

LA TRANSMISIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL*

*Reinerio Rodríguez Corría***

RESUMEN

El daño moral es considerado como una de las formas que adopta el daño civil. Puede definirse como la violación de los derechos inherentes a la personalidad o cualquier otro tipo de afectación en los intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidad intelectual, producidos por un acto ilícito. La reparación pecuniaria del daño moral procede siempre que se entienda que la misma, cumple funciones de compensación y satisfacción, nunca de equivalente. El derecho a la reparación pecuniaria del daño moral es personal, pero puede transmitirse, tanto *inter vivos*, como *mortis causa*. El tema de los medios de prueba requeridos para probar el daño moral es tratado de forma diferente; pero la posición dominante exige una prueba directa y convincente, que sea apreciada por el tribunal.

Palabras clave: Daño moral, responsabilidad civil, prueba (derecho), indemnización judicial

ABSTRACT

The moral damage is accepted as one of the ways of damage. It is reasonable to define then as that which takes place for the violation

Fecha de recepción: 1º de abril de 2005

* El trabajo que aquí se presenta, se centra en uno de los capítulos de la tesis doctoral presentada en julio de 2003 ante el Tribunal Permanente de Grados Científicos para las Ciencias Jurídicas de la República de Cuba.

** Doctor en ciencias jurídicas por la Universidad de La Habana. *Master* en derecho privado por la Universidad de Valencia, España. Profesor principal de derecho civil parte general y derecho de familia en la Facultad de Derecho de la Universidad Central “Marta Abreu” de Las Villas. Miembro de número de la Sociedad de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba.

of the inherent rights to the personality, as well as any type of affectation or interference that the human being suffers in his interests, aspirations, feelings or intellectual capacities as consequence of an illicit act. The pecuniary repair of the moral damage proceeds whenever it is understood that it is carrying out its functions of compensation and satisfaction, never of equivalent. The pecuniary repair of the moral damage is personal, but it is transmissible inter vivos or mortis causa. Another controversial topic concerns the burden of proof required in cases of moral damage; the dominant position nowadays demand clear and convincing evidence, that be appreciated for court.

Key words: Moral damage, civil responsibility, probation (law), compensation (law).

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NATURALEZA DEL DERECHO RESARCITORIO
 - 2.1. Derechos reales y personales
 - 2.2. El patrimonio y la reparación del daño moral
3. LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL
 - 3.1. La transmisión *inter vivos* del derecho a la indemnización del daño moral
 - 3.2. La transmisión *mortis causa* del derecho a la indemnización del daño moral
 - 3.2.1. La transmisión *mortis causa* del derecho nacido antes de la muerte del perjudicado
 - A) Caso de la acción ya iniciada
 - B) Caso de la acción no ejercitada cuando sobreviene la muerte
 - 3.3. La indemnización por causa de muerte
4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL Y DE LA CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO
 - 4.1. Primero, probar el daño; después justificar la cuantía reclamada
 - 4.2. ¿Deben existir reglas para fijar la cuantía de la reparación?
5. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil evolucionó de ser una deuda de responsabilidad a convertirse en un crédito de indemnización; la denominación *derecho de daños* va sustituyendo a la ya clásica *responsabilidad civil*.

La valoración del criterio de imputación objetiva, ha desplazado la atención hacia el resultado del acto ilícito: el daño. Así se va imponiendo la objetivación de la responsabilidad¹.

El daño se convierte en el elemento central de la relación, y se le valora como toda lesión de un interés legítimo², aceptándose el daño moral como una de sus formas. Sin embargo, su concepto y ámbito de aplicación no son tratados de manera uniforme³.

Para ofrecer un concepto, parto de los principios que considero básicos en el tema, a saber: la protección integral del ser humano y no sólo de los derechos inherentes a la personalidad; y la posibilidad de que el daño moral se presente no sólo por el acto ilícito cometido directamente contra la víctima, sino también por las consecuencias negativas que, en el plano emocional, puede provocarle la muerte de sus familiares más allegados⁴.

En el caso de los parientes, y después de realizar un extenso análisis jurisprudencial, GARCÍA LÓPEZ deduce la existencia del siguiente orden de preferencia:

- a) Si subsisten miembros de la familia nuclear⁵, en principio ellos ostentarán la legitimación para solicitar la indemnización;

1 Cfr. artículo 81 del Código Civil cubano: “Los actos ilícitos son hechos que causan daño o perjuicio a otro”.

2 AA.VV., *Manual de derecho civil*, vol. II (“Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato”), Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 462.

3 Vid. dentro de los conceptos más significativos los expuestos por, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, pág. 224, y GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 80.

4 La determinación de cuáles son esos parientes ha sido variable en la doctrina y la jurisprudencia. Según GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, pág. 254, en algunos casos el Tribunal Supremo español ha utilizado la expresión parientes más allegados, lo que evidentemente lleva una fuerte carga de indeterminación. Para este autor sería más conveniente hablar de familia nuclear.

5 Debe precisarse que el término familia nuclear se emplea para designar a aquella que está formada por los cónyuges y sus hijos.

- b) El resto de los parientes tendrá legitimación en los siguientes casos: cuando formen parte de hecho de la familia nuclear por convivir con ella como un miembro más; y cuando, aun no formando parte de dicha familia, demuestren, a pesar de todo, la existencia de fuertes y especiales vínculos afectivos, entendiéndose por tales, la asimilación o equiparación a los que normalmente se dan entre los miembros de la familia nuclear.

En nuestro caso, teniendo en cuenta las tradiciones sociales y culturales de nuestra sociedad, en las cuales se reconoce y potencia la familia nuclear, aunque en ocasiones se confunde con la ampliada o coexisten varias familias nucleares, esos familiares deben ser el cónyuge, o el compañero de una unión matrimonial no formalizada, y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad; sin embargo, no debe desconocerse que si bien esta debe ser la regla, en muchos casos, el dolor por la muerte de otros familiares de grado más lejano, pero de mayor cercanía de convivencia y afectividad también puede provocar un daño moral, por lo que el problema de la mayor o menor cercanía del grado de parentesco, será determinante a nuestro juicio, de la prueba del daño moral. Así, en el caso de la muerte del cónyuge y de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, el daño moral se presume⁶; mientras que en el caso de otros parientes será necesario probar la afectividad y consecuentemente el daño emocional o psíquico sufrido por la muerte. En un tema tan cercano a los sentimientos, no pueden fijarse reglas inflexibles y mucho menos dejar de considerar las condiciones y circunstancias de la realidad social.

Se impone hoy un concepto amplio de daño moral, que lo entienda como aquel que se produce por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, así como cualquier tipo de afectación o perturbación que sufra el ser humano en sus intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidades intelectuales como consecuencia de un acto ilícito. Dentro de las afectaciones sentimentales se incluye, como regla, el dolor causado por la muerte de su cónyuge, o compañero de unión matrimonial no formalizada, o de sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad; aunque puede considerarse la muerte de otros familiares, previa demostración de la afectividad existente entre el fallecido y el reclamante y del dolor sufrido por éste.

6 GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, pág. 255, nota 443, cita la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2ª, de 15 de abril de 1988, que concede indemnización a los nietos, porque, “con convivencia o sin ella, se presume el dolor, la aflicción y el pesar causados por el fallecimiento violento de su abuela”, aunque aclara que en ese caso los nietos eran los parientes más cercanos de la difunta.

Pero el mayor problema en el ámbito del daño moral es el de su reparación monetaria, que se ha impuesto lentamente⁷.

La reparación del daño moral, producido por un acto ilícito, debe combinar la reparación *in natura*: retractación pública del ofensor, publicación de las sentencias de condena y el retiro o destrucción de los objetos a través de los cuales se produjo el daño, con la reparación pecuniaria que cumple funciones de compensación y de satisfacción, en tal sentido se impone una modificación de las normas que regulan la reparación del daño moral en el Código Civil cubano.

Si se parte de aceptar el concepto ya expuesto de daño moral y la posibilidad de repararlo pecuniariamente surge, inmediatamente, la necesidad de analizar la naturaleza de ese derecho resarcitorio y específicamente la posibilidad de que sea transmitido, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, así como las vías para probar la cuantía reclamada en concepto de indemnización.

En el presente artículo pretendo sentar las bases doctrinales y legales para explicar estos aspectos.

2. LA NATURALEZA DEL DERECHO RESARCITORIO

Según se ha señalado, el derecho a la indemnización de los daños morales es un derecho resarcitorio. Tradicionalmente, a este tipo de derecho, al relacionársele únicamente con el daño patrimonial, se le han atribuido las características de relatividad, patrimonialidad, transmisibilidad, disponibilidad y renunciabilidad. Sin embargo, en el caso del derecho al resarcimiento de los daños morales, aun aquellos que lo aceptan, no coinciden en determinar si su naturaleza es personal o patrimonial; y como se sabe, determinar la naturaleza de un derecho es fundamental para analizar, entre otras, la posibilidad de transmisión *inter vivos* o *mortis causa* o el ejercicio de la acción subrogatoria por parte de los acreedores. Aunque no es objetivo de esta investigación analizar, con la profundidad que el tema requiere, todas estas posibilidades, sí creo necesario fijar la naturaleza del derecho que se ha defendido

7 GARCÍA SERRANO, F. de A., "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", *Anuario de derecho civil*, julio-septiembre/1972, pág. 815, señala tres etapas: a) en la primera, no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral, b) en la segunda, se indemnizan aquellos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial. Más que el daño moral lo que verdaderamente se sanciona es el patrimonial indirectamente causado, c) finalmente, se admite la indemnización de los daños morales puros, con independencia de las posibles repercusiones patrimoniales que de los mismos deriven. Su admisión se inspira, además, en criterios de amplitud.

como indemnizable y apuntar los principales argumentos a favor o en contra de su transmisibilidad; ya que así estaremos ofreciendo un argumento más a favor de su aceptación.

2.1. Derechos reales y personales

La distinción entre derechos personales y reales o patrimoniales, aunque aparentemente es un tema sencillo, realmente no es así. Atribuir la condición de personal a un derecho ha llevado directamente a atribuirle las notas de intransmisibilidad e imposibilidad de ejercitar la acción subrogatoria; aunque se señalan excepciones a esta regla general⁸.

Por otra parte, se conoce que las obligaciones civiles son transmisibles por naturaleza, excepto las que procedan de aquellas relaciones jurídicas en las que las personas del deudor o del acreedor, y sobre todo sus características o habilidades son factor esencial de la prestación⁹, esto se ha positivado y se expone como excepción a la muerte de la persona natural como forma de extinción de las obligaciones¹⁰.

Puede coincidirse con GARCÍA LÓPEZ¹¹, quien a su vez cita a BARBERO, en que lo que determina la naturaleza de un derecho es su finalidad, porque en verdad, la naturaleza de una institución no se determina tanto por la naturaleza de su objeto como por el carácter de su finalidad; siendo propiamente ésta la que viene a actuar como el elemento que configura las normas a aplicar.

Para concretar la naturaleza del derecho a la indemnización del daño moral es necesario dejar claramente sentada la relación que existe entre el objeto de esa indemnización y el patrimonio.

8 Por ejemplo, BONET RAMÓN, F., *Compendio de derecho civil*, t. I, Madrid, 1959, pág. 275; y GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, págs. 158-159, señalan que en el usufructo es transmisible *inter vivos*, pero no *mortis causa*.

9 *Vid.* BONET RAMÓN, F., *op. cit.*, pág. 275.

10 Cfr. Código Civil cubano, artículo 305 1. La muerte de la persona natural extingue las obligaciones para cuyo cumplimiento es indispensable su participación personal.

2. La muerte del acreedor extingue la obligación cuando la prestación tenía por objeto satisfacerle una necesidad personal.

11 *Op. cit.*, pág. 160 y en particular nota 272.

Como se conoce, existen diversas teorías en cuanto a la naturaleza jurídica del patrimonio, se discute además la existencia de uno o varios patrimonios para un mismo sujeto; pero en un aspecto sí existe una aceptación casi unánime: el patrimonio tiene un contenido económico¹².

Si esta es la nota distintiva del patrimonio queda claro que los derechos inherentes a la personalidad, y cualquiera otro personal o familiar, al no poder valorarse en dinero, quedan fuera del patrimonio. Esto tiene consecuencias importantes; recuérdese el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, a tenor del cual éste responde con sus bienes patrimoniales, presentes y futuros de las obligaciones que contraiga. En el derecho moderno estos bienes sólo pueden ser los que tengan valor pecuniario, pues de lo contrario tendríamos que aceptar que se puede exigir el cumplimiento de una obligación en la persona del deudor.

Para evitar equívocos, es necesario recordar que una cosa es la esfera jurídica del sujeto y otra el patrimonio, éste es parte de aquélla pero no la agota. Al respecto CASTÁN¹³ ha señalado que,

“la esfera de poder jurídico que tiene la persona individual comprende bienes personales (como la vida, el nombre, el honor...), bienes patrimoniales, que se desenvuelven en la esfera de carácter económico que rodea a la persona, y bienes familiares y sociales que representan el poder de ésta dentro de las organizaciones en las que se desenvuelve”.

Sin embargo, debe precisarse que, una cosa es la naturaleza del bien lesionado y otra la del bien o derecho en que se traduce la responsabilidad. Como ya se ha explicado la lesión de un bien extrapatrimonial hace nacer una forma de indemnización que por su contenido es patrimonial; y esto es posible por estar situados los bienes extrapatrimoniales en la esfera jurídica del sujeto y ser susceptibles de protección jurídica, ya que no es necesario, para que nazca el derecho a la indemnización que los bienes afectados se encuentren dentro de la parte patrimonial de la esfera jurídica.

2.2. El patrimonio y la reparación del daño moral

Ahora bien, lo realmente importante es, precisar qué función cumple el patrimonio en la indemnización de daños y perjuicios.

12 CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, decimoquinta edición, Reus, Madrid, 1988, pág. 580 plantea: “sobre esta nota de pecuniariedad, esencial a la noción del patrimonio, hay muy pocas discrepancias en la doctrina científica”.

13 CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pág. 322.

En el caso de los daños patrimoniales, la indemnización persigue reponer dentro del patrimonio aquellos bienes dañados, o restablecer, mediante la entrega de una suma dineraria, el equilibrio patrimonial. Esto justifica su transmisibilidad *mortis causa* y el ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores afectados.

En cuanto a los daños morales, ha quedado claro que, aunque pueden repercutir en el patrimonio, por naturaleza no trascienden a la esfera económica del sujeto. Partiendo de este presupuesto la entrega de una bien patrimonial como el dinero, no equilibraría el patrimonio, sino que lo aumentaría; acto que está plenamente justificado y que no representa, como ya se explicó, una forma de enriquecimiento indebido.

Sin embargo, debe coincidirse con GARCÍA LÓPEZ¹⁴ en que, si bien el derecho a la indemnización de los daños morales ingresa en el patrimonio por su naturaleza pecuniaria o económica, el eventual beneficio no recae directamente sobre el patrimonio, sino sobre su titular, concretamente sobre los bienes personales, respecto de los cuales los terceros aparecerán como extraños.

El patrimonio es garantía de todas las obligaciones y cualquier acción no se dirige contra su titular eventual, el que puede variar, sino contra la masa patrimonial; lo que evidentemente no sucede en los derechos personales.

La indemnización de los daños patrimoniales se agota en el patrimonio; en el caso de los daños morales el patrimonio no es más que un vehículo, un ente receptor, mediador e instrumental del derecho indemnizatorio.

Sirva a modo de ejemplo, para comprender este carácter instrumental, el análisis del derecho a recibir alimentos. El concepto de éstos puede variar de un ordenamiento a otro, pero en todo caso tiene un matiz amplio, que repercute en el mantenimiento de la vida humana, como derecho inherente al ser humano¹⁵. En estos casos, la entrega de una suma de dinero en forma de pensión es un medio para lograr esos fines, que como se observa, no se limitan al plano material sino que trascienden a lo espiritual (educación, recreación, etc.). Debe, por tanto, coincidirse con un importante sector doctrinal¹⁶, en que la relación jurídica que posee como contenido el derecho de alimentos, y correlativamente la obligación de prestarlos, es una relación de

14 *Vid. op. cit.*, pág. 166.

15 En este sentido se expresa el Código de Familia cubano, en su artículo 121: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustento, habitación y vestido, y en el caso de los menores de edad, también los requerimientos para su educación, recreación y desarrollo”.

16 Véase por todos DIEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, vol. IV, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 49.

naturaleza personal, aunque patrimonial sea el objeto de la prestación, porque tal objeto se proyecta sobre la persona y no sobre su patrimonio.

A esto, debe añadirse que, el carácter instrumental del contenido alimenticio, por su fundamento y finalidad hace que trascienda del patrimonio del alimentista, no figurando como un bien contable de su patrimonio y escapando por ende, a la función de garantía que éste cumple. Por lo tanto, de la misma manera, porque el destinatario del derecho a la indemnización de los daños morales es la persona y no el patrimonio; porque tiende a reparar un daño producido a un bien moral y no a un bien patrimonial, porque tiende a hacer reentrar un bien moral que compense el padecido y no a incrementar sin más el conjunto de bienes del patrimonio, es por lo que el derecho a la indemnización por daños morales se presenta como un derecho eminentemente personal¹⁷.

Puede concluirse que, si la reparación del daño moral tiene como finalidad que el perjudicado, pueda, mediante el dinero compensar el daño sufrido por con otros bienes morales, esto sólo puede hacerse de forma personalísima, pues daño y satisfacción sólo puede apreciarlos quien sufre el primero y disfruta la segunda.

3. LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

Aunque puede deducirse de lo expuesto anteriormente, que el derecho a la indemnización es intransmisible, su peculiar naturaleza, que combina elementos personales y patrimoniales, no admite una solución totalmente negativa, lo que ha llevado a que la doctrina asuma diferentes posiciones en ese sentido.

3.1. La transmisión *inter vivos* del derecho a la indemnización del daño moral

Para algunos autores, el problema radica en el origen mismo del daño moral, que sitúan en la violación de los derechos inherentes a la personalidad. En este sentido destaca la posición de BREBBIA, para quien la acción de reparación del daño moral es personalísima, lo cual implica que corresponde únicamente al perjudicado, y no puede cederse¹⁸. Para este autor, esta última característica deriva directamente de la

17 En similar sentido se pronuncia, GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, pág. 168.

18 BREBBIA, R., *El daño moral*, 2ª edición, Córdoba, 1967, pág. 247.

“nota de intransmisibilidad específica de los derechos inherentes a la personalidad”¹⁹.

En similar sentido se pronuncia ORGAZ, para quien el carácter personal de la acción es incompatible con su transmisión²⁰.

Otros autores, se oponen a la transmisión por motivos morales. Según DEMOGUE repugna a la naturaleza en parte sentimental de la reparación del perjuicio moral que la víctima la acuñe en moneda, pero también reconoce que nada impide al perjudicado que se procure por medio de la cesión de sus derechos los recursos para una necesidad urgente²¹. Como se observa más que una oposición técnica lo que existe es predisposición a no aceptar la cesión. Similares argumentos morales esgrimen MAZEAUD-TUNC²².

En sentido totalmente contrario se presenta otro importante sector de la doctrina, sobre todo la italiana. Para DE CUPIS la condición de intransmisible del derecho violado (un derecho inherente a la personalidad), no es transferible al derecho al resarcimiento, pues éste, al tener por objeto una prestación pecuniaria, constituye un elemento del patrimonio, no distinguiéndose de cualquier otro derecho patrimonial²³. Para SCOGNAMIGLIO el derecho a recibir una suma de dinero que nace de la lesión de un bien, por no tener los caracteres de éste, entra a formar parte del patrimonio, y, al igual que los restantes elementos que lo integran, es plenamente transmisible y comerciable²⁴.

Evidentemente los argumentos de SCOGNAMIGLIO y DE CUPIS son válidos, pues no se pueden asimilar las características del derecho afectado al derecho que nace por esa afectación, pero no creo que la cuestión se resuelva simplemente por la relación entre patrimonialidad y transmisibilidad.

19 BREBBIA, R., *op. cit.*, pág. 248.

20 ORGAZ, A., *El daño resarcible*, 3ª edición, Buenos Aires, 1967, pág. 218.

21 *Vid.* DEMOGUE, R., *Traité des obligations en general*, t. IV, París, 1924, pág. 540.

22 MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, vol. I, traducción de la 5ª edición por LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pág. 548, afirman: “Sería tan chocante ver a una víctima ceder a un tercero el precio de sus sentimientos como ver que esos acreedores se apoderan de semejante valor”.

23 DE CUPIS, A., *El daño*, traducción de la 2ª edición italiana, por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975, pág. 662.

24 SCOGNAMIGLIO, R., “*Danno morale*”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. I, pág. 324. Esta posición tiene su fundamento en el principio, para él existente, de que los derechos son siempre transmisibles, a no ser que la ley disponga lo contrario.

Por otra parte el argumento de que sería inmoral la cesión del precio de los sentimientos, parece desconocer que es totalmente posible que el perjudicado, una vez que haya recibido la indemnización monetaria correspondiente, satisfaga con ella una deuda, con lo cual si seguimos este razonamiento ¿no estaría también cediendo el precio de sus sentimientos?

Considero que el autor que más se ha acercado a una explicación lógica del asunto es GARCÍA LÓPEZ. Para él, la cuestión se centra en la finalidad del derecho a la indemnización por daños morales, la que permite conjugar armónicamente los dos caracteres que a primera vista pueden parecer encontrados: la naturaleza personal y la transmisibilidad²⁵. En la decisión de transmitir el derecho puede estar, en ocasiones la satisfacción de la víctima²⁶, y recuérdese que éste es el elemento central del derecho a la indemnización. Impedir la cesión del derecho puede, por extemporaneidad, perjudicar a la propia víctima que recibiría su compensación en ese momento y no en otro, tal vez la obtención de una suma de dinero en otro momento no satisfaga en la medida que lo haría una oportuna cesión para librarse de una deuda que lo abruma o para sentir el beneficio espiritual de dar a una persona cercana en el plano afectivo, un beneficio patrimonial.

No obstante los argumentos señalados, no es ocioso reconocer que sólo se aceptaría la transmisión como excepción y siempre que ella sea el medio para lograr la reparación del daño y la consecuente indemnización del perjudicado.

3.2. La transmisión *mortis causa* del derecho a la indemnización del daño moral

Sin embargo el tema de la transmisión del derecho a la indemnización del daño moral se presenta con mucha mayor fuerza en el caso de la transmisión *mortis causa*. Para analizar esta posibilidad, creo que resulta imprescindible partir de los presupuestos que pueden deducirse (aunque siempre nos quedará la duda de cuáles son los adecuados para el autor) del excelente estudio del profesor PANTALEÓN²⁷; ellos son:

25 GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, pág. 195.

26 Así se manifiesta MINOZZI, A., *Studio sul danno non patrimoniale*, 2ª edición, Milán, 1909, pág. 210, para él, este derecho representa una unidad del haber del perjudicado, y la finalidad de este derecho indemnizatorio hace que pueda ser objeto de un contrato de cesión, de garantía o de donación, puesto que el precio de la cesión, de la garantía o la liberalidad de la donación representaría para el perjudicado la correlativa satisfacción del daño no liquidado directamente.

27 Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.A.: "Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte", *Anuario de derecho civil*, 1983, t. II, págs. 1567-1585. La lectura de este artículo constituye, a mi juicio, un verdadero deleite intelectual: por la forma (un diálogo entre dos juristas imaginarios) y por el contenido (la profusa bibliografía analizada y el análisis certero de posiciones totalmente opuestas).

- a) Se trata de una cuestión esencialmente polémica, lo cual puede comprobarse de una simple lectura de la bibliografía al respecto (el autor se toma el trabajo de agrupar los autores a favor y en contra y puede asegurarse que existe igual cantidad y calidad en uno u otro extremo);
- b) La discusión doctrinal sobre la misma es extraordinariamente complicada y, en ocasiones, confusa;
- c) El autor, tras reflexionar detenidamente sobre los problemas implicados no se atreve a afirmar que una u otra de las soluciones posibles le parezca, sin duda, la más acertada.

No obstante la referida confusión sí puede afirmarse que, al menos, es posible y conveniente diferenciar dos situaciones:

- a) Por una parte, el problema que se presenta cuando, el perjudicado por un daño moral previo, muere sin haber podido ejercitar la acción, o habiéndola ejercitado no ha logrado concluir el proceso; en cuyo caso la muerte es sólo un impedimento y no configura un caso de daño moral.
- b) Por otra, el problema que se suscita al considerar que la muerte constituye *per se* un daño moral y la consecuente transmisibilidad de la indemnización por causa de muerte.

3.2.1. *La transmisión mortis causa del derecho nacido antes de la muerte del perjudicado*

A) Caso de la acción ya iniciada

Para los autores que, como hemos analizado, identifican el daño moral con la condición personal del derecho violado, es improcedente que los herederos del perjudicado continúen ejercitando la acción que éste se ve imposibilitado de continuar. RIPERT-BOULANGER, haciendo suya la fórmula *actio personalis moritur cum persona*, se declara partidario de la intransmisibilidad de la acción basándose en que el derecho que se ejercita es de carácter personal, y se extingue con la muerte²⁸.

28 Vid. RIPERT, G. BOULANGER, J., *Traité de droit civil*, t. II, París, 1957, pág. 444.

Sin embargo, la posición dominante en la actualidad es favorable a la transmisión de la acción a los herederos del perjudicado²⁹. La justificación se basa, fundamentalmente, en que la acción, ya ejercitada, forma parte del caudal hereditario del perjudicado; así para MAZEAUD-TUNC, la acción se encontraba en el patrimonio del difunto y por tanto de la sucesión, por lo que las condenas demandadas por la víctima se pronunciarán a favor de los herederos³⁰. Similares argumentos aduce ÁLVAREZ VIGARAY, al afirmar que,

“no existe ningún obstáculo a que se efectúe la transmisión (*mortis causa*) si el perjudicado por el daño había deducido ya en vida la acción para obtener la reparación, pues, en ese caso sucederían en ella los herederos”³¹.

La transmisión también se acoge en algunas legislaciones, aunque con limitaciones³². El *Bürgerliches Gesetz Buch* (BGB), en su parágrafo 487, establece que la pretensión no es transmisible y no pasa a los herederos a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en litispendencia. Por su parte, el código polaco de obligaciones, en su artículo 165, autoriza la transmisión a los herederos de la acción de reparación del perjudicado corporal o moral en el caso de que la acción se encuentre ejercitada cuando el titular fallece. Mientras que, en la legislación española, la Ley Orgánica 1/1982 acepta expresamente la transmisión tanto de la acción ya iniciada como de la que no pudo ejercitarse³³.

B) Caso de la acción no ejercitada cuando sobreviene la muerte

En este caso, si la transmisión se realiza por vía testamentaria, debe ser aceptada sin reservas, a partir de los mismos argumentos esgrimidos para aceptar la posibilidad de la transmisión *inter vivos*, o sea la finalidad³⁴ de la acción de resarcimiento. La satisfacción espiritual de la víctima puede encontrarse en el beneficio que un tercero obtenga del ejercicio del derecho indemnizatorio.

29 Así lo afirma GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, pág. 202, quien además se apoya en el criterio de otros autores.

30 MAZEAUD-TUNC, *op. cit.*, pág. 538.

31 ÁLVAREZ VIGARAY, R., “La responsabilidad civil por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo/1966, pág. 108.

32 Según señala GARCÍA LÓPEZ, R., *op. cit.*, pág. 204.

33 Cfr. artículo 6.1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.

2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

34 Recuérdese su carácter instrumental. La suma de dinero que pueda recibirse no repara el daño *per se*, ella es el medio de la satisfacción, que puede estar perfectamente, en el beneficio que se otorga a una persona determinada.

En el caso de la transmisión *abintestato*, las posiciones doctrinales son encontradas.

Para unos, la ausencia de ejercicio de la acción presupone un perdón o renuncia de la víctima, lo que haría no ya imposible, sino innecesaria la transmisión, pues la afectación habría desaparecido³⁵.

A estos razonamientos se oponen, con acertada técnica, MAZEAUD-TUNC³⁶, alegando que tales presunciones de renuncia no son acogidas por el derecho moderno, el cual acepta sólo las renunciaciones expresas. En similar sentido, contradiciendo una opinión de SOTO NIETO, se expresa GARCÍA LÓPEZ; para él la renuncia de un derecho, para ser efectiva, requiere que se haga de modo expreso e indubitado, lo cual se puede decir también respecto al perdón³⁷; tras lo cual deja clara su posición a favor de la transmisión de la acción³⁸, la cual se basa también, paradójicamente, en una presunción.

A mi juicio la cuestión no se presenta de manera tan clara, pues evidentemente el destinatario de la acción será un heredero, siempre dentro del ámbito familiar, pero determinado por la ley, y por lo tanto no escogido por el perjudicado, lo que no justificaría que se cumpliera la satisfacción de la víctima, ya que al ser la determinación de los herederos posterior a la muerte, impediría la satisfacción espiritual de la transmisión, la cual sólo podría ser presumida. Por lo que, siguiendo el principio que he venido esgrimiendo, de la transmisibilidad como variante de satisfacción y consecuente reparación del perjudicado, creo que aquí se vería frustrada o afectada.

Concluyendo, creo que se puede coincidir con PANTALEÓN, en que la regla sería la intransmisibilidad activa, y la excepción aceptable la transmisión si media la voluntad del perjudicado³⁹.

35 Así para FUEYO LANERI, F., *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcimiento*, Caracas, 1972., pág. 121, “una presunción de renuncia o perdón, por parte de la víctima, podría aducirse en innumerables casos”.

36 *Op. cit.*, pág. 538.

37 *Vid. GARCÍA LÓPEZ, R., op. cit.*, pág. 211.

38 Para este autor, en aras del principio de seguridad jurídica y de la misma finalidad de este derecho, la presunción hay que establecerla en sentido contrario, nadie renuncia a la indemnización, hallando una primera compensación en la convicción de que en el supuesto de que falleciese antes del ejercicio de su derecho, un tercero (el heredero), normalmente circunscrito al ámbito familiar, va a beneficiarse con el ejercicio de la acción. *Vid. op. cit.*, pág. 212.

39 *Vid. PANTALEÓN PRIETO, F.A., “Diálogo...” cit.*, pág. 1575. El autor utiliza a uno de los personajes del diálogo, Primus, para aseverar que “Razonable me parecería incluso, admitir la transmisibilidad activa *mortis causa* si el dañado ha manifestado de forma fehaciente antes de morir su voluntad de reclamar la correspondiente indemnización (legando, por ejemplo, el crédito en un testamento). Pero todo ello puede configurarse como excepción a una regla general de intransmisibilidad activa”.

Por último, resulta procedente diferenciar todas estas situaciones, de la acción conocida como «defensa de la personalidad pretérita», al amparo de la cual los herederos de una persona ya fallecida están legitimados para accionar ante violaciones del honor, intimidad, imagen u otro derecho de ésta, que se produzcan después de su muerte⁴⁰.

3.3. La indemnización por causa de muerte

En este caso la cuestión esencial consiste en determinar si la muerte de una persona genera para otra —siempre un familiar o cónyuge— el derecho a reclamar *iure proprio* indemnización por los daños morales que la muerte de aquélla le haya causado; o si la muerte, entendida como afectación de un derecho inherente a la personalidad en la esfera física, genera para el fallecido un derecho resarcitorio que se transmitiría *iure hereditatis* al cónyuge u otros familiares.

Si bien esta segunda posibilidad, sería aceptable porque ya se ha planteado que la vida es uno de los derechos inherentes a la personalidad, y el concepto de daño moral que considero acertado parte de considerar que éste se presenta, entre otras situaciones por la violación de esos derechos, aceptar que la muerte produce para quien fallece un daño moral y que éste se transmite a sus herederos implica, por una parte, analizar el asunto médico y filosófico de si media algún instante —aunque sea mínimo entre el acto que la provoca y la muerte misma— y por otra, el ya reiterado problema de la posibilidad de transmitir o no la acción a los herederos. Respecto al primer problema, obviamente, su respuesta rebasaría los marcos de esta investigación; en cuanto al segundo, ya he dado mi criterio con suficiente claridad.

La solución a este problema, ya se ofreció cuando, al explicar el concepto de daño moral se apuntó que, también se consideran como tal los sufrimientos y afectaciones emocionales que se producen por la muerte de un familiar. Siguiendo este presupuesto, el derecho sería *iure proprio* para la persona afectada.

40 Así se ha previsto, por ejemplo en España, en la Ley Orgánica 1/1982, en cuyo artículo 4 se legitima para su ejercicio, por orden excluyente, a los herederos testamentarios designados al efecto; al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos; y por último al Ministerio Fiscal.

4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL Y DE LA CUANTÍA DEL RESARCIMIENTO

Como he venido planteando, el problema de la prueba es la mayor dificultad con la que podemos encontrarnos ante una reclamación por daño moral, sin diferenciar si éste se produjo en sede de responsabilidad contractual o extracontractual. Fijar la existencia del daño y la cuantía indemnizatoria en la medida adecuada es el mayor reto para los operadores jurídicos; por eso se impone en estos procesos, posiblemente más que en ninguno otro, que los jueces acepten la mayor cantidad de pruebas posibles, dispongan las que, según la ley proceden para mejor proveer y tengan, en definitiva todos los elementos para declarar su fallo.

4.1. Primero, probar el daño; después justificar la cuantía reclamada

Si bien se acepta que el daño moral es resarcible mediante la entrega de una suma dineraria en concepto de compensación y satisfacción, no puede dejar de reconocerse que uno de los aspectos que con fuerza se ha planteado como impedimento para aceptar esa posibilidad, es la dificultad para asignar una suma de dinero que se corresponda realmente con el daño sufrido, a esto debe añadirse que en ocasiones es difícil probar la existencia del daño en sí, no ya su cuantificación.

El problema de la prueba del daño es punto de partida, pues si no se demuestra que el daño se produjo, no habrá indemnización que reclamar. En algunos casos la prueba es sencilla porque el dolor experimentado puede ser común a la mayoría de las personas; el sufrimiento que provoca la muerte de un familiar cercano o el intenso dolor que producen enfermedades irreversibles son fácilmente comprensible por cualquier persona. Sin embargo, en otros casos, la prueba de un daño muy particular conlleva un arduo trabajo para quien lo alegue e intente demostrarlo. Así, sucede en los casos de atentados a la intimidad, el honor, las afectaciones estéticas, o cualquier otra afectación psíquica o de sentimientos. La doctrina coincide en que la carga de la prueba no evidente recaerá siempre sobre la víctima⁴¹.

4.2. ¿Deben existir reglas para fijar la cuantía de la reparación?

En relación con la cuantía, debe precisarse una idea que se ha esbozado desde el análisis del concepto de daño moral; son los tribunales los encargados de fijar el

41 Véase por todos BAÑEGIL ESPINOSA, A. y SALVADOR CRESPO, J.J., “Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica”, *Actualidad civil*, 1997-1, pág. 145.

quantum indemnizatorio, claro está, a partir de los elementos aportados al proceso por las partes. Hoy se debate, sobre todo en Europa, si deben verse los órganos jurisdiccionales ligados a reglas prefijadas. En tal sentido, merece mencionarse la existencia de sistemas de baremos⁴² y el establecimiento de un límite máximo que no podrá sobrepasarse, salvo rigurosa prueba de que los daños realmente sobrepasan esa cuantía⁴³.

En cuanto a los baremos sólo nos limitamos a exponer los principales argumentos que a favor o en contra se esgrimen, sin entrar a analizar otras cuestiones tan debatidas, como su constitucionalidad. A favor se plantea que, la existencia de un baremo supone la completa armonización y punto de encuentro de legislaciones y jurisprudencia, tanto en orden interno como en el ámbito supranacional, en aquellos casos de uniones regionales como la Unión Europea; se destaca el concepto de seguridad jurídica que se deriva de la posibilidad de indemnizar los daños de los perjudicados de acuerdo a lo fijado en una tabla, puesto que se evitaría lo que la doctrina de alguna legislación estatal dio en llamar lotería judicial refiriéndose a la discordancia en las indemnizaciones concedidas por sentencias judiciales. En contra, se argumenta que, la aplicación de la tabla indemnizatoria puede dar lugar a un resultado desigualitario; además, la inclusión de los daños morales en el baremo, da lugar a situaciones de manifiesta injusticia social, ya que cuantificar un daño moral supone un aspecto demasiado subjetivo y variable en función de cada caso como para tipificarlo en una tabla, piénsese, por ejemplo, en el caso del daño moral indemnizado a un hijo por la muerte de su padre con el que no tenía relación y por otro lado, el de una individuo que conviva con el fallecido, sin vínculo familiar, pero con una estrecha relación no resultando indemnizado o siéndolo en bastante menor medida.

42 El sistema de baremos se ha introducido con relativa rapidez, sobre todo en los países europeos. Consiste en la determinación de indemnizaciones para cualquier supuesto de lesiones o muerte, a través de unas tablas, que introducen criterios objetivos para la valoración del daño corporal, en función de datos como la edad de la víctima, sus circunstancias personales y el salario, entre otras. El sistema de baremos, sólo sería aplicable a los daños corporales, y no a los daños morales en el sentido que en este trabajo se exponen; por otra parte, aunque tiene de positivo la armonización y el hecho de que son una guía para el juzgador, puede señalarse en su contra que puede llevar a no tomar en cuenta las condiciones particulares de cada caso, por lo que ha llegado ha considerársele como inconstitucional en algunos países, al limitar el acceso a una tutela judicial efectiva.

43 Recuérdese que junto a la aceptación, cada vez mayor, del criterio de imputación objetivo para atribuir la responsabilidad civil, y como consecuencia del mismo, se ha planteado la necesidad de fijar topes a las sumas reclamadas en concepto de indemnización. Así se ha tratado de positivar en el proyecto de Código Civil argentino.

Considero que, aunque tiene elementos positivos, el sistema de baremos no es procedente en el caso de los daños morales, pues amén de las injusticias a las que puede conducir, el hecho de que se regulen legalmente llevará indefectiblemente a que se escoja la forma de reparación monetaria como la primera en los casos de daño moral y éste no puede ser, según creo, el principio, sino la primacía de la reparación *in natura* o la correcta combinación de ambas formas de reparación, pagando sólo cuando sea indispensable y quede probada su necesidad.

Después de analizar la jurisprudencia de varios de los países que poseen cierta experiencia en este tipo de reclamaciones se ha planteado⁴⁴ que, sin establecer reglas inmutables, pueden extraerse los siguientes principios generales:

1. La indemnización es una cuestión de hecho, que es atribuible por su naturaleza, al juzgador de instancia según sus criterios y atendiendo al cumplimiento de la *lex artis ad hoc*.
2. Para la fijación de la cuantía del daño moral es indiferente que se produzca por la vía contractual o extracontractual.
3. Se afirma la concurrencia de indemnizaciones, y la posibilidad de compensación de culpas.
4. Se reconoce que el perjudicado por daño moral puede ser otro que la propia víctima, por ejemplo, los padres, hijos, etc., pero no se afirma ningún criterio delimitador.
5. No se resuelve el problema de las secuelas futuras no aparentes o diferidas en el tiempo.

En la legislación española, la Ley Orgánica 1/82, establece que la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. Añade que también se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Sin duda, este último elemento es el más criticable, pues la reparación del daño debe mirar siempre al perjuicio que

44 BAÑEGIL ESPINOSA, A. y SALVADOR CRESPO, J.J., *op. cit.*, pág. 157.

sufre la víctima y no al beneficio obtenido por el agente causante, pues en ocasiones este beneficio no existirá; sólo debe aceptarse esta valoración de forma incidental y nunca con carácter obligatorio.

En la jurisprudencia panameña el problema de la prueba se analiza de forma diferente, según el daño moral sea extracontractual o contractual. Se ha declarado que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual la prueba del daño moral es *in re ipsa*. Es decir, se lo tiene por probado por la sola ocurrencia de la acción antijurídica; quien niega la existencia del agravio moral asume —en este caso— el *onus probandi* correspondiente; mientras que en el ámbito contractual el daño moral debe ser probado (no se presume)⁴⁵.

Como se ha planteado, estas son sólo reglas o principios. En el caso de la prueba y valoración del daño moral, por lo que encierra de subjetivo, se impone más que en otros casos, un activo papel de los jueces. Son ellos los encargados de limitar las reclamaciones desmedidas, y otorgar sólo aquellas indemnizaciones que respondan al fundamento de la reparación pecuniaria del daño moral: satisfacer al afectado, procurarle goces espirituales que lo ayuden a sobrepasar la difícil situación en la que se encuentra; pero nunca que esta sea una vía de enriquecimiento. Aceptar siempre la reparación pecuniaria y sobre todo establecerla sin medida, conllevaría a desvirtuar la naturaleza altruista de la reparación compensatoria y en última instancia, a desvirtuar la primera y más importante función del derecho de daños: reparar, no enriquecer.

5. CONCLUSIONES

Puede afirmarse que el derecho al resarcimiento monetario del daño moral, aunque se traduce en la entrega de una suma de dinero, tiene naturaleza personal, al igual que sucede en otros casos, como el derecho a la recibir alimentos. Sin embargo, su naturaleza personal no debe limitar de antemano la posibilidad de transmitirlo, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*. La transmisión *inter vivos* sólo sería aceptada como excepción y siempre que ella sea un medio para lograr la reparación del daño y la consecuente indemnización del perjudicado. En la transmisión *mortis causa* la solución es diferente según sea el caso presentado: en el caso de la acción ya ejercitada por el perjudicado, se acepta su transmisión a los herederos, pues la acción forma parte del patrimonio del causante, y consecuentemente de su herencia;

45 Vid. “Daño moral”, en *Derecho on line Panamá*, disponible en World Wide Web: <http://www.geocities.com/derechoonline/>

si la acción no se ejercitó en vida, sería intransmisibile como regla y sólo se aceptaría excepcionalmente si se hace por testamento; y en el caso de la indemnización por causa de muerte, el derecho al resarcimiento nace como daño moral *iure proprio* por la afectación que provoca la muerte de un familiar cercano.

Por otra parte, un aspecto fundamental en el análisis del daño moral es la prueba de su existencia, la que en algunos casos se predica directamente de la existencia del acto ilícito, pero que en otros, es necesario demostrar y de la cuantía que se reclama como indemnización. Aunque las reclamaciones parten de la persona afectada, y ésta lleva la carga de la prueba, se acepta mayoritariamente que corresponde a los tribunales la función de valoración y ponderación, quizás en estos casos con mayor celo que en otros, a fin de evitar reclamaciones e indemnizaciones desmedidas. El órgano jurisdiccional tiene potestad para decidir qué forma de reparación adopta en cada caso, utilizando la reparación específica, siempre que sea posible, o combinando acertadamente ambas; el perjudicado tiene derecho a exigir reparación, pero no a imponer una u otra forma.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Manual de derecho civil*, vol. II ("Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato"), Marcial Pons, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad civil por daño moral", *Anuario de derecho civil*, enero-marzo/1966.
- BAÑEGIL ESPINOSA, A. y SALVADOR CRESPO, J.J., "Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica", *Actualidad civil*, 1997-1.
- BONET RAMÓN, F., *Compendio de derecho civil*, t. I, Madrid, 1959.
- BREBBIA, R., *El daño moral*, 2ª edición, Córdoba, 1967.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, decimoquinta edición, Reus, Madrid, 1988.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.
- DE CUPIS, A., *El daño*, traducción de la segunda edición italiana, por ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en general*, t. IV, París, 1924.
- DÍEZ-PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, vol. IV, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1990.

- FUEYO LANERI, F., *De nuevo sobre el daño extrapatrimonial y su resarcimiento*, Caracas, 1972.
- GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GARCÍA SERRANO, F. de A., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *Anuario de derecho civil*, julio-septiembre/1972.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L. y TUNC, A., *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, t. I, vol. I, traducción de la quinta edición por LUIS ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- MINOZZI, A., *Studio sul danno non patrimoniale*, 2ª edición, Milán, 1909.
- ORGAZ, A., *El daño resarcible*, 3ª edición, Buenos Aires, 1967.
- PANTALEÓN PRIETO, F.A., “Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte”, *Anuario de derecho civil*, 1983, II.
- RIPERT, G. BOULANGER. J., *Traité de Droit civil*, t. II, París, 1957.
- SCONGNAMIGLIO, R., “Danno morale”, en *Novissimo Digesto italiano*, t. I.