

sarcible, sino reparable en razón de *pena*, en sentido no propio, cuando la ofensa contenga *injuria* como inmediata y directa lesión del derecho sobre la personalidad (1), teniendo así la *pena* una función indemnizadora (2).

415. Con estas investigaciones sobre el «*daño*» parecería demostrado que la ley reproduce la doctrina del derecho común; el *daño*, cualquiera que sea el hecho y la causa, incluso moral, que lo produjo, debe ser estimable por sí, quedando fuera de concepto la figura del *daño moral* no estimable, sino *reparable* en el sentido descrito. Tal es el principio: cuanto á las aplicaciones, esto es, á ver cuándo el *daño* ha sido causado «materialmente» por la *injuria* hecha á la reputación de la persona, es por entero ministerio del Juez, como toda su facultad para la determinación de la *pena* ó de la reparación que se da por vía de *pena* cuando el *daño* dirigido contra la *personalidad* ocasiona *injuria* moral que no es precisamente valuable. Fuera de este caso, si, como ocurre por lo general, el ofendido prueba que por la *injuria* moral constituida por ofensa á su crédito tuvo *daño* en sus nego-

(1) La restricción establecida en el texto respecto á la responsabilidad admitida del *daño moral*, está impuesta por dos consideraciones distintas. La primera, que el derecho común admitía precisamente la función penal de la acción civil por *injuria* (v. la n. 2 del n. 413) en las ofensas contra derechos estrictamente personales, y que la ley penal (art. 38 cit.) se refiere á tal forma de lesión. La segunda, que el *daño moral*, y no susceptible, por tanto, de estimación, puede producirse únicamente por ofensa de esta especie. En este sentido, v. MANGIN, *De l'act. publ. et de l'act. civ.*, III edic., París, 1876, I, 123; TRIBUTIVA, *Cours élém. de dr. criminel*, París, 1883, II, p. 25 y sigts.; AUBRY Y RAU, ob. cit., IV, § cit., hacen sólo accesible á lo ilícito penal las reparaciones del *daño moral*. Conf. además la 1.ª ed. de este trabajo, en los nn. 414, 415; BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, ob. cit., III, l. cit.; y GABBA, en *Nuove quest. di dir. civile*, Turin, 1905, p. 292 y sigts. Cons. la mon. de MINOZZI, *Danno non patrimoniale*, Milán, 1901; y v. HUGUENEY, *L' id. de la peine privée*, París, 1904, p. 269 y sigts.

(2) JHERING, mon. cit. en n. 1 del n. 414 bis.

cios, el resarcimiento se determinaría con certeza en tal cualidad por ser ya valuable la disminución del haber, y no como reparación; del mismo modo, la deformación permanente determina el resarcimiento si se comprueba el *daño* efectivo, aun cuando no sea actual (1).

Algunas legislaciones, disponiendo sobre esta materia del *daño moral*, declaran que la *injuria* al honor ó al crédito de una persona da derecho á «indemnización pecuniaria» cuando se haya probado la existencia de un *daño* emergente ó de un lucro cesante que se pueda valuar (2); otras disponen de modo general que todo derecho puede dar en su violación materia de delito ó cuasidelito, bien recaiga sobre un objeto exterior ó se confunda con la existencia de la «persona» (3); pero adviértase que la indemnización pecuniaria se debe sólo cuando se pruebe que la *injuria* ha sido causa de *daño* efectivo estimable en dinero (4); otras, por el contrario, dan facultad al Juez de conceder una equitativa indemnización á todo el que por acto ilícito haya tenido grave perjuicio en sus relaciones *personales*, aun cuando no *daño* material (5). Ahora bien: el sistema

(1) Uno de los casos en que el derecho común empezó á fijar la noción de la reparabilidad del *daño* en el cuerpo de persona libre, fué la afrenta dada á la mujer, puesta de esta forma en peligro de no poder contraer nupcias: WEINRICH, mon. cit., p. 63 y sigte.

(2) Cód. civ. de Chile, art. 2.331; Cód. civ. de Guatemala, artículo 2.297.

(3) Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.075.

(4) Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.089.

(5) Cód. civ. alem., § 847; Cód. fed. suizo de las oblig., art. 55; Cód. austr., §§ 1.329 y 1.330; Cód. civ. del Japón, art. 710, que impone el resarcimiento del *daño* no pecuniario si la lesión ha ofendido también *derechos patrimoniales*. Cons. PLANCK, ob. cit., s. § 847; ENDEMANN, ob. cit., § 201, I, t. y n.; ECK, ob. cit., § 103, p. 611, t. y n.; SCHNEIDER Y FICK, ob. cit., s. al art. 55. Y no otra, en esencia, es la función de los llamados *daños nominales* en el derecho inglés; representan la *satisfacción* contra la ofensa á un derecho absoluto de la persona ó á la razón de propiedad, aunque la misma no haya

contrario á este del resarcimiento de los daños puramente morales puede parecer preferible, informado como está en la idea de la necesidad de que el daño sea valuable y probado rigurosamente, no sólo presunto respecto á efectos cuyo cálculo, por su naturaleza, huye á toda estimación pecuniaria; pero se observará que las ofensas á la personalidad quedarían fuera de la justa reacción de la ley si no existiese medida alguna para ellas. Existe, como se dijo, con la posibilidad de la *reparación*, ofrecida por el concepto de la *pena pecuniaria*, que facultativamente el Juez puede pronunciar, en los límites que á su arbitrio parezca que responden al caso.

GENERALIDADES: B).

Criterios generales sobre la extensión y valoración del daño.

SUMARIO: 416. Relación de causalidad entre la injuria y el daño. — 417. Del daño emergente; del lucro cesante. — 418. Del precio de afectación. — 419. Del tiempo á que la estimación del daño se refiere. Regla general. — 420-422. Curso del interés. Legislación comparada sobre la distinción entre el daño causado á las personas y á las cosas.

416. La valoración del daño se hace á fin de reintegrar al patrimonio de la disminución de que la injuria ha sido causa; daño económico se entiende, porque del moral se ha dicho ya en qué sentido y en qué forma se entiende reparable. Pero en todo caso existe, como concepto fundamental, la relación necesaria de causalidad entre el hecho ilícito y el daño cuya reparación se quiere; si otras circunstancias concurrieran á darle una entidad mayor de la que dependería estrictamente del caso, el agente no deberá responder sino en cuanto el perjuicio se ligue á la injuria

ocasionado daño efectivo; v. POLLOCK, ob. cit., p. 180 y sigte. Pero se observará cómo para la reparación es menester una ficción de daño.

que causó (1), á menos que el hecho ilícito haya provocado *directamente* aquellas circunstancias que ocasionaron la agravación del daño (2). Tal es el principio, que parece tan claro que no necesita ilustración ninguna; el agente está obligado á resarcir ó reparar el daño *entero* que se ha derivado directa é inmediatamente de su hecho ilícito. Así que en el concurso de varias y diversas injurias (distinto es el caso de la solidaridad entre varios agentes de un mismo hecho ilícito) cometidas por diversos agentes, cada uno vendrá obligado á indemnizar al ofendido en la medida en que el efecto es resultado de su participación; y, por tanto, en el caso de injurias sucesivas sobre el mismo objeto, si la última es tal que habría por sí sola causado el daño entero que produjo aun sin las anteriores, el último injuriante debe reparar el daño en la totalidad.

Pero esto no quiere decir que se libren los otros, porque al ofendido de cada una de las distintas injurias sufridas se le deriva el derecho de obtener el resarcimiento; sólo que si el último injuriante satisfizo el daño anterior, como debe, el ofendido no podrá ya obtener de los otros más que las indemnizaciones proporcionadas á sus hechos injustos; y, lo que es más notable, el injuriante que pagó por entero no tendrá acción de repetición si no demuestra que el resultado final de la injuria cometida fué facilitado por las injurias que los que le precedieron infligieron sobre el mismo objeto. No es preciso distinguir si el último causó injuria con dolo y los otros con culpa, para decidir que éstos quedan libres; la injuria es siempre injuria en todo caso, y de todo

(1) V. el § ant. y el cap. XVIII; Huc, ob. cit., VIII, 406; Cas. fr., 19 Enero 1903 (DALL., *Pér.*, 1904, I, 307).

(2) V. la n. ant. Con esta justa latitud no tiene importancia práctica, ya que doctrinalmente no es correcta, la teoría que enseña que en la culpa aquiliana se deben resarcir también los daños indirectos. Así, Ap. Catania, 2 Abril 1900 (*Foro catan.*, 1901, 67). V. Cas. Nápoles, 18 Sept. 1900 (*Dir. y Giur.*, 1901, 461).

hecho se deriva la responsabilidad del agente, bien proceda su conducta de depravada voluntad ó sea producida por sólo negligencia.

417. El daño, en cuanto se considera como «disminución de patrimonio», y, por tanto, cual daño económico, material, puede existir bajo dos formas especiales: ó disminuye efectivamente, ó impide el aumento de patrimonio, ó sea, adoptando la terminología corriente, ó es daño emergente, ó lucro cesante (1).

Hay daño en la diferencia entre la entidad efectiva del patrimonio tal como estaba antes del hecho ilícito y la que tiene posteriormente. Hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido (2). Ahora bien: si por consecuencia de la injuria el daño ocurre en estas dos formas, no hay duda de que debe comprender ambas el resarcimiento (3).

En algunas legislaciones se fija el concepto que la medida del resarcimiento debe tener en relación exacta con la entidad del comportamiento ilícito, dejando á la equidad del Juez la misión de efectuarlo; otras, conforme la conducta sea dolosa ó culposa por negligencia grave ó leve, disponen sobre la medida del resarcimiento del daño como

(1) L. 23 pr., §§ 1 y 4, D. *ad L. Aq.* (IX, 2); § 10, 1, de *L. Aq.* (IV, 3). V. los aut. cit. en la 1.^a parte de este trabajo, n. 253 y sigts. V. también VERING, ob. cit., § 184; BARON, *Pandekten*, § 243; BRINZ, ob. cit., § 281; PERNICE, mon. cit. V. también BOUVIER, *A Law Dict.*, v.^o *Damage*; Cód. civ. alem., § 252, y PLANCK, ob. cit. sobre este §.; Trib. Messina, 2 Mayo 1900 (*Riforma giur.*, 1900, 215); Ap. Cagliari, 17 Sept. 1903 (*Giur. Sarda*, 1903, 324).

(2) ARNDTS-SERAFINI, ob. cit., § 206 t.

(3) LAROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.382-83, n. 26; AUBRY y RAU, ob. cit., IV, § 445 en pr.; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 689; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.069; Cód. civ. de Chile, arg., art. 2.331.

daño emergente ó lucro cesante (1). El contraste entre estas doctrinas y la teoría acogida en el derecho italiano está por completo en el modo de valorar la culpa en relación al resarcimiento del daño que del mismo se ha seguido, porque la responsabilidad es consecuencia del dolo y de la culpa incluso levisima, y el resarcimiento es siempre el mismo en igual medida. Verdad que tal resolución se niega por los que opinan que, aun estableciendo la responsabilidad como consecuencia de la culpa incluso levisima, corresponde al Juez poder atender al resarcimiento con arreglo al grado de la culpa; pero ya se indicó y se dirá á seguida que esta doctrina es por completo arbitraria (2).

Respecto á la valoración del lucro, algún doctor indicó que el aumento patrimonial es incierto, y, por tanto, la necesidad de seguir en la mensuración un criterio de «probabilidad y verosimilitud», debiendo, por tanto, el Juez no tener en cuenta ninguna esperanza vaga (3). Cuya observación es por lo menos inútil, por constituir el lucro perdido un modo de ser del daño, y éste es resarcible únicamente cuando sea efectivo, cierto; así que el Juez no deberá en la liquidación atenerse á criterios de «probabilidad» ó de «verosimilitud», sino que deberá decidir si ha faltado al lucro por consecuencia de la injuria, esto es, si de no ocurrir ésta se habría dado igualmente.

418. La liquidación puede referirse á «cosa» cuyo precio se debe valorar; y es necesario advertir que en tal caso no se puede tener en consideración su valor de «afección», sino el común; lo cual es enseñanza constante en la doctrina, y está ya declarado en la ley romana por vía de la en-

(1) Cons. Cód. fed. suizo de las oblig., art. 51; Cód. civ. austr., art. 1.324; V. DERNBURG, ob. cit., II, § 294; SIEBENHAAR, ob. cit., pág. 124; FÖRSTER-ECCIUS, ob. cit., I, págs. 623, 624; BESELER, ob. cit., § 119.

(2) V. el § 3 del presente cap.

(3) GIORGI, ob. cit., V, 236.

tidad atribuida al «daño» (1). Y es porque á tal valor le faltaria toda posibilidad de correcta estimación pecuniaria, por lo que el valor de afección no puede concurrir á determinar la entidad del patrimonio; cosa de poco ó cosa de ningún valor venal puede merecer alta valoración por las memorias que contiene y conserva. Tal doctrina se acoge comúnmente; pero no se puede comprender cómo muchos la enseñan, y al mismo tiempo afirman la «resarcibilidad» verdadera (otra cosa es la *reparación*) del daño moral; si éste consiste en el dolor injustamente sufrido, el «resarcimiento», ¿será más estimable que el *valor de afección*?

Entre las dos partes de la teoría descrita, que es la más comúnmente acogida, existe, pues, contraste; admitida la resarcibilidad del daño moral, no se comprende cómo no se deba tener también en cuenta el valor de afección. Se observa, es verdad, que éste huye á toda estimación pecuniaria; pero valorando el daño moral, como se declara por la doctrina corriente, no se tienen, en verdad, criterios más seguros; se advierte que el valor de afección no existía en el patrimonio del damnificado, no lo acrecía; pero se puede objetar que su asiento no es distinto del «daño moral». Para sustraerse á tales inconsecuencias, alguien (2) ha propuesto seguir para el precio de afección el mismo criterio mesurador que para liquidar los daños morales, á saber: dejar la cuantía del resarcimiento al prudente arbitrio del Magistrado; pero la formación histórica de la ley y la razón fundamental del «daño» rechazan toda idea de posible indemnización del precio de afección, por representarse sólo en el resarcimiento el «cuanto» en que el patrimonio disminuye efectivamente por consecuencia de la injuria. Repitiendo un argumento que antes hemos dicho, hay poca consecuencia al decir que debe ser *efectivo* el daño para que sea resarcible, y sostener después la posibilidad

(1) L. 33 pr., D., *ad L. Aq.* (IX, 2).

(2) GIORGI, *ob. cit.*, V, 240.

de estimarlo sobre el precio de afección; el modo más derecho de resolver la dificultad consiste, pues, en eliminar este presunto «valor estimable» de la mensuración exacta del daño; y no por esto se contradice lo que se ha dicho acerca de la «*reparación*» del daño moral, reputado no resarcible, sino reparable por medio de la función de satisfacción de la *pena*. Otra cosa es el precio de afección; se refiere á cosas que tienen un valor común, aunque escaso, y sólo por este valor, y no por otro, entran en el patrimonio (1).

419. Los conceptos expuestos tienen también aplicación si el objeto de la injuria es una cosa que no se ha podido recuperar después; á constituir el daño efectivo vendrá, no sólo la estimación de la cosa, sino también el lucro cesante, cuando sea cierto que el ofendido estaba en vías de obtener un mayor valor del intrínseco, del común. Aquí la estimación más alta dependía, sí, de la «afección» del adquirente por el objeto; pero para el damnificado se hubiese concretado, materializado, en una cantidad *patrimonial* cierta.

Es de observar que la valoración de la cosa no se hace con criterios especiales de tiempo; la ley moderna no ha determinado, como acontecía antiguamente, el período al cual se debe referir para el mayor valor deducido en el resarcimiento (2); pero de esto no es necesario inferir que en la estimación no se pueda tener ningún criterio seguro, y que sea operación en que todo dependa del arbitrio del Juez y la

(1) En la primera edición de este trabajo se decía, por el contrario, que las consideraciones referentes á la cuestión del resarcimiento por los daños morales valían igualmente respecto al precio de afección, por parecer esto formación lógica de la doctrina. Cons. Ap. Turin, 26 Junio 1900 (*Riv. di Giur.*, 1901, 861), que decidió que no se deben daños *excesivamente* calculados; Ap. Génova, 13 Marzo 1900 (*Legge*, 1901, II, 121), que fijó el justo criterio de deberse el *valor permutable* de la cosa.

(2) L. 2, pr., 21 pr., 27, § 5; 29, § 8, D. *Ad L. Aq.* (IX, 2) pr. y § 1, I, de *L. Aq.* (IV, 3); GAI, III, 210, 218.

práctica y experiencia de los peritos (1). En efecto, la ley romana, por la índole jurídica del remedio de la ley Aquilia, que se determinaba como función *penal*, deducía en la *aestimatio* el mayor valor que la cosa hubiese obtenido en el año ó en el mes anteriores al hecho injurioso; el silencio del derecho moderno sobre esto, y la obligación de hecho de resarcir por entero el *daño* directamente causado por la injuria, sea *circa* ó *extra rem*, inducen á considerar que la *aestimatio* debe conducirse calculando el valor de la cosa en el tiempo y lugar en que la injuria se causó (2), y que igual criterio se debe observar también en la valoración de los daños por injuria cometida sobre la cosa. Nada se dice del uso á que la cosa podría destinarse; pues es evidente que no hay en ello un valor mayor de la cosa, sino un daño acontecido por la injuria recaída sobre la misma, y que, por tanto, es resarcible.

En aplicación de estos criterios sobre la entidad del daño resarcible, y, por tanto, del tiempo, lugar y modo de su estimación, se entiende que si la cosa valiese más en lugar distinto de aquel en que la injuria se cometió, no puede obligarse á este mayor precio al agente, porque el valor del patrimonio se forma con los valores singulares que las cosas tienen en el lugar en que existen; y el damnificado no podría oponer la facilidad que hubiera tenido de vender la cosa donde fuera mayormente solicitada, y, por tanto, tuviera más alto precio, por tratarse en tal caso de un daño meramente eventual, no calculable, pues, como resarcible. Podría, sí, faltar al daño este carácter de eventual, y debería entonces repararse, si el damnificado demostrara que estaba tratando con buen fundamento de éxito la venta de la cosa á precio más alto del ordinario en el lugar de la injuria; pero si dijera sólo que pensaba hacer la venta en otro

(1) Así GIORGI, ob. cit., V, 237

(2) V. Ap. Génova, cit.; Cas. Turin, 3 Oct. 1902 (*Giur. Tor.*, 1903, 16).

lugar donde la cosa tuviera mayor valor, se tendría un daño incierto, y, por tanto, no resarcible, por no saberse si la venta proyectada por el ofendido se habría realizado según sus esperanzas.

Igualmente, si la cosa antes ó después del hecho ilícito hubiera tenido un valor menor del que tenía al tiempo en que la injuria se cometió, el autor del hecho ilícito no podrá invocar tal circunstancia para obtener la medida del resarcimiento á que está obligado. La injuria determina la razón del vínculo de obligación que existe entre él y el ofendido, y el tiempo en que tal relación nace indica su objeto; por esto el resarcimiento deberá restaurar el patrimonio del daño entero causado por el hecho ilícito, á fin de reconstituir la entidad que tenía en el tiempo en que injuriosamente se disminuyó. Si fuese cierto que la cosa hubiese tenido á continuación un valor mayor, no será distinto el criterio estimatorio que deba tenerse, siempre que el obligado no demuestre que *ciertamente* el damnificado no habría tenido después la cosa en su patrimonio, porque en tal caso se demostraría que *ciertamente* el ofendido no habría sufrido el mayor daño que pretendía haber padecido. Queda, pues, el criterio mesurador propuesto, á saber: que la razón y extensión de la responsabilidad está establecida en el tiempo en que tuvo lugar la causa que la determina.

El resarcimiento comprende todo y cualquier daño que se derive directamente de la injuria; no sólo se debe la estimación de la cosa, sino también el daño mayor que bajo la forma de lucro cesante se haya producido, con tal de que el daño sea efectivo y cierto al tiempo en que el hecho ilícito se causó.

Quedan todavía dos objeciones que pueden tener origen en la enseñanza mantenida respecto al «daño». Se ha dicho de éste que no es elemento del hecho ilícito, y que su existencia, si bien es necesaria para pedir el resarcimiento, no lo es, por el contrario, para la declaración de la responsabilidad; de aquí la posibilidad de deberse indemnizar un

daño acaecido con posterioridad al hecho ilícito. Además, cuando el Juez hubiere ordenado el pago de una renta determinada, la agravación ó disminución en la entidad del daño son circunstancias que se pueden invocar para obtener un resarcimiento mayor ó menor, y entonces no sería exacta la afirmación de que la *aestimatio* debe hacerse respecto al tiempo de la comisión de la injuria.

De las dos objeciones, la primera cae por su base con sólo que se piense que si existe la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, el hecho de haberse éste realizado tarde no impide que lógicamente no se deba hacerle remontar al tiempo en que la injuria aconteció, toda vez que es su efecto «cierto»; la resolución no contradice, pues, á la teoría propuesta acerca de la legitimidad de poderse instituir la acción que tiende á declarar la responsabilidad, sin preocupación de saber si el «daño» se ha realizado aún ó no. Por la misma razón no vale tampoco más la segunda de las dos dificultades indicadas; la mayor ó menor indemnización demuestra que la entidad del daño no se pudo apreciar justamente en el momento de la sentencia; así que es cuestión de reducir á su verdadero término la relación de causalidad entre la injuria y el perjuicio sufrido y resarcible; el daño es ya *cierto* en la causa que lo ha producido (1). No importa tampoco pensar en el cálculo de probabilidades de vida y la consiguiente acumulación de anualidades á que se procede al calcular la indemnización debida por la muerte dada ilícitamente á la persona que tuviese un empleo; siendo estos cálculos el medio de valuar el daño efectivamente determinado en su causa al tiempo de la injuria.

Los principios establecidos son susceptibles, por tanto, de amplia y justa aplicación, en la cual domina, por la cuestión de hecho á que se une, la apreciación soberana

(1) Cód. civ. de Méjico, art. 1.585.

del Juez; lo que no impide, sin embargo, que la teoría sea sólida y clara en sus términos.

420. De las resoluciones expuestas se puede obtener el concepto alrededor del cual, como parte más estable, se constituye la teoría de que el resarcimiento debe dirigirse á reconstruir, *reintegrándolo* , el patrimonio disminuído por la injuria, y sin constituir fuente de lucro para el damnificado (1). Esta regla, informada en la idea de pura justicia, declara la resolución propuesta en la cuestión del «daño moral», que se ha dicho que no es por sí resarcible, porque el afecto, el dolor, son sentimientos que pueden ser ofendidos sin que ningún daño patrimonial se derive de ello; lo que deja inalterable la posibilidad de la *reparación* conseguible casi por medio de pena (2), cuya función indemnizadora se restringe, pues, á la sola figura del «daño moral»; por lo general, la indemnización que se debe al damnificado no representa ya, como acontecía en otro tiempo, la pena infligida al ofensor, lo que explica el criterio mesurador del mayor valor que la cosa tuviese en el año ó en el mes anteriores al hecho ilícito, según establecía la ley Aquilia; la indemnización es la reparación total del daño efectivamente causado. Si el hecho injurioso está sujeto á la ley penal, el Magistrado infligirá al autor la sanción establecida; pero la acción civil no pierde su carácter, aunque la acción penal falte.

De esta regla, según la cual el débito de la indemnización debe contener la reparación completa del daño hasta la parte que tuvo en la injuria cometida, deriva otra consecuencia, á saber: que el débito de reparar nace con la injuria de que se origina, y los intereses por el retraso corren desde tal instante, sin ninguna necesidad que exija la constitución en mora; el obligado sabe desde entonces, ó debía

(1) V. también la parte 1.^a de este trabajo, loc. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., III, 2.887.

(2) V. sobre la cuestión el § ant.