

desde el principio, y que con el progreso del tiempo esa ó cambia de naturaleza, ó que, inexistente al principio, se advierte más tarde. ¿Podrá el juez modificar en uno y otro caso la decisión dada? Sobre el segundo punto son menores las dudas; se pide «resarcimiento» (distinta es la decisión sobre la responsabilidad), y faltando el daño cierto, sea ó no actual, la demanda es rechazada; ocurre más tarde el daño, y la primera decisión no puede obstar al acogimiento de la instancia, porque un hecho *nuevo* la sostiene. El otro caso, que es el del daño cierto desde el principio, y por el cual la sentencia ha ordenado á favor del ofendido el pago de una renta, es razón de duda, porque la cosa juzgada parece que ha determinado ya las relaciones entre las partes. Sin embargo, si el daño no reviste los caracteres de estabilidad que el Juez tuvo presentes al liquidar la refacción, no parece justo negar el derecho á reclamar la extinción ó modificación del vínculo; al ordenar la prestación de una renta, la sentencia supone por necesidad que en cada uno de los vencimientos particulares se mantengan inalteradas todas las condiciones necesarias para su efectividad. Y si la ley especial acerca de los accidentes establece un término dentro del cual permite obrar para impedir toda incertidumbre respecto al particular (1), la norma deducida del fin de justa protección, que es la razón de este precepto especial, confirma la regla.

Las consideraciones hechas con ocasión de los dos casos descritos, esclarecen porque siempre en el caso de prestación de renta ordenada por sentencia, cuando el daño aumente más de lo que sea, y la relación de causalidad del mismo hecho ilícito sea siempre cierta, el damnificado tiene derecho á un aumento de renta correspondiente á otra medida de indemnización; y cuando el daño disminuya, el obligado tiene también derecho de pedir una reducción proporcionada de la carga.

(1) Texto único, 31 Enero 1904, art. 13.

410. Con este criterio para decidir, que mantiene inmutable el respeto debido á la cosa juzgada, se puede examinar el precepto existente en la ley para los accidentes del trabajo (1), donde por medio de revisión se hace posible asignar una indemnización mayor ó reducir la asignada dentro del término de dos años que la ley misma designa de una manera inmutable. Cuyo precepto se ha conducido sobre el concepto exacto de establecer de un modo equitativo, por medio de la *revisión*, el hecho consecuencia del accidente, y la primera decisión dada sobre la entidad del infortunio mismo; así que no se ha impuesto ninguna necesidad de expresar reservas, que servirían de obstáculo de la cosa juzgada, sin impedirlo, porque atribuyendo el Magistrado un poder que excede de su jurisdicción, se turba la jurisdicción de donde la cosa juzgada toma su virtud. Pero se puede observar que, sin necesidad del expediente de la revisión, la misma medida podía muy bien entenderse y acogerse como resolución doctrinal, de conformidad con las consideraciones hechas, y que valen para todo caso de liquidación que no se refiera á cuestión de accidentes, á la cual se restringe por necesidad el término útil para el juicio *especial* de revisión establecido por la ley particular.

411. El daño se ha dicho que es «disminución del patrimonio». Pero cuando este hecho del «*deterioro patrimonial*» falta, ¿puede darse daño, y, por tanto, resarcimiento? La doctrina lo afirma, con la distinción de «daño material» y «daño moral», de perjuicio patrimonial y de dolor injustamente causado; considerando así que el dolor, el «*daño moral*», es resarcible, y dejando al Juez el poder discrecional de determinar la entidad del *resarcimiento* pecuniario (2).

(1) V. la n. ant.

(2) CONS. LAURENT, ob. cit., XX, 395 y sigts.; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 672; HUC, ob. cit., VIII, 420; GIORGI, ob. cit., V, 161; LA-

Contra cuya doctrina se ha considerado que los «dolores» morales no dan un modo cierto de poderlos estimar, y que antes bien, por su misma índole no pueden recibir valoración alguna; pero también se ha observado, y de modo especial, por la jurisprudencia (1), que el juicio del Magistrado es soberano, y, por tanto, que sin establecer la indemnización, componiéndola de modo que exactamente responda al *daño*, puede, sin embargo, atribuirla. Se ha objetado también que en la ley civil no se habla de resarcimiento por daños morales, y se responde que donde la ley no ha distinguido al intérprete no puede distinguir, y que en locución *cualquier daño* que la misma ley emplea muestra claramente que la responsabilidad se ordena tanto para los daños materiales como por los morales. La lesión del honor, de la estimación, de los vínculos de afecto legítimo, de todo derecho que al *estado* jurídico de la personalidad corresponda, traen, se dice, á la *persona* un daño que debe resarcirse *pecuniariamente*, porque toda otra forma de resarcirse es imposible. y el Juez declarará la medida de la reparación.

Este es el concepto doctrinal tal como se obtiene de las declaraciones de la jurisprudencia para los casos particulares. La muerte derivada de un hecho ilícito da al pariente del muerto, por el solo «daño moral del deber de la pérdida», razón válida de pretender resarcimiento pecunia-

ROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.382-83, 27; SOURDAT, ob. cit., I, 33, y la mon. de DORVILLE, *L'intérêt moral d. l. oblig.*, París, 1901.

(1) Entre las decisiones más recientes que admiten la resarcibilidad del daño moral, v. Cas. Palermo, 12 Abril 1902 (*Foro catan.*, 1902, 86); Ap. Trani, 17 Mayo 1902 (*Riv. Giur. Tr.*, 1902, 652); Ap. Bolonia, 19 Julio 1902 (*Dir. e Giur.*, 1902, 316); Ap. París, 21 Octubre 1902 (*DALL.*, *Pér.*, 1903, 2, 121); Ap. Milán, 27 Noviembre 1902 (*Mon. Trib.*, 1903, 91); 11 Diciembre 1902 (*id.*, 1903, 373); Ap. Cagliari, 4 Febrero 1903 (*Giur. Sarda*, 1903, 79); Ap. Bolonia, 3 Abril 1903 (*Mon. Trib.*, 1903, 573); Ap. Milán, 18 Mayo 1903 (*id.*, 1903, 653); Cas. Palermo, 4 Junio 1903 (*Foro cat.*, 1903, 125).

rio; lo mismo que la muerte de una persona querida; como también el «fin ilícitamente causado de un cabeza de familia» á causa de la lesión de los afectos y de la falta de protección marital y paterna; y así igualmente otras ofensas que injustamente hayan causado dolor.

412. La doctrina descrita en sus líneas generales, revela en muchas partes exageraciones é incertidumbres. Exagera cuando, no observando los términos y la razón de la *injuria*, sin la cual no existe hecho ilícito, y, por tanto, responsabilidad, enseña que el solo *afecto ofendido* es causa válida de daño resarcible; debería, en efecto, preocuparse de investigar, antes del daño, si existe y cuál es el *derecho* violado. Además, tampoco es cierta cuando para demostrar el «daño moral» indaga cuál sea el daño material posible consecuencia del mismo (1). Es dudosa igualmente, porque en cuanto á la naturaleza misma del «daño moral» existe siempre la estimación. En su consecuencia, se viola un concepto fundamental en materia de resarcimiento, que es la existencia cierta del daño; y por añadidura, mientras por lo común quien pretende la indemnización debe probar el perjuicio sufrido, aquí el hecho de la *injuria* tendría ya en sí el elemento del daño sin necesidad de más prueba; con lo que se establece una presunción que alguna vez puede ser contraria á la realidad, porque el mayor optimismo no puede suponer que deba existir siempre aquel dolor materializado para obtener resarcimiento. Añádase que el defecto en la prueba se refleja después sobre la liquidación; si ésta se abandona por completo á la apreciación del Juez (y no determinando la ley la indemnización por el «daño moral» no puede ocurrir de otro modo), un dolor intenso podrá obtener una indemnización mínima y otro leve la ob-

(1) Así Ap. Burdeos, 30 Nov. 1881 (*J. du P.*, 1882, 1, 920). V. MERGNIOL, *De la sanct. de obligat. de faire*, en *Revue pratique*, 1884, p. 440 y sigts. Cons. sobre la incertidumbre advertida BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., III, 2.871, p. 1.105 y sigts.

tendrá máxima. Todavía más: si el dolor es la razón jurídica del resarcimiento, esto es, si forma el «daño», ¿no podrá el responsable demostrar que las condiciones de familia, las relaciones entre la persona lesionada y la que pide la indemnización á causa del daño moral sufrido por la lesión, eran tales que excluyen la certeza, la existencia verdadera del «dolor», invocado como causa jurídica de la pretensión? Y establecida siempre esta razón de responsabilidad, el que estuviese con la persona ofendida en relaciones que se opusieran á las buenas costumbres ó á la moral pública, ¿podría pedir indemnización por el daño que á causa de tal injuria dijese haber experimentado? Así, pues, la doctrina que considera resarcible el *daño moral* choca con dificultades que hacen que se determine bastante mal en los conceptos en que se informa, siendo así que en materia de responsabilidad toda duda debe eliminarse cuanto sea posible.

Esa incertidumbre procede de haber cambiado el concepto de «daño» por la «causa» que le produce; de aquí el doble significado atribuído al daño, según sea material ó moral. Respecto del primero es fácil advertir que una lesión *cualquiera* de *cualquier* derecho puede causar responsabilidad; no solamente una lesión de derecho patrimonial, sino toda ofensa hecha indebidamente al honor, á la persona, puede producir tal efecto. Otra cosa sucede con el segundo; porque si la causa de la responsabilidad, si la injuria puede ser *material* ó *moral*, no ocurre otro tanto con el *daño*, que es, por su naturaleza, material siempre, y que en su entidad debe ser susceptible de estimación. El daño, según este concepto, es siempre disminución de patrimonio, bien derive de injuria material ó solamente de injuria moral; y cuando tal hecho existe, está obligado el injuriente á resarcir.

Lo que demuestra mucho mejor la doctrina sostenida por nosotros, de que debe tenerse consideración del daño, no como elemento del hecho ilícito, sino más bien como término esencial para el resarcimiento. La teoría mejor aco-

gida lo considera, por el contrario, como término que integra el hecho ilícito que denomina «*hecho dañoso*»; atribuyendo así al daño lo que es carácter de la injuria; y por ello la concepción inexacta de un daño moral resarcible, aun no existiendo ningún detrimento material.

413. La oposición hecha á la doctrina que tiende á prevalecer (sobre el punto, se entiende, de la *responsabilidad verdadera del daño moral*), quisiera partir cual un presupuesto natural del derecho común patrio (1), que no resultaría abandonado ni por la doctrina anterior á la codificación, ni por las leyes civiles codificadas. Pero decir que los jurisprudencistas anteriores á la codificación jamás tomaran en cuenta el *daño moral*, puede ser una afirmación exacta ó no, según el significado que se dé á la voz *daño*; es exacta si se habla del daño propiamente dicho, por enseñar aquéllos que el dolor escapa á todo *resarcimiento* pecuniario (2); es inexacta si por daño se quisiera entender la

(1) La ley romana no puede invocarse, ya á causa de la naturaleza del daño objeto de la l. Aquilia, ya porque la *a. injuriarum aestimatoria* daría la prueba de que las ofensas morales daban lugar á resarcimiento, § 1, l. *de inj.* (IV, 4); GAI, III, 294; PAUL., *Rec. sent.*, V, 4, 7. Sobre el primer punto no es necesario insistir, pues es claro que no cae el «*dolor*» en la estimación; en cuanto al segundo, la historia demuestra como caída en desuso la pena establecida por Las XII Tablas, el edicto del pretor atendió con la *actio injuriarum aestimatoria*, que era acción *penal* privada. Este era el carácter de la reparación concedida, que no puede tener ningún vínculo con el «*daño moral*», que quisiera considerarse como resarcible, al igual que todo daño material. § 7, 8, 10, l. *tit. cit.*; PAUL., *R. S.*, V, 4, 8, 14; GAI., III, 221-224; L. 5 pr., §§ 1-10; 45, D. *de injur.* (XLVII, 10). V. LENEL, *Das Edict. perp.*, cit., § 190; WINDSCHEID, ob. cit., § 472; VANGEROW, ob. cit., § 701; DERNBURG, *Pand.*, II, § 296; ARNDTS-SERAFINI, ob. cit., § 339; BARON, *Pand.*, § 321; VAN WETTER, ob. cit., III, § 212; MAYNZ, ob. cit., § 292; SHELDON AMOS, *Roman Civ. Law*, cit., pág. 181.

(2) Cons. L. 9; 33, D. *ad L. Aq.* (IX, 2); L. 7, D. *de his qui effud.* (IX, 3). Conf. SINTENIS, ob. cit., § 125; WINDSCHEID, ob. cit., § 455; VANGEROW, ob. cit., § 701; DERNBURG, *Pand.*, II, § 296; ARNDTS, ob.

injuria. Fuese ésta material ó moral, el daño daba lugar á resarcimiento sólo cuando implicara estimación, cuando constituyera un detrimento material susceptible de valoración económica.

¿Es quizá otro el concepto de la ley civil moderna? No lo parece, argumentando de la dicción literal empleada para significar el contenido y el efecto de la injuria; «cualquier hecho del hombre que causa daño á otros, obliga á aquel del cual se ha recibido á resarcir el daño»; así dice la ley, que no considera el daño como elemento del hecho ilícito, y que lo refiere á la obligación de resarcir. Obsérvese la locución «*cualquier hecho*», donde *hecho* vale tanto como «causa» de la responsabilidad, que sólo en cuanto sea causa del daño puede serlo de resarcimiento; el *hecho*, la injuria (delito ó cuasidelito), sea material ó moral, obliga, cuando haya causado daño, á repararla. La naturaleza del mismo parece, pues, una siempre; mientras que, por el contrario, de la injuria puede decirse que es ó material ó moral; lo cual se amolda al resultado obtenido, á saber: que «sea material ó moral la injuria, es siempre igual la obligación de resarcir el daño, debido sólo en cuanto sea susceptible de estimación (materialmente valuable)».

---

cit., § 324; BARON, ob. cit., § 313, 3; VAN WETTER, ob. cit., § 210. Verdad que en nuestro derecho común la injuria determinaba una acción civil distinta de la criminal, pero también en la civil la estimación era *pena*: v. sobre ello CONCIOLI, *Résolution criminal*, Venet., 1700, v.º *injuria*, res. I.; TESSAURI, *Decis.*, Hamb., 1608, dec. XVIII. El derecho común alemán tenía la figura de la *pecunia doloris* (Schmerzensgeld); y sobre esto, v. STOBBE, ob. cit., III, 260; que en ella existía, no *pena*, sino resarcimiento, se demuestra bien en la mon. de WAECHTER, *D. Busse bei Beleidigung n. Körpverletzungen n. d. heut. gem. R.*, Leipz., 1874, que agota el asunto. Cons. la mon. de WEINRICH, *D. Haftpflicht wegen Körperverletz. u. Tödtung ein. Menschen*, Strassb., 1883; y v. también GENGLER, *D. deut. Privat.*, p. 468; BESELER, *Syst. d. gem. deut. Privat.*, 538; STOBBE, *Deut. Privat.*, III, 203; FÖRSTER, ob. cit., II, 523; SIEBENHAAR, ob. cit., pp. 124, 531.

Los motivos de la ley civil sobre la injuria y el resarcimiento, parece que sostienen válidamente las consideraciones hechas. La indemnización tiene el fin de eliminar las consecuencias que la injuria haya producido, y si no tienen la consistencia material acentuada al decir «disminución de patrimonio», carecen de causa verdadera. El ofendido tendrá otras satisfacciones en la sentencia del Magistrado, el cual, al condenar al ofensor, declarará la honorabilidad de aquél, y éste será un *resarcimiento* moral á más del material, si se ha determinado también «disminución de patrimonio». ¿Cómo es posible «resarcir» pecuniariamente el dolor? Si verdaderamente se ha sentido, ¿cómo estimarle? Se dice que ésta es una función del Juez; pero la valoración se abandonaría entonces por entero al criterio personal del Magistrado, y aun cuando sea grande su prudencia, este concepto no se armoniza con el carácter del resarcimiento. Verdad es que se ha añadido, «que es imposible de valorar en dinero el daño moral; pero que como el Juez no puede dar su resarcimiento exacto, no se ha de entender por ello que no se deba conceder ninguno» (1); razonamiento vicioso, porque no se trata ya de la *exactitud*, sino más bien de la *imposibilidad* de valorar. Por otra parte, admitido el principio, se llegaría á que no se podría estimar sino en precio muy alto este dolor, y se debería consentir como máxima absoluta que entrase en su cálculo el precio de afección; y, sin embargo, cuantos (2) convienen en considerar resarcible el daño moral, están conformes en decidir que no pudo nunca exigirse ese precio en índice mesurador del resarcimiento. Alguno (3), á fin de huir de la contradicción, admite que debe introducirse en el cálculo del daño moral el valor de afección, que

---

(1) LAURENT, ob. cit., XX, 395; GIORGI, ob. cit., V, p. 338 al f.; DORVILLE, mon. cit., p. 67 y sigts.

(2) V. el n. 360, texto y notas, y el § sigte.

(3) GIORGI, ob. cit., V, n. 240.

representaría el *valor moral* de la cosa, con facultad en el Juez de atemperar toda exageración; dictamen que, contrario como es á la entidad del «daño» y á los precedentes históricos de la ley, no puede acogerse (1). Se ha procurado también (2) aminorar la eficacia del argumento deducido de la imposibilidad de valorar, advirtiendo que, llegando al resultado de no ser nunca reparable el daño moral, se hace un razonamiento muy semejante al del deudor que, debiendo restituir mil, y no teniendo más que ciento, rehúsa restituir incluso esto, por no ser bastante para extinguir su deuda. Argumento vano y débil, que no mejora en modo alguno la causa que quisiera sostener. El deudor está cierto de su deuda de mil, y debe restituir esta suma, de la que es parte ciento; pero en caso de liquidación del daño moral, si no es posible determinarlo por criterio, ¿lo será, pues, porque en parte se fije por el arbitrio del Juez? Si el deudor dice «no pago ciento porque debo mil y no puedo pagarlo», ¿hace verdaderamente un reconocimiento igual al de quien diga que no vale la liquidación de los daños morales formada por el Juez, no ya bajo el pretexto de que, no pudiendo pagar una suma más elevada y *determinada*, no quiera pagar una parte de ella, sino porque ninguna suma de resarcimiento se puede determinar, por tratarse de daño no valuable, y por *faltar al Magistrado todo elemento para fijar tanto su existencia verdadera como su extinción?*

414. Las consideraciones expuestas, en contradicción á la doctrina que considera el daño moral como resarcible, pretenden esclarecer y demostrar que la controversia de la *valuabilidad* del daño moral no toca sólo á los *límites* del daño tenido por cierto y reparable al *arbitrium* del Juez, sino también y más principalmente sobre la *existencia* verdadera, propia del daño; de esto se hablará más adelan-

(1) V. el § sigte.

(2) Giorgi, ob. cit., V, 237, p. 339.

te (1); por el momento, admitiendo que sean fundadas, y, por tanto, merecedoras de aceptación, no es necesario advertir el contraste que hacen con la regla de la falta de promesa de matrimonio. Cuya promesa, si es hecha por acto público ó por escrito privado de persona mayor de edad ó de un menor autorizado por las personas cuyo consentimiento es necesario para poder contraer matrimonio, ó si resulta de las publicaciones ordenadas por el funcionario del estado civil, obliga al promitente que rehúsa cumplirla sin justa causa á resarcir á la otra parte los gastos hechos á causa de la misma (2); ahora bien: aquí se determina la extensión de la responsabilidad, y la ley, al reducirla «á los gastos hechos por causa del matrimonio prometido», declara que la injuria, si bien moral, produce daños determinables que constituyen «disminución de patrimonio». Pero esta limitación «á los gastos hechos por causa del matrimonio prometido», ¿no indica por sí que sin ella se hubiera podido muy bien instituir acción por los daños morales? La excepción ¿no obliga quizá á concebir la regla á que se une?

Es verdad que obliga; pero la regla es por completo distinta de la que se quisiera suponer, ó sea la resarcibilidad del daño «moral»; es la reparación del daño, en su significado propio, lo que en el caso se limita. Y lo es porque la norma que se discute se liga á la que sienta, en general, que las promesas mutuas de futuro matrimonio no producen obligación legal de contraerlo ni de ejecutar *lo que se hubiere convenido para el caso de incumplimiento de la misma* (3); con cuya prohibición la ley quiere asegurar á las partes la mayor libertad para constituir un vínculo de una grande importancia; de aquí la restricción que protege de toda malsana excitación, de toda coerción que obliga á declarar querer el vínculo que ya no se desea, con ofensa del orden

(1) V. el n. 414 bis.

(2) Cód. civ., art. 54.

(3) Cód. civ., art. 53.

familiar, que es orden moral. La limitación no se refiere, pues, al daño moral, entendido como quisiera la teoría común; el hecho de no mantener la promesa es ofensa moral que puede producir daños estimables, y, por tanto, resarcibles (1).

414 bis. Pero estas consideraciones, en que la razón histórica se uniría á la jurídica, acerca de la naturaleza del «daño» estudiado en atención á la resarcibilidad, si bien persuaden á desechar la doctrina que reconoce tal posibilidad por el modo en que se construye, no pueden, por otro lado, determinar á desatender del todo sus conclusiones, especialmente respecto á la responsabilidad no contractual. Cierto; decir que siempre, sea la culpa contractual ó fuera del contrato, el daño moral es resarcible, porque el «dolor» sufrido tiene reparación conveniente en el «dolor» que el responsable recibe por el hecho de deberlo restaurar con dinero, no es argumento que convenza; decir que el dolor causado se desquita con dolor, es una especie de Talión que no convence de que el daño moral sea valuable y resarcible como todo otro. Pero en el razonamiento existe una verdad de observación que mientras determina el carácter histórico de la reparación del daño moral, dónde y cómo se concede, lo define también respecto al derecho moderno, y da modo de establecer la teoría sobre bases seguras y dentro de límites claros; la reparación dada se presenta como *reparación* verdadera, no como resarcimiento propio, sino como *pena*, y es uno de los casos en que la *pena* cumple con su oficio de reparación, de compensación del hecho injurioso (2).

No de otro modo se presenta en la *a. injuriarum* esta re-

(1) Esto se ha dicho también para los daños de que trata el artículo 91 del Cód. civ.

(2) V. la mon. de JHERING, sobre el *interés moral* como justa razón de relaciones jurídicas, en *Jahrbuch f. d. Dogmat.*, XVIII, 41-85.

paración dada á una ofensa que lesiona la *integridad moral* de la persona, con dolor injustamente causado (1); no de otra forma se presenta en el derecho moderno con la disposición de la ley penal en materia de injuria (2), donde el arbitrio del Juez, en cuanto á definir la indemnización, es como una adición á la pena verdadera; medida penal supletoria que completa la disposición punitiva en su significado propio. Ahora bien: si tal es el valor de la ley al consentir la responsabilidad del daño moral, claro es que únicamente en los casos en que la reparación de la injusticia parta de un concepto de razón pública, esta reparación aparece posible jurídicamente; y lo es, pues, no sólo por consecuencia de un hecho ilícito penal, sino también por hecho ilícito civil que contenga delito ó cuasidelito. Se ha dicho ya, al indagar y determinar la naturaleza y el efecto de la culpa no contractual, que el precepto establecido por la ley significa *prohibición* de cometer injuria, como norma de interés general que deriva de la idea del derecho, á diferencia de la culpa contractual, en que la prohibición de ofender y las consecuencias de no observarla es un momento de la relación de obligación, y existe en la relación á cuyo incumplimiento se refiere como *culpa* en su cumplimiento (y no de otro modo acontecería si se tratase de culpa al formar la *c. in contrahendo*) de la relación jurídica constituida. Cuyo carácter no desaparece en la injuria contractual dada con dolo; de donde resulta claro que el «daño moral» no es re-

(1) V. la cit. mon. de JHERING, sobre la *act. injuriar. aestim.*

(2) Cód. penal, art. 38: «Además de la restitución del resarcimiento del daño, en todo delito que ofenda al *honor de la persona ó de la familia*, aunque *no haya causado daño*, el Juez podrá asignar á la parte ofendida que lo pida una determinada suma á título de *reparación*.» Donde está claro que la voz *daño* se toma en su significado técnico de disminución del patrimonio, y al resarcimiento con propiedad se le llama *reparación*, para indicar la función compensadora de la *pena*. Lo cual está en perfecta correspondencia con nuestro derecho común. V. la n. 2 del n. 413.