. **IGLESIAS, JUAN.** Derecho Romano. Edición Actualizada. Editorial Ariel S.A. 1999. España.
9. **AGUILAR GUERRA, VLADIMIR OSMAN.** Derecho de Obligaciones. 2º Edición. Guatemala 2005.
10. **JORGE PEIRANO FACIO.** Responsabilidad Extracontractual, Pág.118, Edición TEMIS, Bogotá, 1981.
11. **COLECCIÓN JURÍDICA GUTTENTAG,** Derecho de Obligaciones, La Paz, Bolivia 1.990.
12. **GARCIA MÁYNEZ, EDUARDO.** Introducción al Estudio del derecho. 49º Edición. Editorial Porrúa.1998.
13. **ORAMAS GROSS, FERNANDO.** Revista Jurídica On Line 2008.

14. **MOSSET ITURRASPE, JORGE.** Estudios sobre responsabilidad por daños. Editorial Santa Fe Rubinzal – Culzoni. 1980.
15. **ITURRASPE, JORGE MOSSET.** Estudios Sobre Responsabilidad Por Daños.
16. **LARENZ. KARL.** Derecho de Obligaciones, traducido por J. Santos Briz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959.
17. **TAMAYO. JARAMILLO. JAVIER.** De la Responsabilidad Civil, T. 2, De los perjuicios y su indemnización, Bogotá, Editorial Temis, 1986.
18. **CODIGO CIVIL BOLIVIANO LEY N° 1992.**
19. **RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D.** Derecho Romano. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2001.
20. **OSSORIO, MANUEL.** Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires - Argentina. Editorial Heliastica. 1974. Pág. 194.
21. **VALENCIA ZEA, AURTURO y ORTIZ MONSALVE, ALVARO.** Derecho Civil de las Obligaciones. Novena Edición Tomo III, Santa Fe Bogotá - Colombia. Editorial Temis. 1998. Pág.
22. **ZANNONI EDUARDO.** El Daño de la Responsabilidad Civil
23. **GHERSI. CARLOS A.** Teoría General de la Reparación de daños. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Ciudad de Buenos Aires. Argentina. 1997. Página 62.
24. **SANTOS BRIZ JAIME.** Derecho civil. Teoría y Práctica. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Tomo III. Editorial Revista D. Privado. Editorial D. Financiero Madrid 1973.
25. **LUIS DIEZ PICAZO,** Derecho de daños, Primera Edición 1999, Civitas Ediciones, S.L. Pág.239.
26. **STIGLITZ GABRIEL.** Ed. La Ley. Bs. As. 1.987.
27. **GOLDENBERG, ISIDORO,** La Relación de Causalidad en la responsabilidad Civil, Pag.21, Ed. Astrea, Buenos Aires. 1.989.
28. **COMPAGNUCCI DE CASSO, RUBEN,** La Responsabilidad Civil y relación

de causalidad, Editorial Astrea, Bs. As. 1.984. pág.23.

29. **BORDA GUILLERMO**, Manual de las Obligaciones, pág. 454, Ed. Perrot, Bs. As. 1.986.
30. **E. ROCA TRIAS. V.L. MONTES PENADES** Teoría general de la Obligación. Derecho de obligaciones y contratos.
31. **CARLOS CREUS CARLOS**. Reparación del daño producido por el delito. Editorial Santa Fe Rubinzal -Culzoni. Argentina 1995. Página 12.
32. Gaceta Oficial, Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de fecha febrero de 2009.
33. **GUMUCIO HINOJOSA WALTER**, Constitución Política del Estado Comentada, Interpretada, doctrina, Concordada con Tratados Internacionales y Leyes Especiales.
34. **CÓDIGO CIVIL**, Decreto Ley 12760, de 6 de Agosto de 1975.

WEBGRAFIA

- 1. DUNS SCOTO JUAN.** Wikipedia Responsabilidad Civil. Enciclopedia Libre On Line. <http://es.wikipedia.org>.
- 2. MAC DONALD, ANDREA FABIANA.** El daño moral en el derecho laboral y su aplicación en el ámbito contractual y extracontractual. Diario Judicial. <http://www.diariojudicial.com>. Mayo 1997
- 3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 18 de Septiembre de 2009, M.P.: William Namén Vargas, Exp. 20001-3103-005-2005-00406-01. Tal concepto ha sido sostenido en diferentes sentencias por tal Corporación, a modo de ejemplo el fallo del 13 de Mayo de 2008 y del 09 de Julio de 2010.
- 3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** Sala de Casación Civil. Bogotá, Sentencia 05 de Mayo de 1999, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles, Exp. 4978.
- 4. LEIVA DE GHIRINGHELLI, MARIA TERESA.** El Antiguo Romano y la Iniuri-
<http://www.edictum.com.ar>.

ENCUESTA

Mi nombre es Marcela Kantuta Vásquez, estudio en la Universidad Mayor de San Andrés, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Carrera de Derecho, como parte de mi tesis profesional titulada **LA EXTENSION NORMATIVA DEL CONCEPTO DEL DAÑO MORAL EN EL ACTUAL CÓDIGO CIVIL**, debo realizar un trabajo de campo en los Juzgados Civiles y las Salas de la Corte Superior de Distrito que conocen las apelaciones en el Distrito Judicial de la ciudad de La Paz, mucho le agradeceré unos minutos de su tiempo, para obtener su punto de vista sobre este tema, ya que por su vasta experiencia, será de mucha utilidad y trascendencia para obtener conclusiones valiosas.

1. ¿Conoce usted Magistrado/Juez normas vigentes que regulen el concepto de daño moral a las personas en Bolivia?

SI

NO

Por favor, explique,

2. ¿Conoce usted Magistrado/Juez si existen procedimientos establecidos en la legislación sustantiva civil boliviana para indemnizar el daño moral a las personas?

SI

NO

Explique,

3. Si su anterior respuesta fue negativa ¿Considera que es conveniente regular dicha figura en la legislación civil?

SI

NO

Explique,

4. ¿Podría indicarme si han planteado demandas por reparación de daño moral en su Juzgado?

SI

NO

Explique,

5. Si su anterior respuesta fue afirmativa, ¿Podría indicarme los criterios que ha utilizado para indemnizar el daño moral?

SI

NO

Explique,

6. ¿Considera usted como Magistrado/Juez que para establecerla valoración del daño moral se debe tomar en consideración la gravedad de la intensidad de la lesión física?

SI

NO

Explique,

7. ¿Considera usted que el daño moral debe valorarse solo en razón del perjuicio sufrido sin tomar en consideración los daños colaterales, por ejemplo la congoja, el dolor que produce el daño moral?

SI

NO

Explique,

8. ¿Cree que es conveniente establecer montos o cuantías dinerarias para resarcir el daño moral?

SI

NO

Explique,

ESPAÑA: Madre boliviana admite que mató a sus dos hijos "porque no quería que sufrieran más"

La acusada de matar a sus dos hijos ahogándolos en la bañera en el barrio del Carmel de Barcelona el 7 de abril de 2013 ha admitido ser la autora de los crímenes: "No quería que sufrieran más", ha declarado en el juicio celebrado este lunes en la Audiencia de Barcelona.

"Estaba en un pozo profundo y no veía salidas por ningún sitio", ya que su marido les había abandonado, la seguía maltratando, les iban a desahuciar en semanas de la plaza Pastrana, no tenía trabajo y estaba en situación irregular en España, es boliviana, por lo que temía que le retiraran su custodia.

En una declaración detallada en la que ha arrancado a llorar en varias ocasiones, ha afirmado que el día del crimen ella y sus hijos se tomaron pastillas de benzodiazepina (sedante) los tres juntos y que posteriormente, cuando sus hijos se durmieron, los sumergió en la bañera y los ahogó, y que su plan era acto seguido acabar con su vida: "Está claro que yo soy la culpable".

"Me sentía impotente por no poder hacer nada más. Se había acabado todo. Mis hijos solo me tenían a mí y yo a ellos", ha aclarado. Rina M. ha pedido perdón y ha admitido que se arrepiente cada minuto de los hechos: "Mis hijos, una niña de 11 años y un niño de 9, son dos ángeles que me cuidan".

Ha pedido leer para sí una de las cartas de despedida que escribió en su día a su hermano, para comprender por qué mató a sus hijos, y finalmente la ha leído en voz alta: "Estoy cansada de todo. Solo quiero dormir y no despertarme. Lo que pasamos es muy duro".

Ha relatado que, tras el intento de suicidio el día de los crímenes, lo intentó otras tres veces en prisión, donde ha estado recluida desde que fue detenida el mismo día de los hechos, pero que tras recibir tratamiento psicológico ha entendido que "para llegar donde están ellos" no puede suicidarse.

"Al quitarme la vida solo iría al infierno. Si luchó por mi vida y hago el bien iré donde están ellos. Aunque eche de menos a mis hijos y los llore cada segundo", ha argumentado. Durante el interrogatorio, la acusada ha explicado su situación familiar desde que llegó a España en 2007, y que pese a que su marido Luis F. estaba en situación legal, no quiso regularizarla y solo lo hizo con sus hijos.

A finales de octubre de 2012 su marido se marchó de casa con otra mujer y los "abandonó", no les pasaba ninguna pensión, despreocupándose del proceso de desahucio pese a ser el titular y responsable de la vivienda.

Aún así, continuaba teniendo las llaves de la casa, la maltrataba y acudía a menudo a la vivienda: "Cuando ponía el pestillo golpeaba la puerta, las ventanas, no nos dejaba dormir, me amenazaba".

Rina M. estaba bajo tutela de los servicios sociales y había interpuesto tres denuncias por maltrato, aunque siempre se tiraba atrás y renunciaba a acusar a su marido, por lo que habían sido archivadas.

Al preguntársele por qué no regresó a Bolivia, su país de origen, donde estaba su familia, ella ha indicado que porque su hija iba a ser operada de una enfermedad en la cadera, que ella misma también había padecido, y que en su país no hubiera podido costear este tipo de intervención.

Ha concretado que recibía diversas ayudas de los servicios sociales y de una congregación religiosa, que había tramitado becas para el comedor y que recibía otras ayudas para las actividades extraescolares de sus hijos, y ha concluido que lo hacía "absolutamente todo" para que no les faltara nada.

En el momento de los hechos le habían prescrito antidepresivos y ansiolíticos aunque muchas veces no los tomaba, ha indicado. Respecto a su marido, ha dicho que le quería, que estaba obsesionada con él y que si hubiese vuelto a casa le hubiese perdonado: "Tenía un problema con Luis".

La fiscal pide 40 años de cárcel para ella por dos delitos de asesinato con el agravante de parentesco y una indemnización al padre de los menores de 200.000 euros por el daño moral causado.

Su abogado, Francesc Bonatti, que en su momento pedía su absolución ya que ella aseguraba no recordar nada, ahora pedirá que se le aplique algún eximente por trastorno psicológico.