

construcción del cauce de conducción de algunas aguas que atraviesan el predio en donde se levantarán los edificios.

En concepto de personas entendidas (arquitectos, ingenieros y calculistas) en el país y en el campo educativo no se ha presentado, quizás, una programación de tan vastos alcances, como la del Liceo Antioqueño.

En sesión del viernes 22 de febrero, el H. Consejo Directivo hizo la adjudicación de las obras y aprobó los contratos respectivos, firmados por el Dr. Pérez Romero, en nombre de Ingeniería y Construcciones y por el Dr. Barrientos Restrepo, en nombre de la Universidad de Antioquia.

La financiación de la obra también está asegurada, así:

Merced al apoyo obtenido del señor Ministro de Hacienda, doctor Luis Morales Gómez, del actual Gerente del Banco de la República, doctor Carlos Mario Londoño y del doctor Luis Angel Arango, de grata memoria, se obtuvo un préstamo de dos millones de pesos con el Banco Central Hipotecario. Tal suma será amortizada con los recursos ordinarios destinados antes a reparaciones, reformas y sostenimiento de viejos edificios.

El Departamento de Antioquia cedió a la Universidad un inmueble valioso —el ocupado actualmente por la Jefatura de Tránsito— para que fuera vendido y sus productos se destinaran a la construcción del nuevo Liceo. Es de mencionar, para la gratitud de la juventud universitaria, a los Miembros del H. Consejo Administrativo. Tal inmueble, así como otros pertenecientes a la Universidad, serán urbanizados. El producto de su venta será suficiente a terminar la obra completa del Liceo.

Se espera, de otra parte, y con plena razón, que el Fondo Acumulativo Universitario preste su apoyo a estas iniciativas, que miran al adelanto del Claustro y al beneficio de la sociedad en general.



EL DAÑO MORAL SUBJETIVO INDIRECTO

Dr. José Jaramillo Giraldo

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado ponente doctor José Jaramillo Giraldo en el juicio de Emilio Ordoñez Mutis y Lucila Ordoñez Barco contra el Departamento de Santander.

Novísimas tesis discute la Corte Suprema de Justicia.

Sea lo primero agradecer a mis colegas de la mayoría el honor que me han discernido al aceptar, después de largos e intensos debates, casi todas las disposiciones de la parte resolutive de mi proyecto, parte apreciable de los conceptos y argumentos en que lo fundamentaba, y aspectos esenciales del estilo en que aparecía.

Naturalmente que, una vez protocolizado el disentimiento, consideré oportuno profundizar un poco en mis tesis, sobre todo al examinar ciertos matices de redacción que sólo conocí a última hora, cuando mi ilustre seguidor en lista, honorable Magistrado Camilo Rincón Lara, me hizo pasar para la firma el fallo definitivo.

Por fuerza de la claridad e imperativo mandato de la ley, tendré que referirme a esos matices nuevos —sacrificando la brevedad—, pero limitándome a los aspectos de su contenido que, realmente, destaquen la sustancia jurídica de las dos orientaciones.

Supeditando el deseo de presentar las cosas en la forma personalísima que acostumbra cada uno, al orden de los párrafos donde brillan las tesis de mis apreciados colegas, comenzaré por analizar los motivos de disentimiento con el que aparece al inicio de la página S.

Dice así:

“En relación con los perjuicios de carácter subjetivo que el

sentenciador de primera instancia reconoce a favor del padre del ofendido, la Sala disiente de ese parecer por considerar que ella se opone al texto de la ley y a la doctrina establecida. En efecto, el artículo 95 del Código Penal estatuye lo siguiente: "Cuando no fuere fácil o posible avaluar-se pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos". De acuerdo con esta norma de indemnización por los perjuicios morales autorizada por el legislador en la forma y términos allí previstos, solamente corresponde al ofendido o a sus herederos cuando la víctima del daño haya fallecido de acuerdo con los artículos 24 y 25 del Código de Procedimiento Penal'.

MI TESIS

El reconocimiento de derechos, por razón del daño moral subjetivo indirecto, en favor del ofendido Emilio Ordoñez Mutis, no se opone al texto de la ley ni a la doctrina establecida.

EL ARTICULO 95

No es posible negar que el artículo 95 del Código Penal ha sido aplicado por interpretación. Todos los artículos de casi todas las leyes que en el mundo han sido, fueron aplicadas por interpretación. Interpretación de sus antecedentes, o a la luz de la lógica de las disposiciones generales y concordantes, o por sus ordenamientos explícitos; interpretación **textual, subjetiva, objetiva, o simplemente gramatical: por deducción** de lo que presumiblemente habría dispuesto el legislador de haber tenido en mente el caso que no previó, **por la costumbre, la historia, la analógica, la de equidad;** interpretación de la voluntad del legislador, o de la voluntad de la ley, o de lo que llanamente aparece escrito, o de las palabras en su prístima acepción gramatical: **PERO DE TODAS MANERAS INTERPRETACION.**

Mas es indudable que unas disposiciones pueden estar, y de hecho lo están, más sometidas que otras al vaivén de las interpreta-

ciones. A esa clase pertenece, por la sutil materia inasible de que trata, el artículo 95 del Código Penal.

En consecuencia, resulta por lo menos arcaico invocar "el texto de la ley", y subrayar sus palabras con el dogmático afán de encarrilar su interpretación por el simple criterio literal de la primera lectura.

Con ese criterio —pregunto yo— cómo habría podido la Corte Suprema de Justicia hacer algunas de las afirmaciones contenidas en los siguientes fallos:

DE MARZO 15 DE 1941.—(T. L. de la G. J., pág. 795—) donde, al lado de los "perjuicios morales **PROPIAMENTE DICHOS**", extiende el concepto de "daño moral" —(lisa y llanamente llamado así en el Código)— a los "perjuicios de **AFECCION**, que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y los **sentimientos de amor dentro de las vinculaciones FAMILIARES**: como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección".

(T. LI de la G. J., p. 424)— donde aparece el mismo criterio interpretativo por extensión, al sostenerse que "el daño moral ofrece dos aspectos diferentes según sea una persona atacada en su honor, su reputación, **en su patrimonio moral PROPIAMENTE DICHO**, o bien en sus afecciones, en la **PARTE AFECTIVA del patrimonio moral**".

DE ABRIL 23 DE 1941 — (T. LI de la C. J. 470— 471), donde aplica el mismo criterio interpretativo por extensión, al afirmarse que "es un postulado del derecho contemporáneo la doctrina de la indemnización en dinero no sólo del **daño moral DE INDOLE SOCIAL**, sino también del **meramente ESPIRITUAL** producido por el dolor que hiera los sentimientos afectivos de la persona . . ." "Y en la misma legislación nacional existe el artículo 95 del actual Código Penal que expresamente sanciona con el pago de una suma de dinero las lesiones meramente subjetivas al patrimonio moral . . .".

"Por el hecho de ser tal daño inasible desde el punto de vista material, no hay excusa para que la justicia, **COMO NO LA HAY EN EL CASO DE HERIDA A LOS SENTIMIENTOS DE AFECCION**,

deje de reaccionar de alguna manera contra el perjuicio. Por ello en este caso de daño moral innegable, **que se supone con sólo plantearlo a la conciencia del juez**, merece alguna satisfacción, de índole pecuniaria aun cuando sea, y así lo reconoce la doctrina foránea, según también puede ser comprobado.

DE JUNIO 20 DE 1941.— T. LI de la G. J., p. 300)— donde la Sala de Casación Civil, después de aceptar y transcribir la importante jurisprudencia adoptada, con fecha 15 de Marzo del mismo año, por la de Negocios Generales, la aplica con vigorosa nitidez: "el caso que hoy ocupa la atención a la Corte puede ilustrar como ejemplo esta posibilidad jurídica de la coexistencia de las dos especies de daño y su reparación separada: el perjuicio patrimonial representado en una suma equivalente al apoyo pecuniario que **los padres** demandantes dejaron de recibir por causa de la muerte culposa de su hijo Juan de Dios Cifuentes, a cuya apreciación se refirió la parte anterior de este fallo, y el detrimento —**DOLOR DE AMOR FAMILIAR, PODRÍA DECIRSE**— que les causó la muerte de su hijo en las trágicas condiciones ya recordadas, y para cuya demanda les confiere personería el establecimiento procesal de sus **vinculaciones de sangre con la víctima.**

"**DOLOR DE AMOR FAMILIAR**", dice la Corte en su Sala de Casación Civil; no "dolor de amor" simplemente, como el del amigo o el novio: es decir, "dolor de amor EN DERECHO" porque "la familia" es un concepto jurídico. He pensado, por eso, que no tienen fundamento las invocaciones al peligro de la ilimitud" de las reclamaciones por concepto del "daño moral subjetivo indirecto", a menos que se demuestre que "el adolorido" o "el discípulo angustiado" o "el novio triste", forman parte de ese concepto valorizado —"FAMILIA"— o están amparados, en nuestro Derecho Civil, por un estatuto especial que los ata **a-priori** al ofendido inmediato. Aplicando a nuestro sistema jurídico el atinado comentario de Orgaz sobre el artículo 1078 del C. C. argentino, que habla de "afecciones **legítimas**", podríamos decir que tampoco aquí la acción de indemnización puede corresponder a toda persona que mantenga con la víctima inmediata una simple situación de hecho: hijo de crianza, novio o novia, concubina, amigo íntimo etc., sino sólo a las personas unidas con aquélla por algún vínculo **legal** o jurídico, que autorice a consi-

derar como daño propio, en la órbita moral, la lesión o el ataque inferido a la víctima inmediata. Esa vinculación legal, según la cual los daños de unos son en alguna medida compartidos por otros, no puede ser sino la de parentesco. **EN NINGUNA PARTE LA LEY HACE DEL SIMPLE VINCULO DE AFECTO UN VINCULO LEGAL**, de modo que, a falta de un precepto expreso, aquel no puede servir por sí sólo para decidir quienes son los titulares de la acción dentro del sistema de nuestra ley; **EL VINCULO DE AFECTO ES UN MERO VINCULO DE HECHO, NO UN VINCULO JURIDICO.**

Pueden consultarse entre otros fallos, los siguientes que contienen doctrinas semejantes a las anteriores: **de Julio 10/41**, T. LII, p. 131; **de Marzo 3/42** T. LII p. 910; **de Octubre 23/42**, T. LIV Bis, p. 381; **de Noviembre 3/42** T. LIV bis, p. 398; **de Noviembre 20/43** T. LVII, p. 263.

Ahora veamos algunos que contienen matices un tanto diferentes:

DE OCTUBRE 20 DE 1942.—(T. LIV Bis de la G. J. ps. 188, 191)— donde el fallador se sale del sistema muy generalizado que se venía aplicando, y —quizás recordando el fallo de 1922— busca otros senderos de interpretación: "debe observarse además, que no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la condenación a una cantidad de dinero, por el concepto de perjuicios morales. No; esa reparación puede consistir en otra cosa muy distinta y que en ocasiones puede satisfacer a quien sufre el dolor".

Tiene un relativo interés advertir que en el fallo anterior se produjo un fenómeno paradójico: se inició con vigorosas manifestaciones de **Literalidad**, bajo la monística obsesión de "EL" ofendido— ("el fallador no puede pasarse de ese maximum, porque entonces ese límite, **que es rígido**, se trocaría en indefinido, pues estaría en relación no sólo con el perjuicio moral en sí mismo considerado, sino con el número de demandantes, estableciéndose una progresión en sentido directo: a mayor número de demandantes, mayor indemnización, y hasta podría llegarse el caso de multiplicar el máximo fijado por la ley, dos mil pesos, por el número de actores, lo cual no puede admitirse, tanto por lo dicho como porque no se vé cómo el dolor pueda parcelarse para dar a cada demandante el precio de ese dolor")—. Pero a poco andar, ya la razón vital había recobrado sus

fueros al sentar un principio de raíz diferente, emancipado del ordenamiento literal que nos habla de: "avaluar **pecuniariamente** el daño moral", "la **suma** de dos mil pesos", etc. Y no salamente emancipado de la tiranía del texto", sino muy resuelto a crear nuevos sistemas: "no es de rigor ni menos tiene carácter de axioma la consideración a una cantidad de dinero . . ." Esa reparación puede consistir en **OTRA COSA MUY DISTINTA**". En esta forma se descontaba del fallo la prima que la interpretación literal —con su apego a la indemnización en dinero,, que parece cubrir como una corteza a los fallos anteriores— le había cobrado a la espiritual que impusieron los falladores del 22 y que, realmente, podría ser fuente de una "**REPARACION**" mas acorde con la calidad de ese daño. El dinero dice relación casi exclusiva al "resarcimiento", etc., mientras que con la insinuación hecha por este fallo, se podría llegar a la "reparación", "satisfacción", o si se quiere «atenuación» —(morales)— del "daño moral". Pero esto no es lo que interesa, en este momento, y por eso volvemos al punto de partida; o sea al de que —aún tratándose de sentencias tan cuidadosamente elaboradas como ésta—, el criterio de interpretación cuando menos se piensa resbala: de lo literal a lo humano, de la letra al espíritu, del texto a la vida.

Posteriormente vinieron otros fallos sin la obsesión de "EL" ofendido, y realmente parecía que —sin renunciar a la muy jurídica exigencia de poner límites al número de actores—, la jurisprudencia no volvería a poner el acento en la obsoleta escuela primaria de la interpretación literal.

DE NOVIEMBRE 30 DE 1942.—(T. LIV de la G. J., P. 543)—, donde en forma radical se le concede elástica aplicación —por encima de los rígidos vocablos del texto— al artículo 95 del Código Penal. He aquí algunos párrafos: "La ley civil previene que el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización. Daño es **toda** lesión en el patrimonio, éste comprende bienes materiales y morales, derechos patrimoniales propiamente dichos y derechos extrapatrimoniales. **CUALESQUIERA QUE SEAN LOS DERECHOS QUE ESE DAÑO AFECTE, PROCEDE LA ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL**". El daño moral es la lesión del patrimonio intrínsecamente moral, en que no se

comprende la **parte afectiva**, los afectos, el amor a la familia; y la **parte social** del patrimonio moral, en los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales. La injuria al sentimiento del **amor filial** o al del honor puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza, y perjuicios morales objetivados".—"Es la calidad de los bienes o intereses afectados lo que le comunica su naturaleza propia al daño, no la circunstancia de que éste pueda tener una manifestación externa o material. Si se lesionan bienes del patrimonio moral, hay daño moral; si los del patrimonio material, existe el daño de esta clase". "No sucede lo mismo cuando se trata del daño moral objetivado. En él se contempla un perjuicio puramente subjetivo: es la **pena misma**, el **dolor**, el **sufrimiento** lo que se considera".

DE MARZO 4 DE 1943.—(T. LV de la G. J., p. 374)— donde se dice lo siguiente: "El daño moral inobjetivado, según lo ha expuesto la Corte en numerosas decisiones, no puede confundirse con el dolor físico o con el sentimiento de pesar inherente a toda lesión o herida que el hombre recibe en su propio cuerpo. Esta clase de daño no es susceptible de reparación en ninguna forma. Lo que debe entenderse por daño moral inobjetivado en el caso de lesiones o heridas sufridas por una persona, **ES LA DEPRESION PSIQUICA** a que está sometida la víctima cuando tales heridas o lesiones originan deformaciones que afectan de modo permanente y definitivo la integridad corporal y funcional. En tales circunstancias es indiscutible la existencia de una causa de preocupación y de pesar . . ."

DE SEPTIEMBRE 16 DE 1943.— (T. LVI de la G. J., p. 422)—, donde la Corte sostiene, con marcada énfasis y subrayando la palabra **TODOS** del artículo 92 del Código Penal, el principio de la reparación del daño moral **EN SU ABSOLUTA INTEGRIDAD**: "el precepto del artículo 92 del C. P. es imperativo: condenar al responsable de una infracción que aparejó perjuicios o daños, a resarcir **todos** los que el delito causó. Todos los perjuicios sin excepción: el daño emergente y el lucro cesante. Estas dos clases de perjuicios, en ocasiones, son materiales y morales. Los últimos son de dos espe-

cies: una en que se menoscaba el estricto patrimonio moral, especialmente hablando, y otra que es de pura esencia subjetiva. Pertenecen a la primera especie, y son objetivados y justipreciables pecuniariamente, pues a veces encierran una utilidad económica, aquellos que se originan en algunos delitos contra la libertad y el honor sexuales, contra la integridad moral, contra la familia y contra la integridad personal. Y en la segunda especie están los de **afección sola**, como el **sentimiento, pena y congoja** . . .”.

DE FEBRERO 28 DE 1945.— (T. LVIII de la G. J., p. 623)— donde la Corte, a través de su ilustre Sala de Casación Civil, fue al fondo mismo del problema del daño, del cual —por ausencia total de excepciones, reservas o matices en los artículos 2341, 2356, etc., del Código Civil,— debiera tomar impulso el criterio de interpretación para casos como el nuestro: “Cierto es que el artículo 2356, inciso 1º, emplea la expresión “todo daño”, que abarca los perjuicios materiales, los morales **Y AUN LOS DE AFECCION**, y cierto es igualmente que con la muerte de un individuo se causan perjuicios morales a los parientes de éste”. Sería un vano alarde jurídico entrar en buidas disquisiciones para demostrar que el sabio criterio de la Corte resulta exactamente aplicable al caso de las gravísimas heridas sufridas por Lucila Ordoñez Barco. Basta con una sencilla traducción de ese criterio, empleando las mismas palabras del fallo anterior. La noble sencillez del concepto le permite ser transvasado a este odre sin alteraciones de ninguna clase: “**cierto es igualmente que con las heridas a Lucía Ordoñez se causaron perjuicios morales a su padre**”.

DE JUNIO 6 DE 1945.— (T. LIX de la G. J. p. 140)— donde en forma sencilla y clara —con la naturalidad de las cosas que devienen y se transforman al calor de la vida— la Corte avanzó en el sentido general del acervo jurídico ya analizando; y cuyas intermitencias no desvirtúan la orientación general que trae, lenta pero segura como el engranaje de una rueda dentada. La Corte liquidó el fantasma de “El” ofendido al decir, textualmente, lo que sigue: “Interpretando el artículo 95 del código penal observa la Corte que el límite máximo de reparación fijada en esa disposición legal es para “la indemnización que corresponde al ofendido”, como lo reza claramente el texto; **LO CUAL ESTA SIGNIFICADO, AL USARSE ESTA**

EXPRESION EN SINGULAR, QUE CUANDO SON VARIOS LOS OFENDIDOS A CADA UNO DEBE ASIGNARSELE LA CORRESPONDIENTE INDEMNIZACION, pero sin pasar para éste de la cantidad indicada en dicho artículo. Resulta entonces como la interpretación más conforme con el texto del artículo citado, la que admite al aplicar éste en lo civil para el efecto de regular el daño moral subjetivo, que el límite fijado por esa disposición es rígido y no se puede traspasar por el juzgador al fijar el **pretium doloris**, pero con la aclaración de que la compensación o, mejor dicho, **LA REPARACION PARA CADA DEMANDANTE U OFENDIDO** puede fijarla prudencialmente el juez hasta el límite máximo señalado en dicho artículo.”.

DE JUNIO 17 DE 1945.— (T. LIX de la C. J. p. 1063)— donde la Sala de Negocios Generales ratificó y reforzó la doctrina que venía aplicando, y que fue acogida también por la de Casación Civil, lo que le otorga singular importancia: “El daño moral subjetivo es tanto más intenso **cuanto más fuertes son las relaciones de afecto que se lesionan**, y puede afirmarse que es proporcional también al grado de emotividad individual. La reparación que la jurisprudencia reconoce por él se limita de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del Código Penal que dice: “Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado con el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponde al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos”. Esta disposición obedece —continúa el fallo de Cardoso Gaitán— a que el daño moral subjetivo, por su calidad misma, es invaluable pecuniariamente y no puede ser materia de una tasación precisa que debidamente lo recompense en su cuantía, al contrario del daño material cuyo monto indemnizatorio hácese sobre un avalúo exacto. **Limítase, pues, el juzgador a reconocer la existencia del daño**, fijando prudencialmente el monto de la indemnización y pudiendo hacerlo hasta la suma de dos mil pesos, límite máximo sentado en la disposición legal transcrita. La Sala ha reconocido esta cantidad a cada uno de los ofendidos cuando son varios, atendiendo a que la indemnización debe corresponder a **los varios patrimonios lesionados** y a la intensidad subjetiva del daño moral que experimenta **cada una de las personas afectas a aquel**. Esta doctrina aplicada por la Sala de negocios

Generales de la Corte cuando se está en presencia de varios lesionados **SUBJETIVAMENTE** por el daño moral fue acogida por la Sala de Casación Civil en reciente providencia".

Hemos subrayado entre otras cosas, el adverbio "**SUBJETIVAMENTE**" para proyectar mas fuertes luces sobre el caso de autos; Emilio Ordoñez Mutis no fue lesionado sólo material, sino moralmente, y es tal clase de daño —el moral subjetivo— el que suscita este debate. Pero es posible que el hecho de coexistir las dos clases de daño produzca en la subconciencia, por la costumbre de pensar más y mejor en el "material", un fenómeno psíquico de urdimbre sutil, que consiste en ver solamente el hilo más grueso y más viejo, mientras el fino y reciente del "subjetivo indirecto" aparece desdibujado.

Nos haríamos interminables si incluyéramos la doctrina —muy variada por cierto— de todos los fallos pronunciados por la Corte y que hemos reestudiado, en este caso, con el exclusivo fin de poder ofrecer una visión global de la parábola seguida por nuestros jurisprudencistas en materia tan delicada. Pero no estaría bien dejarla inconclusa, cuando en los últimos años se han introducido modalidades del más alto valor científico. Veámos unos pocos casos, tomados al azar:

DE ABRIL 28 DE 1951.— (T. LXIX de la G. J. p. 561) donde, se dice lo siguiente: "Los artículos 2341 y 2356 del Código Civil no disponen que cuando el daño —de cualquier naturaleza que sea— proviene de la muerte de una persona sólo pueden ser indemnizados —como lo sostuvo el Tribunal— los herederos de la víctima, **pues conforme a su letra y a su espíritu dan derecho a cobrar y a obtener la reparación A TODO AQUEL a quien el delito o la culpa le ha inferido daño.** Generalmente las personas que sufren el perjuicio moral son las ligadas con el fallecido por vínculos muy próximos de consaguinidad o afinidad, lo cual es muy razonable y no origina dificultades, pues como lo anotan conocidos autores, "el grado de parentesco desempeña respecto de ellos el papel de una presunción, presunción que la existencia de circunstancias especiales, por lo demás, puede siempre desvanecer". Pero también hay necesidad de admitir que es conforme a la ley que **todo aquel a quien el suceso ha herido positiva y hondamente en sus más puros afectos y dá de ello**

la demostración adecuada y plena, tiene derecho a lograr la correspondiente indemnización".

DE DICIEMBRE 4 DE 1952.— (T. LXXIII de la G. J. p. 903); donde aparecen matices diferentes; "consisten los perjuicios morales en el ataque a ciertas afecciones **legítimas e íntimas.** Se aprecian desde el punto de vista psíquico y **se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco** entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple fundada en los vínculos familiares acreditados plenamente. La presunción en esta forma tiene los caracteres suficientes para producir convencimiento del juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial.

DE DICIEMBRE 16 DE 1954.— (T. LXXIX de la C. J. ps. 399, 400)—, donde aparecen nuevos elementos jurídicos:— "Nuestra jurisprudencia como se demuestra con apartes de la misma providencia, de la Sala de Casación Civil, arriba citada, y que reproduce el Tribunal en el fallo que se revisa, ya ha sentado el principio de que el carácter propiamente subjetivo del daño moral no puede estructurarse y demostrarse en el proceso en su cuantía y en sus proyecciones económicas, al igual del objetivo o material". "Pero subsiste el problema de saber cómo haya de limitarse el derecho a tal indemnización cuando **varias personas,** ligadas por distintos vínculos de afecto parentesco, **quepan dentro de la órbita del dolor**". "Para consagrar, pues, e límite a que se refiere el razonado alegato del señor Procurador, la Sala observa que fundándose el llamamiento a recoger la herencia intestada, en los vínculos de sangre y de afecto, que sirven de cohesión a la familia, es jurídico aplicar ese mismo criterio cuando se trata de indemnizar el daño moral subjetivo, causado por lesiones a esos sentimientos de afecto y cohesión familiar. De ahí que sea pertinente recordar el principio de derecho común de que **DONDE HAY LA MISMA RAZON DEBE HABER LA MISMA DISPOSICION**".

DE FEBRERO 28 DE 1956.— (T. LXXXI de la G. J. ps. 110, 111.)— donde la Sala de Casación Civil intenta un resumen de la doctrina al respecto, y no ciertamente en el sentido restrictivo al cual nos hemos enfrentado en este salvamente de voto: "Hace poco más de 33 años (fallo de Julio 21 de 1922) la Corte Suprema de Justicia le dio cabida a la acción indemnizatoria por perjuicios morales, en el

juicio que León Villaveces promovió contra el Municipio de Bogotá, por el quebranto espiritual que le produjo el descuido o equivocación culposa del Administrador del Cementerio Central, quién, hallándose ausente del país el señor Villaveces, creyó que la bóveda que desde hacía varios años ocupaba el cadáver de la esposa de dicho señor, era del Municipio, hizo exhumar los restos que fueron a dar al osario común.

Propuesto el juicio y surtidas las dos instancias, la Corte, en casación, pronunció fallo condenatorio en abstracto; y luego sobrevino el señalamiento, en concreto, de la indemnización debida, mediante el dictamen de peritos. Observando el legislador la gran dificultad con que se tropezaba en la apreciación de perjuicios de esa clase, al expedir el nuevo Código Penal en 1936, vigente desde el 1º de Julio de 1938, incluyó una norma que ha servido para tasar los daños ocasionados por un delito, y también los procedentes de una culpa civil extracontractual. Esa norma (artículo 95 de dicho estatuto), señaló un máximum de \$ 2.000,00 para el damnificado, y sostenidamente la jurisprudencia en muchos fallos ha sentado la doctrina de que cuando el damnificado moralmente es uno sólo, la reparación pecuniaria indicada por el artículo 95, le corresponde a él; y si son dos, cinco, nueve etc., otro tanto a cada uno, mas nó que los \$ 2.000,00 previstos por aquella norma se repartan entre todos. Así, si son diez, y se hallan en condiciones semejantes, no serían \$ 200,00 para cada uno sino 2.000,00 para cada damnificado. Esto porque si se trata de varios hijos que perdieron al padre, el dolor o la pena moral de cada uno no se divide entre todos, no disminuye porque sean varios los dolientes, pues el mal de muchos no es consuelo para nadie, ni la pena aumenta porque sean menos los afectados; al contrario, siendo varios, el dolor propio de cada uno se aumenta por el ajeno, por la vinculación de sentimientos, al paso que el perjuicio material o pérdida patrimonial sí disminuye a mayor número de damnificados. Así, en el caso de que la muerte de la víctima haya ocasionado una pérdida patrimonial de \$ 40.000,00, si son dos los sucesores, cada uno habría sufrido un menoscabo de \$ 20.000,00, pero si son diez, el perjuicio para cada uno sería de \$ 4.000,00. Por eso el cómputo realizado por el Tribunal en razón de perjuicios morales, es más jurídico, razonable y humano que el efectuado por el Juez, y

la Corte lo acogé en uso de la amplia facultad que a este respecto otorgan a los jueces las disposiciones sustantivas que regulan la materia. . . .” Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín, y en su lugar, RESUELVE: “Cuarto.—Se declara que el Municipio de Medellín está también en la obligación de pagar los perjuicios morales causados por el mismo suceso, a las personas ya mencionadas, en las siguientes cuantías: dos mil pesos (\$ 2.000,00) para cada uno de los demandantes María Maya v. de Restrepo, Néstor, Gladys y Silvia Restrepo M.; mil quinientos pesos (\$ 1.500,00) para cada uno de los demandantes Gloria, Ruth, Juan Fernando y César Restrepo M. . . .”

EL DAÑO MATERIAL Y SUS NUMEROSAS REPERCUSIONES MORALES EN EL MISMO INDIVIDUO Y EN OTROS.

Como decíamos antes, es posible que en los más complejos meandros de la subconciencia de algunos funcionarios se esté consolidando un equívoco difícil de expulsar, consistente en reducirlo todo, sin percatarse de la sutil confusión de factores que se opera en su mente, al relacionado con “la capacidad de trabajo”, la “productividad”, etc., es decir, facetas de orden económico aunque indirectamente pueden tener origen moral. Para muchos juristas, a poco reflexionar sobre el problema, el llamado “daño moral” se reduce a un perjuicio en el patrimonio económico. Cuando no ven clara la existencia de ese perjuicio, renuncian al intrincado análisis de la subjetividad. E inclusive cuando hablan de “daño moral”, mentalmente y de manera sutil están pensando en ingredientes que sólo cuentan para el otro. En esta forma se mantiene incólume, por ley de inercia, la vieja concepción del daño anterior a 1922, cuando la reparación del moral adquirió carta de naturaleza en la jurisprudencia de este país.

Nuestros jueces no se han acostumbrado todavía, a pesar de los fallos anteriores, y de otros que han tocado la epidermis del problema, a pensar con naturalidad en que al lado de “UN” daño material pueden existir numerosos daños morales, de varios matices

aunque provenientes del mismo hecho, y que paralelamente que el "ofendido material" pueden coexistir, en razón de la misma causa, varios "ofendidos morales". Solo un ejemplo, entre muchos, proyectará luz indirecta sobre este inconcebible zig-zag jurisprudencial: ya en el año de 1935 —(septiembre 17 T. XLIII de la G. J., p. 305)— se yergue el principio que —desarrollado con lógico jurídica y al calor de la incontenible dinámica social de un país como el nuestro—, le habría permitido al legislador recoger la experiencia de los jueces para darle forma definitiva al concepto de "daño moral": en muy importante sentencia de casación se establece, de manera incidental, la obligación de reparar **LOS PERJUICIOS INDIRECTOS**. Dice así: "basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad . . ." — "La Corte de Casación Francesa, sobre la base de una legislación menos amplia y comprensiva que la nuestra en esta materia — como que la nuestra contiene todo lo que aquélla contiene y además otras disposiciones tendientes a ensanchar todavía más el dominio de la responsabilidad civil extracontractual— ha hecho, en sentencias recientes, interesantísimas aplicaciones de las ideas que acaban de exponerse . . ." — **Tampoco es necesario**, para que exista la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar **LA INTEGRIDAD DEL PERJUICIO CAUSADO, que éste sea DIRECTO**, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa **proximidad en el espacio y en el tiempo**. En la que pudiera llamarse **cascada de perjuicios** que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de ésta cada vez más y más, **DEBEN SER REPARADOS, POR EL AUTOR DEL HECHO CULPABLE, TODOS AQUELLOS DE LOS CUALES SE PUEDA AFIRMAR LOGICAMENTE QUE, AUNQUE ALEJADOS DE LA CULPA EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO, NO SE HABRIAN PRODUCIDO SIN LA CULPA**"".

Pero hay algo más: nos parece que, al fondo de la operación mental que pretende subsumirlo todo en la idea del "daño material", existe una vaga reminiscencia de los estadios primitivos del hombre,

cuando el acto de la "venganza privada" se realizaba casi siempre con un férreo criterio individualista y monista: **UN** hecho, **UNA** ofensa, **UN** individuo que ofende, **UN** individuo ofendido, **UN** daño material **individualizado**, y, consecuentemente, la venganza, que es el embrión de "la pena",—

INFLUENCIA DEL DERECHO PENAL.

Es posible también que esa reminiscencia resulte alimentada por la influencia subconsciente de los conceptos que forman el Derecho Penal. En efecto: en un caso como el de Ordoñez —en que se condenó al agresor por la especial gravedad del delito a una alta pena, se le negó el beneficio de la condena condicional y se hicieron muy fuertes consideraciones sobre las modalidades del hecho y la peligrosidad del sujeto— hay quienes sufren una recóndita influencia de los principios que inspiran el Derecho Penal —con su incontrovertible, absoluta y básica tesis de la identidad entre el autor del delito y el que sufre la pena—, y sólo por fuerza del imperativo mandato de una disposición escrita aceptan que se busque otra clase de reparación en favor de los ofendidos. Una lejana voz les está diciendo que se trata de **OTRA "pena"**, y cuando menos lo piensan, muy en el fondo de sus cavilaciones, ante la figura de "**EL**" individuo ofensor, surge en su mente la figura monística de "**EL**" individuo ofendido.

Pero esta clase de influencias no puede interferir el proceso de comprensión de la categoría "daño moral". Está definido en forma que no permite dudas, que la reparación económica no es una "pena". Queda en pié, entonces, para el que falla un caso por la vía civil, una situación totalmente ajena al "non bis in idem" y que bien podría situarse gráficamente en la siguiente figura: "1º—El delito —generalmente cometido por un solo individuo)—, es el eje de una rueda; 2º—Penado o nó, de allí surgen los radios —(uno, o cinco, o diez, porque entonces no cabe la individualización que es típica del delito y la pena)—, que son los "daños": de toda índole porque los artículos 1494, 2341, 2356, etc., del Código Civil, no los limitan al que produce un menoscabo económico, sino que los extienden inclusive al que tiene **VALOR DE AFECCION**: lo que no constituye un endriago jurídico inventado por la fantasía musilaginoso y pueril de algún fallador

dor sensiblero, ya que explícitamente figura en nuestro derecho civil —(artículo 483 del Código)—; 3°—Esos radios **ESTAN LIMITADOS** por la periferia, que “redondea” la figura jurídica con la colaboración de ideas tan rigurosas y estrictas como “interés legítimo”, “afección legítima”, “órbita del dolor”, “lesión de un derecho”, etc.

CONCLUSION

Aplicando todo esto al caso de autos tenemos: a).—El derecho es una valoración que tiene, entre otros objetos, el de proteger **BIENES**; b). Esos **BIENES**, ya protegidos por el derecho objetivo, son **BIENES JURIDICOS**;

c).—La Constitución Colombiana abre la puerta del título sobre “derechos civiles y garantías sociales” con la básica disposición de que “las autoridades de la República están instituidas **PARA** proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y **BIENES**”;

d).—El artículo 653 del Código Civil Colombiano establece que los bienes **consisten** en cosas corporales o incorporeales” y el 664 dice que “las cosas incorporeales **SON** derechos reales **O PERSONALES**”;

e).—Los artículos 2341 y 2356 del Código Civil dicen: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” — “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1o.—El que dispara imprudentemente un arma de fuego”;

f).—El artículo 24 del Código de Procedimiento Penal establece que “la acción civil para el resarcimiento del daño causado por a infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona **O PERSONAS PERJUDICADAS** o por sus herederos” y el 25 dice: que “si el perjudicado por la infracción no hubiere intervenido en el proceso penal y no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización, podrá ejercer ante los jueces civiles la acción correspondiente, dentro de los términos establecidos para la prescripción de la acción civil;

g).—El artículo 29 de la misma obra estatuye que “cuando el sindicado haya sido condenado en el juicio penal como responsable de la infracción, no podrá ponerse en duda en el juicio civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado”;

h).—El artículo 92 del Código Penal establece que “en **TODA** sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se condenará solidariamente a los responsables a la indemnización de **todos** los perjuicios que se hayan causado” y el 95 dice que “cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado con el delito, podrá fijar el Juez prudencialmente la indemnización, que corresponda al ofendido, hasta por la suma de dos mil pesos”;

i).—La Corte puede fijar la indemnización—que corresponda al “**OFENDIDO**”, señor Emilio Ordoñez Mutis por el “**DAÑO MORAL OCASIONADO POR LA INFRACCION PENAL**”, y que se encuentra plenamente demostrado en el expediente.

Nada más. Nada menos.

NUEVA INTERPRETACION DEL ARTICULO 95

Sentada la tesis de que el artículo 95 de nuestro Código Penal ha sido aplicado en virtud de múltiples interpretaciones que descartan la posibilidad de tomar sus palabras en sentido literal y simplista, o en el escueto tenor gramatical que suministran leyéndolas aisladamente, se deduce que ya **NO** es posible hablar de “**EL**” ofendido, en sentido monista, cuando la concurrencia de valores diferentes y de nuevas categorías jurídicas, crea la posibilidad de que al lado del damnificado directo existan “ofendidos indirectos” de varias clases.

Sin embargo, hemos recorrido apenas la mitad del camino.—(la manera cómo **NO** se debe entender el artículo 95)—. Por lo tanto, debemos profundizar un poco en su interpretación, a fin de establecer, concretamente, la calidad de “ofendido moral” que tiene don Emilio Ordoñez Mutis y su derecho a ser resarcido.

Atentos al pensamiento de Brebbia —(“El daño moral”, pg. 153)— podemos decir, con él, que “interpretar no es sólo investigar

el sentido adecuado de una disposición legal, **sino sobre todo, verificar el sentido que cobra ésta al ser confrontada con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad.**

Una vez obtenida la significación particular de un texto legal por cualquiera de los procedimientos de interpretación comunes (gramatical o lógica), se hace necesario confrontar el mismo con las demás normas que integran el sistema jurídico, en especial con las de carácter fundamental.

Sólo entonces, aparecerá revelado en su exacto valor y sentido el precepto en cuestión. Por obvio que aparezca el significado de una norma, su verdadera importancia sólo quedará evidenciada cuando ella sea relacionada con los demás preceptos legales, sobre todo, con aquellos que señalan las directivas al ordenamiento jurídico.

Es necesario hacer constar además que, debido a que el Derecho, una vez elaborado, adquiere un sentido autónomo distinto o posiblemente distinto al que pensó imprimirle el legislador, al indagar la significación de una norma es imperativo escudriñar la voluntad concretada en la ley y no la tenida por el legislador.

Como bien lo expresa Soler "la interpretación no va a buscar **extra legem**, sino **intra legem**. No se trata con ella de buscar y de cubrir una voluntad extraña a la ley misma, para encontrarla, por ejemplo, en sus antecedentes, sino que se trata de servirse de todos esos antecedentes y medios para entender cuál es la voluntad que vive autónoma en la ley. No basta que el legislador **quiera** hacerle decir una cosa a la ley, para que ésta efectivamente la diga".

Me propongo demostrar que, a la luz del actual ordenamiento jurídico colombiano, considerado en su dinámica unidad, el artículo 95 del Código Penal no puede interpretarse con el criterio férreamente individualista que llevaría a considerar siempre como "ofendido" exclusivamente al individuo aislado, sino desde el ángulo del conjunto de normas que le han dado a la familia una categoría celular tan importante que solo a través de ella se puede entender la verdadera esencia de numerosas instituciones jurídicas.

Como no se trata de un trabajo exhaustivo, sino de allegar el suficiente acopio de datos que proyecten luz propia sobre el caso de autos, me limitaré a mencionar algunas de ellas.

LA CARTA FUNDAMENTAL

Para entender el significado histórico-jurídico del artículo 95, hay que ir a las cabeceras de donde fluye a orientación general de nuestras leyes; a la fuente misma que les dá forma y determina su curso: a la Constitución Nacional, que es la matriz de los derechos particulares.

Es importante recordar que algunos principios básicos incorporados en el Título III de la Carta, son auténticas normas de derecho privado, no solamente por la consagración "de los derechos civiles y garantías sociales" que determinan la órbita en que se mueven las personas, sino también por el modo expreso como el artículo 52 establece que "las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución".

Y aquí aparece ya, en el umbral mismo de la ley de leyes, una directiva esencial, fundamental, consubstancial con la tesis que pretendo probar: ahora se dice "**GARANTÍAS SOCIALES**". El Título de la Constitución de Rionegro que correspondía al III del actual ordenamiento constitucional, se denominaba simplemente "Garantías de los derechos individuales". Si es que las disposiciones de una constitución son normas imperativas, surge ya un principio de interpretación a cuya luz puede verse con mayor claridad las orientaciones generales del Derecho en la segunda mitad del siglo pasado y las que, al modo lento como se transforman los institutos jurídicos, han venido cobrando fuerza en Colombia, al avanzar este siglo azotado por dos guerras mundiales.

Pues bien: la básica orientación que hemos tomado para esclarecer el verdadero sentido del artículo 95, a la luz del conjunto de nuestra legislación, encuentra fuerte respaldo en el análisis de algunas disposiciones del Título III.—Su pórtico define desde el principio el problema. Allí aparece lo siguiente: "Las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y **bienes**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes **SOCIALES** del Estado **Y DE LOS PARTICULARES**".—(Artículo 9° del Acto Legislativo Número 1 de 1936). El artículo respectivo de la Constitución de 1886 decía que "las Au-

toridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el respecto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos". Como dice Tascón: "ESTE ARTICULO ERA LA CIFRA Y COMPENDIO DE LA DOCTRINA INDIVIDUALISTA".

En la doctrina específica que nos ocupa, no es difícil advertir al íntima afinidad morfológica que debe existir —que tiene que existir— entre un mandato constitucional de 1936 que, desarrollando una tesis positivista de Comte— ("nadie posee más derecho que el de cumplir siempre su deber")—, relleva y exalta "el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares", y un mandato legal del mismo año que señala una pauta para intentar una reparación del daño moral ocasionado por el delito. Este último debe entenderse, pues, no en relación con el individuo, sino de manera SOCIAL en relación con su FAMILIA; en relación con la íntima esencia colectiva del devenir jurídico de esa época, que buscaba darle forma legal a viejas urgencias aplazadas y adecuada respuesta a las necesidades de un país que continuaba con la cabeza hundida en el siglo XIX.

Las Constituciones recogen el recóndito anhelo colectivo de una nación, aunque su redacción resulte a veces desfigurada en la puja de los grupos opuestos; por lo tanto, sus ordenamientos, como también sus secuelas legales, deben interpretarse con el criterio vital de que su aplicación no se limita por el escueto sentido vulgar de las palabras. El subsuelo humano que les dio vida, solamente será fertilizado con una irrigación integral de los nuevos textos escritos y de los que no alcanzaron a nacer en la letra. De tal manera rebasa el espíritu el área superficial de los fríos vocablos con los cuales, a veces, se pone a funcionar la mecánica de la función judicial para consagrar como normas eternas lo que no pasa de ser otra cosa que la tolerada secreción de un prejuicio coactivo. En síntesis: adoptar una modalidad constitucional tan importante con ésta —que traslada el epicentro jurídico de lo individual a lo social—, implica modificar la aplicación dinámica de la legislación. Y por lo tanto su interpretación.

Lo mismo ocurre, en veces, al adoptar una simple ley. El legislador que la vota quiere hacerle decir una cosa, y es posible que lo-

gre encontrar vocablos sumisos que le permitan moldear sus blandas frases redondas. Pero la voluntad de LA LEY resulta equívoca, sencillamente porque en su fondo bulle la razón vital que le ha conferido, sin quererlo ni saberlo aquel, una vida propia y autónoma. "La sanción de leyes complementarias de un código pueden alterar por completo el espíritu de éste, y limitar, por repercusión, el alcance de una norma al ser aplicada a un caso determinado, no obstante no haber sufrido la misma ninguna modificación en su texto". Aprobar una ley de importancia o consagrar la evolución de su espíritu es rehacer un poco todas las demás.

Destaquemos sólo un ejemplo, entre muchos posibles: Emilio Ordoñez Mutis estaba en ejercicio de la patria potestad al ser injustamente herida y desfigurada su hija Lucila. Esa figura jurídica es, precisamente, una de las que más notoriamente ha evolucionado al impulso de las necesidades sociales. No tiene objeto hacer aquí un detenido análisis para establecer el contraste —muy dicente para el caso nuestro— entre la manera radical y unilateral como antiguamente se entendía el ejercicio de sa potestad, con derechos omnímodos sobre la persona y los bienes de los hijos, inclusive el de vida y muerte (jus vitae necisque)—, y la forma como hoy se encuentra instituida, en favor de los hijos y no de los padres. Pero es evidente que evolución tan sensible como ésta de la "patria potestad", tiene que alterar considerablemente el espíritu de todas las disposiciones que tengan que ver con la familia y con el padre de familia. Volveremos sobre el tema.

OTRAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La valoración del concepto de "familia" — bajo cuya luz estudiamos el caso de Emilio Ordoñez Mutis y su hija menor Lucila Ordoñez Barco— encuentra puntos de referencia cada vez más avanzados en la legislación moderna, que se desarrolla en un ámbito de integración de núcleos sociales en los cuales va sumido el individuo "como la gota en la nube viajera".

En la situación colombiana es fácil apreciar un asomo de ese criterio colectivista. Además del artículo 16, ya estudiado, tenemos el 23 —("nadie podrá ser molestado en su persona) FAMILIA . . . —;

el 23 — (“parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad”)—; el 30 — (“se garantizan la propiedad privada **Y LOS DEMAS DERECHOS ADQUIRIDOS CON JUSTO TITULO . . .**”) el 51 — (“asimismo, podrán establecer el patrimonio **FAMILIAR** inalienable”)—, etc. etc.

Es indudable que dentro del concepto de “derechos adquiridos”, figuran muchas de las disposiciones relacionadas con el llamado “derecho de familia”. Y en cuanto al “patrimonio familiar inalienable”, es interesante observar que esta norma de la Carta fue consagrada en el muy importante **año de 1936**.

EL CODIGO CIVIL

En el C. C. encontramos numerosas disposiciones de orden público, sobre derechos de carácter familiar, como las que regulan las obligaciones entre padres e hijos, las alimentarias en general, las relativas al patrimonio de familia no embargable, etc. etc.

OTRAS LEYES

Además de las normas constitucionales y civiles citadas —(sólo por vía de ejemplo)— podríamos traer a colación muchas otras; entre ellas la del Seguro Social Obligatorio, “que mira menos al **individuo** que a grupo **familiar**”— (“Anales del Congreso”— año I — Número 109— Bogotá, viernes 25 de enero de 1946)—; y traerlas a colación no por lo que digan sino por lo que históricamente significan y a fin de desentrañar, a través de la fuerza de su simbolismo, oculto el verdadero sentido autónomo de la parábola que —aún por encima de lo que les hizo decir el legislador —han venido proyectando sobre el pensamiento jurídico nacional. Entonces se vería cómo “la lógica material del derecho”— (“Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho”, de Recasens, p. 29)—; es decir, la lógica de los contenidos de las disposiciones jurídicas, es diferente de la lógica tradicional; es el logos de lo humano, la lógica de lo **razonable**, a diferencia de la lógica de lo **racional**, de tipo matemático. Solamente nuestra tesis, nos priva de ese análisis que pondría ante los ojos de todos, por modo maravilloso, la real voluntad de la ley ínsita en todo el

ordenamiento jurídico concebido como unidad, y que le confiere al Derecho un rango superior al aflorar su razón vital como principio dinámico que viviendo se desenvuelve.

CONCLUSION GENERAL

Pues bien: cuando la evolución del concepto de “patria potestad”, del terreno de los derechos omnímodos del padre al de los deberes para con sus hijos, crea una situación especial para aquel, que requiere un acervo mayor de derechos “**PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE SUS DEBERES SOCIALES**”. Cuando el mandato constitucional, al impulso de la necesidad colectiva — (defensa de la célula familiar, fortalecimiento de la nación, supervivencia de la especie)—, se reviste de una modalidad que, al acentuar “el cumplimiento de los deberes **SOCIALES** de los particulares”, robustece, en su propia base, la tendencia a desplazar el ejercicio de esa patria potestad del campo de los derechos al de las obligaciones. Cuando “el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa”. Cuando la fórmula jurídica del derecho común, que generalmente obliga al actor a presentar la prueba de la culpa, sufre contra el padre una inversión excepcional y radical consagrada en las disposiciones que determinan la responsabilidad por el hecho ajeno, etc. etc., no es posible interpretar los textos que parcialmente sirven de anverso a la medalla, con el viejo criterio del individuo aislado; criterio ajeno al hecho protuberante —(que llena toda la vida cristiana)— de que la familia es la unidad social, indivisible en el decálogo de los deberes, y, por lo tanto, en el escalafón de los derechos.

CONCLUSION PARTICULAR

Profundicemos un poco sobre el aspecto, ya enunciado, relativo a la patria potestad, con miras a obtener una conclusión concreta para el caso que nos ocupa. Como dice el notable tratadista colombiano doctor Alvaro Pérez Vives —(“Teoría General de las Obligaciones”, 2ª ed., V. II, parte 1ª., p. 125)—, “la responsabilidad pesa sobre el **padre** (progenitor varón), y, en su defecto, sobre la **madre**,

como una consecuencia de la patria potestad— La idea general que guió a los redactores del precepto transcrito— dicen los hermanos Mazcaud refiriéndose al art. 1384 del C. C. francés (2347 a 49 del colombiano)—, en la siguiente: la patria potestad impone a los padres obligaciones no sólo respecto del hijo, sino también respecto de terceros; los padres deben, dando a sus hijos buena educación y vigilándolos atentamente, impedirles que causen daño. Así, cuando el hijo causa perjuicio a otro, se puede pensar que sus padres no han cumplido fielmente sus deberes, que han cometido una culpa. Habrá, pues, que derogar el derecho común de la responsabilidad y establecer una presunción de culpa en contra de los padres”.

He aquí, en forma esquemática, las bases de la responsabilidad en cuestión: a).—Sobre los padres pesa una doble obligación: 1o.—Educar convenientemente a los hijos; 2o.—Vigilarlos diligentemente. b).— De consiguiente, pesa sobre ellos una doble presunción de culpa: se les presume culpables del daño causado por el hijo menor, por falta en la educación y en la vigilancia. Por lo tanto: 1o.—Deben probar que no hubo culpa actual, es decir, que procedieron en la guarda de sus hijos como un hombre prudente y diligente, y que con la autoridad y el cuidado que su calidad les confiere y prescribe, no pudieron evitar el daño; 2o.—Deben probar que no hubo culpa anterior, es decir, que educaron convenientemente al hijo y no le dejaron adquirir hábitos viciosos. SOLO DESTRUYENDO ESA DOBLE PRESUNCION SE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD”.

Pero en cambio, si la situación es a la inversa no ocurre —como debiera ocurrir— lo que generalmente se piensa del binomio DERECHO-DEBERES. Veámos el caso de Emilio Ordoñez Mutis: gravemente damnificado por hechos punibles a los cuales no se expusieron ni él ni su hija; acreedor a una reparación por el daño moral que le ocasionó el grave delito; titular de unos derechos que, después de leer el expediente, resaltan por fuerza de la suma convicción interior, exclusivamente a base de hacer “composición de lugar” y ponerse en su caso; moralmente “ofendido” sin lugar a dudas: **NI SIQUIERA PROBANDO LA CULPA OBTIENE LA CONSAGRACION DE SU DERECHO.**

Volvamos al 10 de Noviembre de 1952 e imaginemos el caso contrario: Lucila Ordoñez Barco le causa al Departamento un daño;

un simple daño no intencional. Se presume que fue debido a culpa de padre, no solamente por la educación, sino también por la vigilancia; **CONTRA EMILIO ORDOÑEZ MUTIS OPERA UNA DOBLE PRESUNCION, ACTUAL Y PASADA, SIENDO DE SU CARGO LA PRUEBA.**

El Departamento, para que prospere su acción de perjuicios, apenas tiene que suministrar los siguientes factores: a).—El daño realmente ocasionado, b).—La imputabilidad a la señorita Lucila Ordoñez Barco, c).—Su dependencia legal como hija menor de Emilio Ordoñez Mutis. Eso es todo: El Departamento no tiene más obligaciones para cobrar la indemnización de perjuicios.

Pero cabe preguntar: quién responde y los paga?. **EL MISMO A QUIEN SE NIEGA LA CONDICION DE OFENDIDO MORAL POR UN DELITO QUE OCASIONO A SU HIJA MENOR.** “un defecto físico o deformidad, permanente e irreparable, por lo que respecta a la cicatriz facial, que perjudica la estética de la cara, máxime si tenemos en cuenta las condiciones de orden social, la delicadeza de la piel, la edad y la belleza de la persona agraviada. Esta cicatriz, en el presente caso es todavía más llamativa . . .” También le queda una perturbación funcional, permanente e irreparable, por la herida que sufrió en el seno maxilar superior, que le atravesó la bala, y, además, por el desperfecto que sufrió el paladar, pues no obstante el haber quedado muy bien operada, es un punto débil y como el paladar quedó un poco bajo, siempre perjudica para la deglución y la fonética por las nuevas condiciones anatómicas de los órganos que han sido lesionados.

SINTESIS

Si la menor Lucila Ordoñez causa un daño, Emilio Ordoñez responde por él y está obligado a resarcirlo. Si contra Lucila Ordoñez se comete un delito, a Emilio Ordoñez no se le considera “ofendido” y no se le resarce. Yo tenía y conservo la honda convicción de que a toda obligación jurídica corresponde un derecho subjetivo . . .

LA ILIMITUD “DEL DAÑO MORAL”

Para despejar equívocos, seguimos el ordenado análisis de las

tesis en que discordamos, a fin de presentar con cierta claridad la razón de la ponencia en que yo proyectaba una reparación por el daño moral subjetivo que indudablemente sufrió don Emilio Ordoñez Mutis. No obedecía ello a un prurito de teorizar, porque mis afirmaciones hunden sus raíces en el caso concreto que fallamos, y tienen valor estricto sólo para él. Ni al afán de resbalar sobre el expedito buscando sutilezas para contener, porque he sumido sus cuatro cuadernos bajo las disposiciones de la norma, interpretando **intra y no extra legem**. Ni al capricho de disentir hasta en materia leve, porque esta controversia es fundamental en sí, independientemente de mi incapacidad para sostenerla. Y además, beneficiosa, pues nadie sería osado a negar que en el conjunto de todo régimen de derecho existe, y es bueno que exista, un coeficiente de inseguridad e incertidumbre a través del cual se puedan hacer las operaciones no previstas por el legislador y que la cambiante realidad social nos urge a cumplir cuantas veces la norma se sale de su gozne humano, convirtiéndose en peso muerto contra las necesidades del hombre y de la vida.

Dicen así mis colegas:

"Si esto no fuera así, se llegaría a la conclusión de que el daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales, sería ilimitada contrariando el texto de la ley que determina la persona perjudicada, caso en el cual está contemplado el de la señorita Lucila, a quien directamente se le reconoce la reparación que le corresponde por la ley".

"En los casos en que la indemnización del daño moral subjetivo los recibe directamente la víctima de él, no puede decretarse una nueva indemnización por el mismo concepto a favor de sus parientes y amigos, porque basándose la reparación en el dolor que el daño ocasiona se hace necesario señalar la órbita precisa de éste, a fin de evitar que, alegando la misma causa, los parientes y aún los amigos del ofendido que también han experimentado un intenso dolor, se presentaren ante la justicia en demanda de nueva indemnización, lo cual daría lugar a una cadena interminable de acciones".

En realidad, por ninguna parte aparece que el texto de la ley

haya fijado límite al "daño moral", ni nosotros queremos entrar en ese terreno ontológico. En cuanto a la reparación, existen limitaciones de varias clases: pericial, por arbitrio del juez etc.

En relación con el segundo párrafo transcrito en este capítulo, encontramos en Brebbia un concepto tan ajustado y preciso, tan aplicable al contenido de ese párrafo, que no queremos privarnos del placer de introducirlo en esta pieza del proceso:

"Toda persona que ha sufrido un daño en su patrimonio moral por el hecho de otra tiene derecho a reparación, pero tal aserto no significa en manera alguna que el número de agravados por un mismo hecho ilícito pueda ser infinito y el legislador se vea obligado por tal causa a limitar arbitrariamente el número de accionantes. Tal posición reposa en una confusión, como es la de creer que toda persona que sufra una herida en sus afecciones por el hecho ilícito de otra, tiene derecho a reparación, **aún cuando tal hecho no haya violado alguno de los derechos inherentes a su personalidad**. No basta que se haya producido una lesión en las afecciones de una persona para que se ocasione un daño moral, sino que es necesario que el sentimiento de afección vulnerado se halle protegido por norma jurídica, es decir, que constituya una afección legítima. La muerte del líder de un pueblo puede ocasionar un sentimiento inconmensurable de dolor en las personas que forman el mismo, pero origina únicamente derecho a accionar contra el responsable del deceso en aquellas personas unidas por un vínculo de parentesco con la víctima.

Por lo demás, aún admitiendo por vía de hipótesis la procedencia de tal objeción, cabría dejar constancia que la misma no sólo serviría para impugnar el principio de la reparación de los daños morales, sino también el de la reparación de los daños patrimoniales, pues el número de personas perjudicadas pecuniariamente por la muerte de una persona puede ser infinito y el derecho no le acuerda a todas ellas la facultad de accionar contra el responsable del fallecimiento".

LA ILIMITUD DE PERSONAS CON DERECHO A INDEMNIZACION

Pero si se trata de otro problema —imprecisamente enunciado quizás—, o sea el de los límites que debe tener la calidad de "ofendido" y la "órbita del dolor", forzoso será que profundice un poco más en el terreno a donde me llevan mis colegas. Y lo hacemos con la íntima seguridad de ofrecer adecuada respuesta a su inquietud, ya que de antemano hemos querido hacer muy estricta nuestra tesis, aunque parezca difícil alinearla por la aparente incontinencia de su enunciado.

Esta preocupación llena parte apreciable de las muy brillantes páginas donde mis colegas consignaron sus tesis sobre el daño moral subjetivo indirecto. A lo largo de sus párrafos, campea esta inquietud central, bajo el aguijón de penetrantes alusiones a conceptos generalistas —("dolor", "depresión psíquica", "sentimiento moral", "amistad", "tristeza", "tragedia psíquica", etc.)— que de ser aceptados *per se* como únicos ingredientes del principio jurídico "DAÑO MORAL", lo convertirían en la Caja de Pandora del Derecho.

Pero ocurre que nosotros nunca hemos pensado en esos conceptos generalistas como fundamento exclusivo de la figura jurídica que pretendemos destacar. Aunque el "dolor", la "depresión psíquica" etc. pudieran considerarse factores **HUMANOS** típicos en la existencia del "daño moral", no servirían para caracterizar **EN DERECHO** esta categoría especial, ya que ellos pertenecen al mundo del psiquismo, y ni éste, ni lo puramente físico, pertenecen por sí a la esfera de acción del Derecho. La tarea de aprehender la esencia propia del "daño moral", nada tiene que ver con la de constatar situaciones **DE HECHO**. Estas apenas sirven de ingrediente elemental, pero el toque jurídico lo pone su **valorización** a través del vínculo jurídico que ate al ofendido indirecto con el damnificado inmediato. La tarea esencial consiste en confrontar esas situaciones con el precepto jurídico que otorgue a ésta última clase de damnificados uno o varios derechos inherentes a la personalidad.

Veámos otro párrafo, donde mis colegas ratifican y refuerzan el ya transcrito sobre la "ilimitud del daño moral sufrido por la víctima a causa de unas lesiones personales":

"En el caso de la perjudicada sobreviviente, el **DOLOR** y la **DEPRESION PSIQUICA** a que quedó sometida la víctima por las deformaciones causadas por las lesiones personales graves que afectan la integridad funcional y corporal, no pueden traspasar los límites fijados por la norma positiva, ya que si en aquella se tradujo en dinero la reparación de ese **SENTIMIENTO MORAL** que hirió las **FIBRAS** más sensibles de su personalidad humana, no puede hacerse extensiva tal indemnización, por haber sido indemnizada la víctima sobreviviente del daño moral subjetivo, el cual se estima reparado debidamente, por más que esas personas, ligadas por vínculos muy estrechos de consanguinidad o de gran **AMISTAD**, hayan experimentado en su espíritu un hondo **DOLOR** y una inmensa **TRISTEZA** debido a la **TRAGEDIA PSIQUICA** que experimenta el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija, que víctima de una agresión injusta, queda reducida a la impotencia física o perturbada en sus funciones orgánicas o deformada su configuración facial que altere su estética".

Me parece que a través de esos conceptos generalistas y de hecho —subrayados por mí para destacarlos como hitos de la frontera que voy a proponer—, llegaremos, con toda facilidad, a desentrañar la razón y el sentido de las equivocaciones cometidas, inclusive por grandes tratadistas de derecho, y que han mantenido embrionario el concepto de "daño moral".

En efecto, si en relación con un acto ilícito, lo que caracteriza el "daño moral" es aquella íntima repercusión abstracta que un individuo siente y que no es posible localizar, ni aprehender, ni definir —a pesar de que le ha embargado todo su ser— bien cabe toda esa gama de generalidades y vaguedades no consanguíneas con el Derecho, y, consecuentemente, a otra de temores por la subjetividad sin orillas que cabría en ese mar de personalísimas situaciones de hecho. Sin posibilidad de establecer ni las más elástica e imprecisa tarifa de pruebas, tendrían derecho a indemnización el vecino "ADOLORADO" que vio correr la sangre adolescente de Lucila Or-

doñez; y la tendera hiper-emotiva que, ante la violencia injusta, se "DEPRIMIO PSIQUICAMENTE", y el transeúnte de "FINA SENSIBILIDAD MORAL"; y la jovencita hiperestésica de "MUY DELICADAS FIBRAS" en su textura espiritual; como también "EL AMIGO", "EL DOLOR DEL NOVIO", "LA TRISTEZA DE LA CONDISCIPULA" y la conmoción de los habitantes todos de una misma barriada por "la tragedia psíquica que experimenta el padre, por ejemplo, cuando contempla con tortura el cuadro angustioso de su hija . . ."

Razón plena, absoluta, razón sin sombras tienen mis colegas para pensar en la cantidad y calidad de las reclamaciones. Por eso decía uno de ellos, cuando apenas se iniciaba el dilatado análisis de este problema: "ante la muerte de un caudillo político, todo el país podría reclamar indemnización por el daño moral". Observación inteligente y aguda que me hizo recordar a un célebre tratadista francés: "Podemos representarnos a Francia, a un departamento o a una ciudad, llorando a uno de sus hijos, pero no es sino una metáfora".

Por fortuna el problema no es tan simple. Como dice Kantorowicz, "la indemnización de daños inmateriales es un caso desesperadamente complicado". Por eso mismo, su estructura se construye con factores de virtualidad suficiente para imponer, de por sí, las más severas limitaciones. Veámos nuestro caso particular, saquemos después una conclusión teórica sobre el derecho en general y busquemos luego la manera de acercarnos a una caracterización jurídica del "daño moral".

Las cosas más obvias —por su misma obviedad— se olvidan a veces. El derecho de Lucila Ordoñez Barco y Emilio Ordoñez Mutis, a que se les repare por el aspecto moral subjetivo, no se origina solamente en el "DOLOR" y la "DEPRESION PSIQUICA", porque una centella también hubiera podido causar destrozos faciales suficientes para llevarlos a esas mismas situaciones anímicas cuyo prístino significado físico o psíquico no sirven para una valoración jurídica. EL "SENTIMIENTO MORAL" y las "FIBRAS MAS SENSIBLES DE SU PERSONALIDAD" tampoco nos prestan buen servicio en este caso, porque estamos tratando cuestiones de derecho, que, como tales, no pertenecen al mundo físico ni al psíquico, sino al mundo ideal de las valoraciones. Lo mismo podemos decir de "LA A-

MISTAD", "LA TRISTEZA", "LA TRAGEDIA PSIQUICA" etc. etc. Esas categorías ya existían en el amanecer de la humanidad. Muchas de ellas aún perduran y son. A la manera como han existido, siempre, fuerzas físicas capaces de impulsar un objeto hasta el punto de hacerlo atravesar el maciso óseo facial de una mujer, y perforar la lámina palatina. Pero El Derecho, los derechos subjetivos, las lesiones jurídicas, el artículo 95: **ESO ES CREADO POR EL HOMBRE Y PARA EL.**

Para los fines del derecho, ni siquiera la intervención del elemento "hombre" permite, por sí sólo, resolver el problema. Este nuevo factor impulsa un poco la solución pero la deja en la mitad del camino. Lucila Ordoñez habría podido, por obra y gracia de los actos de un hombre, sufrir exactamente las mismas consecuencias de deformación física y perturbación funcional, sin tener derecho a reclamación alguna. Por ejemplo, en el caso de una operación voluntaria para extirpar el origen de una infección. Esto me obliga, entonces, a buscar más en el fondo del problema, localizarlo bien y emerger de allí para intentar la caracterización que justifica mi posición y mi tesis.

EL HECHO Y EL DERECHO.

Con todo el respeto que profeso a mis colegas de Sala, debo manifestar que posiblemente el origen de nuestra disparidad de criterio arranca, no de una concepción diametralmente opuesta sobre la "teoría del daño", sino de una falla en la manera como enfocaron, en este caso, el sujeto de Derecho y la ofensa inferida.

Para hacer mas comprensible mi tesis, tendré que volver a los primeros principios. Todo intento de explicación parcial resultaría fallido, así como la adopción de una línea de menor resistencia consistente en dar por sentados algunos preconceptos jurídicos en vez de ir al fondo de ellos y estudiar su génesis. Por fuerza tendré que penetrar en la raíz de la cuestión, hasta llegar al elemento "hombre", desnudo de especiales calidades de derecho, y situarme ante él con plena libertad de análisis y en absoluto estado de inocencia jurídica.

Bien claro es, como afirma Luis Recansens ("Vida humana, sociedad y derecho", 1ª Ed. 1939, ps. 5, 56)—, que todas las gentes tie-

nen alguna idea respecto del Derecho, como, en suma, la tienen también sobre todas las cosas que encuentran en su vida. En el mundo hallamos magistrados y policías, ventas, alquileres, depósitos, salarios, leyes, abogados, notarios, diputados, cárceles, tutores, herencias, etc. etc. Y, para todos, es obvio que esas cosas —y un sin fin de otras análogas— pertenecen al reino de lo jurídico. Ello resulta tan obvio como que las rosas y los guisantes pertenecen al sector de lo botánico. Pero se trata de conocimientos meramente aproximados, superficiales, inseguros, al buen tun-tun, en suma, de lo que se llama conocimiento vulgar, es decir, a medias, ignorante de sus razones, sin firme asidero, fluctuante y azaroso. Nos daremos cuenta de ello —en función del ejemplo que nos interesa, esto es, del referente a lo jurídico— si preguntamos al hombre de la calle por qué razón incluye dentro del Derecho todas esas cosas que hemos mencionado (y muchas otras, como la propiedad, la letra de cambio, los gobernadores, las fortalezas y las multas). Dónde está lo jurídico en cada una de esas cosas?. Los gobernadores, los jueces y los gendarmes son hombres de carne y hueso como todos los demás, sin que de ellos se diferencien a virtud de ninguna realidad peculiar; y, sin embargo, en ellos encarna una dimensión jurídica. Dónde está lo jurídico en ellos?

En el derecho constiuído jamás tropezamos con hombres individuales, de carne y hueso, en su entrañable singularidad, sino que encontramos solamente al ciudadano, al extranjero, al funcionario, al particular, al vendedor, al comprador, al mandante, al mandatario, al naviero, al contraamaestre, al contribuyente, al recaudador de contribuciones, al elector, al elegido, al juez, al gendarme, al delincuente etc., en suma, categorías abstractas, tipos, cristalizaciones funcionales

Pues bien; para los efectos de esta litis judicial, no podemos considerar a Emilio Ordoñez Mutis sólo como un hombre individual, de carne y hueso, en su entrañable singularidad. Ni el dolor que sufrió, por la herida a Lucila Ordoñez Barco, puede considerarse simplemente como un dolor psíquico, un sufrimiento humano, una herida en su más íntima entraña espiritual. Si miramos a Ordoñez Mutis y el dolor por él sufrido al trasluz de un concepto primitivista, elemental, simplemente humano, tampoco el "detective" Orduz po-

dría considerarse como un detective, ni el "Departamento" sería cosa distinta a un pedazo de la naturaleza física de nuestro planeta, ni el disparo fatal habría encontrado en unos hombres encargados de "administrar justicia" las numerosas superficies intelectuales que han permitido refractar ese hecho, a través de un proceso de valorización metajurídica, para asignarle calidades diferentes a las puramente físicas y localizarlo entre los conceptos de "culpa" —(daño por imprudencia)— y "dolo" —(daño intencional)—: es decir, "VALORES". Y así sucesivamente, en ese plano de simple realidad fenoménica, no podríamos rebasar los linderos de una causalidad puramente física y, por lo tanto, ni la "justicia penal", ni el "tribunal civil" de la instancia, ni la "Corte Suprema de Justicia" —(también VALORES"—tendrían facultad para estudiar el caso e **IMPONE** sus decisiones, poniendo en práctica sus mecanismos ideales de naturaleza social), con pretensiones normativas, que dice relación a la exterioridad de la convivencia y de la cooperación colectiva, y cuyo imperio de imposición inexorable permite la coexistencia civilizada de los hombres y la subsistencia del todo organizado.

Como se vé, no se trata de habilidosas abstracciones, ni de una audaz mutilación de las entidades reales que se dan en el hombre —como ser físico, o biológico, o psíquico—, todas altamente dignas de ser justipreciadas, pero en otra clase de disciplinas. No se trata de aspectos que excluyan a los demás. Pero a nadie se le ocurría ir al Código Civil para conocer la estatura física de don Emilio Ordoñez, ni al Tribunal Superior le correspondería definir el tipo psicológico a que pertenece. Son aspectos de la vida humana, aprehensibles según los haces de nuestro espíritu, pero que solamente a base de una justa aplicación de los principios concernientes, podrían ser identificados, clasificados y llevados a su máxima plenitud.

Por hoy, pues, nos hemos apoderado de la personalidad de Emilio Ordoñez Mutis "como sujeto de derecho" y exclusivamente a la luz del Derecho estudiaremos el "daño", cuya existencia aparece plenamente demostrada en el expediente.

EL DERECHO LESIONADO.

Para el expositor argentino Roberto Brebbia —("El Daño Mo-

ral, p. 224, N° 104)— “un daño moral es la violación de los derechos de la personalidad del sujeto”, y lo llama también “agravio extrapatrimonial”. Daños morales, derechos inherentes a la personalidad y bienes personales —concluye este autor— formas, así, una trilogía indisoluble que constituye el núcleo de la teoría jurídica de los agravios extrapatrimoniales”.

El tratadista en cita hace la siguiente clasificación de los “agravios extra-patrimoniales”: “A.—Daños morales originados por violación de los derechos inherentes a la personalidad que protegen los bienes que integran el aspecto objetivo o social de la personalidad moral. Son ejemplos: a).—El ataque al honor de una persona. b).— El ataque al nombre, c).— El ataque a la honestidad, d).— la violación del derecho a realizar toda actividad lícita, e).— El ataque a la autoridad paterna, f).— La violación de la fidelidad conyugal.— B.— Daños morales originados por la violación de los derechos inherentes a la personalidad que integran el aspecto subjetivo de la personalidad moral. Son ejemplos: a).— La lesión a las afecciones legítimas, b).— El ataque a la seguridad personal e integridad física de las personas, c).— La violación al derecho moral del autor, d).—La violación del derecho a la intimidad, e).— La destrucción, pérdida o menoscabo en los bienes patrimoniales con valor de afección”.

Dentro del anterior cuadro del daño moral, han resuelto los tribunales argentinos casos por “agravios extrapatrimoniales” consistentes en haber operado a un menor sin el permiso de su padre —(lesión a los derechos inherentes a la autoridad paterna)—, en atacar al honor de un pariente, “que hace que las personas mas allegadas a la víctima directa se sientan también afectadas en sus sentimientos por el hecho injurioso”. En cuanto al agravio derivado de la lesión a un bien patrimonial con valor de afección, dice Brebbia: “En razón de la vinculación íntima y directa que tienen ciertos bienes patrimoniales con la persona que los posee, los mismos adquieren para su titular un valor especial, llamado **valor de afección**. Estos bienes con valor de afección se hallan impregnados de la personalidad de su dueño, —comprendidos dentro del círculo íntimo de su personalidad y, por tanto, su pérdida o menoscabo debe lógicamente revestir también una significación especial, no cotejable con la que pudiera producir la desaparición o detrimento de bienes patrimonia-

les no afectados por esa influencia”. Y cita como ejemplo, la destrucción de las cartas de un padre, conservadas por el hijo, en razón del “valor entrañable” que para él tenían.

Para el suscrito Magistrado no existe duda alguna de que la lesión que un padre experimenta en sus más caras afecciones, en sus derechos de progenitor, con motivo de las lesiones deformantes que su hija menor sufrió en el rostro, debe ser reparado. Si se admite el derecho a la indemnización por la simple operación que un facultativo efectúa en la persona de un hijo menor, sin permiso del padre mismo; si se ha podido decretar el deber de reparar el perjuicio moral proveniente de haber destruido o dañado una cosa que tiene para su dueño un valor de afección, cómo pretender que la grave lesión física que se infiere a una menor, no afecte a su padre, no lesione sus derechos personales extrapatrimoniales de tal?.

Para decirlo con palabras de Brebbia, que nuestra Corte ha aceptado y protocolizado en múltiples fallos, “la ley presume que todas las personas vinculadas entre sí por lazos de parentesco se hallan unidas por un lazo de afectividad especial, que constituye, precisamente, la base moral de la institución de la familia.

Todas las personas tienen derecho, pues, a que ese sentimiento afectivo protegido implícitamente por la vinculación jurídica del parentesco, sea respetado; **cualquier hecho de otra persona que vulnere esa afección legítima creará a su autor la obligación de resarcir el daño moral producido.**

“El caso mas grave y también el más común, de lesión a las afecciones legítimas, lo constituye el de muerte de un familiar **Pero con esta afirmación no se agota el tema, ni mucho menos . . .**” (Op. cit. ps. 248, 249.

No debe, pues, limitarse la posibilidad de decretar una indemnización por perjuicios morales, en favor de los parientes de una persona, al caso de muerte. Es cierto, como lo anota Brebbia, que éste es el evento más común y también el más claro. Pero siguiendo a este expositor, observo igualmente que con ello no se agota, ni mucho menos, el tema. Toda esa inmensa gama de lesiones extrapatrimoniales, anteriormente clasificadas, nos indica lo contrario. Porque sería realmente monstruoso conceder una indemnización cuando se daña la cosa querida de una persona, y negarla cuando se infiere el

daño, no ya a un objeto material, sino a un ser humano; a una hija menor respecto de la cual están rigiendo, en todas las legislaciones del mundo, numerosos institutos jurídicos que la "desindividualizan" y subsumen en el concepto básico de "FAMILIA".

Ha sido tendencia de la Corte, en algunos fallos pronunciados en épocas pasadas, la de menospreciar el valor de la persona humana. En general, y para otros casos, se ha pretendido negar en cuanto a las personas los derechos que se conceden en relación con las cosas. Refiriéndose a la tesis expuesta, contraria a la dignidad que la civilización cristiana reconoce para el ser dotado de razón, ha dicho el expositor Pérez Vives en su ya citada obra, lo que sigue: (V. III, p. 164): "no se concibe que el legislador haya establecido una mayor diligencia y una mas estricta responsabilidad cuando se trata de transportar una cosa que una persona. Esta, como titular de todos los derechos, como eje de la suprema dignidad dentro del concierto de los seres materiales, merece un mayor respeto y una mayor deferencia que las cosas . . . Si todos los cuidados, todas las preferencias, todas las predilecciones del legislador fueran para las cosas y no para las personas, tendríamos el resultado de haber invertida el orden jurídico, de haber rebajado la preeminencia del hombre en la esfera del derecho, regresando a épocas en que la esclavitud relegaba a la nada la personalidad humana; a épocas más atrasadas aún, puesto que si el hombre se asimilara a cosa, le sería aplicable la legislación que habla de cosas, y, en concepto de los sostenedores de tan peregrina idea, ni siquiera la seguridad que la ley pide para los entes rige para los seres humanos".

Igual razonamiento podemos hacer para el presente caso. Aceptar la lesión de un bien extrapatrimonial por el daño que se infiere a la cosa de una persona, y negarla cuando se daña a la persona misma, equivale a negar para el ser humano lo que se concede a los bienes corporales. Afirmar que hay lesión o perjuicio moral de afección cuando se daña una cosa, y negarlo cuando se daña a un ser querido, ligado por los más íntimos vínculos de derecho, es no sólo olvidar los más elementales principios del cristianismo sino también los más importantes y básicos postulados de la moral y la justicia.

De consiguiente, cuando exista un perjuicio moral subjetivo indirecto que sea el resultado de la culpa del demandado, debe con-

cederse una reparación por ese concepto. Es necesario distinguir aquí dos perjuicios completamente distintos: el causado a la víctima directa y el que, también a consecuencia de esa culpa, se produce a sus allegados más íntimos, con los cuales tenga, actualmente, un vínculo legal o jurídico.

Este modo de ver las cosas ha sido expresamente consagrado por la legislación argentina en el artículo 1079 del C. Civil, según el cual: "la obligación de reparar el daño causado por un delito existe no sólo 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."

La circunstancia de que no exista entre nosotros un texto idéntico no impide llegar a igual conclusión, puesto que nuestro artículo 2341, al igual que el 2356, ordena a todo el que ha causado un daño cualquiera, repararlo. Tampoco en los Códigos de Francia, ni en los de muchos otros países, existe especial disposición escrita al respecto, y sin embargo allí reconocen y reparan el daño moral indirecto. El concepto de daño contemplado por nuestro Código tiene la mayor amplitud posible; dentro de su enunciado caben todos los daños, tanto los materiales como los morales, los inmediatos como los los mediatos, siempre que sean el resultado de la culpa del demandado, esto es, que se pueda afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin ella.

En el presente caso, el parentesco que une al demandante Ordoñez con su hija menor, la señorita Ordoñez Barco, obliga a aceptar la existencia de la lesión jurídica a un derecho subjetivo inherente a la personalidad moral del padre. Hay, pues, certeza sobre la existencia del daño. Este, por otra parte, se presenta como el resultado lógico de la culpa del demandado. Sin esa culpa no se habría producido la horrible lesión que desfiguró a la señorita Ordoñez Barco y tampoco se habría producido la lesión en el derecho de quien ejercía, en ese momento, la patria potestad. Culpa, lesión física en la hija y dolor del padre, son términos que están aquí indisolublemente vinculados por una estrecha relación de causa a efecto, y forman indestructible base real para configurar sus respectivos derechos.

LIMITACIONES AL DERECHO DE ACCION.

Algunas legislaciones, como la argentina (Arts. 1084 y 1085 del C. Civil), limitan el derecho a accionar, en estos casos, "a los herederos necesarios del muerto", es decir, a los ascendientes, descendientes y cónyuge. Entre nosotros ha sido tradicional reconocer también a los hermanos personería para pedir y obtener la reparación de la pena causada por la muerte de su hermano.

En concepto de la Corte, expuesto en el fallo de diciembre 16 de 1954 —(T. LXXIX de la G. J., pgs. 399, 400)— "fundándose el llamamiento a recoger la herencia intestada en los vínculos de la sangre y del afecto, que sirven de cohesión a la familia, es jurídico aplicar ese mismo criterio cuando se trata de indemnizar el daño moral subjetivo, causado por lesiones a esos sentimientos de afecto y cohesión familiar. De ahí que sea pertinente recordar que **donde hay la misma razón debe haber la misma disposición**. Y si la razón del afecto y de los vínculos de la sangre sirven de fundamento a las disposiciones de la herencia legítima, así también esa razón de afecto y de vinculación familiar inspira o debe inspirar la concurrencia y exclusión de los parientes, para fijar la órbita del dolor cuando varias personas pueden tener derecho a la reparación de los daños morales".

Nuestros jueces podrían, como una de las formas de limitar el derecho de acción, reiterar la doctrina contenida en el fallo transcrito y la conclusión que hace aplicable al caso de los artículos 19 y 21 de la Ley 45 de 1936, sustitutivos de los artículos 1046 y 1047 del C. Civil, "según los cuales, los ascendientes legítimos de grado próximo excluyen a los demás asignatarios, en tales órdenes de sucesión", a falta de descendientes legítimos o naturales y de cónyuge, que se rigen por otras normas de la misma ley.

En esta forma se limitaría la presunción, a que nos venimos refiriendo, a los parientes próximos; entendiendo por tales, los descendientes, los ascendientes, el cónyuge y los hermanos. Pero ellos concurrirían y se excluirían según las normas de la sucesión intestada, en la forma prevista por la ley. De esta manera se le haría una concesión al pasado, sin renunciar a la búsqueda de nuevas modalidades acordes con el Derecho Auténtico —que no consiste, que no puede consistir, en estereotipar una doctrina para imprimirla siempre igual

en todos los casos y a través de lustros interminables, sino en la diaria tarea de armonizar la certeza que ofrecen los textos, con las mutaciones que demanda la situación real de las gentes.

TRATADISTAS Y FALLOS

Para arrojar más luz al caso que se dilucida, resulta de interés hacer breves transcripciones de tesis sustentadas por algunos exégetas y de muy conocidos fallos sobre la materia que nos ocupa. Como una venia al tratado en el cual hicimos nuestro curso de "Filosofía del Derecho", iniciamos este capítulo con la transcripción del concepto de Prisco —(p. 389)— que demuestra como las ideas relacionadas con los derechos subjetivos, logran eco y se responden a través de los siglos: "La lesión jurídica es tal porque infiere un daño al **derecho** de otro; luego **el daño causado al ofendido es la medida de la lesión jurídica**. Y como el valor y la cantidad del daño depende del valor y la cantidad del objeto **del derecho** que se disminuye o impide, de aquí que pueda establecerse este criterio general: tal y tanta es la lesión jurídica, cual es y cuanto es el daño causado; y tal y tanto es el daño, cual es la importancia y el valor **del derecho** que se disminuye o impide".

Ya en la inagotable cantera jurídica de Santo Tomás, de donde han extraído sus mejores bloques los pensadores de siglos numerosos, se encuentran afirmados con seguridad incommovible, la génesis del moderno concepto del daño, y, al mismo tiempo, la humana comprensión de las mutaciones del devenir social que permitirán a las generaciones sucesivas, desarrollar ese concepto sin convulsiones inútiles; plasmarlo sin destruir su íntima esencia; conducirlo con ontológica seguridad a su cimera plenitud. Destaco un pensamiento suyo, de perpetua e inexorable ignición jurídica: "**peccata, quae committuntur in proximum, sunt pensanda per se secundum nocumenta, quae próximo inferuntur; quia ex hoc habent rationem culpae**" —(los pecados que se cometen contra el prójimo, se deben pesar por sí, según los daños que se infieren al prójimo; porque de allí procede de la razón de culpa)—.

Josserand.—("Derecho Civil", T. II, V. I. p. 331).

"Si los daños y perjuicios reclamados por los parientes de la víctima de un accidente no son la exacta representación del perjuicio sufrido, son por lo menos su contrapartida aproximada; si no son compensatorios, son **satisfactorios**, representan el precio del dolor, **Schmerzengeld**, o si se quiere, y para emplear la fórmula del Consejo de Estado, "La perturbación causada en la familia". La jurisprudencia no exigía en otro tiempo ni siquiera que el reclamante fuese un pariente en línea recta de la víctima: un colateral . . . etc., una prometida . . . etc., un prometido, hasta una ahijada, podían obtener daños y perjuicios por razón del dolor causado por la prematura desaparición de la víctima en un accidente, **O POR LAS HERIDAS QUE HUBIERE RECIBIDO**".

"Pero la Corte de Casación se ha mostrado más restrictiva estos últimos años con el objeto de levantar barreras contra las excesivas acciones de reparación. Exige que el interés de afección se justifique **POR UN LAZO DE PARENTESCO O DE AFINIDAD**".

Colin y Capitant — ("Curso elemental de Derecho Civil", T. III. ps. 818, 819)—.

". . . Un maestro es responsable de los daños y perjuicios para con los padres de sus alumnos a causa de haber pronunciado ante éstos últimos palabras ofensivas para el Ejército y la Religión (Dijon, 28 de diciembre de 1908, D. P. 1909, 2. 13, S. 1909, 2. 15).

Esta jurisprudencia ha provocado críticas. Algunos autores han protestado contra esta aplicación de una reparación pecuniaria de los daños que no pueden ser apreciados en dinero. En semejante caso, se dice, la fijación del importe de la indemnización tiene que ser necesariamente arbitraria.— Hay, indiscutiblemente, algo de fundamento en estas críticas. Pero parecería aún más chocante que ninguna reparación viniese a compensar la pérdida, el ultraje, la perturba-

ción moral sufrida por el demandado. Si el arbitrio del juez es siempre un peligro, la negativa de toda sanción contra el mal sufrido por obra de otro sería una injusticia escandalosa. **A falta de cosa mejor**, el dinero sirve en esta vida para curar muchas heridas, muchos sufrimientos.

Todo el mundo admite sin inconveniente que una indemnización pecuniaria puede compensar la ofensa dirigida contra la reputación o el honor de un individuo. Del mismo modo, la indemnización de daños y perjuicios reparará de un modo aproximado, y sin duda imperfecto, el daño inferido a la afección o a los sentimientos íntimos del demandante. El Código suizo de Obligaciones está, en este punto conforme con las soluciones de nuestra jurisprudencia. En efecto; después de haber declarado (art. 45, párr. 3º) que, en caso de accidente mortal, si "a consecuencia de la muerte quedan otras personas privadas de su sostén, hay que indemnizarlas también de esta pérdida", añade (art. 47): "El Juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de las lesiones corporales, o, en caso de muerte de un hombre, a la familia, una indemnización equitativa a título de reparación moral".

H. y L. Mazeaud.—("Compendio del Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil", T. I. ps. 150, 159, 160)

"En el dominio de la responsabilidad delictuosa y cuasi delictuosa, los redactores del artículo 1382 del Código Civil francés afirman que "cualquier hecho del hombre, que cause a otro un **perjuicio**, obliga a aquel por cuya culpa haya sobrevenido a repararlo". El texto está pues, concebido en los términos más generales posibles: **un perjuicio**, tanto puede ser perjuicio moral como un perjuicio pecuniario". "Admitida en materia delictuosa y cuasidelictuosa la reparación de un perjuicio no pecuniario, se suscita en un caso particular un problema delicado y muy discutido: el del atentado contra los sentimientos del afecto. Se trata de saber quienes pueden invocar ese atentado, quienes están en el derecho de demandar reparación del perjuicio moral expe-

perimentado a consecuencia de la desaparición de un ser querido **O AUN DE LOS SUFRIMIENTOS O DE LA ENFERMEDAD QUE AFECTEN A ESA PERSONA**".

"El mismo problema se presentó en el terreno del perjuicio material. Se le resolvió diciendo que cualquier persona puede demandar reparación con la condición de justificar, por una parte, un perjuicio cierto, y por otra un **interés legítimo**, lo que se resume generalmente con la exigencia de un **atentado contra un derecho adquirido**".

"Conviene invocar la misma regla en materia de perjuicio moral?".

En el actual derecho positivo francés, **NINGUN TEXTO RESUELVE EL PROBLEMA**. Es preciso, pues, como en el terreno del perjuicio material, examinar por una parte, si el perjuicio moral, en concreto, el dolor experimentado, es real, cierto; y por otra parte, si la víctima invoca o nó un interés legítimo".

Antes de seguir adelante en estas parciales transcripciones de unos pocos tratadistas y fallos, debemos consignar lo siguiente: los tribunales franceses, considerados por algunos como el modelo de la sabiduría y la justicia en el reconocimiento de perjuicios morales, han labrado su jurisprudencia en los bloques de cinco artículos fríos —(1382 a 86)—, **"CONCEBIDOS EN LOS TERMINOS MAS GENERALES POSIBLES"** y de manifiesta semejanza con algunos de nuestro Código Civil. Sin embargo, el desarrollo fiel de los principios contenidos en ellos, los ha permitido —sin traumatismos legislativos, ni judiciales, ni sociales—, trazar valerosas orientaciones en esta materia. De la ininidad de casos que traen los comentaristas, aprovecharemos aquellos de Rébora que, por tratarse de menores de edad, tienen por lo menos ese común denominador con el caso de autos: "se ha condenado a indemnizar a aquel que ha prestado ayuda a un menor para que se sustraiga a la autoridad de su padre con el fin de enrolarse en un ejército extranjero; al que admitió como monaguillo sin el consentimiento de su padre a un niño de seis años; al maestro que durante la clase atra-

jo el ridículo sobre los padres del educado; al que practicó una operación quirúrgica de un menor sin el consentimiento de los padres; al que hizo bautizar a un menor contrariando el sentimiento religioso de sus padres, etc. etc".

Planiol y Rippert.— (Traité pratique de Droit civil française", T. VI, p. 751)—.

"**TODA** clase de perjuicio justifica una acción en juicio, tanto si afecta a la persona como a los bienes, sea material o moral, susceptible o nó de una exacta evaluación en dinero". Estos mismos autores citan casos de **perjuicio moral acordado por los Tribunales** tales . . . a los padres de un menor a los cuales se niega a devolvérlo un tercero . . . aquel a beneficio del cual y sin su autorización se le ha abierto una suscripción pública . . . al cura de una iglesia sin cuya autorización han sido tocadas sus campanas . . . etc. etc.

Georges Ripert, **CONSIDERADO POR ALGUNOS COMO ADVERSO A LA REPARACION DEL PERJUICIO DE AFECCION**, en su obra recientemente publicada —("El régimen democrático y el derecho civil moderno", p. 292)—, dice lo siguiente:

"Si de daño moral se trata, es imposible fiarse de la afirmación de la víctima, de que ha sido lesionada en sus sentimientos y por tanto, la única prueba posible del daño es esa afirmación. Esta dificultad aparece, principalmente, en caso de muerte y cuando se trata de fijar el **preium doloris**. Los tribunales determinan entonces por sí mismos, a los acreedores de la reparación, no según el dolor realmente experimentado por los deudos, sino según el grado de parentesco que los unía con el difunto. Unicamente los parientes próximos y los afines pueden exigir la reparación, pero no los colaterales lejanos, los amigos o las personas que se ocupaban del difunto sobre todo cuando estas son personas morales. Sin embargo **DEBE TENERSE CUIDADO DE NO EXCLUIR A UN VERDADERO PERJUDICADO, POR APLICACION DE UNA REGLA DEMASIADO RIGIDA**".

Borrell Maciá —("Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil", p. 103)—.

"La reparación debe hacerse valorando la entidad del daño por regulación del Tribunal atendido el precio de la cosa, siempre

que fuere posible **Y EL DE AFECCION DEL AGRAVIADO**. La indemnización de perjuicios debe comprender los causados al agraviado **Y LOS IRROGADOS POR RAZON DEL DELITO A SU FAMILIA O A UN TERCERO**.”—

Hans Fischer.—“(Los daños civiles y su reparación”, Madrid, 1928, p. 226).

“La justicia no sería completa si al que destruye insidiosamente un bien patrimonial sólo se le castigase a indemnizarlo. Y quien le paga al perjudicado el disgusto, la indignación y los malos ratos?, diría el pueblo”.

Alfredo Orgaz —“(El daño resarcible”, Buenos Aires, 1952, ps. 107, 131, 133, 135, 136, 137, 138, 244, 245)—.

En relación con los menores de edad, este tratadista alude ocasionalmente a una tesis que nuestro ilustre Valencia Zea enuncia con el brillo singular de todos sus conceptos. Dice Orgaz: “Con respecto a los niños, el argumento principal es que su muerte significa para los padres un perjuicio patrimonial por razón de la frustración de los **gastos** que hicieron para la subsistencia y educación de sus hijos y de la **esperanza** fundada que podían abrigar sobre todo tratándose de hogares humildes, de que aquéllos les prestarían en el futuro ayuda y sostén (19)”. Esta nota diez y nueve (19) dice así: “Es, como ya señalamos, la doctrina corriente y generalizada en todos los tribunales del país. Algunas decisiones últimas, sin embargo, mantienen esta tesis sólo con respecto a los “gastos”; en cuanto a las “esperanzas” de ayuda futura, se declaran no indemnizables en razón de su carácter puramente eventual. De este modo. Cam. Civ. la Capital, junio 16/944, J. A., 1944-II, p. 785; id., dic. 26/946, I J. A. 1947-I, p. 87”.

Valencia Zea, en su “Curso de Derecho Civil Colombiano”, Bogotá 1948, T. VI, p. 235, dice lo siguiente: “La Corte ha dicho que la muerte de un niño no causa daños materiales a sus padres, sino simplemente un daño moral que se avalúa hasta la suma de dos mil pesos. Afirma que como no tiene ninguna capacidad productiva actual y la que puede tener en lo futuro es incierta, no hay bases ciertas para determinar el avalúo del daño material. En lo cual tiene razón. Pero nadie podrá dudar lo que ha costado a los padres la crianza, educación y sostenimiento del hijo que pierden; luego sería el caso

de ordenar la indemnización de cuanto gastaron los padres en este sentido. **Este punto no ha sido contemplado aún por nuestros tribunales.** La doctrina y la jurisprudencia argentinas con mejor criterio establecen que la pérdida del hijo supone un perjuicio material”.

En este campo de las especulaciones teóricas, se nos ocurre hacer, de paso, una ígera acotación: la extrema diligencia de un padre de familia para atender a su descendiente lesionado, sometido a su patria potestad; la total entrega de sus fatigas y recursos para rescatar su vida de la muerte amenazante; la instintiva voluntad altruísta de sacrificar su patrimonio para conservarla, aún con desfiguraciones faciales irreparables y defectos funcionales permanentes, no contribuye a darle el carácter de **OFENDIDO MORAL** al padre que tal hace. Y nada se le reconoce por ese concepto. Pero si lo deja morir, adquiere —por virtud de “la doctrina establecida”—, la categoría citada y la indemnización de perjuicios . . .

Y seguimos con el concepto de Orgaz:

“**CONCLUSIONES.**—De acuerdo con estos conceptos, podemos concretar las personas con derecho a reparación por causa de un acto ilícito: 1).— Desde luego el damnificado **directo** . . . 2).— Además, según los artículos 1079 civil y 29 penal, el damnificado **indirecto** . . . Carecen, en cambio de acción, por no sufrir un perjuicio **jurídico** y sí sólo, en su caso, **DE HECHO**: los hermanos que no recibían alimentos de la víctima; los padres y el hijo adulterino o incestuoso . . . la concubina; el llamado hijo de crianza; la novia; los parientes sin **DERECHO** a alimentos, **AUNQUE REALMENTE LOS RECIBIERAN**; con mayor razón los extraños . . .”

“**SINTESIS.**—En suma, según la interpretación que dejamos expuesta, los artículos 1079 civil y 29 penal, **sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación**: la acción de resarcimiento pertenece a “toda persona” o al “tercero” que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona: **PERO EL PERJUICIO DEBE SER ENTENDIDO EN SENTIDO JURIDICO, ES DECIR, SOLO ESE PERJUICIO QUE RESULTA DE LA LESION DE UN DERECHO O DE UN BIEN PERSONAL PROTEGIDO POR LA LEY**”.

Luego, al hablar de las “manifestaciones del daño moral”, menciona de manera expresa el “**ATAQUE A LAS AFECCIONES LEGI-**

TIMAS", afirmando, —en cierto estilo axiomático—: "desde luego el dolor provocado en la víctima **O EN SU FAMILIA** por delitos contra la vida, la salud o la honestidad . . .".

Finalmente, lamenta el hecho de que la reparación se conceda ampliamente y sin reservas cuando existe un delito penal— (CASO DE LOS ORDOÑEZ)— y se reduzca cuando él no existe. Dice así: "Cualquiera sea la faz de la personalidad moral afectada por el ilícito, procederá la reparación del daño sufrido **SI EL HECHO FUESE UN DELITO DEL DERECHO CRIMINAL**. Esta última condición, empero, reduce considerablemente la órbita de la integridad moral protegida por la ley. Numerosas intromisiones ilícitas en la vida privada ajena y múltiples ataques a la integridad moral, en efecto, que causan realmente dolor, o humillación, o disgustos u otras molestias íntimas, quedan en nuestra ley sin la reparación correspondiente si los hechos no constituyen específicamente delitos penales: por ejemplo, la publicación de retratos de miembros de familia deformes o con defectos físicos graves; o de fotografías tomadas en actitudes que aisladamente, pueden considerarse ridículas o equívocas, o con ropas ligeras o en traje de baño; o para propaganda comercial; la revelación innecesaria de que una persona no es hija legítima de otras, sino adoptada o recogida, o que es hija natural o adulterina; o la humillación que se ocasiona a un paciente, en cuyo examen corporal el médico hace participar a otro hombre, que no es médico ni ayudante; etc. etc. (41)".

Esta nota cuarenta y uno (41) dice textualmente: "La mayor parte de los casos aquí mencionados son extraídos de la jurisprudencia norteamericana. Y DIERON ALLI LUGAR A LA REPARACION DEL DAÑO MORAL".

En cambio, —comentamos nosotros— la jurisprudencia norteamericana, en el caso de homicidio, **NO CONCEDE REPARACION POR CONCEPTO DEL DAÑO MORAL A LOS PARIENTES DEL MUERTO**.

ALVARO PEREZ VIVES.— ("Teoría General de las Obligaciones", 2ª ed. V. II, parte 1ª . . ps. 284, 288)—

"El daño moral es la lesión de un derecho extrapatrimonial, como los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad o los derechos resultantes de ciertas calidades civiles (como los

estados de padre, esposo, padre y en general los derechos de familia). Se trata, pues, de una lesión de contenido subjetivo, no valorable en dinero ya que el **pretium doloris** constituye uno de los imponderables. Pero la doctrina actual admite, contrariamente a lo que en otra época se pensó, que el daño moral es susceptible de indemnización pecuniaria, pese a esa característica de no responder a un coeficiente aritmético".

El Tribunal de la instancia, después de consideraciones de mucho peso tendientes a justificar este aspecto de su fallo, hace también una oportuna transcripción del famoso Tratado. Dice así: "a este respecto dice el doctor Pérez Vives en su Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Página 409: "si admitimos el "arbitrium iudicis", hay que hacerlo con todas sus consecuencias. Puesto que la ley ha fijado el máximo de indemnización que corresponde al ofendido en la suma de dos mil pesos, hay que interpretar esa norma en un doble sentido: 1o.—Cuando son varios los demandantes, la indemnización concedida a cada uno de ellos no puede exceder del límite fijado por el precepto en referencia. 2o.—Dentro de ese límite tiene el juez toda la libertad de apreciación que quiera".

ROBERTO H. BREBBIA.— ("El daño moral", Buenos Aires, 1950, pág. 215)—

"Que personas tienen derecho a la reparación del agravio moral sufrido?. Tal derecho corresponde **EN PRINCIPIO** a la víctima o damnificado por el hecho ilícito; pero, con esta afirmación no se agota ni mucho menos la cuestión. Una segunda pregunta salta a la vista: Qué persona debe considerarse víctima o damnificado en los casos de hechos ilícitos productores de agravio moral?. Víctima es la persona que se ha sentido lesionada en alguno de sus derechos inherentes a la personalidad por el hecho ilícito. Generalmente, es la persona **directamente** afectada por el hecho agravante; pero, **EN ALGUNOS CASOS, EL DAMNIFICADO NO SUFRE EN SU PERSONA SINO LA REPERCUSION DEL HECHO PERPETRADO CONTRA OTRO SUJETO CON EL QUE SE HALLA UNIDO POR CIERTOS VINCULOS JURIDICOS**".—

El mismo expositor cita múltiples casos de indemnización tan amplios que, frente a ellos, los juristas que en nuestro medio aceptan la reparación del daño moral subjetivo indirecto, aparecen como

recolectos y no como expansivos. Y es que en realidad lo son (apesar de la amplia fachada que tiene esa figura jurídica), por las numerosas limitaciones que ella misma se impone. Viéndolo bien, está más expuesta a peligro de la "ilimitud", ya estudiada, el otro concepto; el que opera a través de la interpretación restrictiva, pero alinderada por situaciones "HUMANAS" que no es fácil definir en derecho. Nosotros, en cambio, propugnamos la reparación del daño moral subjetivo indirecto; no por el simple "DOLOR FISICO", ni por la "TRAGEDIA PSIUICA", ni por el mero "VINCULO DE AFECTO", ni por una íntima "RELACION NO LEGITIMA", ni por tener el accionante un "INTERES NO JURIDICO", ni por haber sido terriblemente PERJUDICADO DE HECHO": sino por la honda lesión de un derecho inherente a la personalidad de los que forman el aspecto subjetivo de la personalidad moral, por la causalidad entre la culpa y el daño, por la prueba de haberlo realmente sufrido, por los documentos que acrediten la condición de **OFENDIDO EN DERECHO** . . .

"En Francia los Tribunales, en ciertos casos aislados que no han alcanzado a sentar jurisprudencia, han acordado reparación por daño moral al novio de la víctima . . . El fallo anotado en la Ley 1-4 sec. jur. ext., de la Corte de Colmar (dic. 8 de 1934), es ilustrativo de esta tendencia, ya que en el mismo, se dejó establecido que "el novio de la víctima tiene derecho a reclamar del causante del accidente una indemnización en concepto de daño moral".

"En el caso Muden v. Harris la Corte de Apelaciones de Missouri acordó indemnización a los padres de un menor cuya fotografía había sido expuesta por una joyería con fines de propaganda . . . en el caso Bazemores v. Savannah Hospital, se condenó a abonar una indemnización a la demandada por el sufrimiento ocasionado al actor a raíz de la publicación de la fotografía de un hijo que había nacido con el corazón fuera del cuerpo . . ."

"El Tribunal de Catania, veintidós de Marzo de mil ochocientos setenta y siete (1877) condenó al autor de **heridas** a resarcir el padecimiento físico . . . el de Apelación de Aix, 6 de Mayo de 1872, condenó al resarcimiento por daño moral (falta de influjo saludable de un padre muerto en un desastre ferroviario); el de Casación de Turín, 23 de junio de 1881, condenó al resarcimiento, por susto oca-

sionado por mordedura de un perro; el de Bolonia, 5 de marzo de 1869, condenó a un constructor ilícito en fundo ajeno a resarcir el daño de la suspensión del placer moral por la ocupación del edificio . . . el de Bruselas, 24 de junio de 1882, condenó a resarcir a una madre, por el **DISGUSTO** que se le había causado hiriendo, por imprudencia, a su hijo".

LA REPARACION "REFLEJA"

"Ni sobra advertir que si la causa de la indemnización reclamada por los padres o amigos es el daño causado al ofendido, quiere ello decir que se trata de una causa refleja, nacida exclusivamente de los vínculos de afecto, y si ello es así, es indudable que también a la reparación que se haga a favor del ofendido debe dársele valor suficiente a reparar también de modo reflejo el dolor experimentado por aquellos".

La última afirmación que hace el fallo, en el sentido de que la indemnización reconocida a favor de la menor Lucila Ordoñez Barco se refleja en su padre y repara el daño inferido a éste, contraría principios básicos de la reparación por el daño derivado de un ilícito. En efecto: cuando un mismo hecho ha perjudicado a varias personas, material y moralmente la reparación decretada en favor de una de ellas, no incide, ni se refleja, ni deriva hacia otra, porque cada cual reclama por la lesión causada a su propio derecho.

Esta tesis es aplicable no sólo al daño material sino también al moral.

La diferencia entre el daño material y el moral no hace relación directa a la causa común sino a las consecuencias de ella. A pesar de tener el mismo origen, a nadie se le podría negar su derecho a la herencia por el hecho de haber sido entregada su parte al hermano más querido. Tampoco se le podría negar su porción comunal al padre, en ninguna clase de bienes, por haber sido pagada la de su hija; porque en derecho no existe esa implícita traslación de los títulos, ni aquella radical confusión ontológica de los titulares.

Iguales consideraciones pueden hacerse en cuanto al daño moral. Hemos visto como una abundantísima jurisprudencia de la Corte concede, simultáneamente, la reparación por daño moral a varias personas vinculadas por **distintos** grados de parentesco: padres, esposa, hermanos, etc. Esto ha sido posible sólo porque la Corte no considera valedera la tesis de la indemnización refleja o substitutiva; de lo contrario, habría negado la reparación a la madre porque también se decretaba en favor del padre; a los hijos por haberle sido reconocido igual derecho a los progenitores; a la esposa en virtud de que en el mismo fallo se proyectaba indemnización para los descendientes; o viceversa: etc. etc.

La ausencia de sustentación jurídica en semejante razonamiento salta a la vista. El derecho a ser indemnizado nace en Lucila Ordoñez Barco no de la mera herida física, ni del sólo sentimiento moral, ni del escueto dolor psíquico, sino fundamentalmente de la lesión jurídica contra los derechos subjetivos inherentes a su personalidad moral. El derecho de Emilio Ordoñez a ser indemnizado, a su vez, no nace solamente de la lesión a los derechos personales de su hija, ni de la situación personal —física o psíquica— en que ésta se encuentre, sino de la violación de su derecho subjetivo, familiar e individual; del daño moral personalmente recibido por él.

Si se aceptara la tesis de que el derecho de Emilio Ordoñez Mutis a obtener una reparación moral nace en la cabeza de su hija, por el dolor psico-físico o por la lesión jurídica que ella sufriera, y no directamente en la suya, se podría llegar a aberrantes conclusiones. Por ejemplo, la de que si aquélla no ejercita la acción tendiente a conseguir indemnización de perjuicios, su padre pierde su derecho a hacerlo. Nó. Absolutamente nó, porque el derecho del padre no depende de la voluntad de su hija, sino que es un derecho **INHERENTE** a él radicado en él con vida propia y autónoma.

En mi concepto, repito, el derecho de Emilio Ordoñez Mutis no nace en la cabeza de Lucila, su hija, sino en la suya propia de damnificado. Y es simultáneo con el de aquélla. Cuando Orduz la hirió de manera grave, nació el derecho a ser indemnizada, y en el mismo momento surgió el de las personas —de todas las personas— con vínculos de derecho suficientes a ser también resarcidas. No entiendo cómo pueda confundirse la órbita de los derechos dentro de

los cuales se mueve un individuo —traspasada y violada la cual se cae automáticamente en el terreno de la reparación por el hecho ilícito—, con la de personas que nacieron, crecieron y viven con un estatuto jurídico-personal diferente.

De consiguiente, el fallo, al reconocer y ordenar la reparación del daño moral sufrido por Lucila Ordoñez Barco y negar el inferido a Emilio Ordoñez Mutis, deja sin resarcir un perjuicio real, actual y cierto inferido a éste; daño completamente distinto del causado a su hija, porque se deriva de la lesión de un derecho subjetivo **propio** de Ordoñez Mutis, diferente al derecho subjetivo lesionado en su hija: la señorita Ordoñez Barco. Esta sufrió un daño moral originado por la siguiente violación de un derecho inherente a la personalidad y que forma parte de los que integran el aspecto subjetivo de la persona moral: **ATAQUE A LA SEGURIDAD PERSONAL E INTEGRIDAD FÍSICA.**

Aquel sufrió un daño moral originado por la siguiente violación de un derecho inherente a la personalidad y que forma parte de los que integran el aspecto subjetivo de su persona moral: **ATAQUE A LAS AFECCIONES LEGÍTIMAS.** He aquí las categorías centrales vulneradas por las violaciones cometidas el 10 de noviembre de 1952, fuera de múltiples aspectos que no es del caso analizar.

Estas son las motivaciones y las tesis que —aparte de muchas otras facetas y ángulos que ostenta el fenómeno jurídico analizado— me han conducido a separarme, con el mayor acatamiento, del pensar de mis colegas. No he podido conformarme con la parte del fallo que origina este salvamento de voto, con los argumentos y conceptos que lo fundamentan y con aspectos esenciales del estilo en que ha sido concebido.

Ojalá que mi actitud sea interpretada y estimada en su valor prístino y exacto. No como alarde de vana curiosidad pseudo-jurídica, ni ansia de figuración, ni siquiera como vanidosa independencia de criterio. Sino como un ineludible deber de lealtad —cumplido a cabalidad por mis nobilísimos colegas de Sala— a la profunda convicción que el espíritu decanta en el estudio y los debates.