



UNIVERSIDAD DE CIENFUEGOS
“CARLOS RAFAEL RODRÍGUEZ”
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y
HUMANÍSTICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO

Título: Fundamentación jurídica para el resarcimiento pecuniario ante el daño moral.

Autor: Asley Quintero Medina

Tutor: Lic. Joaquín Fernández González

Curso: 2013 - 2014

Índice

Resumen

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: EL DAÑO MORAL Y DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD, GENERALIDADES TEÓRICAS	8
1.1 Relación jurídica civil	8
1.2 Derechos inherentes a la personalidad como parte de la relación jurídica	9
1.2.1 Clasificación de los derechos inherentes a la personalidad	11
1.3 Daños Morales definiciones	12
1.4 Resarcimiento del daño moral	15
1.5 La regulación jurídica del resarcimiento pecuniario del daño moral, análisis comparativo	21
1.5.1 Panamá	22
1.5.2 México	23
1.5.3 Argentina	24
1.5.4 España	26
1.5.5 Venezuela	28
1.5.6 Costa Rica	29
CAPÍTULO 2: EL DAÑO MORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO	32
2.1 Acercamiento al tratamiento histórico del daño moral	32
2.1.1 Versiones y anteproyectos de la legislación civil cubana	35
2.2 El daño moral en el ordenamiento jurídico cubano: vías de protección	37
2.2.1 La Constitución de la República de Cuba	38
2.2.2 El Código Civil Cubano	39
2.2.3 El Código Penal	41
2.2.4 La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica en Cuba	42
2.3 Descripción de la técnica utilizada	44
2.4 Fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral	47
CONCLUSIONES	58
RECOMENDACIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	60
ANEXOS	65

RESUMEN

Esta investigación procura la necesidad del reconocimiento del resarcimiento pecuniario en la esfera moral. En la investigación se analizan los posibles fundamentos que pueden instituirse en el ordenamiento jurídico cubano para que se establezca un resarcimiento pecuniario más genuino del daño moral en la ley sustantiva. Se realiza un análisis de las diferentes doctrinas jurídicas, en el Derecho Civil, y cómo se regula en el Código Civil cubano. El estudio se establece como premisa que el término daño no puede circunscribir solamente a las afectaciones patrimoniales, sino que debe prolongarse a los daños morales o no patrimoniales buscando con ello una efectiva protección a la persona natural, de manera que resulte integral, pues en el presente la regulación del Código Civil Cubano no es efectiva al limitar la reparación a la retractación pública del ofensor. Los métodos que se utilizaron son: el de carácter teórico y el de carácter empírico. Como resultados, de esta investigación se obtienen los fundamentos jurídicos que posibilitan la aplicación más eficaz de lo establecido en el ordenamiento jurídico cubano haciendo más protectora la norma en función de los derechos fundamentales del hombre.

INTRODUCCIÓN

La tutela legal de la conducta humana en cualquier esfera, otorga seguridad jurídica a la sociedad, independientemente de la proyección política e ideológica de esta. El Derecho se ha de encaminar permanentemente a la búsqueda de soluciones plausibles a la realidad del hecho imperante, que por lógica, precisa de regulaciones sustantivas, atemperadas a las condiciones específicas de cada Estado. No obstante, resulta sumamente complejo definir el modo de proceder ante la existencia de posiciones y opiniones diferentes, respecto al enfrentamiento de los procedimientos y mecanismos tradicionales con las nuevas tendencias, máxime cuando la realidad objetiva, en constante evolución y desarrollo, obliga igualmente a un constante proceso de perfeccionamiento del Derecho.

Dentro de los derechos cuya tutela legal, específicamente el método o procedimiento para su protección, resultan de los más debatidos en la actualidad, se encuentran los derechos inherentes a la personalidad. La doctrina los ha reconocido como aquellos poderes o facultades que la norma otorga a la persona solo por ser tal y sobre bienes relacionados con su propia naturaleza y que le son intrínsecos, como la vida, el honor, la propia imagen, el nombre, la integridad física, la intimidad y la libertad personal. En el disfrute de estos derechos, entre los seres humanos se establecen determinadas relaciones sociales, que al ser reconocidas o reguladas por el derecho objetivo, adquieren relevancia en la esfera jurídica, lo que hace imprescindible establecer los límites dentro de los cuales pueden desenvolverse paralelamente los individuos con seguridad e independencia.

La Relación Jurídica que se instituye entre los individuos fue definida magistralmente por el destacado jurista alemán Savigny, como “una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña.”(Valdés Díaz, Caridad del C., 2006:78) En el constante tráfico jurídico que se suscita entre las personas, suceden de forma ininterrumpida transgresiones con relevancia jurídica. Estas, al afectar los derechos inherentes a la personalidad, pueden provocar derivado del acto lesivo, un determinado daño al individuo, el cual se cataloga de material o

moral, según el bien jurídico atacado. Cuando lo lacerado es el patrimonio se está en presencia de un daño material, mientras que ante un perjuicio en el orden psicológico, subjetivo o anímico se estaría en presencia de un daño moral.

Numerosos autores han abordado esta modalidad de daño, aportando definiciones y elementos que permiten su identificación en el orden conceptual. Para Fueyo Laneri el daño moral no es más que, “aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal.”(Fueyo Laneri, F.,s/f: 578) Por su parte Leysser León plantea que el daño moral “en sentido estricto y propio, es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por ende es, daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causada a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho.”(Leysser León, s/f: 35)

Otros estudiosos de la temática han aportado elementos incluso más abarcadores. En ese sentido, según Cristóbal Montés, “el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor), o de sus sentimientos o afectos más importantes y elevados (...) o que el daño moral es aquel daño que afecta un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorpóreos cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad.”(Cristóbal Montes, Á 1990:17)

Es indudable que el daño moral es aquel que se produce por la violación de los derechos inherentes a la personalidad, así como cualquier tipo de afectación o

perturbación que sufra el ser humano en sus intereses, aspiraciones, sentimientos o capacidades intelectuales como consecuencia de un acto ilícito.(Rodríguez Corría, R., 2005:23) Dentro de los elementos perturbados, ante la ejecución de un acto ilícito, conducente a un daño moral se encuentran los sentimientos, el decoro, los afectos, la reputación, las creencias, la vida privada, el honor, la configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí mismo tienen los demás, así como las modificaciones en la capacidad de entender y la aptitud de comprender o de querer a un ser humano. También los daños relativos a los derivados de las violaciones de los derechos personales y cualquier otro daño de naturaleza extrapatrimonial que cause o provoque a la víctima dolor psíquico, afectivo o físico.

A nivel internacional es aceptado sin discusión que los daños materiales y morales con repercusión patrimonial son susceptibles de resarcimiento económico, pero existen diversos criterios en cuanto a la posibilidad de este modo de resarcimiento para el daño puramente moral, sin trascendencia patrimonial. Las corrientes modernas favorecen el resarcimiento del daño moral como es el caso de los Códigos Civiles de Alemania, Suiza e Italia, que sí lo reconocen. En otras legislaciones que carecen de reglas al respecto perdura el debate, destacándose criterios a favor y en contra.

Los criterios adversos consideran que los jueces no tienen la posibilidad real de valorar pecuniariamente un elemento psíquico como el dolor, el sufrimiento y que al no estar limitada la responsabilidad por daño moral, pueden proliferar demandas que acarreen sentencias injustas, arbitrarias y hasta ridículas. Los portadores de criterios favorables argumentan que en materia civil la exigencia de responsabilidad a través de condenas pecuniarias tiene una función no solo de resarcimiento, sino también de compensación, que la dificultad o imposibilidad de valorar el daño moral no debe impedir el otorgamiento de una cantidad a la víctima, que en cierta medida ayude a mitigar la pena, el dolor, que al menos le propicie cierta tranquilidad económica que haga más llevadero su sufrimiento espiritual.

Es un punto común en los criterios de aquellos a favor del resarcimiento pecuniario del daño moral, la necesidad de una fundamentación teórica que soporte la

institución de dicha figura. El ordenamiento jurídico cubano no es ajeno a esta temática. El Código Civil vigente recoge en su articulado del 81 al 88, la regulación de la responsabilidad proveniente de actos ilícitos, comprendiéndose en la sección primera del artículo 83¹ lo concerniente a la reparación de la responsabilidad civil. Se aprecia el exiguo contenido del subsiguiente artículo 88² en tanto deja establecido la reparación del daño moral, saltando a la vista una pobre regulación para la protección de este bien jurídico de tanta importancia para los seres humanos.

La mayor dificultad radica en que en el Código Civil Cubano, que data del año 1987, se acepta la posibilidad del resarcimiento del daño moral, específicamente en su artículo 88, donde se prevé la retractación pública del ofensor, pero no existe otra regulación que permita otra variante de resarcimiento. En materia de responsabilidad civil el problema de la reparación del daño es lograr que la víctima del acto ilícito pueda, en lo posible, sentirse resarcida de los daños sufridos, a la misma vez que el ofensor se sienta dañado con tal acto y no quede impune, ese es el objetivo del estudio. Dicha pretensión se hace regularmente difícil de lograr, en los cuales es necesario acudir, en ocasiones, al cumplimiento por equivalente donde podría ser la entrega de una cantidad de dinero por la afectación que no se pueden restituir. En tales casos, al menos, al perjudicado le queda la satisfacción de que, por una valoración más económica que jurídica, la suma recibida representa el valor del bien afectado.

Partiendo de tales apreciaciones se establece como **problema científico**. ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral?

El Objetivo General.

¹ Artículo 83 del Código Civil cubano regula que el resarcimiento de la responsabilidad comprende:

- a) la restitución del bien;
- b) la reparación por daño material;
- c) la indemnización del perjuicio; y
- ch) la reparación del daño moral.

² Artículo 88 Lea reparación del daño moral comprende la satisfacción al ofendido mediante la satisfacción pública.

- Determinar los fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral.

Para lograr el cumplimiento del objetivo general, se han trazado los siguientes

Objetivos Específicos:

- Sistematizar la teoría moderna en torno al daño moral y su resarcimiento pecuniario.
- Comparar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario del daño moral en ordenamientos jurídicos foráneos.
- Identificar los fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral.

De acuerdo al problema enunciado, se pretende demostrar la siguiente **idea a defender**: La determinación de los fundamentos jurídicos sobre la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario del daño moral se encuentran recogidos en el Código Civil cubano, siendo necesario la reinterpretación de estos para su aplicación en el ordenamiento jurídico cubano.

Para el logro de los objetivos trazados y la consecuente solución del problema planteado, se utilizaron **métodos de investigación** del carácter teórico y empírico.

Del carácter teórico:

- Se empleó el método teórico-jurídico en tanto se realizó un exhaustivo análisis de la doctrina relativa a la indemnización del daño moral y su resarcimiento pecuniario.
- El exegético-analítico, dirigido a la determinación del alcance de la norma imperante en materia de resarcimiento del daño moral y el análisis de sus efectos en el ordenamiento jurídico cubano.
- El jurídico-comparado, encaminado a sentar las pautas sobre el estado del tema de resarcimiento pecuniario por daño moral y su resarcimiento pecuniario en legislaciones foráneas.

Del carácter empírico.

Método sociológico, Permitió comprender la valoración que tienen los operadores jurídicos de la institución que se investiga.

Técnica.

- La encuesta realizada a operadores del Derecho, dirigida a conocer su opinión sobre la eficacia del procedimiento instituido en el ordenamiento jurídico cubano actual para la reparación pecuniaria del daño moral ocasionado por actos ilícitos extracontractuales e incumplimiento de obligaciones contractuales y su posición respecto a la aplicación de condenas pecuniarias ante la comisión de actos que provoquen una lesión a los derechos inherentes a la personalidad, como alternativa a la retractación.

La novedad de la investigación está determinada por el análisis que se realiza del tema a través del Derecho Comparado, lo que permite encontrar puntos de conexión y desencuentros con la realidad cubana, así como la identificación de los fundamentos que pueden determinar la introducción del resarcimiento pecuniario por daño moral en el Código Civil cubano, extremo sobre el cual hasta el presente no se habían pronunciado. Los estudios resultan novedosos ya que la propuesta en este sentido tiene carácter de interés socio-jurídico, siendo preciso que se conozca el proceso para la indemnización pecuniaria de los daños morales, con una limitada³ regulación actualmente en el Código Civil Cubano.

Los aportes de esta investigación posibilitarían la aplicación más eficaz y genuina de lo establecido en la legislación sustantiva civil, haciendo más protectora la norma en función de los derechos fundamentales del hombre a través de, la sistematización de la teoría moderna en torno al daño moral y su reparación pecuniaria, la comparación y regulación jurídica de la reparación pecuniaria del daño moral en ordenamientos jurídicos foráneos, la identificación de los fundamentos jurídicos que se deben orientar para la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral.

La presente investigación se pretende estructurar de la siguiente forma:

Capítulo 1 titulado: “ El daño moral y derechos inherentes a la personalidad, generalidades teóricas.” Se destina a presentar una panorámica de lo recogido en la doctrina y el Derecho comparado sobre el daño moral, su reparación pecuniaria y su relación directa con los derechos personales.

³ A los efectos de la investigación la palabras limitada, escasa, pobre regulación, vacío legislativo, y ausencia de protección se utilizarán como sinónimos.

Capítulo 2 titulado: “ El daño moral en el ordenamiento jurídico cubano.”

Comprende el daño moral y su reparación pecuniaria, implica el análisis de la figura y sujeta los argumentos teóricos que permiten el reconocimiento legal de dicha institución cuando se incumple una obligación del tipo descrita. Identificar los fundamentos jurídicos que se deben orientar para la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario en presencia de un daño moral.

Finalmente se incluyen las conclusiones resultantes de la investigación, las recomendaciones, así como la bibliografía consultada y los anexos.

CAPÍTULO 1: EL DAÑO MORAL Y DERECHOS INHERENTES A LA PERSONALIDAD, GENERALIDADES TEÓRICAS

1.1 Relación jurídica civil

Las relaciones de los seres humanos en la sociedad se establecen constantemente, resultando necesario establecer una línea invisible de separación que determine los límites dentro de los cuales pueden desenvolverse paralelamente los individuos con seguridad e independencia. No se puede hablar de daño moral, ni aún de su resarcimiento sin antes citar la Relación Jurídica como una institución que ocupa un lugar primordial dentro de todo el arsenal de conceptos propios del Derecho Civil. Este concepto es introducido en la dogmática por el destacado jurista alemán Savigny, quien la define como “una relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña.” (Valdés Díaz, Caridad del C., 2006: 78)

Corresponde al Derecho establecer las reglas que fijan tales límites. Desde la aparición de esta idea. Tradicionalmente se han definido las relaciones jurídicas como relaciones sociales vitales, reconocidas o reguladas por el derecho objetivo, que producen determinadas consecuencias jurídicas. Valdés Díaz enfatiza que “resulta necesario precisar que cualquier definición que se ofrezca de relación jurídica debe contener los siguientes elementos; referirse a la situación jurídica en que se encuentran dos o más personas; la situación jurídica de los sujetos debe regularse orgánicamente, como una unidad; debe organizarse la regulación con arreglo a determinados principios básicos; la relación social regulada debe estar encaminada a la realización de una función económica o social trascendente, es decir, merecedora de tutela jurídica.” (Valdés Díaz, Caridad del C., 2006:76)

Para Delgado Triana “la persona no es exclusivamente para el derecho civil el titular de derechos y obligaciones o el sujeto de las relaciones jurídicas, debe ocuparse además de su protección, de sus atributos físicos y morales, de su libre desenvolvimiento y desarrollo.” (Delgado Triana, Y., 2007: 23). En cambio la relación

jurídica civil será aquella relación social regulada por una norma jurídica civil y “se establece siempre entre personas, que en el marco de dicha relación se encuentren en una situación jurídica de poder o en una situación jurídica de deber. Estas personas actuando en el marco establecido por la relación se manifiestan como sujetos de ellas. Este es el primer elemento estructural de la relación jurídica, el elemento subjetivo.” (Valdés Díaz, Caridad del C., 2006: 89)

Siguiendo la idea de Delgado Triana “... las relaciones jurídicas civiles son por excelencia las relaciones vinculadas directamente al patrimonio y las estrictamente personales. Su contenido no es esencialmente económico, pero no se despojan de cierto carácter patrimonial. Ellas pueden configurar dos situaciones jurídicas distintas: relaciones que se derivan del ejercicio de un derecho con doble contenido, personal y patrimonial, o relaciones que se derivan del ejercicio de un derecho desprovisto de contenido económico pero con consecuencias patrimoniales.” (Delgado Triana, Y., 2007: 58)

Se han pronunciado disímiles autores acerca de la relación jurídica como categoría. La autora se afilia a lo planteado por Delgado Triana en cuanto a que las relaciones jurídicas civiles se derivan de procesos con un doble contenido, precisamente patrimonial y personal. Su contenido no es esencialmente económico, pero no se despojan de cierto carácter patrimonial, llegando a constituirse una obligación por medio de la cual se llega a ser responsable civilmente ante los hechos que pueden acontecer.

1.2 Derechos inherentes a la personalidad como parte de la relación jurídica

Para el Derecho Civil, persona es todo aquel ser humano capaz de crear derechos y obligaciones, es el sujeto de la relación jurídica, pero esta persona para que pueda adquirir dichas facultades necesita plena capacidad jurídica, pues sino no podría ser su titular. La personalidad es el resultado de un ordenamiento jurídico concreto que regula la vida social, atribuyendo a cada sujeto derechos subjetivos, facultades, potestades, deberes y cargas y acogiendo definiciones que aluden a posiciones dentro de la comunidad social, por ejemplo, la capacidad, la legitimación o el estado

civil, por tanto, la personalidad es una garantía de los derechos inherentes a la persona.

Los derechos inherentes a la personalidad como categoría abstracta, única y general no tendrían ningún sentido. Por lo que desde el punto de vista de su protección jurídica, se desglosan una serie de derechos concretos que atañan al hombre tanto física como moralmente, pero solo en aquellos aspectos que por su trascendencia no son excluibles de él. En este caso serían los derechos civiles que la ley reconoce, como aquellos que son esenciales e inherentes a la personalidad.

Estos derechos le permiten al hombre reconocer determinados valores morales de gran importancia y esenciales para todos, desde la perspectiva jurídica es un instrumento poderoso por el cual el ser humano pueda ser reconocido como personalidad plena. Su regulación legislativa y la protección jurídica son sumamente trascendentes, pues permiten alcanzar el desarrollo total de la personalidad. La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad son derechos inviolables inherentes a la persona. Según Álvarez Tabío los derechos inherentes a la personalidad son un conjunto de bienes “ tan propios del individuo que se llegan a confundir con él y constituyen las manifestaciones de la personalidad del propio sujeto,” son aquellos que garantizan al hombre el disfrute de sus bienes personales y de sí mismo. (Álvarez Tabío, Ana M., 2004: 10–16.)

Los derechos humanos constituyen el “ conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”(Iglesias Pérez, J., 2001:48) Según Álvarez Tabío, muchas veces se habla de derechos fundamentales, libertades públicas o derechos humanos, para referirse a los derechos inherentes a la personalidad, o simplemente se emplean sinónimos. (Álvarez Tabío, Ana M., 2004: 10–16) Los derechos subjetivos presentan tres elementos importantes en su estructura: el sujeto, es la persona titular del derecho, a la que el ordenamiento jurídico le reconoce determinado poder; el objeto es la parte de la realidad social, que constituye la base de la situación jurídica de poder que se ha confiado a su titular, es

lo que se protege en todo derecho subjetivo, no se tutelan las cosas físicas materiales, ni la utilidad o bien que estas cosas representen, lo protegible es el interés que pueda tener para el sujeto; el contenido es el poder que puede ejercer el sujeto sobre el objeto del derecho, sobre algo que es atribuido a una persona. En el caso que ocupa en los derechos inherentes a la personalidad, se manifiestan estos tres elementos, pues existe un sujeto que va a ser el dueño de ese derecho; un objeto que puede ser la intimidad, el honor, la imagen; y el contenido va a estar dado por las facultades que posee el titular en virtud del derecho que se le atribuye por el ordenamiento jurídico. Lo que lleva a expresar que los derechos inherentes a la personalidad son verdaderos derechos subjetivos.

Es consideración de la autora que los derechos inherentes a la personalidad son los que provienen de la persona misma. Por su naturaleza le consienten a la persona deleitarse de indiscutibles potestades, derechos, deberes y a la vez de estipuladas obligaciones que lo hacen ver como un sujeto capaz de tomar sus propias determinaciones y de disfrutar de estos atributos que le son propios, los que a su vez presentan tipologías particulares e identificativas con respecto a otros análogos.

1.2.1 Clasificación de los derechos inherentes a la personalidad

La doctrina jurídica, incluida la cubana, considera como derechos inherentes a la personalidad dentro de la esfera física: el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad y dentro de la esfera moral: el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen. Discutidos son los casos del nombre y el derecho moral de autor. Esta clasificación debe realizarse en función del tiempo y del lugar en dependencia de los cambios de la sociedad. Para la jurisprudencia cubana "...los derechos de la personalidad o derechos inherentes a la personalidad, que es una generación de derechos de reciente estimación, ya que los Códigos Decimonónicos tenían una concepción estrictamente patrimonialista en cuanto a las personas, al tratarlas exclusivamente en relación con sus bienes,... tal como acepta la doctrina moderna, que los clasifica a su vez como esenciales, entre los que están la vida, la integridad corporal y la libertad; los sociales, también inherentes a la persona y entre los que

figuran el honor, la intimidad y la imagen; y otros autores agregan otra categoría, corporales y psíquicos, entre los que se incluyen la salud psíquica y física, los sentimientos y la estima social.” (Valdés Díaz, Caridad del C., 2006: 98)

Existe entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y el derecho a la propia imagen una gran interconexión, al ser tales derechos propios de la personalidad y posibilitar el goce de las facultades corporales y espirituales, siendo imprescindibles en la naturaleza humana y condición fundamental de su existencia y actividad, algo así como el derecho de la persona a ser ella misma y a desarrollarse y afirmarse como tal. Esta situación ha conllevado a que uno de los problemas que presentan estos derechos sea la dificultad a la hora de definirlos y por ende plantear su resarcimiento. Los derechos de la personalidad deben ser protegidos de las agresiones que sufran, se garantiza su disfrute frente a las injerencias ajenas, a la vez que su protección, por el simple hecho de ser derechos privados. Se puede disponer de estos de forma parcial y concreta, depende del momento y del supuesto.

1.3 Daños Morales definiciones

Entre los sujetos pueden establecerse situaciones fácticas que originan un determinado perjuicio, o daño.⁴ Internacionalmente han sido numerosos los autores que se han manifestado respecto al daño moral lo que se desglosa en una serie de innumerables criterios controversiales respecto al resarcimiento pecuniario en el que el daño moral, se acepta como una forma de concepto genérico. En el panorama del Derecho Comparado una de las preocupaciones fundamentales radica en cómo se prueba el daño moral y la dificultad de asignar una suma de dinero que se corresponda realmente con el daño sufrido.

En su forma de concepto genérico, uno de los criterios más aceptados es el de Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, los cuales plantean que el daño moral es la

⁴ Siendo un criterio reconocer el daño como concepto, según el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado “Daño es el efecto de dañar o dañarse. Dolor por una contusión. Estragos. Daño emergente es el que se deduce de forma secundaria del cumplimiento de una palabra dada.” La palabra daño proviene etimológicamente del latín *damnum*, que significa daño, pérdida, multa y del indoeuropeo *dap-no* que sería una pérdida, un gasto.

denominación, la lesión o violación de bienes y derecho de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio. (Díaz Picazo, Luís y Gullón Ballesteros, A 1981: 602)

Aunque algunas definiciones pueden resultar incompletas, la mayoría coincide en que el daño moral es una lesión a los bienes o derechos que pertenecen al sector personal y extrapatrimonial del sujeto; un daño psicológico según términos empleados por Bercovitz, “una alteración del equilibrio psicológico de la víctima causado por la expresión que produce en ella la frustración de una expectativa.”(Bercovitz Rodríguez, R., 1976:9-11) Álvarez Vigaray lo define como “ todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más elevados.”(Álvarez Vigaray, R., 1966:89) Según el criterio de Illegas Rus, “ todo sujeto cuya esfera extrapatrimonial psíquica, afectiva etc., se vea afectada por un suceso ilícito cualquiera sufre directamente un daño moral.”(Illegas Rus Ángel V., 2003:67) Para García López es “ el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho que se resarce por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez,”(García López, R., 1990: 19)

Al referirse Romero Silverio y Santana Calderín sobre el daño moral concuerdan en que es toda lesión o violación, menoscabo de las facultades que lo integran, y que necesariamente repercuten en el estado anímico de la persona, en su prestigio, en su imagen, en su tranquilidad espiritual, en su capacidad creadora, en la estimación que se tiene de sí mismo, en su equilibrio emocional; en fin, es algo a lo que se encuentra atado irremediablemente.(Romero Silverio, A y Santana Calderín, María A.,2004:18) Cienfuegos Salgado plantea que “ el daño es el mal que directamente se hace, es decir el daño emergente a los bienes que se pretenden (*damnus emergens*) y el perjuicio es el mal que indirectamente se causa o lo que es igual el lucro cesante (*lucrum cesans*)” El menoscabo patrimonial o daño en su sentido más estricto es objeto de reparación propiamente dicho y el perjuicio hace referencia a la falta de

ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor en materia de indemnización. (Cienfuegos Salgado, D., 2001: 27)

Para la jurisprudencia española integrada por autores como De Castro y Bravo F los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, o sea, a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales,(De Castro y Bravo F.,1972:9) criterio que ratifica Vielma Mendoza cuando plantea que “ es importante tener en cuenta que el daño moral no excluye que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material, ambos daños quedan perfectamente delimitados, aunque pueden ser objeto de una valoración unitaria.”(Vielma Mendoza, Y.,2010: 15-24)

La doctrina costarricense integrada por autores como Brau del Toro, Pérez Vargas y Gadea Nieto se inclinan de una forma u otra a expresar que el daño moral es aquel que se ocasiona a los derechos personales ya sea en su esfera física o espiritual considera al daño en materia extracontractual como aquel que recae en un interés, humano relevante desde la perspectiva jurídica o en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona. “ Por influencia del derecho estadounidense, en este país se acostumbra dividir los daños en generales y especiales cada uno de ellos a su vez compuestos por diversas partidas, variable según la hipótesis lesiva de que se trate. ” (Álvarez Tabío, Ana M.,2004:49)

Así la doctrina clásica italiana, habla de daño moral objetivo y de daño moral subjetivo. Autores como García Gradailla plantean que el “ daño moral objetivo sería aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social; y en cambio, el daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas. ” (Gradailla García, José A., 2002:46)

En la doctrina francesa los Maseaud y Tunc distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social

del patrimonio moral que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración, y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral que alcanzan al individuo en sus afectos, se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que no es querida.(Maseaud y Tunc., s/f: 468-470)

En su obra “El daño al Proyecto de Vida, el tratadista peruano Fernández Sessarego se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que tiene como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, es decir, es un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico, por lo que considera que no tiene sentido otorgarle autonomía, en cuanto en su opinión el mismo se encuentra conceptualmente subsumido dentro de lo que es el daño a la persona, que incide además sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, que afecta la manera en la que la persona había decidido vivir, trunca su destino perdiendo el sentido mismo de su existencia .” (Fernández Sessarego, C., s/f: 35)

Para la autora dígame daño moral a los sufrimientos causados a un individuo, es la aflicción, el perjuicio causado al honor, la imagen, la intimidad, los sentimientos, el dolor, la soledad a la que puede verse sometida por causa del agravio causado, es la afectación a la psiquis humana por un actuar pernicioso, a la integridad física, el intelecto, es la lesión que experimenta una persona en bienes, cuerpo o alma, quien quiera que sea su causante y cualquiera que haya sido el motivo, incluso inferida por el propio lesionado o acontecida sin que haya intervenido el hombre, en fin es la violación de los derechos inherentes a la persona y referirse a la indemnización por este concepto constituye prácticamente una obligación legítima.

1.4 Resarcimiento del daño moral

Resulta complicado dar un concepto exacto de resarcimiento sin antes hacer alusión al perjuicio como tal que es el efecto del daño causado. No obstante se ocasiona un

perjuicio.⁵ La reparación del daño tiende a colocar a la persona que tolera la lesión en la situación que disfrutaba antes de que se originara el acto ilícito, por lo que la norma jurídica debe ordenar que aquella situación que fue alterada, sea restablecida mediante la restitución, si el daño se produjo por sustracción o despojo de una restitución de un bien o por medio de la reparación de la cosa si ha sido destruida o ha desaparecido. En otros tiempos eran muchos los juristas que rechazaban la reparación del daño moral, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que de ser admitida esta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales.

Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis, donde existe el deber de resarcir.⁶ Es la prestación al afectado de un equivalente pecuniario, o sea de una suma de dinero correspondiente a la medida del daño. Es indemnizar,⁷ compensar, pagar. También se puede hablar de indemnización que consiste en el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el damnificado en su patrimonio. La indemnización pecuniaria es el instrumento que se utiliza tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual, porque ambas persiguen reparar los daños causados.(Fernández Martínez, Juan M., 2004: 6)

Para comprender esto hay que tener presente, que el interés está constituido por facultades de actuar en la esfera propia de la víctima, y que el daño lesiona ese interés que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo la noción de interés es el centro de la tutela jurídica, porque es a través del reconocimiento a un interés humano que la persona legítima su facultad de obrar, tendiente a lograr la satisfacción o el goce de bienes jurídicos. Cuando el interés se considera no

⁵ Según el Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado "Perjuicio es el efecto de perjudicar. Daño físico o moral, gasto, demérito o ganancia lícita no obtenida, por acción u omisión culposa de otra parte" *praejudicium* que significa idea o juicio formado con anticipación.

⁶ En Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado define al Resarcimiento como la acción de compensar, indemnizar.

⁷ En Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado define la Indemnización como una obligación autónoma cuando se trata de reparar los daños y perjuicios originados por la ejecución de un acto ilícito, y tiene en éste su fuente directa.

patrimonial, es porque los bienes jurídicos que garantiza no están referidos al goce o satisfacción de un bien apreciable en dinero, o como dice De Cupis “bienes comprendidos en la riqueza material, sino a la satisfacción o goce de un objeto insusceptible de apreciación pecuniaria.” (De Cupis.,1966:122)

En la jurisprudencia española es admisible la indemnización del daño moral, respecto a lo estipulado. Afirma Díaz Pairó, que existían dos criterios de interpretación: los partidarios de la indemnización por daño moral aducían que las condenas de dinero cumplen no sólo una función resarcitoria, sino también compensatoria, y que la dificultad para valorar el daño no debe impedir que se otorgue a la víctima una cantidad. (Díaz Pairó, A., 1990:26) Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es monetizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que los compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos. (Luís Díaz Picazo, 1981:545)

Siguiendo a Giannini se puede afirmar que aunque se remita al poder discrecional del juzgador de instancia, la liquidación del resarcimiento debe respetar algunos criterios de principio, estando relacionada con la gravedad del hecho, con la entidad del dolor o aflicción de ánimo infligida a la víctima. En el caso de muerte de la persona ofendida, lo estará con la intensidad del vínculo de parentela que unía a la víctima con el supérstite, la edad, la sensibilidad de este último, etc. No teniendo relevancia, en ningún caso, las condiciones socioeconómicas ni el nivel cultural del causante del daño. (Giannini,G.,1990:146y147)

Es criterio de la autora que la problemática que gira en torno a la indemnización pecuniaria de los daños morales derivados de las relaciones contractuales presenta dos manifestaciones distintas. Una, la situación contractual en que la prestación, objeto de la obligación, tiene naturaleza no patrimonial, cuyo incumplimiento, por corresponderse con la afectación de un interés no patrimonial del acreedor, aparejará la producción de un daño moral. Otra, la situación de aquella relación contractual en la que, tratándose de obligaciones de naturaleza estrictamente patrimonial, el

incumplimiento defectuoso puede originar la coexistencia del daño moral y el patrimonial y por tanto se deben reparar ambos.

Algunos autores afirman que sería incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral como Álvarez Vigaray que plantea que debe tener lugar en el ámbito contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de efectuar una convención para asegurarse la satisfacción de un interés suyo extrapatrimonial, realizando, en cambio, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario. Es evidente que los fundamentos que apoyan la admisibilidad de la reparación pecuniaria del daño moral en sede de responsabilidad aquiliana, mantienen su validez y aplicabilidad en el marco de la responsabilidad que se derive por incumplimiento del contrato. (Álvarez Vigaray, R., 1996:96)

Así por ejemplo, para De Trazegnies “la indemnización del daño moral se asemeja más consciente o inconscientemente a una multa privada que a una reparación de perjuicio”, este autor explica que el daño moral “es en realidad un daño patrimonial económico; pero cubre todos esos aspectos en lo que el menoscabo es difícil de probar cuantificadamente,” (De Trazegnies Granda, F., 2003: 94). Por su parte en su tesis Jaime Santos Briz se refiere a que “se dividen los autores en dos grupos. Para unos, la reparación del daño moral no difiere esencialmente de toda otra reparación (...). Para otros, esa pretendida reparación no es más que la aplicación de la idea de pena privada, explicándose por el sentimiento de venganza de la víctima y por la necesidad de sancionar todo acto culposos.” (Santos Briz, J., 1993:180-181)

Para Roxana Jiménez Vargas Machuca en su calidad de jueza implora porque “...debería considerarse el establecimiento de un piso indemnizatorio, con la finalidad de armonizar las reparaciones en casos semejantes, al menos para determinados daños, como el denominado daño biológico, lo que constituye práctica en otros sistemas.” (Vargas Machuca, Roxana J., s/f: 282.) Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina francesa Viney y Markesinis se han pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o techos en materia de indemnización de este tipo de daños. La autora francesa considera indispensable

afrontar sin prevención la idea de una tarificación de estos daños, sobre bases objetivas que vengan a colmar una de las lagunas más graves que se encuentra en el sistema francés de responsabilidad civil, y ello porque, en última instancia se hace necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un determinado país y en un determinado momento, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, pues el sistema indemnizatorio puede perturbar el dinamismo económico. (Viney y Markesinis., 1985:36)

Plantea Baudry Lacantineri “ la arbitrariedad de la indemnización, pues al no ser los daños morales susceptibles de valoración económica, la concesión de cualquier suma monetaria en concepto de indemnización habría de ser necesariamente libre,” tratados por Delgado Triana. (Baudry Lacantineri, et B., s/f: 22.) Contra este criterio plantea Acuña Anzorena que “ la función del dinero, cuando ocurre este tipo de lesión no es desaparecer el daño, sino proporcionar al lesionado otros goces, o sea compensarlo, resulta posible afirmar que existe más moralidad en aquel que entrega una cantidad de dinero a la víctima para que se procure la satisfacción que compense el daño moral que le causó, que en el que reclama la indemnización por daños materiales, pues en definitiva en el primer supuesto el patrimonio se destina a un fin no egoísta y la moralidad no cambia de signo por el hecho de que la víctima lo reclame, cumpliendo así el dinero con la función de compensación o de satisfacción.” (Acuña Anzorena, A., 1963:58)

Planteando Llambias su teoría de “ aceptar este resarcimiento implica partir de una filosofía moral errónea pues repugna al sentido moral que los dolores físicos o espirituales puedan ser remediados o aplacados por los substitutos placenteros que el dinero puede provocar y añade que semejante problema se apoya en una filosofía materialista de la vida y en una negación del orden sobrenatural.” (Llambias, J., 1978:334) Para Monzolin“ en la literatura contemporánea la compensación monetaria pagada por los sufrimientos internos morales provoca críticas, citan además que algunos autores consideran que tal indemnización sería humillar moralmente al que sufre el daño.” (Monzolin, V. P. s/f: 227)

Establece Hernández Gil utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del derecho con vigencia Universal, especialmente acusada en el sector del Derecho Comparado que representa el derecho anglosajón. (Hernández Gil, A., 1983:115)

Por último, es necesario puntualizar como lo hace Larenz que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. En cuanto a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, dice el autor “ proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder.” (Larenz, K., 1959:642)

Si la aceptación de la categoría daño moral es pacífica en la doctrina, la posibilidad de su resarcimiento ha evolucionado de forma diferente en la jurisprudencia; concretamente en la española, puede seguirse la evolución planteada por García Serrano que señala tres etapas: en la primera no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral, en la segunda se indemnizan aquellos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial. Más que el daño moral lo que verdaderamente se sanciona es el patrimonial indirectamente causado, finalmente, se admite la indemnización de los daños

morales puros, con independencia de las posibles repercusiones patrimoniales que de los mismos deriven. Su admisión se inspira, además, en criterios de amplitud. (García Serrano, F., 1977: 799-803)

Es evidente la importancia de los derechos inherentes a la personalidad, específicamente los relativos a la esfera moral, pues su protección y justa observancia han trascendido a la esfera internacional. Coincidiendo estos cuerpos legales en principios y directrices con los de los Estados, exhortándose a toda la comunidad internacional y a los Estados en particular a la creación de mecanismos jurídicos para lograr el debido respeto y la efectiva tutela que merecen tales derechos.

1.5 La regulación jurídica del resarcimiento pecuniario del daño moral, análisis comparativo

El Derecho comparado como vía de análisis permite distinguir el tratamiento que en otras legislaciones se le concede al daño moral en cuanto a los derechos inherentes a la personalidad y el posible resarcimiento económico, para pulir dicho daño. En una investigación científica se considera imprescindible el análisis foráneo que permita puntualizar el tratamiento de la materia en diferentes latitudes, fundamentos comunes soberanamente de la realidad histórica- concreta en que se producen los acontecimientos principales de una nación en el orden político, económico, social. Lo concerniente al daño moral no escapa a dicho examen, ante semejante lógica y la impronta de efectuar una investigación detallada del tema en cuestión es hipotéticamente necesaria y posible.

Son cuantiosos los países que han tomado posiciones objetivas y audaces en cuanto al daño moral causado a las personas y su reparación pecuniaria. Dentro de ellos se encuentra, Panamá, México, Argentina, España, Venezuela y Costa Rica los que enaltecen el reconocimiento de cualquier comparación y perfeccionan positivamente el discernimiento legislativo nacional en cuanto al tema y abren la perspectiva de un acercamiento a realidades diferentes a las existentes hoy en Cuba.

1.5.1 Panamá

El Código Civil vigente en Panamá en su artículo 1644 plantea que dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales. Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración, aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al artículo 1645 del Código Civil. Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a tercero por acto inter vivo y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando esta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuanto los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de esta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al resumen de la sentencia, con la relevancia que hubiere tenido la difusión original.

En el artículo 1706 se hace alusión de la acción civil que se debe realizar para reclamar indemnización por calumnia o injuria o para exigir responsabilidad civil a por la obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata el artículo 1644 del Código Civil, prescribe en el término de un año, contado a partir de que lo supo

el agraviado. Si se iniciare oportunamente acción penal o administrativa por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción civil se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso. Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal.

1.5.2 México

El Código Civil Mexicano⁸ en su artículo 1916 dispone que se entiende por daño moral la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de las mismas tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Los bienes que tutela dicho figura pertenecen a los siguientes patrimonios: patrimonio moral afectivo o subjetivo, integrado por los afectos, creencias, sentimientos, vidas privadas y configuración y aspectos físicos, en tanto que el patrimonio moral social u objetivo se integran por el decoro, el honor, la reputación y la consideración que de la persona tienen los demás.

El aludido cuerpo legal en su artículo 1915 recoge también que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. El mismo artículo 1915 en su segundo párrafo establece que cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. El artículo 1916 en el párrafo segundo deja sentado que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual.

⁸ Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Última Reforma Publicada DOF 31 del mes 12 del 2004.

También se aclara que “ el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.”⁹ Para la jurisprudencia de este territorio se causa un daño moral cuando se está afectando a los derechos de la personalidad ya sea en su aspecto físico o moral. En relación al monto de dinero en qué consistirá la reparación del daño moral, la interpretación judicial se da en el sentido de que aquel deberá ser fijado por el juzgador de instancia de manera potestativa. Resulta bien extensa la regulación del Código Civil Mexicano en cuanto a reparación del daño moral acopia la posibilidad de proteger esta esfera tan perceptible como lo es el ser humano.

1.5.3 Argentina

El Código Civil de Argentina¹⁰ en su artículo 1068 estipula que daño es el detrimento o menoscabo de valores económicos o patrimoniales, o bien de la lesión al honor o a las afecciones legítimas u otros derechos inherentes a la personalidad. La jurisprudencia argentina manifiesta que el daño moral es la privación o disminución de aquellos bienes que tiene un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y la integridad individual, los cuales constituyen sus más gratos afectos. Se esboza conjuntamente que el daño es el primer elemento de la responsabilidad civil, pues sin él no hay acto ilícito punible, dispuesto así en su artículo 1067 del Código Civil argentino cuando regula que “ no habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, sino se hubiese causado, a otro un acto exterior que le pueda causar daño sin que su agente les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.”

El citado cuerpo legal notifica que el daño patrimonial es el que “ recae sobre el patrimonio, ya sea en forma directa sobre las cosas que lo componen o indirecta como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus

⁹ Código Civil de México. Artículo 1913, segundo párrafo

¹⁰ Ley No. 340. Código Civil de la República de Argentina. 1872

derechos o facultades,”¹¹ siendo así para este país el daño material o patrimonial directo el que sufren bienes económicos destruidos o deteriorados, y daño patrimonial indirecto los gastos realizados para la curación de las lesiones corporales (daño emergente), o las ganancias que se frustran (lucro cesante) por la incapacidad para el trabajo sobrevenido de la víctima.

Continúa regulando el aludido texto civil en su artículo 1069 que “ el daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito y que en el presente código se designa por las palabras pérdidas e intereses.” El mismo artículo en su segundo párrafo recoge que los jueces, al fijar el monto de las indemnizaciones por daños deben considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuera equitativa, de no ser aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

Asimismo el código en cuestión en su artículo 1083 se regula el principio de que el daño moral puede ser resarcido tanto por la vía de una indemnización pecuniaria como por medios no dinerarios. El artículo 1078 del Código Civil argentino en su primer párrafo regula que la obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. El mismo artículo dispone la posibilidad de reclamar por el daño ocasionado, dando legitimación al damnificado directo y solo en caso de la muerte de este, a sus herederos forzosos.

En su artículo 1079 determina que “ la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.” Para este país “ el resarcimiento de daños consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuese imposible, en cuyo caso la indemnización se fija en dinero,”¹² situación esta que permite a la persona damnificada optar por su posible reparación de forma pecuniaria. Se puede llegar a

¹¹ Código Civil de Argentina. Artículo 1068.

¹² Código Civil de Argentina. Artículo 1083

la conclusión de que para la justicia argentina el daño moral es el que la ley concede exclusivamente para los herederos forzosos.

1.5.4 España

EL Código Civil español¹³ con múltiples operaciones desde su aprobación en 1889, recoge de forma no muy profunda lo relativo a la responsabilidad civil y subsecuente indemnización de los daños y perjuicios, así como el daño de tipo moral aunque no ofrece en su articulado conceptos que definan al mismo pues como está demostrado el Derecho Civil español se apoya sobremanera en el criterio doctrinal de la jurisprudencia ya que esta constituye una de sus fuentes más importantes. Para el Derecho Civil español la indemnización por daño moral se realiza de acuerdo con los daños que se deben compensar. Se toma en cuenta el alcance de los daños, así como su intensidad, la duración de los dolores, los sufrimientos y los perjuicios. En este país la práctica de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial.

Se hace alusión por la misma que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, son los que no acarrearán ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales valoradas económicamente y que se identifican con las perturbaciones injustas de las condiciones anímicas del sujeto lesionado. Puede leerse a partir de su Libro cuarto denominado “De las obligaciones y contratos,” Título primero, relacionados con las obligaciones en especial a partir de su artículo 1101 que “ quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”

También regula en su artículo 1106 que “ la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos que siguen. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de

¹³ Código Civil. Gaceta de 25 de Julio de 1889.

buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.”¹⁴

Pero a la vez el artículo 1108 plantea que “ si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. ” En tal sentido dice De Castro que “ el reconocimiento en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico español. Con él se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general.”(Caridad del Carmen Valdez Díaz, 2006:42)

Por su parte Hernández Gil, utiliza el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera a la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del derecho. Es un detrimento que se ha sufrido y que no necesita probarse y que el mismo puede ser reparado monetariamente o por vías no pecuniarias. Para la jurisprudencia española los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica, o sea, a los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales, criterio que ratifica Vielma Mendoza cuando plantea que “ es importante tener en cuenta que el daño moral no excluye que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material, ambos daños quedan perfectamente delimitados, aunque pueden ser objeto de una valoración unitaria.” (Yoleida Vielma Mendoza., 2010:15-24)

Queda demostrado que tanto para la doctrina como para la legislación española cuando se daña moralmente se está ocasionando un perjuicio a los derechos que competen a las personas y que la cuantía de su reparación quedará en manos de los

¹⁴ Código Civil de España. Artículo 1107.

jueces que conozcan del hecho, indemnización que podrá llevarse a efecto por la vía de sustituir todo lo dañado o de efectuar su pago pecuniariamente. Estos pronunciamientos encuentran su respaldo en los artículos antes señalados del Código Civil de España, pero es válido señalar la importancia de todos los criterios de los emanados de la jurisprudencia por la fuerza que los mismos ejercen sobre todo el derecho español.

1.5.5 Venezuela

Plantea Diez Schwerter que “ para Venezuela el daño moral, con arreglo al criterio tradicional” es el que afecta a los bienes inmateriales de la personalidad, ajeno al patrimonio y que al menos de modo inmediato no repercuten sobre este. ” (Luís Diez Schwester, J.,2004:) La doctrina jurisprudencial venezolana ha demostrado que la reparación del daño o sufrimiento moral, si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

Aunque la figura del daño moral no se encuentra específicamente nominada en el Código Civil venezolano¹⁵ tiene mucho que ver con el artículo 1185 del citado cuerpo legal que estipula que “ el que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.” Continúa citando el mismo artículo en su segundo párrafo que “ debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho. ”

Para la jurisprudencia venezolana se sostiene por regla general que el resarcimiento del daño moral cumple una función satisfactiva y no punitiva. Criterio este que predomina en el artículo 1196 del cuerpo legal en cuestión que regula que “ la obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.” El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su

¹⁵ Código Civil de Venezuela. 1982.

familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada. ”¹⁶

Se ha demostrado que el digesto venezolano no conceptualiza en su articulado al daño moral, si queda claro su contenido para toda la jurisprudencia, mostrándole que es viable reparar el perjuicio sufrido en cuanto a afectaciones morales mediante instancias judiciales ya sea por vía de una indemnización pecuniaria como por medios no dinerarios. A pesar de que se haya constatado en este país un inapropiado abandono práctico del principio de la preeminencia de la culpa en la evaluación del daño moral se muestra que existe una tendencia mayoritaria a expresar que debió ser el legislador y no la corte quien hiciera una reforma coherente de todo el sistema indemnizatorio y quienes fijaran en la ley como seguir el procedimiento.

1.5.6 Costa Rica

En la dogmática costarricense¹⁷ el daño se considera en materia extracontractual como aquel que recae en un interés humano relevante desde la perspectiva jurídica o en la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona. “ Por influencia del derecho estadounidense, en este país se acostumbra dividir los daños en generales y especiales cada uno de ellos a su vez compuestos por diversas otras partidas, variable según la hipótesis lesiva de que se trate.” (Joiced Iglesias Pérez, 2001:45)

El Código Civil de Costa Rica¹⁸ en su Libro Cuarto, Título Segundo, titulado “Delitos y Cuasidelitos,” Capítulo Único, artículo 1045 establece las cláusulas generales sobre la responsabilidad extracontractual al citar que “ todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios. La resarcibilidad del daño emergente y del lucro cesante se justifica

¹⁶ Código Civil de Venezuela. Artículo 1196, segundo párrafo.

¹⁷ Esta doctrina está integrada por autores como Brau del Toro, H. M., Pérez Vargas, V., Gadea Nieto, D., todos ellos se inclinan de una forma u otra a expresar que el daño moral es aquel que se ocasiona los derechos personales ya sea en su esfera física o espiritual.

¹⁸ Ley No 63, Código Civil de la República de Costa Rica. 1887.

exclusivamente en las expresiones daño y perjuicio,” usadas por el artículo anteriormente citado, demostrándose que la responsabilidad que se toma como fuente es la aquiliana.

Se regula también en su artículo 1046 que “la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores o cómplices o sobre sus herederos.” El citado cuerpo legal dispone que “se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral en los casos de lesión a los derechos de la personalidad,”¹⁹ es decir que para este país cuando se violan las facultades que posee una persona y que le son intrínsecas desde la hora en punto en que nace, ya sea en el ámbito físico o espiritual tiene derecho a obtener una reparación, la cual puede consistir en dinero o a través de otras vías no pecuniarias.

Se ha experimentado que “ en la práctica de la jurisprudencia costarricense la gravedad de la culpa del sujeto que ocasiona el daño o el perjuicio es considerado por los jueces a la hora de fijar los montos indemnizatorios,” cuestión esta que lleva a considerar que mientras más grande sea el menoscabo sufrido y el grado de participación de las partes mayor será el precio o el resarcimiento a cumplir. (Iglesias Pérez, Joiced., 2001:43) Posteriormente de haber analizado los Códigos Civiles citados, se puede llegar a la conclusión que de forma simultánea no conceptualizan en su tratado al daño moral pero si reglamentan en diferentes representaciones como se llevaría a efecto su reparación pecuniaria. No obstante algunos países se apoyen más que otros en la jurisprudencia a la hora de concretar a quienes corresponde esta indemnización pecuniaria causada a los derechos inherentes de la personalidad.

Esta posición es la que comparte la autora debido a que cuando se habla de daño moral se entiende que se está afectando la esfera subjetiva del ser humano, o sea, se perjudican aquellos bienes que son ajenos al patrimonio y que no repercuten sobre él de modo inmediato. También se puede constatar que aunque se realice de diferentes formas en todos estos países se repara el daño moral mediante dos vías:

¹⁹ Código Civil de la República de Costa Rica. Artículo 54

por dinero o por métodos no dinerarios logrando así una correcta satisfacción para el ofendido.

De abordar las regulaciones sustantivas sobre la reparación del daño moral en otras legislaciones civiles del mundo se aprecia que prácticamente existe consenso en cuanto a proteger en sus textos, incluso desde tiempos remotos lo relativo a su valoración en el aspecto económico y que al propio tiempo se incluye en tales textos sustantivos los presupuestos necesarios para determinar la ascendencia del monto económico de los mismos, entre los que sobresalen: los derechos lesionados, grado de responsabilidad, situación económica del responsable y de la víctima, alcance de los daños, intensidad etc.

Aunque evidentemente muchos de estos países se encuentran distantes en su realidad económica social, respecto a Cuba, no es menos cierto que una mirada a ellos enriquece cualquier disposición o regulación que desee adaptarse en el suelo patrio, pues la información que ello provee puede considerarse potente y trascendente en la perspectiva cubana, a la que de igual modo resulta obligado entonces estudiar para conocer en qué medida puede modificarse o reevaluarse.

Capítulo 2: EL DAÑO MORAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

2.1 Acercamiento al tratamiento histórico del daño moral

Para el ordenamiento jurídico cubano en su generalidad ha asumido diversas posturas en relación con el tratamiento y regulación del daño moral, aunque básicamente pudiera afirmarse que se decantan más por su no inclusión o reconocimiento, sin embargo existen particularidades en diferentes ramas del Derecho Cubano que apuntan, aunque de modo vago al reconocimiento de este hecho. Analizar la sistematicidad de esta institución en el ordenamiento jurídico cuando imprescindiblemente hay que comenzar a partir de las posiciones negativas que se han asumido con motivo de la promulgación del Código Penal de 1979. La Fiscalía General de la República impartió un Seminario Nacional, explicando las características del nuevo Código; allí se plantea: “En relación con el daño moral, el Código Penal comprende dos elementos, el reconocimiento de la prole, y la satisfacción pública del ofendido. La primera gran diferencia que salta a la vista es la supresión total, en este precepto, de las formas de “reparación moral” basadas en la compensación en metálico, dote o pensión, elementos típicos de una sociedad donde todo tiene precio, hasta la moral.” (García López, R., 1990:23)

No obstante, no ha sido este el único criterio imperante. Al analizar la regulación del daño moral en el Código de Defensa Social²⁰ se realizan afirmaciones interesantes, las que deben interpretarse ubicándolas en su momento histórico²¹. En relación con la indemnización del daño moral se plantea. “...dado el tono general del CDS...nos inclinaríamos a pensar que el propósito del legislador fue darle a la indemnización del

²⁰ El Código de Defensa Social regulaba el daño moral en el artículo 114 y concretamente planteaba en el inciso F) La reparación, en forma de pensión, de la disminución en el crédito público de la víctima.

²¹ Debe recordarse que el Código de Defensa Social rigió en nuestro país desde el 1936, por lo que su fundamento teórico nada tuvo que ver con la doctrina socialista, sino con el positivismo, principalmente el italiano. Sin embargo el análisis que aquí exponemos se realizó en plena época socialista y más allá que la referencia a la inspiración del Código, nos interesa resaltar la posición de la autora en relación con el tema objeto de estudio.

daño moral la máxima amplitud...” (Juan Manuel Fernández Martínez, 2004:34). Resulta loable que al menos no se realice ningún juicio de valor peyorativo sobre el daño moral, aunque también es cierto que el objetivo del análisis no era validar su aceptación o no dentro de nuestra sociedad.

En relación con el vigente Código civil, uno de sus principales comentaristas, Vicente Rapa, ha señalado que, “...el resarcimiento del daño moral es admisible en nuestra antigua jurisprudencia en cuanto tenga repercusiones patrimoniales, pero no cuando se trate de un daño puramente moral. Este criterio debe estimarse vigente, ya que en supuesto análogo de la muerte del padre de la víctima, hemos visto que no procede indemnizar a sus herederos que no ostenten la condición de alimentistas...” (Rapa Álvarez, V.,1991:19) Como se observa, el autor no se pronuncia en relación con la validez o no de la reparación del daño moral, sólo se limita a constatar criterios, pero sí niega la posibilidad de establecer la reclamación si la violación no tiene incidencias en el patrimonio. Además, la reparación del perjuicio que, en el Código Civil se establece a favor de quienes ostenten la condición de alimentistas, no configura un caso de daño moral, implica solamente que el causante del daño tiene que asumir la obligación que recaía en el progenitor, y esto sólo incidentalmente puede cumplir las funciones de compensación y satisfacción que se cumplen en el resarcimiento del daño moral.²²

Sin embargo, en los últimos tiempos, un sector importante de la doctrina va cambiando el rumbo hacia la aceptación de la reparación íntegra del daño moral; llegando a plantearse que, la indemnización pecuniaria por daño moral puede ser perfectamente justa y lícita; admitiéndose que la reparación de este tipo de daños podría lograrse a través de compensación de libre apreciación por el juzgador, que deje indemne al perjudicado, finalidad que puede alcanzarse tanto por la vía de reparación en dinero, como a través de la eliminación de la fuente de donde proviene el daño, o mediante la utilización de ambas. (Ojeda Rodríguez, Nancy de la C.,

²² No es por lo tanto, un supuesto análogo a los casos de reparación del daño moral. En estos la obligación nace del acto ilícito; en el caso de los alimentos, la obligación ya existía para el padre, y quien causa la muerte de éste, tiene que asumir esa obligación, fijada según las normas del Código de familia.

2003:25) Como se observa no existió una clara oposición, por principios, a la indemnización del daño moral, pero tampoco se trató de explicarla y justificar su inclusión en el ordenamiento jurídico cubano; mal que ha influido sobre todo a nivel de los operadores jurídicos, la tendencia ya expuesta, de que esto es inmoral, típico de sociedades de explotación y ajeno a nuestra sociedad.

Con el ánimo de dejar claro de una vez y por todas, que el problema no es de sistemas sociales o de ideologías, se transcribe un fragmento de una sentencia de un tribunal de los Estados Unidos de América, del año 1902, que representa el criterio dominante en la época y al que no me sometería a vincular con ideas filosóficas materialistas y mucho menos con ideologías socialistas, al resolver una demanda presentada por una joven, por la publicación, sin su consentimiento, de una fotografía en el folleto publicitario de una empresa; entonces se afirmó que, “hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos encuentren la mejor protección posible en el derecho moral y en una opinión pública favorable.”²³ (R Yagüez, Á., 1993:34)

Sin embargo, como ya se planteó, en la doctrina se evidencia un favorable cambio de rumbo; que se extiende poco a poco al derecho positivo, primero con la promulgación del Decreto-Ley 209 del año 2000, que introduce la función compensatoria del dinero,²⁴ aunque con aplicación limitada por razón de las conductas que originan el daño; y después con una intención de revisión y cambio de la legislación común. (Valdés Díaz, Caridad del C., 2006:99)

Para la autora todo ello lleva a afirmar que la preocupación en el ordenamiento jurídico cubano ha sido escasa al respecto. La generalidad de las legislaciones, incluida una tan diferente a la cubana como la jurisprudencia norteamericana, se preocupa por la regulación del daño moral y su indemnización pecuniaria.

²³ La sentencia es comentada por de Ángel Yagüez, R., *La responsabilidad...* cit., pág. 224. Como se observa, los argumentos se asemejan mucho a los esgrimidos por la doctrina socialista más ortodoxa.

²⁴ Cfr. Artículo 1.2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, la reparación del daño moral comprende el abono de una suma con carácter compensatorio a quienes padecen la afección que el daño les provoca y la retractación pública del ofensor.

2.1.1 Versiones y anteproyectos de la legislación civil cubana

El ordenamiento jurídico cubano ha atravesado por diferentes versiones propuestas de la doctrina cubana, así lo plantea Pérez Gallardo en la Codificación Civil. La primera versión que incluye todas las materias del Derecho Civil, recibió el nombre de Anteproyecto y fue elaborada por el Ministerio de Justicia. En su estructura concibió una división *pentapartita* de las materias, dedicando el Libro I a la Parte General, el Libro II a la Propiedad y los Derechos Reales, el Libro III al Contrato, el Libro IV al Derecho de Herencia y el Libro V a la Responsabilidad por enriquecimiento injusto y por daños y perjuicios, con un total de 516 artículos. Cabe reseñar como aspectos más significativos en el orden meritorio el reconocimiento de los derechos inherentes a la personalidad bajo la rúbrica Derechos de Protección en el Capítulo III del Libro I, haciendo un expreso reconocimiento del derecho a la integridad física, al nombre y a la imagen. (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2000:87)

De esta manera el Anteproyecto pretendía reconocer el derecho inalienable a la inviolabilidad de la integridad física, psíquica y moral de las personas y a la de su dignidad y honor personal y familiar y a la reserva de los actos de su vida privada, imponiéndose también el deber de respetar este derecho a las demás personas. Así mismo se intenta regular la prohibición de intervenciones quirúrgicas ni reconocimientos médicos ni actos de publicidad o denigración que afecten la dignidad, el honor y la privacidad de una persona sin su consentimiento, salvo en estado de necesidad o por razones de salud pública o interés o seguridad social, conforme con lo dispuesto en las leyes especiales.

Se propone además el resarcimiento pecuniario por la indemnización de daños y perjuicios al afectado y la transmisión vía hereditaria de esta acción artículo 39. Respecto de la imagen de la persona se pretende tutelar de exposiciones, reproducciones o publicaciones de la misma sin previo consentimiento, se prohíbe la transmisión de su voz o grabación de esta, exceptuándose los supuestos de fin oficial, artístico, científico para reportajes de la prensa, el cine, la radio y la televisión y, en todo caso, sin detrimento de su dignidad. Igualmente se reconoce al ofendido

acción de naturaleza indemnizatoria artículo 41. El Código Civil de los cubanos: el último código latinoamericano del siglo XX. El 16 de julio de 1987 el parlamento cubano aprobaba su Código Civil, el primer Código Civil nacido en el seno de la propia nación, genuina manifestación de nuestra cultura e idiosincrasia nacional. La inclusión en el contenido de la responsabilidad civil de la reparación del daño moral, aunque cercenado en lo que a la *pecunia doloris* se refiere artículos 83 ch y 88.

En sentido negativo se objeta el que el legislador se ocupa de los derechos inherentes a la personalidad artículo 38²⁵ tan sólo a propósito de la violación de los consagrados en la constitución, lo que hace lamentar su estrechez y cristalización, dado el reenvío a un catálogo fijo, posiblemente superables por vía jurisprudencial, para estatuir su tutela, otorgando al titular del derecho o a sus causahabientes con inexplicable limitación de la acción a los herederos y a la consiguiente exclusión, tanto de dependientes económicos no herederos de la víctima, como de personas vinculadas afectivamente a ella y, por lo mismo, afectadas con su deceso o su mengua las pretensiones de: cese inmediato de la violación o eliminación de sus efectos; retractación del ofensor y reparación de los daños y perjuicios causados. En materia de interpretación se palpa falta de actualización y cierta contradicción de tendencias: no hay lugar a interpretación sino “cuando los términos de la manifestación de voluntad no son lo suficientemente claros” y, entonces, “deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible.” (Pérez Gallardo, Leonardo B., 2000:87-101)

El último Código Civil del siglo en Latinoamérica no ofrece otra particularidad que la de saber vincular armónicamente los principios socio-económicos y políticos informadores de cada una de las instituciones que regula, sin perder de vista su pertenencia al sistema jurídico romano – francés, esa es, sin dudas, su gran virtud. En cambio su mayor defecto, el no visualizar la vastedad y omnicomprensión del

²⁵ Artículo 38 La violación de los derechos inherentes a la personalidad consagrados en la Constitución que afecte al patrimonio o al honor de su titular, confiere a este o sus causahabientes la facultad de exigir:

- a) El cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos;
- b) la retractación por parte del ofensor; y
- c) la reparación de los daños y perjuicios causados

Derecho Civil, y no prever que un Código Civil no es obra sólo para el presente, sino también para el futuro de la sociedad en que va a regir.

2.2 El daño moral en el ordenamiento jurídico cubano: vías de protección

La Constitución de la República, no se pronuncia expresamente en cuanto a tales derechos, aunque muchos erróneamente tienden a confundir estos con los derechos y garantías fundamentales previstos en aquella. El Código Civil es impreciso cuando los define pues la alusión respecto a los mismos es superficial, percibiéndose un vacío legislativo al respecto. En la legislación penal resulta más abarcadora la tutela que ofrece el texto sustantivo a estas figuras aunque no de manera integral. La violación de los derechos inherentes a la personalidad en el orden legal cubano trae como consecuencias conductas delictivas sancionadas penalmente. Siendo competencia de los Tribunales Populares Penales conocer sobre aquellos asuntos que originen hechos delictivos. Se permite con la protección penal la persecución de las infracciones cometidas por constituir delitos de los regulados en el texto sustantivo penal. El autor puede ser condenado a cumplir las sanciones principales, subsidiarias o accesorias. También los delitos violatorios de estos derechos encierran responsabilidad de carácter civil, que puede traducirse en la reparación del daño moral.

La vía administrativa, resulta evidente al existir determinadas disposiciones de esta índole que emanan de la administración y que se obliga a los administrados y a la sociedad en general a cumplirlas, aunque en la práctica no resulten todo lo efectivas que se precisa. El procedimiento contencioso- administrativo se presenta cuando la reclamación contra una decisión proveniente de la Administración se dirige a los órganos jurisdiccionales. Este puede originarse bien por la acción de un administrado, o bien por la acción de la propia Administración; el primero al deducir sus pretensiones reclamando contra resoluciones administrativas que violen derechos subjetivos preconstituidos a su favor; y la Administración contra sus propias resoluciones firmes, que hayan creado derechos a favor de terceros y pretendan

revocar, al no poder continuar sosteniéndola en el futuro, apurando entonces la conocida vía de la lesividad.

2.2.1 La Constitución de la República de Cuba

El derecho constitucional permite actuar al perjudicado ante vulneraciones a sus derechos previstos en la Constitución,²⁶ pero en ella no se expone ningún mecanismo jurisdiccional que garantice realmente los derechos preceptuados. Para el ejercicio de estos se requiere de su declaración constitucional y legal. Existen diversos medios que se corresponden con la regulación sustantiva, y que permiten dar solución a las controversias que se suscitan debido a sus vulneraciones. Para la defensa y justa protección de los derechos personales en la esfera moral, la jurisprudencia cubana en cuanto a esta protección se ha pronunciado en escasas ocasiones, en las que los estudiosos coinciden que las cuatro vías para su defensa son: la constitucional, la administrativa, la penal y la civil.

No se encuentra establecido el tribunal constitucional, en el ordenamiento jurídico cubano, aunque existe respaldo en cuanto a los derechos fundamentales y debido a la relación existente entre estos y los derechos inherentes a la personalidad cuando se produce una lesión a los primeros se puede acudir a la vía civil o solicitar que actúe la Fiscalía General de la República al ser esta la representante de la legalidad socialista.²⁷ Aunque en el Artículo 657 de la LPCALE se excluyen del conocimiento de esta jurisdicción: las materias constitucionales, por lo que nos surge la duda en cuanto a que si estos derechos al reconocerse en la Constitución no podrán

²⁶ Después de una revisión minuciosa de la Constitución de la República de Cuba se comprobó que la misma abarca algunos de estos derechos pero no todos, atribuyéndosele mayor regulación a los derechos relacionados con la esfera física de la persona, que a los comprendidos en la esfera moral, incluso llegando a omitirse algunos, siendo el tratamiento concedido ambiguo e impreciso. No existen pronunciamientos expresos en cuanto a estos derechos, aunque se puede inferir regulación mediante lo preceptuado en el Artículo 9 a) tercera pleca, al hacerse alusión a la dignidad y al desarrollo integral de la personalidad. También en su Artículo 58 se garantiza la inviolabilidad de la persona.

²⁷ Facultad que le ha otorgado la Constitución en su artículo 127. A pesar de no existir un órgano jurisdiccional al efecto, los tribunales cubanos entre sus principales objetivos tienen el de acaparar la dignidad, el honor, la relaciones familiares y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El acceso a la protección constitucional, de estar dotada de un órgano judicial sería la más apropiada para solucionar los conflictos que se susciten entre el órgano legislativo y las personas naturales.

ventilarse ante esta vía, dicho precepto entra en contradicción con el postulado 656.1 que autoriza a la jurisdicción administrativa a conocer todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la Administración y que, en uno y otro caso, vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante.

2.2.2 El Código Civil Cubano

Existe una correcta definición en la doctrina y la jurisprudencia cubana en cuanto a la categoría daño y se distingue claramente la diferencia que se deriva entre el daño material y el moral, siendo el primero una afectación patrimonial en los bienes del individuo y el segundo aquel sufrimiento que tiene repercusiones en la esfera psíquica y espiritual de la persona. No se pronuncia el citado código hacia una descripción del daño material y del moral, solo se pronuncia al respecto en su Libro primero, Capítulo cuatro, Sección primera, artículo 83 inciso b) y ch) que el resarcimiento de la responsabilidad civil comprende: la reparación del daño material y la reparación del daño moral. Regulando después en su artículo 85 que la reparación del daño material comprende el abono del valor del bien cuya restitución no es posible, o del menoscabo sufrido por este.

Como es apreciable después en su articulado no cabe dudas de la calidad que sobre el resarcimiento de los daños patrimoniales o materiales se refiere estableciendo todo un sistema indemnizatorio para reparar estos perjuicios. No siendo así con la regulación del daño moral, en lo que se refiere a la indemnización del daño moral, el Código Civil vigente, tal y como tantas veces se ha mencionado, lo ciñe exclusivamente a condenar al demandado a ofrecer una satisfacción a los ofendidos mediante su retractación pública.

La carencia que se advierte en el texto civil sustantivo cubano respecto a la definición del concepto de daño moral puede suplirse con la contenida en el Decreto ley 209 de 20 de marzo de 2000 relativo a la reparación del daño moral a las víctimas de las agresiones de la política hostil de los EUA contra Cuba, cuando regula el daño moral como toda perturbación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, decoro,

creencias, honor, reputación, vida privada, configuración o aspecto físico o bien en la consideración que de sí mismo tienen los demás, así como las modificaciones en la capacidad de entender y la actitud de comprender o de querer del ser humano, quedando también comprendidos los daños derivados de la violación de los derechos inherentes a la personalidad, reconocidos por la Ley y cualquier otro daño de naturaleza extrapatrimonial que cause a la víctima dolor psíquico, afectivo o físico, reparándose los dolores físicos y los sufrimientos psíquicos en función de su intensidad y duración. (Rodríguez Corría, R., 2005:23)

Al exponer las causas por las cuales se pueden indemnizar los perjuicios tampoco el Código Civil acepta el pago dinerario por concepto de daño moral. Resulta factible afirmar que se debe partir del concepto de lo que constituye el daño moral, que no es más que la lesión de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal del sujeto de derecho, y que repercuten de alguna manera en sus intereses de índole afectiva y emocional, así para que este daño sea estimado con relevancia jurídica, debe producir un perjuicio, una pérdida o menoscabo y también debe incidir sobre un bien jurídico de la persona y ser susceptible de resarcimiento en concepto de responsabilidad civil.²⁸

Para el legislador cubano no se admite la reparación del daño estrictamente moral, de lo contrario y ateniéndose a lo preceptuado en el artículo 38, solo serán reparables los daños y perjuicios que se derivan del daño moral, y no esté en sí mismo, siguiendo la idea de que es resarcible el daño moral con repercusiones

²⁸ Las posiciones de la doctrina civilista en relación con la reparación pecuniaria del daño moral son diversas. En primer lugar se encuentran las posiciones negativas o cuestionadoras, desde la perspectiva de la doctrina clásica en el tema, dentro de la que se encuentran las objeciones por razones económicas, morales o de duración del daño. En segundo lugar, se expone una posición que si bien no niega la posibilidad de entregar una suma de dinero para reparar el daño moral, no la considera como una verdadera indemnización pecuniaria, sino que le atribuye la función de una pena privada. En tercer lugar se enjuicia la posición de la doctrina creada durante la vigencia del llamado socialismo europeo; esta posición, aunque también fue mayoritariamente negativa, merece un análisis particular; por una parte por los argumentos que la fundamentaron; por otra, por la incidencia que tuvo en nuestra doctrina y sobre todo en los operadores jurídicos. En el caso de la doctrina socialista cubana, a pesar de la exigua producción existente sobre la materia, puede apreciarse una evolución desde posiciones negativas a una aceptación paulatina y parcial. Por último se expone la tendencia dominante hoy en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, a nivel internacional, sobre todo en Europa y América Latina, la cual parte de aceptar la reparación pecuniaria del daño moral, combinándola con la reparación in natura.

patrimoniales. Otro aspecto importante es que resulta omiso el texto civil en posibilitar fórmulas jurídicas susceptibles de aplicación en aquellos casos en que la persona perjudicada no se interese por la mentada retractación pública como forma de resarcimiento del daño moral, ya que por la naturaleza indecorosa del suceso contrario al honor del querellante o el demandante se pudiera optar por exigir el pago de una suma de dinero a cargo de la satisfacción económica de la parte contraria u ofensor.

La valoración de los daños resulta difícil en el caso de los de carácter moral, tanto si se considera que su función es castigar, como si se entiende que su fin es de compensar a la víctima, como si estima que juega ambos papeles, introduce un elemento novedoso al señalar que, quizá quepa hablar de otra función distinta de las anteriores. Por todo lo expuesto queda claro que el Código Civil cubano reconoce la responsabilidad civil y dentro de su contenido la reparación del daño moral. Ahora bien, la inconformidad al respecto radica en el hecho de que no abarca este la indemnización en el sentido que tantos desean, es decir la reparación pecuniaria de los daños morales causados, algo que es criterio de quien suscribe, es momento de empezar a cambiar, sobre la base de la idea del progreso, no puede un ordenamiento quedar a la zaga de los tiempos que corren.

2.2.3 El Código Penal

Otra forma de protección de estos derechos es la vía de protección penal, sería efectiva para solucionar los conflictos, de ser perfeccionada, por la existencia de ilícitos penales, que por demás son perseguibles de oficio. En el caso de que sean a instancia de parte quedaría a opción del perjudicado la tutela, sea esta penal o civil.

Se han establecido tres procedimientos administrativos en el ordenamiento jurídico cubano, que son las herramientas más idóneas como reaseguro contra los desórdenes del actuar de la administración: el procedimiento interno, el gubernativo y el denominado contencioso administrativo, los cuales permiten al perjudicado accionar ante decisiones o disposiciones emanadas de la administración que afecten

estos derechos, siempre y cuando el titular tenga la condición de administrado y la lesión provenga de la administración pública o de sus agentes.²⁹

2.2.4 La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económica en Cuba

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico ofrece la posibilidad en su artículo 223 de que las lesiones a estos derechos se solucionen por el proceso ordinario, lo que no es apreciable de manera expresa sino de las consideraciones contenidas en el inciso tercero del citado precepto. La competencia le corresponderá consecuentemente al Tribunal Provincial Popular, según lo estipulado en el artículo 6 del Decreto Ley 241 del 2006, modificativo de la LPCALE.³⁰ Para la protección de la intimidad, del honor y de la imagen se establecen vías constitucionales, administrativas, civiles y penales, existiendo la necesidad de perfeccionarlos en el ordenamiento jurídico cubano, aunque se es partidario de la creación de un proceso especial sumario de protección de los derechos inherentes a la personalidad.³¹

La Constitución de la República por ejemplo, no se pronuncia expresamente en cuánto a tales derechos, aunque muchos erróneamente tienden a confundir estos con los derechos y garantías fundamentales previstos en aquella. El Código Civil es impreciso cuando los define pues la alusión respecto a los mismos es superficial,

²⁹ Así la vía de protección penal, de ser perfeccionada, sería efectiva para solucionar los conflictos que se ocasionen debido a la existencia de ilícitos penales, que por demás sean perseguibles de oficio, en el caso de que sean a instancia de parte quedaría a elección del perjudicado la vía de protección: penal o civil. También pensamos que para exigirse responsabilidad civil proveniente de delito exista la posibilidad de ejercitar la acción de forma separada en los delitos a instancia de parte, no conjuntamente con la acción penal como lo estipula el precitado Artículo 275 de la Ley de Procedimiento Penal, por consiguiente dicho precepto debe ser modificado de forma tal que permita esta posibilidad.

³⁰ Se concluye que si se hace efectiva esta protección civil se ventilarían las violaciones a estos derechos entre las personas naturales y entre estas y las personas jurídicas, existiendo también la posibilidad de reclamarse la responsabilidad civil de forma separada.

³¹ La propia persona humana necesita la protección del orden jurídico como primer bien que obtenga del ordenamiento. Esta protección tiene lugar de modo más visible y amplio en el Derecho Público, a través del Derecho Político, del Administrativo y del Derecho Penal, que en sus respectivas esferas conceden al individuo un estatuto político y la defensa contra los atentados a su persona y bienes; pero también el Derecho Privado concede al individuo una defensa adecuada a su función y medios sancionadores cuando sea objeto de lesión en los derechos inherentes a su propia persona.

percibiéndose un vacío legislativo al respecto. En la legislación penal resulta más abarcadora la tutela que ofrece el texto sustantivo a estas figuras aunque no de manera integral.

En la vía administrativa se conoce de regulaciones que protegen este tipo de derechos, pero en ocasiones se suscitan situaciones adversas entre Administración y administrados en las que pueden estar presentes la violaciones a aquellos, todo lo cual hace más patente aún la obligación de seguir preocupándose por el tema e incluso ir más allá pensando en cuales presupuestos pueden constituir el basamento para establecer un sistema de indemnización económica y no dejar tal determinación sujeta al criterio subjetivo de quien administra justicia. Es un hecho que queda atado el juzgador cuando quien acude en la búsqueda del arbitrio judicial encuentra que solo está permitida la reparación del daño producido por retractación pública del ofensor y no puede aquel conceder más de lo que la Ley le faculta.³²

La forma de protección más importante, a juicio de la autora, es la civil donde se deduce que al regular el Derecho Civil las relaciones subjetivas dañosas, todas las vulneraciones o desconocimientos de estos derechos originados por un sujeto de derecho privado contra otro particular, quedarían dentro del ámbito del proceso civil. La legislación civil cubana protege estos derechos y determina lo que comprende dicha protección en el artículo 111 del texto sustantivo civil lo cual evidencia que al presentarse una violación se puede ejercitar esta acción. En la protección civil se pueden manifestar dos situaciones al violarse estos derechos: una que versaría

³² Coincide esta autora con Delgado Triana, en cuanto a su valoración de Vistos los procedimientos para hacer efectiva la tutela de estos derechos, somos del criterio de que estos al ser perfeccionados posibilitarán solucionar los litigios que se susciten en la materia, atendiendo a su naturaleza, pero creemos que lo más atinado sería la implementación de un Proceso Especial Preferente y Sumario de Protección a los Derechos Inherentes a la Personalidad ante los Tribunales ordinarios de lo civil, sobre la base de lo establecido en nuestro Sistema Judicial, según la Constitución y la Ley 82 de los Tribunales Populares de 1997. Este tendría una combinación del ordinario, por las garantías que ofrece y del sumario por la celeridad. Este proceso daría cobertura para obtener el restablecimiento del derecho violado y para exigir responsabilidad civil, no siendo necesarias las vías administrativas y la constitucional. La vía penal solo quedaría para los delitos perseguibles de oficio, pudiendo solicitarse responsabilidad civil independiente de la penal en los delitos a instancia de parte. Este proceso se utilizaría ante toda acción u omisión de los particulares o de las autoridades públicas, que hayan vulnerado o amenacen vulnerar cualquiera de estos derechos consagrados en la Constitución y demás disposiciones jurídicas.

sobre la protección del honor, la intimidad y la imagen, exigiéndose el restablecimiento del derecho violado y la otra situación sería la de exigir responsabilidad civil.³³ Pueden darse de forma independiente o acumularse las pretensiones.

2.3 Descripción de la técnica utilizada

La encuesta a operadores del Derecho, se dirigió a conocer su opinión sobre la eficacia del procedimiento instituido en el ordenamiento jurídico cubano actual, para la reparación pecuniaria del daño moral y su posición respecto a la aplicación de condenas pecuniarias ante la comisión de actos que provoquen una lesión a los derechos inherentes a la personalidad, como alternativa a la retractación. La misma se le aplicó a 16 operadores del derecho, tomándose como muestra 6 jueces profesionales de ellos tres de la Sala Civil del Tribunal Provincial Popular de Cienfuegos y 10 abogados especialistas en asuntos civiles.

Al realizar un estudio minucioso de las 16 encuesta aplicadas con el objetivo de analizar si los profesionales del derecho escogidos para ser encuestados tienen claro el contenido del Código Civil Cubano en cuanto a la reparación que se ofrece cuando se produce un daño moral y precisar si estas personas están de acuerdo con lo que regula el texto sustantivo civil concerniente con el tema, se concluye que el 100% de los interrogados lo conocen, destacándose que, un 80% de estos individuos no está de acuerdo con la forma en que regula el referido texto esta institución, un 13,3% aproximadamente sí está conforme con lo legislado y cerca de un 6,1% solo en parte.

Las indagaciones realizadas mostraron que el 100% de estas personas no conocen de procesos donde se hayan tramitado reclamaciones de indemnizaciones por daño moral puro, alegando que casi todos los procesos tienen repercusiones

³³ Se dispone claramente en el precitado artículo 38 del Código Civil la facultad de exigir el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos de ser posible, pero no se hace alusión a la indemnización por el daño causado, solo se estipula el término reparación comprendiendo la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor, por lo que sería indispensable la aceptación y el reconocimiento expreso en las normas civiles del resarcimiento pecuniario ante violación de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral.

patrimoniales. Manifestaron conocer el contenido del Código Civil Cubano en cuanto a la reparación que se ofrece cuando se produce un daño moral, en igual expresión numérica mostraron. El 75% coincide con lo refrendado en el Código Civil Cubano referente a este tema, aunque manifestaron su opinión en cuanto al alcance de lo preceptuado legalmente, de acuerdo a su visión del tema en función de la esfera legal que desarrolla; por ejemplo, los abogados manifestaron la posibilidad de litis dentro del mismo presupuesto en cambio los jueces sólo abarcaron la interpretación de precepto legal en función del impartición de justicia.

El 95% considera que es importante tener en cuenta la reparación monetaria por daño moral dentro del Código Civil Cubano, alegando un 25% que en las condiciones de la sociedad cubana y la formación de valores imposibilita este tipo de resarcimiento de tipo compensatorio, unido al carácter de la propiedad personal, teniendo poco recurso la persona para responder ante tal perjuicio. El 90% está de acuerdo con la indemnización pecuniaria por daño moral, alegando el 95% que para esto se debe tener en cuenta en un primer momento la identificación de los derechos lesionados, el 90% coincide con el nivel de responsabilidad del causante del daño, como elemento a tener en cuenta, como traspolar al daño moral a la institución del resarcimiento monetario, tal y como si se tratara del daño patrimonial es la duda más frecuente. Si los bienes afectados son diferentes, si el daño moral afecta a bienes que por naturaleza carecen de valor económico, pues integran la esfera estrictamente personal del ser humano, por lo que resulta ilógico querer aplicar un equivalente del dinero.

Sólo el 25% reveló el daño a los sentimientos como aspecto a valorar, y de igual forma el 20% valoró como elemento distintivo la afectación psicológica del perjudicado. Estos alegan que la satisfacción, el placer, que se obtiene con la entrega del dinero no tienen necesariamente que anular o hacer desaparecer el daño moral sufrido; lo que no puede dar lugar a pensar que el dolor por la pérdida de la vida de un familiar querido, puede desaparecer por la adquisición de ciertos placeres. Los criterios fueron consistentes en la rehabilitación social, esto es, al efecto psicológico que en la víctima puede producir un pronunciamiento judicial que debe

dejar bien patente la falsedad de una imputación injuriosa o calumniosa, aunque la indemnización sea puramente simbólica. Pensemos, por ejemplo, en la práctica de la jurisprudencia francesa de condenar al pago, a favor de la víctima, de un franco. Esa cantidad, a todas luces, no es indemnizatoria, pero puede satisfacer espiritualmente al perjudicado.” Aunque resulta interesante esta posición, creo que aquí no estamos en presencia de una función indemnizatoria, sino más bien en un caso especial de resarcimiento *in natura*, matizado con el pago de una suma simbólica.

El 89% consideró a la repercusión social o alcance de la violación cometida, teniendo mayor incidencia en este aspecto la entrevista realizada a los jueces. En cambio el 85% de los entrevistados razonó que el grado de afectación apreciado en la víctima del suceso, debía ser particularmente analizado a partir de las secuelas que deja el hecho dañino en el afectado, y entonces entraría en el debate de quién sería los especialistas encargados de acreditar este elemento ante las instancias judiciales.

El 92% declaró que la situación económica del llamado a realizar el pago y determinación de la cantidad a abonar, debía ser la piedra angular de la determinación del pago, entramos en contradicción entonces en cuál sería el elemento más importante dentro de esta institución jurídica, si el grado de afectación el perjudicado o la posibilidad de resarcir a partir de la determinación de este pago. Las principales posiciones contrarias a la indemnización pecuniaria, parten de considerar que la función indemnizatoria era la única que puede cumplir el dinero en materia de resarcimiento y por lo tanto, es imposible que ésta operara en cuanto al daño moral, pues no se encontraba equivalencia entre el bien lesionado y la suma de dinero reclamada.

De todo ello la realidad más palpable, que resume todo lo antes dicho es que existe pobre regulación para los afectados por daño moral y que ello no admite espera, máxime si los derechos involucrados son de aquellos personalísimos, que involucran aspectos trascendentes de la naturaleza humana, siendo preciso conocer las diferentes posiciones que adoptan los estudiosos respecto al tema para así establecer los patrones que subsisten en materia de reparación económica por daño moral, pues ello es cuestión imprescindible al momento de decidir sobre la

procedencia o no de indemnizar económicamente por daños recibidos. Son coincidentes los criterios en la verdadera función de compensación, en muchos casos el daño moral no llega a desaparecer, e incluso en algunos no se aminora. Lo que importa es que el dinero sea el medio y no el fin, reiterando que sea el medio no para devolver a los afectados bienes idénticos a los que ha perdido, sino para que puede nacer en su esfera más íntima una nueva fuente de felicidad y bienestar.

2.4 Fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral

Llegados a este punto del estudio realizado, y habiendo abordado de manera previa las posiciones de diversas legislaciones en cuanto al tema de la indemnización por causa de daño moral y advertido que la mayoría de ellas abordan por inclusión de esta regulación y que de igual modo muchas de las vistas del tema se enfrentan a diferentes teorías ya sea a favor o en contra y que las que se incluyen dentro de las primeras, consideran propicio el reconocimiento de múltiples aspectos que es menester tener en cuenta el momento de determinar la cuantía que finalmente puede constituir la suma por tal concepto, solo queda realizar un análisis en cuanto al fundamento teórico legal que justifica en un ordenamiento como el cubano la protección y regulación más completa.

Por tal razón, queda claro que es criterio de quien suscribe que la realidad cubana es solo el reflejo de lo que acontece en el mundo. Las legislaciones de otras partes ya reconocen sin discusión la protección a la indemnización por concepto de daño moral, en razón de lo que nada justifica que el ordenamiento cubano continúe a la zaga en un aspecto que ante todo, persigue el respaldo de los derechos fundamentales del ser humano y que de regularse como corresponde, en nada se opondría al sistema legislativo o social de Cuba, pues es buena técnica ya el hecho de reconocerse la reparación por tal concepto constituye un adelanto y solo resulta menester puntualizar lo relativo a su reconocimiento en la ley sustantiva y a la regulación correspondiente.

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo expuesto se puede concluir que el fundamento teórico legal de la indemnización pecuniaria por concepto de daño moral, radica precisamente en la necesidad de cualquier ordenamiento en general y el cubano en particular, tienen para proyectar la protección de una institución determinada y el hecho indiscutible de que tanto teórica como doctrinalmente se encuentran listas las bases legales para realizar una modificación de lo que hasta el presente se ha regulado y en función de ello han de trazarse las pautas sustantivas y procesales de rigor. Sin embargo, es obvio que semejante tránsito debe estar signado básicamente por la gradualidad, y aunque solo se precisa en criterio de quien suscribe, una reiteración de lo ya legislado, esta ha de ser objetiva y coyuntural. No basta incluir lo discutido en ley, es necesario establecer las premisas que lo justifican y por qué no también los fundamentos para determinar las cantidades que por tal concepto han de abordarse.

En este sentido, Díaz Rodríguez aborda los debidos fundamentos que deben tenerse en cuenta por el juzgador y que constituyen reflexión obligada en el momento de adoptar una determinación al respecto tales fundamentos pudieran resumirse como, la determinación de los derechos lesionados, el grado de responsabilidad del causante del daño, la repercusión social o alcance de la violación cometida, el grado de afectación apreciado en la víctima del suceso, considerando particularmente las secuelas que deja el hecho dañino en el afectado, la situación económica del llamado a realizar el pago y la determinación de la cantidad a abonar, si en uno o varios plazos.(Díaz Rodríguez, Juana G., 2013: 70)

Vale la pena inclinar el estudio sobre lo que consideran los conocedores de la función compensatoria del dinero, que no radica precisamente en hacer desaparecer el daño, sino que constituye el contrapeso de la sensación negativa surgida en la esfera moral de la víctima. Sencillamente, la más llana de las soluciones se ha de fundamentar en proteger a quien fue afectado en un área bien sensible de su persona. Sin embargo, al propio tiempo es menester apuntar que nada de lo anterior significa que puede estarse ajeno a una realidad político social que impide en buena

medida llevar a efecto lo que con un estudio como el presente se persigue. (Rodríguez Corría, R., 2005).

Para Negrón Muñoz considera que es necesario se determine previamente cómo y cuándo nace la obligación de indemnizar como es el caso de, cuantificar el dolor de una madre ante la pérdida de un hijo en un accidente, la posibilidad de resarcir la aflicción a los sentimientos de uno de los esponsales debido a la ruptura abrupta sin causa que lo justifique por parte de otro de los esponsales, que sea factible demandar por daños extrapatrimoniales como consecuencia de la ejecución de las obligaciones por una de las partes, que sea resarcible el daño moral en los casos de negligencia médica. (Negrón Muñoz, César A., 2012: 119)

Como ha quedado establecido, los daños extrapatrimoniales están constituidos por las consecuencias o efectos negativos que derivan la lesión del interés legítimamente tutelado que no tiene un correlato patrimonial por lo tanto si bien no pueden ser cuantificados pero si al menos estimado, pues como lo señala un sector de la doctrina en el caso del daño morales necesario que este sea reconocido socialmente como un interés digno de tutela, por ende, la indemnización que se otorgue a la víctima tendrá una finalidad consolatoria como una forma de compensar el daño moral que esta ha padecido, siempre y cuando no opte por otras vías, como por ejemplo los distintos medios de comunicación para realizar una rectificación o desagravio público, en aquellos casos al honor o reputación.

Tal como lo señala Ramón Daniel Pizarro, el daño moral debe ser cierto. El daño es cierto cuando cualitativamente resulta contable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud. La certidumbre del daño se relaciona con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado. Un daño puramente eventual o hipotético no es idóneo para generar consecuencias resarcitorias. (...) el daño moral es su deber personal del accionante. Ello significa que solo la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral de manera directa o indirecta puede reclamar su resarcimiento. Por ausencia de este requisito no es posible demandar como propia la reparación de un daño causado a tercero. (Pizarro, Ramón D., s/f: 583-589)

Por su parte, Gustavo Ordoqui Castilla señala que los criterios que se deben tener en cuenta para estimar “ el daño extrapatrimonial está constituido por la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño (podría existir una situación de concausa que reduzca el monto indemnizatorio), las circunstancias del caso (edad, estado civil actividad social, etc.),el comportamiento de las partes (intencionalidad), la situación económica de las partes y los precedentes judiciales sobre casos similares. Como ha quedado definido, los daños extrapatrimoniales no son cuantificables, lo que no debe ser un obstáculo para los órganos jurisdiccionales aspirar en logra criterios jurisprudenciales uniformes en la asignación de indemnizaciones por daños extrapatrimoniales, lo que implica dejar de lado la asignación de dicha indemnización basados en principios tales como la equidad, pues ello genera una forma impredecible de resarcir este tipo de daños. Consecuentemente dicho principio deberá emplearse en todo caso como un criterio correctivo de un criterio principal que sirva de base fundamental para resolver un caso determinado por daño moral, o en su defecto su aplicación deberá ser residual, lo que significara que se aplicarán ante la ausencia de criterios generales que sirvan para fundamentar la cuantificación por daño moral.” (Ordoqui Castilla, G., 1995:26)

En todo caso, emplear los denominados criterios de los caso análogos, lo que implica, seleccionar, sistematizar y publicar su jurisprudencia en casos similares, donde se determine montos indemnizatorios por daños extrapatrimoniales, lo que permitirá unificar los referidos criterios. Para la doctrina de modo mayoritario estima el daño moral como la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien la consideración que de sí misma tienen los demás ;y habrá que presumir que se produjo este daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las mismas, hábida cuenta de que la persona, a diferencia del resto de los seres vivos, tienen capacidad para sentir el dolor en presente, que no es otra cosa que la manifestación puntual de la lesión, en pasado, como recuerdo de aquella, y en un futuro como miedo a que se

repita la situación dolorosa, todo ello como consecuencia de la capacidad humana para memorizar los actos y situaciones .

Coincidiendo con García López cuando dice que “en muchas ocasiones la magnitud del daño sufrido por el acreedor se determina por la lesión de intereses que escapan de los límites estrictos de la prestación; es decir, el daño emergente y el lucro cesante pueden superar con mucho el valor que el interés de la prestación proporcionaba a la relación crediticia. Del mismo modo, puede suceder que la lesión producida a intereses morales del acreedor por el comportamiento del deudor represente la primera magnitud del daño, y su responsabilidad, al abarcar todos los daños y perjuicios, deberá alcanzar igualmente a esta especie de daños jurídicos: los daños morales.” (García López, R., 1990:29)

Según Rodríguez Corría “ en relación con la cuantía, debe precisarse una idea que se ha esbozado desde el análisis del concepto de daño moral; son los tribunales los encargados de fijar el *quantum* indemnizatorio, claro está, a partir de los elementos aportados al proceso por las partes. Hoy se debate, sobre todo en Europa, si deben verse los órganos jurisdiccionales ligados a reglas prefijadas. En tal sentido, merece mencionarse la existencia de sistemas de baremos.” (Rodríguez Corría, R., 2003:23)

El sistema se ha introducido con relativa rapidez, sobre todo en los países europeos. Consiste en la determinación de indemnizaciones para cualquier supuesto de lesiones o muerte, a través de unas tablas, que introducen criterios objetivos para la valoración del daño corporal, en función de datos como la edad de la víctima, sus circunstancias personales y el salario, entre otras. Sólo sería aplicable a los daños corporales, y no a los daños morales en el sentido que en este trabajo se exponen; por otra parte, aunque tiene de positivo la armonización y el hecho de que son una guía para el juzgador, puede señalarse en su contra que puede llevar a no tomar en cuenta las condiciones particulares de cada caso, por lo que ha llegado a considerársele como inconstitucional en algunas países, al limitar el acceso a una tutela judicial efectiva. (Diez Schwester, José L., 2004:45)

Después de transitar las diferentes posiciones asumidas en cuanto a la reparación del Daño Moral por los estudiosos del Derecho, el modo que asume el ordenamiento

jurídico cubano al respecto conviene, así como la carencia de regulación expresa respecto a los Derechos Inherentes a la personalidad en los principales textos civiles cubanos, conviene sin lugar a dudas, analizar la pertinencia del establecimiento de normas que regulen la compensación monetaria que ha de pagarse por el sufrimiento moral del individuo. Partiendo del hecho de que es mayoritaria la creencia de que efectivamente se debe resarcir a quien padece una violación en sus derechos personales (de la cual es partidaria la autora, como se ha dicho) y que los detractores solo encuentran fundamento en nociones arcaicas que se alejan de la realidad del mundo.

Pueden realizarse objeciones sobre la no representatividad de este tipo de daños y las dificultades para determinar, en cada caso, si existen realmente y en que monto deben resarcirse. Ante estas previsiones, debe señalarse que nunca serían tan pocos como para que el ordenamiento jurídico se desentendiera de ellos, amén de que bastaría el interés de un solo perjudicado para que se hiciera necesario resolver el caso. En cuanto a su determinación, prueba y valoración, obviamente correspondería a los tribunales; aquí, como en muchos otros casos, la labor jurisprudencial juega un papel fundamental.

Tener en cuenta la implantación de los fundamentos antes referidos para lograr una indemnización pecuniaria del daño moral causado y lograr el resarcimiento pecuniario por el quebrantamiento extrapatrimonial causado a los derechos inherentes de la persona. Los daños extrapatrimoniales indudablemente que no son cuantificables, pero al menos sí estimables lo que no debe ser un obstáculo para tener un criterio jurisprudencial uniforme en la asignación de indemnizaciones por daños extrapatrimoniales que implica dejar de lados la asignación de montos indemnizatorios por daños extrapatrimoniales basados en principios tales como la equidad. Ello genera una forma impredecible de resarcir este tipo de daños. Consecuentemente, dicho principio deberá emplearse en todo caso como un criterio correctivo de un criterio principal que sirva de base fundamental para resolver un caso determinado por daño moral, o en su defecto su aplicación deberá ser ultima

ratio o en forma residual, lo que significa que se aplicara ante la ausencia de criterios generales que sirvan para fundamentar la cuantificación por daño moral.

El criterio de quien suscribe y analizados cada uno de los fundamentos expuestos, puede considerarse que otros tantos pueden también ser incluidos como factores a tener en cuenta a fin de determinar de la manera más objetiva posible las cantidades que pueden o deben fijarse por concepto de indemnización económica en caso de daños morales. Sin embargo, queda claro que la idea no es otra que demostrar que fijar una cuantía cuando se han violentado los derechos personales de alguien no resulta cosa fácil, sino una decisión que siempre pasa por el análisis subjetivo de quien resuelve.

La posición de la legislación sustantiva civil cubana respecto al tema, como se sabe, es algo limitada, pero no por ello puede siquiera obviarse que en la actual sociedad subsisten problemas que precisan una solución más perentoria que la satisfacción económica del daño causado por violación a derechos personales.³⁴ Hay crisis económica mundial, hay catástrofes que afectan el ecosistema en todo el planeta, hay necesidades materiales y objetivas más urgentes que un daño imposible prácticamente de determinar y encima de ello, aún debe cuestionarse cómo establecer la cuantía a abonar, qué fundamentos tener en cuenta para adoptar una decisión que afectará la economía de alguien y pretenda reparar el sufrimiento de otro.

Queda claro para la autora que tal misión en cualquier geografía corresponde al órgano encargado de legislar, sin embargo, ir sentando las bases para justificar tal modificación en el orden legal constituye un punto de partida necesario. Se es conteste que de cierto modo el ordenamiento jurídico cubano aborda aunque de

³⁴ La LPCALE en su Artículo 223 inciso 3, precepto que mantiene su esencia con la modificación dispuesta por el Decreto Ley 241 de 2006, señala que las demandas que no establezcan otro procedimiento se tramitarán en proceso ordinario. Pues, "...El escenario que brinda el proceso ordinario,... es el cauce por el cual transita la mayor cantidad de pretensiones generales, tanto reales como personales, y constituye el proceso tipo o modelo...." Como se puede apreciar la LPCALE brinda la posibilidad de que las lesiones a estos derechos se solucionen por este proceso, sin necesidad de realizar cambios sustanciales en el texto legal. La competencia le corresponde al Tribunal Provincial Popular, según lo estipulado en el DL 241 de 2006.

manera simplista y arcaica lo que en materia de responsabilidad civil prescribe la ley en cuanto a reparación por concepto de daño moral.

El ordenamiento jurídico cubano en relación con la reparación pecuniaria del daño moral solo ha atravesado la primera puerta al reconocer en materia de responsabilidad civil por actos ilícitos lo concerniente al daño moral donde únicamente abarca la posibilidad de reparación mediante la retractación pública del ofensor, sin agotar otra vía de resarcimiento, excluyendo cualquier otro medio de satisfacción o compensación ante el daño causado, por lo que la autora se afilia a los fundamentos planteados por Díaz Rodríguez, quien expone que son: la determinación de los derechos lesionados, el grado de responsabilidad del causante del daño, la repercusión social o alcance de la violación cometida, el grado de afectación apreciado en la víctima del suceso, considerando particularmente las secuelas que deja el hecho dañino en el afectado, la situación económica del llamado a realizar el pago y la determinación de la cantidad a abonar, si en uno o varios plazos. Esta fundamentación puede encontrarse en lo previsto en la Ley de Leyes cubana cuando en su articulado, 1,³⁵ 9³⁶ y 64,³⁷ por ende no resulta preciso recurrir a extremos que puedan en el presente entrar en contradicción con lo que por

³⁵ Artículo 1. Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana.

³⁶ Artículo 9. El Estado:

a) realiza la voluntad del pueblo trabajador y encauza los esfuerzos de la nación en la construcción del socialismo; mantiene y defiende la integridad y la soberanía de la patria; garantiza la libertad y la dignidad plena del hombre, el disfrute de sus derechos, el ejercicio y cumplimiento de sus deberes y el desarrollo integral de su personalidad; afianza la ideología y las normas de convivencia y de conducta propias de la sociedad libre de la explotación del hombre por el hombre; protege el trabajo creador del pueblo y la propiedad y la riqueza de la nación socialista; dirige planificadamente la economía nacional; asegura el avance educacional, científico, técnico y cultural del país;

b) como Poder del pueblo, en servicio del propio pueblo, garantiza que no haya hombre o mujer, en condiciones de trabajar, que no tenga oportunidad de obtener un empleo con el cual pueda contribuir a los fines de la sociedad y a la satisfacción de sus propias necesidades; que no haya persona incapacitada para el trabajo que no tenga medios decorosos de subsistencia; que no haya enfermo que no tenga atención médica; que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido; que no haya joven que no tenga oportunidad de estudiar; que no haya persona que no tenga acceso al estudio, la cultura y el deporte;

c) trabaja por lograr que no haya familia que no tenga una vivienda confortable.

³⁷ Artículo 64. Es deber de cada uno cuidar la propiedad pública y social, acatar la disciplina del trabajo, respetar los derechos de los demás, observar las normas de convivencia socialista y cumplir los deberes cívicos y sociales.

años ha formado parte de los fundamentos legales de este país, la nueva regulación solo precisa una reinterpretación de lo ya legislado y recogido en el artículo 81 en adelante hasta el 89 del Código Civil cubano.

En primer lugar es preciso ubicar en el artículo 38 del Código Civil vigente la posibilidad de reparación económica del daño causado por violación a derechos inherentes a la personalidad, a la par del cese inmediato de la violación y la retractación por parte del ofensor, como paso elemental que autorice la indemnización que de tal índole se persigue. Teniendo en cuenta que tales normas guardan estrecha relación con el artículo referido a la responsabilidad civil por actos ilícitos, a que se contraen los artículos del 82 en adelante del propio texto legal, debiera incluirse en el inciso ch) del artículo 83; la reparación monetaria y económica del daño moral. Al mismo tiempo se modificaría la actual regulación del artículo 88 para establecer las reglas a tenor de las cuales puede tener lugar la reparación de tal tipo con posterioridad a la afectación por violación de los derechos personales, debiendo reconocerse como fundamentos a tener en cuenta por el juzgador los extremos que constituyen reflexión obligada al momento de adoptar una determinación al respecto.

El juicio de quien asiente afincarse en el hecho de que ya es casi una realidad indiscutible que el daño moral debe resarcirse monetariamente, que los tiempos han cambiado y si esa es la tendencia del mundo no puede seguir el ordenamiento cubano a espaldas de ello, pero todo obliga a ir más allá y pensar sobre qué bases se determinará la cantidad a pagar por ello en evitación de criterios tendenciosos y subjetivistas. Se está en el camino, con más o menos aceptación la situación existe, es objetiva y precisa una solución más temprano que tarde. Profundo debe ser el análisis que justifique la adaptación de los cambios por los que se aboga en un estudio como el que aquí concluye, pero no por ello imposible y a la espera se está que pueda servir en tal empeño.

En opinión de la autora la doctrina moderna se inclina a la conceptualización, del daño moral en un sentido amplio, por lo que resulta importante que las legislaciones sistematicen la posibilidad de proteger la integridad personal afectada. La

generalidad de los textos legales analizados no contienen referencias respecto a la protección de los derechos inherentes a la personalidad y al ser considerados como derechos de reciente generación no han concretado en los ordenamientos, además resulta demasiado vaga o subjetiva la posibilidad de establecer dichas cuantías por lo que es imprescindible entrar a considerar las cuestiones que verdaderamente pudieran intervenir a determinar las cantidades más justas o proporcionadas por los conceptos esbozados. Para culminar el tema ratificamos lo pronunciamiento de una trascendental sentencia que ha sentado un precedente importante en la materia y sintetiza con maestría las notas más complejas de la institución.³⁸ (Illecas Rus, Ángel V., 2003)

La reparación pecuniaria del daño moral cumple funciones de compensación y de satisfacción, nunca de equivalente, aunque de algún modo puede atenuar o compensar proporcionando satisfacciones a la persona mediante la creación de nuevas fuentes de bienestar a cambio de sufrimientos padecidos. Es considerado por varios autores de inmorales la reparación pecuniaria, esgrimiendo siempre el aspecto de formación de la sociedad cubana. Según lo legislado respecto a la reparación del daño moral, tanto en el texto civil sustantivo como en las valoraciones contenidas en sentencias dictadas por el máximo Tribunal Supremo Popular de Cuba, motiva preguntarse cómo es posible que aún exista tanta desventaja en un ordenamiento que fue de los primeros en el mundo en un momento dado y que persista la resistencia a modificar lo que por años ha demostrado no facilita el satisfacer los intereses de personas afectadas y legitimadas para accionar en interés de tutela jurídica.

³⁸Sentencia comentada por Illecas Rus, Ángel V., en la obra El daño moral estricto, Consejo General del Poder judicial, 2003 "Esta sala tiene reiteradamente declarado, en cuanto a fijar las indemnizaciones por daño moral se refiere, que si bien los tribunales deben ser cicateros en este tema, a de evitarse el excesivo mercantilismo que en esta materia se viene observando, tratando los reclamantes de obtener unos excesivos lucros valiéndose del etéreo concepto que todo daño moral conlleva, daño moral que la propia jurisprudencia ha desarrollado inspirándose en los dictados de la razón y la equidad, por lo que aunque sea inevitable valora pecuniariamente esos daños, nunca debe olvidarse que en esta materia el concepto de perjudicado recobra especial relevancia,..., lo que unido a la propia relatividad e imprecisión forzosa del daño moral se exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual, paso que, ...,al ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto, evitando la injusticia y cumplir con el principio *alterum non laedere*"

Interrogantes como esas y muchas más obligan a que cualquier estudio sobre el tema, en los momentos actuales pase por el análisis más consciente y desprejuiciado que pueda hacerse. Es lógico que semejante tarea corresponda a quien carga con la tarea legislativa en este país; pero a pesar de ello una propuesta, por modesta que parezca, puede coadyuvar a la toma de decisiones importantes en la oportunidad que la tan esperada modificación pueda tener lugar.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La doctrina moderna se inclina a la conceptualización, del daño moral en un sentido amplio, comprende todo detrimento sufrido por la víctima, así como la afectación de los derechos personales, es un quebrantamiento extrapatrimonial que precisa ser reparado debido a los perjuicios sufridos, por lo que resulta importante que las legislaciones sistematicen la posibilidad de proteger la integridad personal afectada.

SEGUNDA: La mayoría de los ordenamientos jurídicos analizados coinciden con que la reparación pecuniaria del daño moral cumple funciones de compensación y de satisfacción, nunca de equivalente. Pretendiéndose que la víctima reciba, a través del dinero, satisfacciones espirituales que le ayuden a paliar los sufrimientos. De acuerdo a lo legislado respecto a la reparación del daño moral, tanto en el texto civil sustantivo como en las valoraciones contenidas en sentencias dictadas por el máximo órgano jurisdiccional de Cuba, se observa un rezago y resistencia a asumir esta institución.

TERCERA: Los fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral son la determinación de los derechos lesionados, el grado de responsabilidad del causante del daño, la repercusión social o alcance de la violación cometida, el grado de afectación apreciado en la víctima del suceso, considerando particularmente las secuelas que deja el hecho dañino en el afectado, la situación económica del llamado a realizar el pago y la determinación de la cantidad a abonar, además los fundamentos que se encuentran en el propio sistema económico político y social que rige en Cuba. Sin embargo, es necesario realizar una reinterpretación de lo ya legislado y recogido en los artículos del 81 al 89 del Código Civil cubano.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se propone la presente investigación como material de consulta en la carrera de Licenciatura de Derecho.

SEGUNDA: Realizar talleres y conferencias en el seno de la Unión de Juristas Nacionales de Cuba (UNJC), para la comprensión y divulgación de los fundamentos jurídicos que sustentan la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral. Así como la comprensión de los fundamentos jurídicos señalados en la investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- Águila Ruiz, M., (2007). *La indemnización de daños y perjuicios en el código civil cubano*. (Tesina en opción del grado de especialista en derecho civil y patrimonial de familia.). Universidad Central Marta Abreu de las Villas.
- Águila Tejeda, Francisco., (2010). *Criterios referidos a la solución de conflictos entre personas naturales y jurídicas sobre responsabilidad jurídica civil extracontractual*. ONBC, 12–20.
- Álvarez Tabío, Ana M., (2004). *Los derechos inherentes a la personalidad*. Boletín ONBC, 16, 10–16.
- Alvaréz Vigaray, R., (1966). *La responsabilidad por daño moral*. ADC, 89.
- Acuña Anzorena, A., (1963). *Estudio sobre la responsabilidad civil*. La Plata.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (1987). Ley No 59/ 87. Código Civil cubano. MINJUS.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (1992). Constitución de la República de Cuba. MINJUS.
- Asamblea Nacional del Poder Popular. (n.d.). Ley No 62. Código Penal cubano. MINJUS.
- Bercovittz Rodríguez, R., (1976). *Derecho de la persona. Daño moral*. Madrid.
- Castan Tobeña, Joel., (1957). *Derecho Civil español, común y foral. Derechos de cosas, propiedad y derechos reales*. Madrid.
- Cienfuegos Salgado, D., (2001). *Responsabilidad civil por daño moral*. Boletín ONBC, 25–37.
- Clavijo, F., (1999). *El nuevo Código Civil de Cuba: recuento y reflexiones*. Revista Cubana de Derecho, 16–25.
- Clemente, T., (1983). *Derecho Civil Parte general*. La Habana: Félix Varela.

Código Civil de la República de Panamá, Ley 2, de 22 de agosto de 1916. (1917). Mizrachi and Pujol, SA.

Congreso Argentina. (1872). Ley No 340. Código Civil de Argentina.

Congreso de Costa Rica. (1987). Ley No 30. Código Civil de la República de Costa Rica.

Congreso de España. (1988). Código Civil español.

Congreso México. (2004). Código Civil del Distrito Federal de México.

Cristóbal Montes, Á., (1990). *El daño moral contractual. Revista de derecho privado*, 12–24.

Daño. (n.d.). En Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado

De Castro y Bravo, F., (1972). *Temas de Derecho Civil*. Madrid:9.

De Cupis., (1966). *Daño teoría general de la responsabilidad civil*. V1-2. Giuffrè. Milano. 122.

Delgado Triana, Y., (2007). *Protección en el ordenamiento jurídico cubano de los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral*. Universidad Central Marta Abreu de las Villas, Villa Clara, Cuba.

Díaz Pairo, A., (1945). *Teoría General de las Obligaciones*. (Vol. 1). Madrid: Temis.

Díaz Picazo, L., (1981). *Estudios sobre la jurisprudencia civil/ Luís Díaz Picazo*. (Vol. 2). Madrid: Tecno.

Díaz Rodríguez, Juana G., (2013). *El daño civil: hacia una reparación integral. Reparación económica por daño moral. Presupuestos para su determinación*. ONBC, 70.

Diez Schwester, José L., (2004). *La resarcibilidad del daño no patrimonial en América Latina: Una visión histórica comparativa*. <http://www.diariojudicial.com/contenidos/2004/04/13noticia-004.html>.

Domínguez Suárez, Iris., (2004). *Breve análisis del daño moral en legislación laboral*

cubana vigente. Revista Justicia y Derecho, 3, 19–25.

Fernández Martínez, Juan M., (2004). *Concepto de Daño Moral*.
<http://civil.udgiedu/cordoba/com/Vierma.htm>.

Francisco Colombo. (2012). Indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y el divorcio. www.salvador.edu.ar/aequitas-21203-2.htm.

García Gradailla, José A., (2002). *Tratamiento normativo de la responsabilidad civil derivada del daño moral*. Presentado en la Conferencia Jurídica Nacional: ONBC, Camagüey, Cuba.

García López, R., (1990b). *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia*, 51.

García López, R., (1990a). *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch.

García Serrano, F., (1977). *El daño moral extracontractual y la jurisprudencia civil*. 799 - 803

Giannini, G., (1990). *Resarcimiento del daño a la persona en la jurisprudencia*. Bosh, Madrid. 146 – 147.

Hernández GIL, A., (1983). *Derecho de obligaciones*. Madrid. 115.

Iglesias Pérez, Joiced., (2001). *La responsabilidad en el Código Civil cubano*. (Grado). Universidad de Camagüey, Camagüey, Cuba.

Illegas Rus, Ángel V., (2003). *El daño moral estricto*. Consejo General del Poder Judicial. *Valoración judicial de daños y perjuicios*. España.

Indemnización. (n.d.) En Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado.).

Izquierdo Tolsada, M., (1993). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Reus.

la Cruz Berdejo, José L., (1984). *Elementos del Derecho Civil*. (Vol. 1). Barcelona.

Labañino Barrera, M., (2006). *La responsabilidad civil del productor de bienes y*

- servicios versus protección del consumidor. Boletín ONBC, 84, 82–105.*
- Larenz,K.,(1959). *Derecho de obligaciones*. Revista de derecho privado. Madrid. 642.
- Llamibias J., (1978). *Tratado de derecho civil y obligaciones*. Tercera edición. Perrot.334.
- Maseaud y Tunc., (n-d). *Tratado teórico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo 1, Volumen 1.468-470.
- Moral. (n.d.) *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. (p. 544).
- Negrón Muñoz, Cesar A., (2012). *Acercamiento de la Impredecibilidad de los quantum indemnizatorios por daño moral en la jurisprudencia. ONBC, 119.*
- Nespra, B., (2013). *El Daño Moral. Su concepto. Su aplicación en las opiniones periodísticas.* <http://www.infocomercial.com/noticias.php?tipo-art=unicoid-articulo=1168cod-sitio=6>.
- Ojeda Rodríguez, Nancy de la C., (2003). *Teoría General de las Obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*. Félix Varela.
- Pérez Gallardo Leonardo B: (2000). *De la Codificación Civil*. Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 87.
- Perjuicio. (n.d.). En *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*.
- Perjuicios. (n.d.). En *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*.
- Puig Peña, F.,(1999). *Tratado de Derecho Civil. Revista de Derecho Privado*.
- Reparar. (MCMXCVII). En *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*.
- Resarcimiento. (n.d.)En *Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado*.
- Rodríguez Corría, Reinerio., (2003). *El daño moral. Concepto y resarcimiento*. (Tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias Jurídicas). La Habana.
- Rodríguez Corría, Reinerio., (2005). *El daño moral contractual y la patrimonialidad de la obligación. Boletín ONBC, 15.26.*
- Romero Silveiro, A y Santana Calderín, María A., (2005). *Consideraciones sobre la*

valoración del daño moral en el derecho de Autor. ONBC, 21, 11–21.

Santos Briz, J., (1993). *La responsabilidad civil*. Séptima Edición. Madrid. 180 - 181.

Tribunal Supremo Popular. (1999, Noviembre 2). Sentencia No110. MINJUS.

Valdes Díaz, Caridad del C., (2005). *Derecho Civil Parte general*. La Habana. Félix Varela.

Valdez Díaz, Caridad del C., (2006). *Derecho Civil*. La Habana. Félix Varela.

Vielma Mendoza, Y., (2010). *El daño moral controversia sobre su reparación. ONBC, 21, 15–24.*

Viney y Markesinis., (1985). *La reparación del daño corporal*, Paris.

Yágüez, Ángel R., (1993). *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid. Civitas.

ANEXOS

Anexo 1

Fundamento: La encuesta fue dirigida a conocer la opinión de los especialistas sobre la eficacia del procedimiento instituido en el ordenamiento jurídico cubano actual para la reparación pecuniaria del daño moral ocasionado por actos ilícitos y su posición respecto a la aplicación de condenas pecuniarias ante la comisión de actos que provoquen una lesión a los derechos inherentes a la personalidad, como alternativa a la retractación.

Objetivo: La consulta a los juristas que laboran en los Tribunales, se efectuó con el propósito de indagar en lo relacionado a algunos aspectos necesarios para la investigación, que reafirman la necesidad de los fundamentos jurídicos que deben sustentar la regulación jurídica del resarcimiento pecuniario ante un daño moral.

Modelo de Encuesta:

1- ¿Conoce el contenido del Código Civil Patrio en cuanto a la reparación que se ofrece cuando se produce un daño moral?

sí _____ no _____ un poco _____

2- ¿A partir su punto de vista, está de acuerdo con lo planteado en el Código Civil referente a este tema?

sí _____ no _____ solo en parte _____

3- ¿Considera que según las condiciones actuales del contexto cubano, lo planteado en el texto sustantivo civil referente al daño moral deba sufrir modificaciones?

sí _____ no _____ ¿por qué?

4- ¿Conoce algún proceso donde se haya tramitado reclamación de indemnización por daño moral?

sí _____ no _____

5-¿Considera que sea importante tener en cuenta la reparación monetaria por daño moral dentro del Código Civil?

sí_____ no_____ ¿por qué?

6- Si está de acuerdo con la indemnización pecuniaria por daño moral: ¿Cuáles de los siguientes fundamentos jurídicos consideraría que se deben tomar en cuenta para establecerla?

___ Identificación de los derechos lesionados.

___ Nivel de responsabilidad del autor del daño.

___ El daño a los sentimientos.

___ Afectación psicológica.

___ Efecto social y/o alcance de la infracción cometida.

___ Estado de afectación apreciado en la víctima del suceso, y nivel de consecuencias que deja el hecho dañino en el afectado.

___ Condición económica del llamado a realizar el pago y fijación de la cantidad a abonar, si en uno o varios plazos.