



**EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIBILIDAD A LOS HEREDEROS DE LA ACCION
PARA LA REPARACION DEL DAÑO MORAL SUFRIDO POR EL DIFUNTO:
soluciones doctrinales y de la jurisprudencia francesa
al respecto y su solución en Costa Rica.**

*Dr. Gerardo Calvo Picado.
Juez Primero Penal de San José.*

CONTENIDO:

INTRODUCCION	34
PRIMERA PARTE:	
La solución de la doctrina y jurisprudencia francesa	34
A. Primer recurso y su correspondiente fallo	34
B. Segundo recurso y su correspondiente fallo	35
I. Las acciones personales desaparecen con la muerte.	37
A. La apreciación personal de la víctima	38
B. La continuación de la persona del difunto	39
II. La acción para la reparación del daño moral: derecho extrapatrimonial	39
A. Naturaleza de los daños y perjuicios	39
B. El momento de entrada del derecho a la reparación del daño moral en el patri- monio	40
SEGUNDA PARTE:	
La posición de la jurisprudencia costarricense con respecto a la admisibilidad del daño moral. El derecho de exigirlo por parte de los herederos. La solución actual.	41
CONCLUSION	46
BIBLIOGRAFIA	47

INTRODUCCION

En toda acción civil resarcitoria que se establece para lograr la indemnización de los daños y perjuicios causados a un ofendido como consecuencia de un hecho punible cometido en su perjuicio, es precisamente ese extremo el de mayor importancia. Ello es así por cuanto por medio de esa reparación la víctima va a poder recuperar, en lo posible, la situación que tenía hasta antes de que se cometiera en su contra la infracción penal.

Ahora bien, dentro de ese extremo como objeto principal de la acción civil, lo que más problemas ha producido a través de los tiempos es el considerar si aparte de los daños puramente materiales, corporales o pecuniarios causados por la infracción, la víctima podía ser resarcida además en el daño moral sufrido en determinadas situaciones y sobre todo en aquellas que le produjeran un detrimento a su persona, tanto desde el punto de vista del dolor físico como afectivo sufrido (sufrimientos, angustias), causado ya sea por infracciones contra su integridad corporal o su honra y reputación, como es el caso de delitos por lesiones o por delitos sexuales, por injurias, calumnias o difamación. No obstante que en un principio tal

extremo fue contestable e incluso negado, actualmente su concesión no admite discusión alguna por parte de los tribunales aun en el evento de que no esté consagrado expresamente por el derecho positivo, como sí ocurre en algunas legislaciones (entre ellas la nuestra y la francesa: artículo 125 del Código Penal de 1941 de Costa Rica aún vigente y el artículo 3 del Código de Procedimientos Penales francés).

Así, siendo incontestable ya que toda víctima de una infracción penal determinada puede ser objeto de indemnización por el daño moral que tal infracción le haya producido, el problema se circunscribe ahora en determinar si ese daño es transmisible a sus herederos una vez muerto el ofendido, considerado éste como la persona que ha recibido directamente las consecuencias del hecho punible. Es a ese otro problema que en este trabajo nos dedicaremos, analizando sobre todo la posición que al respecto ha tenido en sus diferentes épocas tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa, así como la solución finalmente adoptada al respecto tanto por los tribunales de ese país como por los del nuestro.

PRIMERA PARTE:

LA SOLUCION DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA FRANCESA

La posición que tomó la Corte de Casación francesa, reunida en Cámara Mixta (dos Salas Civiles y una Penal), precisamente para unificar la distinta jurisprudencia existente sobre el particular entre la Sala Civil y la Sala Penal, fue reciente y tuvo lugar en un pronunciamiento doble de fecha 30 de abril de 1976, publicado en el año de 1977, a propósito del conocimiento que tuvo de dos importantes asuntos y en los que los herederos, en uno, reclamaban el dolor físico sufrido por el ofendido antes de su muerte y en el otro, el sufrimiento (moral) sufrido por los padres, quienes fallecieron a consecuencia de la muerte anterior de un hijo.

Con el objeto de precisar mejor la situación he considerado necesario de primero consignar los motivos de casación alegados en cada caso, así como el fallo respectivo de la Sala de Casación Mixta,

para luego analizar ambos pronunciamientos en relación con la doctrina y la jurisprudencia anterior a ellos.

A. PRIMER RECURSO Y SU CORRESPONDIENTE FALLO:

Se trató en este primer caso de unos esposos que interpusieron un recurso de casación contra una sentencia dictada el cuatro de enero de mil novecientos setenta y cuatro por la Corte de Apelaciones de Rennes. La Sala Penal (o Cámara Criminal) de la Sala de Casación (Corte de Casación), por un pronunciamiento del diecinueve de diciembre de ese año envió el examen del recurso a una sala mixta (o cámara mixta).

Por resolución del 17 de febrero de mil novecientos setenta y cinco, el primer presidente designó la Sala Primera Civil, la Segunda Sala

Civil y la Sala Penal, para que formaran la Sala Mixta.

Los demandantes invocaron, en apoyo de su recurso, el motivo único de casación siguiente:

"Violación de los artículos 1166, 1382, 1383, 1384 del Código Civil, violación de la regla según la cual la renunciación no se presume, en su conjunto violación del artículo 102 del decreto de 20 de julio de 1972, ausencia de —motivos y falta de base legal en lo que la sentencia recurrida rechazó la acción ejercida por el heredero de las víctimas de la infracción para la reparación del daño resultante de los dolores físicos sufridos por éstas últimas, por tratarse de un daño moral y personal de las víctimas; que éstas no establecieron, estando aún en vida, ninguna acción para la reparación de ese extremo; que ellas no han transmitido entonces su derecho a la reparación a su heredero, en tanto que de una parte, todo daño cualquiera que sea su naturaleza, crea en provecho de la víctima una acción patrimonial en reparación que se transmite de pleno derecho a sus sucesores como continuadores de la persona del "de cuyos"; que si esta última puede en vida, oponerse a esta transmisión sucesoral por un acto renunciativo de su derecho patrimonial, tal acto no ha podido ser válidamente caracterizado por la sentencia atacada que subordina la transmisibilidad de la acción a la condición de que ésta haya sido establecida en vida por la víctima, desconociendo así el principio según el cual la renuncia no se presume, además de que, el daño moral no debe confundirse con el "precio del dolor" (pretium doloris) que constituye un daño corporal en el que la acción en reparación se transmite de pleno derecho a los herederos de la víctima de acuerdo con los términos de una jurisprudencia constante de la Sala de Casación".

Al respecto la Sala Mixta resolvió:

"LA CORTE": sobre el motivo único de casación: visto el artículo 1382 del Código Civil; en su conjunto los artículos 2, 3 y 10 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 731 y 732 del Código Civil; resultanto de estos textos que toda persona víctima de un daño, cualquiera que sea su naturaleza, tiene derecho de obtener reparación de aquél que lo ha causado por su falta; que el derecho a la reparación del daño resultante del dolor físico sufrido por la víctima antes de su deceso, habiendo nacido (étant né) en su patrimonio, se transmite a sus herederos; resultando que los esposos fueron mortalmente heridos a raíz de un accidente de la circulación sobrevenido el 6 de setiembre de 1972 y en el que Y fue declarado enteramente responsable por la jurisdicción penal; que la señora murió el 10 de octubre de 1972 y el marido el 31 de octubre de 1972; que Z, su hijo, solicitó la indemnización de daños y perjuicios a título de daño sucesoral (préjudice successoral), representando por el dolor físico sufrido por sus padres entre el día del accidente y su deceso; resultando que para rechazar este extremo de la demanda de Z, la sentencia

recurrida enuncia que se trata de un "daño moral y personal de las víctimas" y que, por ello estas últimas no habían transmitido ningún derecho a su heredero; considera, que resolviendo así, la Corte de Apelación ha violado los textos citados:

Por estos motivos, casa y anula la sentencia dictada el 4 de enero de 1974 por la Corte de Apelaciones de Rennes, pero solamente en lo que ha rechazado el extremo de la demanda de daños y perjuicios de Z, por "daño sucesoral" representado por el dolor sufrido por sus padres entre el día del accidente y su deceso; repone en consecuencia, en cuanto a ello, la causa y las partes al mismo y similar estado en el que ellas estaban antes de dicha sentencia y, para que se proceda conforme a derecho, las remite ante la Corte de Apelaciones de Angeres.

Dado, el 30 de abril de 1976, Sala de Casación Mixta (Firmas. . .).

B. SEGUNDO RECURSO Y SU CORRESPONDIENTE FALLO:

En este segundo caso, se interpuso recurso de casación contra una sentencia dictada el 26 de octubre de 1973 por la Corte de Apelación de Poitiers. La Cámara Penal de la Sala de Casación por un pronunciamiento del 19 de diciembre de 1974 envió el examen de este recurso ante una Sala Mixta.

Por resolución del 17 de febrero de 1975, el primer presidente, por causa de esa sentencia, designó la Primera y Segunda Salas Civiles y la Sala Penal para integrar la Sala Mixta.

Los demandantes invocaron, como apoyo de su recurso, el motivo único de casación siguiente:

"Violación de los artículos 2, 3 y 593 del Código de Procedimientos Penales, violación de los artículos 101 y siguientes del decreto del 20 de julio de 1972, la no respuesta a las conclusiones, ausencia de motivos y falta de base legal, en lo que la sentencia confirmativa recurrida decidió que los herederos no podían ejercer la acción civil de su padre y madre, respectivamente fallecidos el 15 de febrero de 1971 y el 12 de julio de 1972, en reparación del daño moral sufrido por ellos como consecuencia de la muerte accidental de su hijo Z, el 17 de enero de 1971, luego de un accidente de la circulación en el que el autor fue declarado enteramente responsable, por el motivo de que las demandas formuladas por las partes civiles en su calidad de herederos eran inadmisibles en virtud de que los "de cuyos" no habían formulado ninguna acción tendiente a la indemnización del daño sufrido por ellos luego de la muerte de su hijo, entre la fecha de la muerte de éste y su deceso, no obstante que en sus conclusiones regularmente observadas por el presidente y el secretario y dejadas sin respuesta, los herederos del padre de la víctima, fallecido en el curso de la información (o instrucción), hacían valer que su padre había manifestado expresamente su intención

de constituirse en parte civil ante los tribunales represivos para pedir reparación del daño moral sufrido por él ante la muerte accidental de su hijo y que ellos mismos, continuando la persona del "de cuius", habían recogido en la sucesión de éste, esta acción personal, siendo constante y no negado que la acción no había podido ser ejercida en vida por el padre en razón de la larga duración de la información penal y que no se acostumbra por los causahabientes de la víctima de una infracción a las reglas (o leyes) de la circulación, constituirse en parte civil en otro momento que no sea en la audiencia ante el Juez represivo".

Al respecto la Sala Mixta resolvió:

"LA CORTE: Sobre el motivo único de casación: visto el artículo 1382 del Código Civil, en su conjunto los artículos 2, 3 y 10 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 731 y 732 del Código Civil; resultando de estos textos que toda persona víctima de un daño, cualquiera que sea su naturaleza, tiene derecho de obtener indemnización de aquél que lo ha causado por su falta; que el derecho a la reparación del daño resultante del dolor (sufrimiento) moral sufrido por los padres en razón de la muerte de su hijo, víctima de un accidente, en el que la responsabilidad incumbe a un tercero, habiendo nacido (*étant né*) en su patrimonio, se transmite a su muerte, a sus herederos; resultando que Y ha sido declarado culpable de un homicidio involuntario (homicidio culposo), cometido el 17 de enero de 1971 en la persona de Z, por la jurisdicción penal; que el padre de este último murió el 12 de julio de 1972; que para declarar inadmisibles la demanda de los herederos del padre de Z en lo que ella tendía a obtener la indemnización del dolor (sufrimiento) moral que él había sufrido por el hecho de la muerte accidental de su hijo, la sentencia enuncia que el padre no había introducido ninguna acción con este fin antes de su muerte; considera, que resolviendo así, la Corte de Apelación ha violado los textos citados.

Por estos motivos, casa y anula la sentencia dictada el 26 de octubre de 1973 por la Corte de Apelación de Poitiers, pero solamente en lo que ha declarado inadmisibles la demanda de daños y perjuicios formulada por los interesados X, para la reparación del daño moral causado a su padre en razón del deceso de Z (hijo de éste); repone en consecuencia, en cuanto a ello, la causa y las partes al mismo y similar estado en el que ellas estaban antes de dicha sentencia y, para que se proceda conforme a derecho, las remite ante la Corte de Apelación de Angers. Dado el 30 de abril de 1976. Casación, Cámara Mixta (Firmas. . .)".

Tradicionalmente se había venido admitiendo que existía una divergencia sobre este punto entre la Sala Civil que admitía la transcripción de la acción y la Sala Penal que la había rechazado. La Sala Mixta debía entonces tomar partido ante esta situación.

Para afirmar que la Sala Civil admitía la transmisión de la acción, se citaban dos pronunciamientos. En uno, el 18 de enero de 1943, había admitido de una manera clara y cierta que los herederos podían establecer una acción en reparación de los dolores físicos sufrido por el "de cuius" antes de su muerte, "en virtud de que él no había realizado ningún acto que implicara renunciación". En otro, el 4 de enero de 1944, recordaba el principio ya expuesto en el anterior pronunciamiento. Sin embargo indicaba que el demandante tomaba una demanda ya instaurada.

Por su parte, la Sala Penal había afirmado en una primera decisión que la víctima debía haber ejercido la acción en vida, a propósito del daño de afección sufrido por un padre ante la pérdida de su hija (sentencia del 24 de abril de 1958). En 1960, aplicando aún este mismo principio, había casado una decisión que acordaba un franco (aproximadamente dos colones) por concepto de daños y perjuicios a la viuda de un capitán, por la reparación del daño moral que él había sufrido por unos actos de violencia sobrevenido a bordo de su embarcación, la víspera de su deceso en un naufragio. Mas en 1961, dictó una decisión bastante ambigua. Casó una sentencia que había rechazado todos los daños y perjuicios a una viuda por el "precio del dolor" (*"pretium doloris"*) que había sufrido su marido entre el momento del accidente y su deceso, en virtud de que habiendo estado en coma durante ese tiempo, él no había sufrido ningún daño. La Sala Penal simplemente dijo: "*resultando que de tales motivos no se justificaba la decisión*" (crimen del 22 de noviembre de 1961, Boletín Criminal No. 478 página 917). Ello parecía indicar que la Corte Suprema había rehusado a reconocer la existencia del "*pretium doloris*". Sin embargo los autores han criticado este fallo indicando que en realidad la Sala Penal hubiera bien podido rechazar el recurso por sustitución de motivos, como lo había ya hecho en 1958, sustituyendo el motivo por defecto de aceptación de la sucesión por los demandantes puesto en evidencia por la Corte de Apelación, por la falta de introducción de la acción en vida por el de "de cuius" y así se ha deducido la admisión de la acción de los herederos, ante esta ausencia de sustitución de motivos.

Sin embargo bastante confusión existía con respecto a esa situación. Nadie podía indicar con exactitud cuál era la verdadera posición tanto de la Sala Civil como de la Sala Penal.

La actitud adoptada por la doctrina tampoco

era clara. En 1939, en una tesis de doctorado denominada "*Los derechos extrapatrimoniales*", se indicaban tres teorías.

Según la primera, seguida por los tratadistas Mazeaud (*Tratado de la responsabilidad civil*, 6a. edición, tomo 2, No. 1906, pág. 1029) los herederos, siendo los continuadores de la persona del causante, suceden en tanto que tales al derecho a la reparación.

En la quinta edición de esta obra el autor Tunc había admitido que la transmisibilidad de la acción fuera subordinada a la prueba de que el causante había estado en la imposibilidad de actuar, con la condición de que esta reserva no fuera aplicada muy rigurosamente (obra citada, 5a. edición, No. 1909, pág. 384).

De acuerdo con la segunda teoría, que era la más aceptada, la acción se transmite con la condición de que el "de cuius" la hubiera intentado en vida (Planiol y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, tomo 6, No. 658).

Finalmente, de acuerdo con la tercera concepción, la acción para la reparación del daño moral sería siempre intransmisible.

En realidad, se ha indicado, la segunda y tercera de estas posiciones coinciden. Algunos autores han admitido que si los herederos podían continuar la acción ejercida en vida por el causante, era únicamente para que ellos no sufrieran la lentitud de la justicia (Planiol y Ripert, obra citada). Sin embargo tal posición va mucho más largo. No se trata de evitar que el causante sea castigado por la lentitud de la justicia: él está muerto y no puede ser castigado ni satisfecho. Admitir la continuación de la acción ya iniciada en vida por el causante, era admitir su transmisión. La escogencia se debía hacer entre la transmisión y la no transmisión y así la solución intermedia adoptada por una parte de la doctrina y la jurisprudencia no era más que un artificio.

Bajo esta situación fue que la cámara mixta fue objeto del conocimiento de las dos sentencias ya arriba indicadas. En el primero de esos asuntos hemos visto, era el precio del dolor ("pretium doloris") sufrido por los padres de los demandantes, quienes fallecieron luego de haber tenido un accidente de la circulación, sobre el que esos accionantes fundamentaban la indemnización reclamada. Daño moral que se dio, según se expuso, entre el momento del accidente y la muerte que sobrevino luego.

Un tribunal correccional y después la Corte de Apelación de Rennes (en Francia las sentencias

tienen apelación y eventualmente casación, salvo la que dicta la Corte de Asises que está constituida por un jurado, en cuyo caso sólo cabe casación), habían rechazado la demanda en virtud de que se trataba de un daño moral y personal de las víctimas; que ellas no establecieron en vida ninguna acción en reparación por ese extremo y así no habían transmitido ningún derecho a su heredero A y por ello ninguna suma podría serle acordada a título de perjuicio o daño sucesoral.

En el segundo asunto era el daño de afección o sufrimiento (préjudice d'affection) el que estaba siendo reclamado por los herederos, ante la muerte de sus padres, como consecuencia y con motivo del fallecimiento accidental de un hijo de éstos, daño que sufrieran los causantes entre la muerte de su hijo y su propia muerte. Es decir, los accionantes querían obtener reparación por ese daño que sufrieran sus padres en vida y que había causado su deceso, fundamentándose sobre todo en la circunstancia de que esos padres manifestaron siempre su intención de reclamarlo constituyéndose en partes civiles en el proceso, mas no pudieron hacerlo antes de su muerte. Sin embargo la Corte de Apelación rechazó la demanda en virtud de que los padres no habían ejercido ninguna acción tendiente a la indemnización del daño sufrido por ellos luego de la muerte de su hijo, entre la fecha de la muerte de éste y el deceso posterior de ellos.

Y así, por los dos pronunciamientos del 30 de abril de 1976, la Sala Mixta casó esas dos sentencias en virtud de que el derecho a la reparación del daño resultante, en el primer caso del dolor físico sufrido por la víctima antes de su muerte y en el segundo, del sufrimiento moral sufrido por los padres en razón de la muerte de su hijo, había nacido en el patrimonio y se transmitía a los herederos.

Con ello se solucionó la discusión existente, quedando de manifiesto así la tendencia actual de la jurisprudencia francesa en materia de responsabilidad, cual es de favorecer a las víctimas.

Para llegar a un resultado tal, la Corte de Casación debía excluir los dos motivos tradicionales: por un lado, que las acciones personales desaparecen con la muerte (I) y por otro, que el daño moral es un derecho extrapatrimonial (II). Nos referiremos al primero de ellos.

1. Las acciones personales desaparecen con la muerte.

Desde que la reparación del daño moral ha sido puesto en evidencia como objeto de reparación, siempre se ha hecho notar la separación que tiene

con respecto a la noción de reparación. El daño moral, como aquél que resulta de la muerte de un ser querido, siendo irreparable, no se puede intentar más que compensarlo, que vengarlo. Es por ello que la apreciación personal de la víctima parece irremplazable. Sin embargo hay quienes admiten que parientes próximos pueden sustituirla.

A. *La apreciación personal de la víctima.*

La reparación del daño moral existió ya en el Derecho romano, si bien no en los textos, en la práctica. Se permitía a la víctima de ver sancionar las restricciones causadas a su tranquilidad o a sus conveniencias, los desagravios y vejaciones. Al respecto la víctima tenía dos acciones: primero una acción penal prevista por la Ley Cornelia, en virtud de la cual el monto de la pena era determinado por el juez; luego la acción civil o acción pretoriana y con base en la cual el demandante podía evaluar él mismo el monto de la pena. Esta acción no era transmisible.

En el antiguo Derecho francés, si bien el problema aún es controversial, esta reparación existía en materia delictiva para las ofensas a la consideración, el adulterio y la pérdida de un pariente. El ordenamiento de Villers-Coterets de 1539 preveía que se debía tener cuenta de ello en la evaluación de la suma que se acordara.

Sin embargo esta acción tenía por objeto, más que reparar, imponer una sanción. Se trataba sobre todo de castigar a un culpable, de ejercer una venganza y es por ello que sólo a la víctima se le concedía ese derecho. Únicamente el marido podía ejercitar la acción penal en caso de adulterio y solamente él tenía el derecho de apreciar si debía o no ejercer su venganza. Por ello igualmente los autores habían considerado que el derecho para establecer esta acción formaba parte de los derechos personales del titular y solamente él podía ejercerlos, por tratarse de derechos exclusivamente ligados a la persona.

Sólo la víctima puede verdaderamente apreciar la existencia e importancia del daño y solamente ella es quien puede decidir sobre la oportunidad de una acción de ese tipo. Nadie más en su lugar está en capacidad para determinar si ella desea ver castigado al culpable o darle su perdón. Este únicamente puede ser otorgado por la víctima. De ahí que se dedujera que se trataba de una acción personal y la que ni sus acreedores, ni sus herederos, aún como continuadores de la persona, podían ejercerla en su lugar, quedando derogado así ese principio de la continuidad.

Realmente la víctima que no ha ejercido la acción en vida, supone el haber acordado su perdón, por lo que no es de incumbencia de sus herederos pronunciarse luego sobre tal perdón. Es un problema de conciencia que compete sólo a la víctima, además de que su desaparición hace imposible toda apreciación del daño causado. Esta apreciación es necesaria, ya sea que se trate del "pretium doloris" o del daño de "afección". En el primer caso el "pretium doloris", estrechamente ligado al daño corporal y considerado así como un daño material, está muy cerca de un daño patrimonial. Se pretende reparar —con él— el sufrimiento esencialmente físico sufrido por el ofendido antes de su muerte.

Sin embargo, aún si la gravedad de las lesiones, número de intervenciones y tratamientos sufridos, la duración de estos sufrimientos, pueden ser apreciados objetivamente, se sabe muy bien que el dolor, ya sea físico o moral, es esencialmente subjetivo y depende del propio individuo y a pesar de que algunos pretenden evaluar la reacción de cada individuo hacia el dolor, tales evaluaciones son falacias y nadie, si no es quien ha sufrido el dolor, puede apreciar y decidir si pide o no reparación.

Ocurre lo mismo en cuanto al daño de afección, el cual si bien a veces se puede superponer a un daño material, él es esencialmente moral y compete a los parientes cercanos al vengar sus deudos. Sólo ellos pueden conocer la importancia de su pérdida y la intensidad de su dolor. Por ello es que la jurisprudencia francesa ha prácticamente renunciado a todo sistema de apreciación real, aplicando por el contrario criterios fundados en razones objetivas: lazo de parentesco, edad, intensidad de las relaciones entre ellos, etc.

Se comprende así cuáles son las razones por las cuales el heredero no pueda pretender ejercer la acción de la víctima luego de su muerte. Algunos aceptan su suerte como una fatalidad, otros buscan a todo precio un culpable y una sanción. Esta escogencia, esta decisión, nadie puede hacerla por otro, además de que ello comporta a menudo una apreciación personal del responsable y la gravedad de su falta. Solamente la víctima podía juzgar sobre la necesidad de la sanción y de su importancia, si muere sin haber actuado, se presume que ella perdonó.

Sin embargo ciertos autores, entre ellos Mazeaud y Tunc han preferido deducir de este carácter personal de la acción, que ella pertenecía a la familia, la cual podía así beneficiarse de la continuación de la persona del difunto.

B) La continuación de la persona del difunto:

Admitir que la continuación de la persona del difunto permite el ejercicio de la acción por sus herederos, es en primer lugar reservarla a los continuadores de esa persona. Es más, actualmente se ha extendido al legatario a título universal.

En efecto, si consideramos que la acción en reparación del daño moral es sobre todo una venganza, es razonable que aquellos que continúan la persona del fallecido ejerzan esta venganza luego de su muerte. Ellos como encargados de continuarla una vez fallecida, deben ejercer esta venganza en su lugar, la cual es a menudo familiar, pues de lo contrario desaparecería con la muerte y esta no podría ser vengada.

No hay razones para negar a los continuadores de la persona el poder de apreciar en su lugar, si hay motivo o no para pedir reparación. Esta concepción ha sido consagrada por el legislador en varios casos:

Los herederos tienen el derecho de actuar para defender la memoria del difunto, condicionado eso sí a que la difamación o las injurias hayan ofendido su honor o su consideración. Esta hipótesis está contemplada entre nosotros por el artículo 148 del Código Penal y la acción para acusar comprende al cónyuge, hijos, nietos y hermanos consanguíneos del muerto.

También los herederos pueden ejercer luego de la muerte, uno de los derechos estrechamente ligados a la persona, como es el caso del derecho de autor. Los artículos 3, 4 y 23 de la Ley de Propiedad Intelectual, o de derechos de autos nuestra, número 40 de 27 de junio de 1896, establecen que ese derecho es personal y pertenece en vida al autor, mas es transmisible, luego de su muerte, a sus herederos, a quienes les pertenece por bastante número de años e incluso incluye al legatario a título universal.

Similares situaciones a las dos anteriores están previstas en la Legislación francesa.

Como se observa, la ley otorga a los parientes del difunto, un poder de apreciación que solamente él tenía estando en vida. ¿Por qué entonces se va a suprimir este poder únicamente en lo que concierne al daño moral? Si la viuda y los hijos de un autor pueden utilizar su derecho moral luego de su muerte, ya que han asistido al difunto en sus sufrimientos que ha padecido antes de morir, ¿por qué no van a poder ellos ejercer el poder de apreciación en este campo? Ellos saben, puesto que son sus parientes, cuánto ha sufrido él, ya que cono-

rían su personalidad, su sensibilidad hacia el dolor, así como la importancia de éste. Ellos, más que los jueces, pueden conocer la intensidad de los dolores físicos sufridos en el transcurso de largas internaciones hospitalarias, así como consecuencia de numerosas intervenciones quirúrgicas. En el primer caso que comentamos se trataba de un hijo de veinte años que causó en el curso de un año y medio, la muerte de su madre y luego la de su padre. Así, sólo los hijos presentes pudieron ver, día tras día a sus padres sufrir esa muerte, para luego morir ellos también por el dolor que les causó el fallecimiento de su hijo.

En fin se puede admitir que el criterio sobre el establecimiento de la demanda, admitido por la jurisprudencia, en nada correspondía a la presunción del perdón. Para ser exactos, esta presunción hubiera podido ser combatida por todos aquellos elementos que establecieran las intenciones precisas del "de cuius" y no por el solo hecho de haber intentado una acción en justicia.

También la jurisprudencia afirmó siempre que la acción en reparación del daño moral era una acción personal, mas este motivo fue poco a poco abandonado, admitiéndose otro más decisivo y sobre el cual la decisión de la Sala Mixta aportó un elemento determinante a la teoría general del derecho: el carácter extrapatrimonial del derecho a la reparación.

II. La acción para la reparación del daño moral: derecho extrapatrimonial.

Ha sido a propósito de la admisibilidad de la reparación del daño moral que numerosos autores se han interrogado sobre la naturaleza de la indemnización acordada. Un aspecto es indiscutible: se trata de reparar el daño causado a un elemento que se encuentra por definición fuera del patrimonio.

No ha escapado a nadie la dificultad que existe para reemplazar un valor extrapatrimonial por un valor pecuniario. Se ha dicho que cuando se busca equilibrar un valor humano por un valor contable, se persigue una tarea imposible, ya que la equivalencia deja siempre un resto. Para resolver esta contradicción generalmente se admitía que la indemnización tenía un carácter satisfactorio y que no entraba al patrimonio de la víctima, sino en el momento en que le era acordada. Estas dos afirmaciones fueron las que la Sala Mixta vino a superar.

A. Naturaleza de los daños y perjuicios:

El daño moral no causa, por definición, me-

noscano al patrimonio. Para justificar el que se acuerde una suma de dinero a la víctima, la mayoría de los autores admite que no se trata de lograr una equivalencia directa entre el daño sufrido y la suma fijada, sino una equivalencia secundaria entre la ventaja acordada y la ventaja perdida, aún cuando no sean de la misma naturaleza. Así, aquél que ha perdido a un ser querido dispondrá de dinero que le permitirá hacer por ejemplo un viaje, lo que le permitirá aliviar su dolor. No se trata de "reparar", pues como lo dicen algunos, tal compensación haría que la víctima se encontrara en una posición odiosa igual a la del responsable.

Lo que se pretende es acordarle a la víctima una satisfacción no de carácter reparatoria, sino de índole compensativa; el dinero que se le otorgue es para procurarle un gozo que compensara el dolor moral sufrido. De ahí que algunos tribunales franceses hayan intentado considerar inembargable el dinero fijado en reparación del daño moral.

Este carácter satisfactorio, que permitía afirmar o al menos no poner en duda la existencia de derechos extrapatrimoniales, lleva como necesaria consecuencia que se estime que la suma de dinero fijada, únicamente pueda ser atribuida a la víctima. Para compensar su dolor, el gozo o la satisfacción debe ser sentida por la propia víctima y no por sus herederos o acreedores.

Este análisis implicaría entonces que mientras que la indemnización no haya sido definitivamente acordada, los herederos no podían pretender ejercer derechos sobre ella. No obstante, algunos pronunciamientos de los tribunales admitían que era suficiente con que el "de cuius" hubiera establecido la acción en vida.

Mas el otorgar una indemnización a otra persona que no sea la víctima, conllevaba la existencia de otro obstáculo. En materia de responsabilidad el daño es evaluado al momento de acordar la indemnización. De manera que cómo hará entonces el juez para proceder a evaluar el daño moral de una persona muerta. De ahí que se indicara que el daño moral desaparece con la persona que lo ha sufrido. Muerta la víctima, el daño desaparece con ella. Por ello se ha objetado que un análisis de esa naturaleza favorece a los responsables que causaron la muerte de la víctima, sin embargo esas consideraciones no pueden influir sobre los principios.

Algunos han ensayado distinguir el daño y el derecho a la reparación. Para Ripert, por ejemplo, la acción para la reparación del daño moral consiste en ejercer un derecho de punición que se prolongaba después de la muerte, con la condición de

que no fuera acordada indemnización alguna. Cualquier suma que se fijara constituiría para los herederos un enriquecimiento sin causa, de manera que únicamente era posible una reparación simbólica, como "el franco simbólico" de daños y perjuicios que existe en Francia y que alcanza aproximadamente dos colones, a alguna medida de publicación ante la ofensa recibida.

Por todo ello es que la admisión del carácter satisfactorio de los daños y perjuicios debería entrañar necesariamente su intransmisibilidad. La indemnización no podría ser fijada sino con la condición de que la víctima estuviera viva al momento de su liquidación.

Para eludir este obstáculo la Sala o Cámara Mixta puso como principio que la acción había nacido en el patrimonio del difunto y con tal afirmación se daba vuelta a todos los análisis ya expuestos.

B. El momento de entrada del derecho a la reparación del daño moral en el patrimonio.

Todo el problema se reduce entonces en determinar el momento de la entrada del derecho en el patrimonio de la víctima. Cada una de las tres tesis que existen al respecto, implica una solución diferente.

De acuerdo con la concepción dominante, la indemnización acordada, no teniendo por objeto indemnizar la pérdida de un elemento del patrimonio, no entra en él sino a partir del momento en que es liquidada.

La concepción intermediaria si bien admite que el daño moral no lesiona un derecho patrimonial, reconoce que la acción en reparación toma un carácter patrimonial a partir del momento en que la víctima establece la demanda y así es el ejercicio de la acción lo que la transforma de "acción en reparación" a "acción patrimonial". Tal posición no puede satisfacer puesto que no es comprensible que el hecho de ejercer una acción pueda modificar la naturaleza del derecho a la reparación.

Es así como la Cámara Mixta en presencia de esas dos concepciones, optó por una tercera: el derecho a la reparación del daño moral nace en el patrimonio. Desde el momento en que el individuo sufre el daño, el derecho moral se convierte en un derecho patrimonial que forma parte de su patrimonio. Esta afirmación constituye realmente, más que un cambio de principios, el ordenarlos. Decir que el derecho a la reparación nace en el momento en que los derechos morales son lesionados, permi-

te admitir que la indemnización acordada no es ya satisfactoria sino compensatoria. Permitir el ejercerla a los herederos significa que la suma de dinero acordada es bien el equivalente, el precio al dolor.

En fin, admitir que una suma de dinero compensa un dolor moral consiste en reconocer que se trata de compensar una pérdida de patrimonio y que así el derecho a la integridad moral forma parte del patrimonio. No se trata entonces de un derecho extra-patrimonial.

Clásicamente se había venido afirmando que los derechos extra-patrimoniales no producen efectos en tanto que no hayan sido lesionados. Así, el derecho extra-patrimonial lesionado sería distinto del derecho a la reparación. Mas tal razonamiento no es realmente satisfactorio. ¿Por qué la doctrina y jurisprudencia han sido reticentes en admitir que la acción en reparación del daño moral nacía en el patrimonio si esa distinción hubiera sido suficiente para preservar la persona humana del comercio jurídico? La razón es clara: admitir al carácter compensatorio de la acción en reparación es admitir ineludiblemente la identidad entre el derecho lesionado y la reparación.

En realidad, tanto la persona física como moral forman parte de su propio patrimonio, lo mismo que las acciones destinadas a reparar los daños que se les hayan causado. La admisión de la reparación del daño moral debía inevitablemente conducir a esta consecuencia, a pesar de que las primeras decisiones en este sentido habían causado indignación.

Así, sucediendo al patrimonio del difunto, los

herederos pueden ejercer la acción sucesoral y establecer la acción que él mismo hubiera podido intentar. Esta acción se acumula, como lo demuestran los dos casos comentados, con las acciones personales que los herederos pueden ejercer en reparación del daño moral que ellos han sufrido personalmente por la muerte de la víctima. Se llega así a una acumulación, a una superposición de daños morales. Esta situación no deja de ser preocupante para algunos, quienes se preguntan que hasta adónde se detendrá esa cadena de reparaciones y estiman que tal solución debería necesariamente llevar a la admisión del ejercicio de la acción por los acreedores: si la acción existe para los herederos, ella existe para los acreedores.

De todo lo anterior podemos concluir que la decisión del alto Tribunal francés, reunido en una sala mixta, es perfectamente lógica. No obstante, existe un último obstáculo derivado de los principios del derecho de la responsabilidad: la evaluación del daño al momento de la decisión. Se deberá esperar y observar cómo los tribunales van a evaluar el daño moral sufrido por una persona muerta: otorgarán una reparación simbólica ("le fran symbolique") o ¿admitirán la misma reparación que se le hubiera otorgado a la persona estando aún con vida? En este evento se trataría bien de reparar un daño que ha sido causado al patrimonio y si ello fuera así, reviviéndose la acción para la reparación del daño moral una vez desaparecido su titular, tal solución sería la sentencia de muerte de los derechos extrapatrimoniales.

SEGUNDA PARTE:

LA POSICION DE LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE CON RESPECTO A LA ADMISIBILIDAD DEL DAÑO MORAL. EL DERECHO DE EXIGIRLO POR PARTE DE LOS HEREDEROS. LA SOLUCION ACTUAL.

Si bien ya comentamos en la introducción del presente trabajo que en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten la procedencia de la indemnización a la víctima por concepto de daño moral que ésta haya sufrido como consecuencia de un hecho punible cometido en su perjuicio, conviene ahora referirnos a la posición que en ese sentido han tenido nuestros tribunales, los cuales incluso han aceptado, como se hizo en

Francia y ante los casos comentados, la transmisión de la acción a los herederos, a quienes también se les ha acordado una reparación por ese concepto.

A pesar de que esa primera situación se aparta un poco del sujeto que nos ocupa, por ser de sumo interés y estar íntimamente relacionado al mismo, hemos decidido referirnos a ella.

En una posición inicial y con ciertas excepcio-

nes, la jurisprudencia costarricense se pronunció de manera reiterada en el sentido de que la indemnización por daño moral sólo procedía en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral de acuerdo a lo que disponían los artículos 52 inciso 4 del Código de Policía (ya derogado), 122, inciso 2, 125 y 127 inciso 4 del Código Penal de 1941 también ya derogado, aún cuando la Ley número 4891 de 8 de noviembre de 1971, dejó vigentes las normas de ese Código que se refirieran al modo de fijar el monto de la reparación civil, dentro de las cuales pueden incluirse los artículos 125 y 127 citados. Siguió así, la corriente que existía en otros países sobre el particular. Sin embargo posteriormente, atendiendo a su vez al desarrollo doctrinario que admitía que el daño moral debía indemnizarse no solo en los casos previstos en la legislación penal, sino también en los previstos pura y simplemente por la legislación civil, se reconoció indemnización tanto por atentados al honor como tal, sea al daño moral subjetivo, como cuando la infracción trasciende a la parte social del patrimonio moral afectando la reputación de la persona, sin que implicara necesariamente menoscabo económico y con mayor razón cuando éste se diera, es decir, cuando se hubiera dado lo que se llama el daño moral objetivo. También se reconoció indemnización al atentado que ha herido los sentimientos afectivos de la persona, como sus principios religiosos, el dolor que experimenta por la pérdida de un ser querido e inclusive se otorgó indemnización por los padecimientos físicos de la persona, como el dolor que sufre el individuo que ha sido herido o lesionado orgánicamente, la incomodidad de guardar cama vendado, enyesado, etc., comprendiéndose todo ello dentro del llamado patrimonio de afección, que a su vez parte del daño moral subjetivo o daño moral propiamente dicho. Todo ello, como también ya hemos expuesto anteriormente en la exposición, siguiendo sobre todo la posición del Derecho francés, origen del Derecho occidental, en virtud de que las disposiciones que al respecto tiene el Código Civil de esa nación, son similares al nuestro (artículo 1382 del Código Civil francés es similar al artículo 1045 del Código Civil costarricense), admitiéndose que el concepto de "daño" que en ambas normas se consigna es amplio y que abarca tanto el daño material como el moral.

Así, nuestra Sala de Casación por sentencias de las 2:55 p.m. del 19 de febrero de 1925, 3:50 p.m. del 29 de octubre de 1928, 10 horas del 18

de octubre de 1949, por la primera denegó el daño moral por padecimiento físico y por las demás lo denegaron con base en el artículo 1045 del Código Civil por estimarse que sólo procede en los casos previstos en la legislación penal y que previamente debe irse a esa vía. La sentencia de casación de las 16:15 horas del 9 de marzo de 1954, por mayoría concedió la reparación del daño moral con base en el artículo 1045 del Código Civil y en la que se dijo que no es necesario acudir previamente a la vía penal. Se trató de un caso de prisión arbitraria en que se estimó que causó sufrimiento moral a la víctima, agravado por la muerte de un hijo pocos días antes, ultimado por fuerzas militares al mando del demandado y además por padecimiento físico originado en una lesión sufrida por el actor el día anterior a su encarcelamiento, es decir, que se tomó en cuenta el padecimiento físico y los sentimientos de afección. Dos magistrados, salvando el voto, mantuvieron el criterio restringido del pronunciamiento previo en sede penal. En una ejecución de sentencia pronunciada en la vía penal, en causa por lesiones, la Sala Segunda Civil en resolución de las 10:35 horas del 10 de marzo de 1958 mantuvo también ese criterio restringido y denegó la reclamación por padecimiento físico, criterio que mantuvo la Sala de Casación en la sentencia de las 16:20 horas del 18 de junio del mismo año, con un voto salvado de un magistrado quien sostuvo que habiéndose dado la vía penal previa, sí cabía ahora reconocer la indemnización de daño moral por sufrimiento físico. La Sala Segunda Civil mantuvo el criterio restringido en resoluciones números 241 y 667 de 1953, 125 y 337 de 1958. La indemnización por padecimiento físico han acordado pagarlos además las sentencias de Casación de las 14:45 horas del 11 de junio de 1946 y lo deniegan las sentencias de Casación de las 10:25 horas del 11 de diciembre de 1958 y de las 15 horas del 3 de junio de 1959. Una sentencia de Casación posterior, la número 29 de las 10:45 horas del 6 de abril de 1966, volvió al tradicional criterio restringido de que el daño moral sólo procede en los casos previstos en la legislación penal y no en los casos previstos en los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, por considerar que estas normas están referidas a obtener la indemnización proveniente de un derecho patrimonial y no de carácter extrapatrimonial como lo es el daño moral. Un magistrado salvó el voto por estimar que tal indemnización sí procedía de acuerdo con los citados artículos del Código Civil, por ajustarse ambos a lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Política y a la

doctrina moderna sobre el derecho a cobrar el daño moral. Por su parte, la Sala Primera Civil, por sentencia número 1305 de las 8:10 horas del 8 de setiembre de 1961, aplicando el criterio restrictivo, denegó el daño moral invocado, por no estar autorizado expresamente y directamente en el Código Penal, en un caso de homicidio del cual conoció, resolviendo posteriormente, por resolución número 513 de las 9:35 horas del 28 de setiembre de 1965 lo siguiente: *"Las cicatrices visibles, cuando no afectan la aptitud para el trabajo de la persona lesionada, según sea su profesión u oficio, sólo pueden indemnizarse si se considera que caen dentro del concepto de "daño moral" y así efectivamente se ocupa de ellas el artículo 127, inciso 4 del Código Penal (de 1941), en relación con el artículo 125 ibídem. Fuera de esos casos y de los otros daños morales que prevé específicamente dicho Código, por jurisprudencia de los Tribunales, inclusive de la Sala de Casación, se ha negado derecho a la indemnización del daño moral en tratándose de hechos punibles. Buena o mala la tesis lo cierto es que en materia civil no existe ninguna disposición que pueda interpretarse en aquella forma restrictiva, pues el Código Civil se refiere genéricamente a "daños y perjuicios", sin limitar el carácter amplio del precepto. Sentadas estas conclusiones y con vista en lo que dispone el artículo 41 de la Constitución Política, lo mismo que los artículos 1045 y 1048 párrafo 5 del Código Civil, ningún obstáculo puede haber para que los Jueces Civiles concedan indemnización por un daño moral proveniente de cicatrices",* puesto que para la Sala no era *"...acogible hoy el criterio restrictivo de antaño, tanto porque el artículo 1045 sobredicho —que no excluye la indemnización por el daño moral...— debe ser aplicado en armonía con la Constitución Política, porque la doctrina moderna no duda de que en la materia debe reconocerse el derecho a la indemnización, habida cuenta de que en el estado actual de la civilización han de tener mayor rango los valores morales del hombre, que los patrimoniales o materiales..."*. Acogiendo la tesis de la procedencia del daño moral, luego de un amplio análisis doctrinario y jurisprudencial nuestro, la citada Sala por sentencia número 51 de las 10:10 horas del 28 de enero de 1972, finalmente dispuso: *"IX. La circunstancia de que en nuestra legislación no exista disposición que en forma expresa admita el daño moral en materia contencioso administrativa, no es motivo para que por ese solo hecho se deniegue el reclamo que al respecto se haga, ya que entonces cabe aplicar el criterio civi-*

lista antes expuesto, tanto por analogía como porque el artículo 5, párrafo final de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que, no habiendo ley aplicable al caso, los Tribunales fallarán con arreglo a los principios de derecho. Ahora bien, analizando las circunstancias del caso concreto es evidente que a los actores no se causó daño moral alguno, desde luego que para su destitución no se invocó la comisión de falta grave...". También se acogió la procedencia de ese daño últimamente por sentencia número 23 de las 8:15 horas del 16 de enero de 1976. Finalmente por resolución número 394 de las 9:05 horas del 24 de octubre de 1978 esa Sala, no exigiendo la previa declaratoria penal para la concesión del daño moral resolvió: *"La contrademanda, además de implicar una contestación negativa de la acción establecida por el actor, simultáneamente recaba del órgano judicial una declaratoria sobre el daño moral así como otros perjuicios de orden material... Por otro lado, según reiterada jurisprudencia que ha dictado esta Sala en una diversidad de situaciones, la indemnización por daño moral es susceptible de ser tramitada y acogida en sede civil, sin necesidad de requerir un previo pronunciamiento en la vía penal"*.

Por su parte la Sala de Casación en sentencia número 7 de las 15:30 horas del 15 de enero de 1970, acogiendo la indemnización que por daño moral se reclamó, ante un caso de dolor físico sufrido por la víctima, entre otras razones invocadas para otorgarlo indicó lo siguiente: *"el dolor físico producido por la lesión, la pena que sufre la víctima al verse postrada en cama y sometida a tratamientos, aseos o curaciones por gentes extrañas, y privada de la vida de relación con sus familiares y demás personas de su afecto, todo ello fuera de las angustias que se producen durante la enfermedad y el sufrimiento moral que persiste cuando no se recobra del todo la capacidad de que antes se disfrutaba"*.

También el Tribunal Superior Civil, conociendo ejecuciones de sentencias, para la liquidación de daños y perjuicios, ante causas tramitadas previamente en la vía penal, se ha pronunciado por ese criterio amplio de la admisibilidad del daño moral, el cual ha otorgado, no sólo por delitos distintos a la honra, la dignidad o la honestidad, a la propia víctima, sino también a sus herederos ante acciones por ellos en ese sentido entabladas y con el cual vemos, que ha dado solución similar a la que el más alto Tribunal francés, reunido en cámara mixta, recientemente acogió, aún cuando las razones que aduce para ello —en tratándose de los

herederos— son diferentes a las que adujo el Tribunal francés (el nacimiento del daño en el patrimonio del difunto), sino que se ha basado sobre todo en una interpretación amplia de las disposiciones que quedaron vigentes sobre la responsabilidad civil del Código Penal de 1941 recién derogado. Más en todo caso, se ha admitido así por nuestros tribunales la transmisibilidad de la acción a los herederos para la reclamación del daño moral sufrido por el causante, solución que como indicamos, resulta ser la más equitativa y lógica.

En efecto, en un primer pronunciamiento y ante un caso por cuasidelito de lesiones, por resolución número 848 de las 10 horas del 27 de diciembre de 1972, ese Tribunal exteriorizó su tesis jurídica de que en los hechos punibles contra la integridad corporal o la salud, es procedente la indemnización del daño moral. Expuso así el Tribunal: *"que en criterio de este Tribunal, en aquellos hechos punibles contra las personas, en los que el bien jurídico directamente lesionado es la vida, la salud o la integridad física del ser humano, aparte del daño patrimonial causado a la víctima —lo que transitoriamente dejó de percibir con su trabajo o actividad o las pérdidas económicas de una incapacidad permanente total o parcial— o a sus alimentarios legítimos —las rentas alimentarias o asistencia familiar de que los priva el hecho punible— se producen otro tipo de daños, concretamente de carácter moral, consistentes en el dolor y la pena de perder al hijo o a la madre o al padre a causa de un homicidio doloso o culposo; en la angustia, el sufrimiento y la pena moral del ofendido al verse postrado en la cama de un hospital. . ."* Tal criterio ha sido expuesto en otras ocasiones posteriores, entre las que se citan las siguientes resoluciones: 989 de las 8 horas del 12 de noviembre de 1975, 54 de las 8 horas del 14 de enero de 1976 y 282 de las 10 horas del 21 de abril de 1976, estas tres últimas ante reclamaciones entabladas por los herederos de la víctima.

Analiza el Tribunal en esos pronunciamientos que si bien con base en las disposiciones del artículo 125 del Código anterior que quedó vigente a los efectos de fijar la reparación civil proveniente del hecho punible, en relación con el artículo 122 de ese Código, tal hecho puede dar lugar a indemnización tanto por daño material como moral a favor de la víctima, ambos extremos considerados separadamente, mas en tratándose de los herederos el problema se complica, al producirse la muerte del ofendido, conforme lo prevé el artículo 128 ídem y es por ello que realiza una interpretación de

tal norma para concluir en la admisibilidad del daño moral en favor de los herederos, situación que comparte ampliamente el suscrito.

El Tribunal analizando dicha norma y sobre todo en lo que se refiere a la frase que contiene y que dice *"el condenado satisfará, por vía de reparación. . ."*, dijo lo siguiente: *"Es difícil, verdaderamente, desentrañar esa frase "por vía de reparación", porque a simple vista parece tan obvia y tan innecesaria que de inmediato hace pensar en si de verdad podría entrañar algún sentido que se escapa a la primera lectura. Mas cualquiera que fuese ese sentido, hay una cuestión indiscutible y es que esa frase en ningún modo puede interpretarse como excluyente de una indemnización por aparte del daño moral en caso de muerte del ofendido, porque esa exclusión sería de tales consecuencias en la vida de sociedad, de tal magnitud, que no hay pie para darle cabida, no hay pie para decir que cuando ocurre la muerte a causa de un hecho punible, los herederos no tienen derecho a la indemnización del daño no patrimonial y al pago de una pensión alimenticia. En criterio del Tribunal, entonces, esta frase "por vía de reparación" debe ser interpretada más bien en un sentido lato y que, consecuentemente, cuando ocurre la muerte del ofendido a causa del hecho punible, sus herederos tendrán derecho a reclamar la indemnización de los daños materiales directos, derivados del artículo 124, tales como gastos médicos, hospitalarios y similares, igualmente tendrá derecho a la pensión alimenticia estatuida por el artículo 128, y finalmente, podrán pedir la indemnización del daño moral derivado de esa muerte, con fundamento en el artículo 125. El daño moral en esta situación debe entenderse como la desintegración afectiva de la familia por la muerte del padre, de la madre o de un hijo, la pena por esa pérdida, los sufrimientos de la enfermedad y la agonía, el perjuicio moral irreparable en la formación espiritual de los hijos menores cuando a temprana edad pierden a la madre o al padre, o simplemente la pérdida del lazo afectivo de una madre anciana"*. Luego se hace un análisis sobre el artículo 129 de ese mismo cuerpo de leyes para concluir indicando que lo que tal norma da cabida es a una indemnización del daño moral o material, pero entendidos en forma separada y no una reparación que involucre ambos conceptos en una misma indemnización y que más bien se refiere a una de tipo patrimonial y no moral, para proteger la unidad familiar y los vínculos de solidaridad económica implícitos en ella.

Sin embargo, en los casos comentados el Tri-

bunal no se refiere al caso del daño moral que incumbía directamente al difunto —que es lo que daría origen a una acción transmitida en favor de los herederos para el cobro de ese extremo— sino al que personalmente les pudiera pertenecer a éstos como consecuencia de la muerte del causante, su ser querido y que se trata en este caso de una acción personal a ellos y no transmitida, no planteándose aquí la situación a que hemos aludido, del llamado "cúmulo de acciones" que permiten al heredero no sólo el reclamo del daño moral sufrido por el difunto, por una acción que se le transmite, sino también el daño moral sufrido por el propio heredero por la muerte de aquél, en cuyo caso se trataría de una acción personal a dicho heredero; cúmulo de acciones que es aceptado ya, como lo vimos, por la legislación francesa.

Concretamente, en cuanto a los pronunciamientos que hacen en la actualidad nuestros tribunales penales (Tribunales de Juicio y Salas de Casación Penales), con motivo de que ahora esos tribunales deben pronunciarse en sentencia tanto sobre el aspecto penal como de las consecuencias civiles que el hecho punible acarrea cuando hubiera sido ejercida en esa vía una demanda civil resarcitoria, podemos decir que en lo que al respecto nos ocupa, sobre la concesión de una indemnización por daño moral, tal extremo es debidamente admitido y concedido, esto último claro está, cuando se demuestre y justifique su existencia. Sin embargo hay que aclarar que en lo que no existe discusión alguna es en admitir la procedencia del daño moral cuando es reclamado por el propio ofendido. Diferente ha sido la solución cuando es reclamado por un heredero, sea por haberlo sufrido él mismo, sea por haberlo sufrido el causante; es decir cuando ese heredero pretende ejercer por ese extremo, sea una acción personal o una transmitida, o ambas.

A pesar de lo resuelto en cuanto a ello por el Tribunal Superior Civil conforme lo examinamos, la Sala de Casación Segunda Penal ha sostenido un criterio distinto. Por resolución No. 56 de las 10:30 horas del 13 de noviembre de 1978 dijo lo siguiente: "**IX. DAÑO MORAL:** *La actora civil solicitó se le indemnizara además del daño material, el daño sentimental que evidentemente le produjo la muerte de su esposo. Al acordar esta indemnización por daño moral, el fallo impugnado violó las disposiciones legales que luego se examinarán. De acuerdo con nuestra legislación y jurisprudencia es innegable que el daño moral es resarcible pero únicamente en favor de la persona que lo sufrió y fa-*

llecida ésta puede transmitirse a sus herederos alimentarios en primer término y en subsidio a sus herederos, pero no autoriza el daño moral que evidentemente se produjo a tercero. En el caso concreto y por haber fallecido el ofendido muy poco tiempo después de haber sido atropellado, ese daño moral no se produjo. Es verdad que según nuestras leyes, no solo se puede producir el daño moral en los delitos contra la honra, la dignidad y la honestidad, sino también en otros. Al acordar la sentencia a esa indemnización por daño moral, sin haberlo sufrido el ofendido, violó por aplicación indebida los artículos 122 inciso 2 y 125 del Código Penal de 1941, derogado, pero vigente para el caso concreto según Ley No. 4891 de 8 de noviembre de 1971. Procede en consecuencia casar en este extremo la sentencia de instancia". Igual pronunciamiento había emitido ya por resolución No. 21 de 15:45 horas del 4 de mayo de 1977, en el que también se le denegó al heredero el daño moral, ya que "*...por haber fallecido instantáneamente el aquí ofendido, ese daño moral no se produjo*". De tales pronunciamientos se desprende que ya nuestros tribunales han aceptado la transmisión de la acción al heredero para el cobro del daño moral sufrido por el causante y que si no se concedió fue por no haber existido tal daño ante la muerte inmediata o próxima del ofendido. En igual forma se había pronunciado ya en 1961 la Sala de Casación Penal francesa. De manera que ya entre nosotros basta con demostrar la existencia del daño moral en la persona del causante, para que en forma transmitida pueda otorgarse a sus herederos.

En lo que respecta a la acción personal de los herederos, respetando el criterio de la Sala, creemos que bien podría admitirse su acción en las hipótesis comentadas (por el daño moral que sufre ante la pérdida de un ser querido), no solo por los tribunales civiles con base en las disposiciones del artículo 1045 del Código Civil, que son de carácter amplio, pues se refieren a los "daños y perjuicios" en forma general y que se fundamentan tanto en una causa o falta civil, como en una de índole penal idéntica a la civil; sino también por nuestros tribunales penales, habida cuenta de que el artículo 103 del Código Penal establece que todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: "*1) . . . 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros*"; y además por cuanto el artículo 9 del Código de Procedi-

mientos Penales permite "al damnificado" el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal para la indemnización de los daños y perjuicios (término que es siempre usado en sentido general y sabemos que el término "damnificado" tiene también un carácter amplio y que comprende no solo al propio ofendido, sino a terceros.

Ahora bien, vale la pena comentar la manera como un tribunal penal debe proceder en sentencia para resolver la acción civil resarcitoria. Algunas estiman la indemnización reclamada de una manera global, dentro del rubro "daños y perjuicios" y otras la concretizan en forma separada, otorgando o fijando una cantidad determinada por cada concepto reclamado, dentro de los que se incluye cuando procede, el daño moral. También existe diversidad de criterios en cuanto a que si en sentencia el Juez cumple bien con condenar al pago de daños y perjuicios en forma abstracta, para que se liquiden luego en la vía civil por el trámite de ejecución de sentencias, o si por el contrario, se deben liquidar esos extremos, concretándose las respectivas indemnizaciones. Al respecto estimamos que el Juez tiene la obligación de liquidar las diferentes partidas reclamadas, cosa que es lo propio en nuestro actual sistema, en el que la acción civil resarcitoria constituye un verdadero juicio ordinario en la vía penal, en el que cada uno de los extremos solicitados debe ser probado debidamente por el accionante, aun cuando para su fijación concreta luego en sentencia, el Juez tenga un poder soberano de apreciación. Tal solución está acorde con lo que disponen los artículos 474 y 475 del Código de Procedimientos Penales, a los efectos de que el imputado, el civilmente responsable, o el propio actor civil puedan recurrir en casación.

Finalmente, a pesar de que no forma parte del tema tratado, pero que tiene una íntima relación, me referiré a la posición adoptada por nuestra Sala de Casación Superior Penal, en cuanto a la exigencia para el heredero de demostrar su calidad de tal para poder actuar como actor civil en un proceso penal. Al respecto dicha Sala, por resolución No.

59 de las 16 horas del 20 de octubre de 1977, integrada por cinco Magistrados, resolvió lo siguiente: *"IV. En rigor, la eventual indemnización que podría corresponder a los padres de una persona muerta como consecuencia de un delito, no forma parte de los bienes sucesorios del ofendido, por no tratarse de bienes o derechos existentes al momento de la muerte del causante, sino que emergen con posterioridad, precisamente como consecuencia del hecho punible (art. 521 del Código Civil). En consecuencia, no existe razón para exigir al interesado la calidad de heredero declarado para poder reclamar la referida indemnización a título de daño moral, cual fue la pretensión concretamente deducida en el respectivo debate. . . Que el artículo 107 del Código Penal ni el de Procedimientos Penales exige la previa declaratoria de heredero como requisito indispensable para que alguien pueda establecer la acción civil resarcitoria en sustitución de un ofendido extinto: en verdad el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales confiere el derecho a establecer tal clase de acción no solo al ofendido directamente, sino a sus herederos en los límites de su cuota hereditaria, lo cual permite a éstos no solo continuar la acción iniciada en vida de un ofendido que fallece antes de que termine el proceso, sino iniciarla por sí mismo si el perjudicado no la ha intentado antes de su muerte, o cuando, como en este caso, el derecho a reclamar indemnización surge posteriormente y como consecuencia precisamente del fallecimiento del causante como resultado del hecho punible. . ."* Es acertada la solución de la Sala en cuanto a la no exigencia de la declaratoria previa de heredero, por cuanto esta condición debe entenderse como fundamento para que se le conceda en sentencia la indemnización y no como un requisito formal para la admisibilidad de su acción en el proceso. Basta pues con demostrar la calidad de hijo, de padre, esposa, etc., para que se le dé curso a su acción. En igual sentido se pronunció la Sala Segunda de Casación Penal por resolución No. 56 de las 10:30 horas del 13 de noviembre de 1978.

CONCLUSION:

Como conclusión a todo lo expuesto en el presente y rápido estudio, que ha sido sobre un tema que pienso es bastante interesante, podemos decir que nuestros tribunales al momento actual han

tomado una posición acertada en cuanto a la concesión del daño moral producto de un hecho punible y que es la que actualmente prevalece en la doctrina y jurisprudencia internacional, habiéndose

se admitido ya como en Francia, la transmisibilidad de la acción a los herederos, para el cobro del daño moral sufrido por el difunto y si bien la acción personal de aquéllos por ese mismo concepto se le rechazó por nuestro Tribunal de Casación Penal, al menos ya un Tribunal de menor jerarquía la admitió. Sin embargo en todos esos casos se ha actuado con motivos diferentes a los fundamentados por el alto tribunal francés, "del nacimiento del daño moral en el patrimonio del causante" que fue el que se indicó en los dos casos comentados inicialmente. Es cuestión de criterio, perfectamente puede ser posible esa solución aquí, así como que también se llegue a admitir la acción personal del heredero para el reclamo del daño moral sufrido por él ante la muerte del ser querido.

Existen además dos circunstancias que pueden ser tomadas en cuenta. Una de ellas y que precisamente solucionó una serie de dificultades, sobre todo en la doctrina y jurisprudencia francesas y es la de incluir dentro de nuestra legislación ya de una manera clara, una norma como la que existe en el Código Procesal Penal de ese país, que se re-

fiere al establecimiento de la acción civil dentro del proceso penal, incluyendo todos los daños por los cuales ella puede ser intentada. En efecto, el artículo 3 de ese Código dispone: "*La acción civil puede ser ejercida al mismo tiempo que la acción pública (penal) y ante la misma jurisdicción. Ella será admisible para todo tipo de daños, tanto materiales como corporales o morales que se deriven de los hechos objeto del proceso*".

La segunda situación sería la de establecer como en ese país y que ya se hizo aquí en materia penal, una Sala de Casación Civil Mixta que abarcara integrantes de Salas de Casación Civil y Penal, con el objeto de dirimir o unificar criterios diferentes que se dieran en las decisiones de unos u otros tribunales con respecto a la admisibilidad o rechazo de una indemnización civil, cuando esa responsabilidad proviene como consecuencia de la comisión de un hecho punible. Ello traería seguridad a las víctimas o a sus herederos ante las reclamaciones que por ese motivo hicieran y con ello también se pondría en su más alto lugar nuestra sagrada labor: la de hacer justicia!

BIBLIOGRAFIA

MAZEAUD, Henri y León, TUNC, André "*Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*" (Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil). Tomo II, 6a. edición. Ediciones Montchrestien. París. 1965.
 PLANIOL Y RIPERT, *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Volumen II. México. 1945.
 LE ROY, Max, *L'évaluation du préjudice corpo-*

rel (La evaluación del daño corporal). 7a. edición. Librairies Techniques. París. 1977.
 LE TOURNEAU, PHILIPPE, "*La Responsabilité Civile*". (La responsabilidad civil), 2a. edición. Dalloz. París. 1976.
 Boletines de jurisprudencia francesa y sentencias de nuestros tribunales (citadas en el texto del trabajo).
