

El daño no económico en el derecho estadounidense^{1 2}

The non-economic damage in American law
Les dommages non économiques dans le droit américain
O dano não patrimonial no direito estadunidense

Rubén Enrique Rodríguez Samudio³

Resumen

El daño no económico es una de las áreas del derecho angloestadounidense que suele llamar la atención de los juristas educados en la tradición del sistema Continental Europeo, especialmente en aquellos casos en los cuales la víctima es compensada con altas sumas de dinero. El daño no económico puede dividirse en daño no económico compensatorio y daño no económico punitivo, conocido como punitive damages en inglés. En los países que siguen la tradición continental europea, la figura de los punitives damages no encuentra una contraparte exacta, por otra parte el daño no económico compensatorio puede equipararse en alguna medida al daño moral; sin embargo, el desarrollo de estas pretensiones ha sido diferente en ambos sistemas. Un estudio detallado de la evolución de esta rama de la responsabilidad civil a lo largo del tiempo ayudará a mejorar la comprensión sobre estos daños. El presente artículo, haciendo uso de la jurisprudencia, se enfoca en el desarrollo y la situación actual de los daños no económicos compensatorios.

-
- 1 Este artículo es una adaptación de la tesis de maestría: *The Development and Current State of the Law of Non-Economic Harm – A Comparison Between the U.S. , Panama and Japan-*
 - 2 El autor desea agradecer a David Aristizábal, cuyos consejos y revisiones, tanto de estilo como en contenido, a la segunda versión de este artículo, resultaron invaluable.
 - 3 Magister en Derecho Comparado, Universidad de Hokkaido en Japón. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Estudiante de Doctorado, Universidad de Hokkaido en Japón. Sapporo-Japón. Correo electrónico: rubenr1612@gmail.com
Este artículo fue recibido el día 4 de agosto de 2014 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N° 19 del 7 de noviembre de 2014.

Palabras clave: Daño no económico; Daño emocional; Responsabilidad por daños; Difamación; Lesiones físicas.

Abstract

Non-economic damage is one of the areas of Anglo-American law that tends to attract the attention of jurists educated in the tradition of the European Continental system, especially in those cases in which the victim is compensated with big amounts of money. The non-economic damage can be divided into countervailing non-economic damage and punitive non-economic damage, known as punitive damages in English. In our environment the figure of the punitive damages does not find an exact counterpart, on the other hand, the countervailing non-economic damage can be compared to some extent to moral damage, however, the development of these aspirations has been different in both systems. A detailed study of the evolution of this branch of civil liability over time will help to improve the understanding of these damages. This article, by making use of the jurisprudence, focuses on the development and current situation of the non-economic compensatory (countervailing) damages.

Key words: Non-economic damage; Emotional damage; Liability for damages; Slander; Physical injuries.

Résumé

Le sujet sur les dommages non - économiques est l'un des domaines du droit anglo-saxon qui attire l'attention des avocats formés dans la tradition du système civiliste européen, en particulier, dans les cas où la victime est indemnisée avec un montant d'argent important. Les dommages non-économiques peuvent être divisés en dommages-intérêts punitifs compensatoires non - économiques, dommages -intérêts non-économiques, connus en anglais sous le nom de *punitives damages*. Dans le milieu civiliste la figure juridique de *punitives damages* ne trouve pas une équivalence exacte. Par ailleurs, les dommages -intérêts et compensatoires pourraient être assimilés, dans une certaine mesure, au préjudice moral. Toutefois, le développement de ce type de prétentions a été différent dans les deux systèmes juridiques. Une étude détaillée, de l'évolution au cours du temps de cette branche de la responsabilité civile permettra d'améliorer la compréhension de tels dommages. Cet article, en utilisant la jurisprudence, se concentre sur le développement et l'état actuel des dommages non- économiques compensatoires.

Mots-clés: Dommage non -économiques; Préjudice émotionnelle ; Responsabilité pour les dommages; Diffamation; Préjudices physiques.

Resumo

O dano não patrimonial é uma das áreas do direito anglo-estadunidense que habitualmente chama a atenção dos juristas educados na tradição do sistema Continental Europeu, especialmente nos casos em que a vítima é compensada com grandes somas de dinheiro. O dano não patrimonial pode se dividir em dano não patrimonial compensatório e dano não patrimonial punitivo, conhecido como *punitive damages* em inglês. Em nosso meio a figura dos *punitive damages* não encontra uma contraparte exata. Por outro lado, o dano não patrimonial compensatório pode ser equiparado, em certa medida, ao dano moral. Porém, o desenvolvimento destas figuras tem sido diferente em ambos os sistemas. Um estudo pormenorizado da evolução deste ramo da responsabilidade civil ao longo do tempo ajudará a melhorar a compreensão sobre estes danos. O presente artigo, fazendo uso da jurisprudência, enfoca-se no desenvolvimento e a situação atual dos danos não patrimoniais compensatórios.

Palavras-chave: Dano não patrimonial; Dano emocional; Responsabilidade por danos; Difamação; Lesões físicas.

Sumario

Introducción. 1. Sus inicios en el derecho inglés. 2. El desarrollo temprano del daño no económico dentro del derecho estadounidense. 2.1. Compañías de transporte. 2.2. Compañías de telégrafos. 3. Aflicción intencional de sufrimiento emocional (intentional infliction of emotional distress). 4. Aflicción negligente de sufrimiento emocional (negligent infliction of emotional distress). 5. Daño no económico en los casos de daño a la propiedad, incumplimiento de contrato, lesiones a terceros y personas jurídico. 5.1. Daño a la propiedad. 5.2. Incumplimiento de contrato. 5.3. Lesiones a terceros. 5.4. Personas jurídicas. 6. El monto de la indemnización. 7. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El sistema estadounidense presenta una serie de características que lo distinguen no sólo de los sistemas civilistas, sino, también, de su fuente: el derecho inglés. La manera en la que el derecho estadounidense se ha desarrollado puede resultar un tanto caótico en ocasiones, en especial para un profesional con formación en el sistema continental europeo; la forma en la que las cortes y abogados enfrentan los problemas jurídicos puede resultar ambivalente. El desarrollo de la ley y la jurisprudencia en materia de responsabilidad por daños, o, por su nombre en inglés, *Tort Law*, es quizás el área del derecho que más ha crecido en los últimos dos siglos y sus orígenes se han dejado como una pequeña parte de la responsabilidad civil hasta convertirse en uno de los pilares que han hecho famoso el derecho angloestadounidense.

En el sistema angloestadounidense el concepto de *damages* (en plural, para significar la indemnización o compensación en español) incluye no sólo los daños económicos (lo que en el sistema romano-germánico vendría

a conocerse con el nombre de lucro cesante y daño emergente), también abarca los daños no económicos, que no son más que aquellos que no pueden ser cuantificados de manera inmediata y mediante un método verificable. Estos daños pueden ser comparados con lo que se conoce como daño moral; sin embargo, si bien es cierto que los daños no económicos se superponen, en parte, al daño moral, por ejemplo, en los casos de *pain and suffering* o *negligent infliction of emotional distress*, no es menos cierto que existe un área que es totalmente ajena al concepto que tenemos de daño moral. La razón es simple: el daño no económico puede dividirse en daño no económico compensatorio (Kritzer, Liu & Vidmar, 2014, pp. 973-980) y daño no económico punitivo, conocido como *punitive damages* en inglés. Este artículo se referirá únicamente a los primeros y se limita a algunos elementos generales.

Si bien el derecho inglés es el punto de partida obligado de cualquier análisis concerniente al desarrollo del derecho angloamericano, para mediados del siglo XIX ambos sistemas comienzan a verse diferenciados. Como lo expresa Friedman, la responsabilidad por daños en el derecho estadounidense del siglo XIX puede definirse como el derecho de límites (Friedman, 2002, p. 349), los tribunales jugaban la función de establecer los límites de la responsabilidad civil y no pretendían ampliar tales acciones para atender nuevos tipos de perjuicios. El desarrollo de nuevas tecnologías, como el tranvía, el automóvil y el telégrafo, produjo un cambio en la forma en la que estos perjuicios eran percibidos por la sociedad estadounidense. Este cambio puede ser observado en la jurisprudencia presentada. Un vistazo rápido a las fechas demostrará que antes de mediados del siglo XIX la responsabilidad civil por daño no económico estaba limitada, en mayor parte, a las demandas producto de difamación.

Es producto del desarrollo de las ciencias, tanto exactas como sociales, que tanto los tribunales como la sociedad modificaron su idea de lo que debe considerarse como perjuicio. Los trenes y, posteriormente, los automóviles,

dieron paso a un mayor número de accidentes, lo que, a su vez, se tradujo en un aumento en el número de pleitos que permitieron a los jueces y jurados reinterpretar su visión del mundo con base en estos nuevos elementos. Hasta ese momento el concepto de accidente que manejaban los jurados y jueces lo limitaba a un elemento inevitable de la vida diaria por lo que no eran responsabilidad de nadie y en caso de que alguien pudiera ser considerado responsable la culpa era de la víctima (Friedman, 2002, p. 351). Sin embargo, por insertar elementos mecánicos a la vida diaria, especialmente aquellos que requieren de la acción directa del ser humano, el concepto de accidente como elemento del diario vivir resultó modificado. El daño no económico es conocido en Colombia como daño extra patrimonial o inmaterial, y en contraposición al daño patrimonial, no tiene una entidad económica, y por regla general no puede ser calculado directamente en dinero, lo que no obsta para que sea reconocido por los jueces y tribunales en búsqueda de mitigar el perjuicio que se genere, por cuanto, al ser bienes jurídicamente tutelados, son objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico, y en caso de lesión o menoscabo deben ser indemnizados. Al respecto, Colombia ha adoptado un punto de partida claramente francesa en el momento de identificar y reconocer esta tipología dañina. En el ámbito nacional, no se ha logrado el reconocimiento (tanto por ley como por jurisprudencia) del caleidoscopio indemnizatorio que se supone encontrar en otras latitudes, especialmente en el derecho angloamericano. Sin embargo, el desarrollo de estas pretensiones ha sido diferente en ambos sistemas. La tendencia jurisprudencial actual en Colombia se enmarca preferentemente en el reconocimiento del daño moral y del daño de vida en relación; sin embargo, la legislación colombiana ruega por un reconocimiento reglamentado de estos daños que permita establecer, a través de baremos legales, la forma, condición y monto indemnizable para estos daños.

En el presente artículo se analiza la evolución de estas reclamaciones a lo largo de los años, así como las reglas actuales que las rigen. Análisis similares se han dado con respecto a la jurisprudencia nacional colombiana, por lo

que un vistazo desde la perspectiva del derecho comparado resulta útil en el momento de profundizar la comprensión de tipo de pretensiones.

1. Sus inicios en el derecho inglés

El estudio del daño no económico en el *common law* inglés conduce a dos caminos diferentes. El primero es el del *tort* conocido como *Assault*⁴. El término *Assault* evoca una acción en la que el demandado debe indemnizar por haber realizado una amenaza de violencia física contra la víctima. El contacto no es necesario, de hecho si llega a haber contacto la acción pasaría a llamarse *Battery*. La acción de *Assault* fue reconocida por primera vez en 1348 en el caso de I de S et Ux vs. W de S, en el que un esposo demandó por la aprensión que sufrió su esposa producto de un ataque fallido con un hacha. A pesar de que la esposa no sufrió una herida física el esposo recibió una compensación. Debido a que esta acción ha variado poco no amerita que sea estudiada en detalle.

El otro camino es el de la ley de difamación. En sus inicios, los pleitos surgidos por una conducta difamatoria eran resueltos por las cortes eclesiásticas. El difamar a otra persona era considerado un pecado y el responsable sólo debía realizar penitencia. Cualquier intento de la víctima por obtener

4 Una de las características del derecho inglés temprano es su sistema de acciones. Equivocar la acción que se escogía significaba perder el caso inmediatamente. Si bien es cierto este rígido formalismo se ha superado en el *common law* estadounidense actual, aún quedan vestigios con los llamados *causes of action*. En el derecho angloamericano el *cause of action* se refiere a las circunstancias fácticas que el demandante debe alegar para determinar el trámite correspondiente a su caso en particular. Es la teoría legal que fundamenta la pretensión y que guía tanto al juez como al jurado. Si el demandante no establece su acción con claridad, o bien los hechos que alega no son suficientes para probar la acción presentada, la contraparte puede solicitar al tribunal que se desestima el pleito en lo que se conoce como *failure to state a claim* o *demurrer*.

una compensación pecuniaria era rechazado con una orden de prohibición (*writ of prohibition*)⁵.

En 1274 el *scandalum magnatum* sirvió como punto de partida de una serie de leyes que regulaban y penaban la difamación, es decir, se sacaron estos casos de la jurisdicción de las cortes eclesiásticas para ponerlos en la tutela de las cortes del rey. La mayoría de estas leyes, que tenían un origen político y pertenecían a la rama del derecho penal, no fueron muy utilizadas hasta el reinado de Elizabeth (Plucknet, 2001, p. 430)⁶. Para que la acción del demandante prosperara era necesario que la difamación estuviera acompañada de una agresión o, por lo menos, la amenaza de una agresión (Fifoot, 1949, p. 149).

Para 1585 los jueces habían dividido las palabras que podrían ser usadas como fundamento en una acción de difamación en tres clases (Plucknett, 2001, p. 494). La primera clase se refiere a la imputación de cargos criminales. En estos casos, el demandante debía probar que el demandado lo había acusado de un crimen. Sin embargo, cabe anotar que el demandado sólo era responsable en el caso de haber acusado al demandante por haber cometido efectivamente un crimen; las palabras utilizadas eran de suma importancia. El caso de *Holt vs. Astrigg* puede ilustrar detalladamente la situación precedente. En este caso el demandante aseguró que el demandado dijo: *Sir Thomas Holt golpeó a su cocinero en la cabeza con un cuchillo (de carnicero); la mitad de su cabeza cayó sobre un hombro, la otra mitad sobre el otro hombro* (Holt v. Astrigg, 1607; Croke, Jac.184). En aquella ocasión la corte rechazó la pretensión del demandante, el simple hecho de que el demandado no dijo la frase: “Sir Holst mató a su cocinero” fue suficiente para que la pretensión

5 En el sistema inglés antiguo las cortes se dividían en cortes eclesiásticas y cortes del *common law*. Las cortes eclesiásticas solían utilizar el *writ of prohibition* para limitar la autoridad de las cortes de *common law*. Para un análisis más detallado ver: Starkie, T. (1830).

6 En el presente artículo se conservarán los nombres en el inglés original.

fuera rechazada. Esta reticencia en otorgar compensaciones en los casos de difamación parece tener su fundamento en una necesidad más que en una falta de conocimientos o simple indiferencia.

Por ejemplo, en el caso *Crofts vs. Brown* (*Crofts v. Brown*, 1616, 3 Bulstrode, 167) los jueces explicaron que, debido a la frecuencia de estos pleitos, en los casos en los que las palabras utilizadas no son difamatorias a simple vista, no otorgarían compensación más que en aquellos casos en los que fuera necesario. No es fácil explicarse cómo las palabras utilizadas en el caso *Holst* no resultan difamatorias, después de todo, una persona cuyo cráneo fue cortado en dos, difícilmente podría sobrevivir hasta que llegara un médico, mucho menos hasta el juicio; sin embargo, para los jueces de la época su función era clara, evitar que estas pretensiones se propagaran sin control.

La segunda clase de conductas punibles guardaban relación con aquellos casos en los se acusaba al demandante de no tener la capacidad para llevar a cabo un oficio o profesión. La tercera clase era la imputación de que alguien padecía de una enfermedad contagiosa; y, en la última clase, se tienen aquellos casos en los que la víctima podía probar que había sufrido una pérdida económica. Las primeras tres clases son lo que (Plucknett, 2001, p. 493) denominaba difamación *per se* (*slander per se*), es decir, palabras que dan lugar a una acción por difamación sin que la víctima tuviera que probar un perjuicio material.

El *common law* hace una distinción entre la difamación oral, denominada *slander* y la difamación escrita, llamada *libel*. Hasta la invención de métodos de impresión a gran escala la regulación del *libel* era prácticamente inexistente, y es que la creación de la imprenta fue una de las razones más importantes que llevaron a la creación de la acción de *libel*. Como lo expone (Veeder, 1903, p. 561) en épocas tempranas la difamación escrita (*libel*) debe haber sido relativamente rara e inocua; rara porque pocas personas podían escribir, inocua porque pocas podían leer.

El primer caso en el que se utilizó la nueva ley de *libel* fue *De libelis Famosis* en 1609 (Veeder, 1903, p. 563). Durante el reinado de Mary y Elizabeth el clima político era tal que la ley relacionada con el *libel* fue modificada para incluir a traidores; *libel* privado, *libel* público y la sedición. Hudson, citado en Plucknett, (2001, p. 433) dice: Las palabras habladas pueden ser justificadas probando su veracidad, pero las palabras escritas son sancionables por el simple hecho de que estén escritas. Con este argumento los jueces comenzaron a fallar en contra de los demandados con la ley de *libel* cuando las palabras no eran accionables con la ley de *Slander*. Durante 700 años la ley de difamación no evolucionó de manera lineal. Desde sus orígenes como un pecado, pasando por su transformación a una acción reclamable ante las cortes del *common law*, su desarrollo refleja los cambios y las luchas por el poder entre la Iglesia y los monarcas ingleses.

2. El desarrollo temprano del daño no económico dentro del derecho estadounidense

Siguiendo el modelo inglés, el *common law* estadounidense reconoció el daño no económico cuando se tratara de los perjuicios que en inglés se denominan como parasitarios (*parasitic damages*⁷), que no son más que los daños no económicos que surgen como consecuencia de una herida, lesión o daño observable. Por consiguiente, el desarrollo de esta figura en el derecho estadounidense puede dividirse en dos categorías que guardan relación entre sí; el daño no económico como daño parasítico y daño no económico como base de una acción independiente. Dentro de la primera categoría se encuentra lo que se conoce como dolor y sufrimiento (*pain and suffering*), perjuicio emocional (*emotional distress*), miedo, ansiedad y otras emociones

7 El primer uso de este término fue en Street, 1906, p. 461.

similares que el demandante sufre como producto de una vulneración a un interés legal previamente reconocido (Street, 1906, p. 461). En los primeros casos este interés legal era la integridad física,

Por ejemplo, en 1848 en el caso de *Canning vs. Inhabitants of Williamstown* (*Canning v. Inhabitants of Williamstown*, 55 Mass. 451, 1848), en el que el demandante cayó 4.5 metros luego de que un puente cediera cuando lo estaba cruzando. La corte reconoció en favor del demandante una compensación en contra del municipio de la ciudad con el argumento de que incluso cuando la herida física pudiera ser muy pequeña, según las leyes, puede ser usada como fundamento para entablar una acción, y es causa de sufrimiento mental para el demandante. Ese sufrimiento es parte de la compensación a la que tiene derecho el accionante. Tanto éste como los casos que se ven a continuación demuestran que los tribunales no estaban opuestos a la idea de compensar el daño no económico; sin embargo, con la teoría legal de la época, era necesario vincular el perjuicio patrimonial con un perjuicio observable y que pudiera ser comprobado.

Otro caso similar es el de *Seeger vs. Town of Barkhamsted* (*Seeger v. Town of Barkhamsted*, 22 Conn. 290, 1853)⁸, en el que el demandado perdió el control de sus caballos cuando cruzaba un puente y cayó a las rocas. La corte confirmó la decisión del tribunal de primera instancia, que había instruido a los jurados a fin de que tomaran en cuenta el sufrimiento emocional en el momento de establecer la compensación. Con la interpretación de la corte en ese caso, la mente es una parte de una persona lo mismo que lo es su cuerpo, y en ocasiones las heridas mentales suelen ser más graves y de mayor duración que las físicas. De acuerdo con esta teoría el daño extra patrimonial es un elemento del daño en general, su inmaterialidad no es prueba de su inexistencia, únicamente se refleja en la dificultad en el momento de

8 *Seeger v. Town of Barkhamsted*, 22 Conn. 290 (1853). Como cosas del destino el demandante había sido contratado por el municipio el año anterior para reparar ese puente.

cuantificarlo. Esta teoría demuestra, aunque bien no lo especifique, la idea de que ciertos perjuicios físicos acarrearán un detrimento extra patrimonial.

Los dos casos presentados no son más que un leve vistazo de una tendencia que tomó fuerza durante el siglo XIX, especialmente durante la segunda mitad, según la cual los tribunales comenzaron a instruir a los jurados⁹ a fin de que tomaran en cuenta cualquier aflicción emocional que hubiera sufrido la víctima en el momento de establecer el monto. Un estudio de los casos de la época revela que, a pesar de que los abogados de la parte demandada usualmente atacaban estas instrucciones durante la apelación, los tribunales rara vez modificaban la sentencia en cuanto a su resultado o, por lo menos, en cuanto al monto de la compensación.

La segunda categoría de daños no económicos son aquellos que sirven de fundamento de una acción independiente. En un primer momento las cortes estadounidenses negaron la existencia de estas reclamaciones y citaban cinco razones¹⁰: falta de precedentes (*Gulf, C. & S.F. Ry. Co. v. Levy*, 59 Tex. 563, 1883), la posibilidad de un aumento sin control de las demandas de este tipo (*Summerfield v. W.U. Tel. Co.*, 87 Wis. 1, 1894), orden público (*Barnes v. Western Union Telegraph Co.*, 27 Nev. 438, 1904), la falta de un nexo causal directo entre el daño y la acción del demandado (*Phillip v. Dickerson*, 85 Ill. 11, 1877) y la dificultad de la prueba del daño emocional cuando no se encuentra acompañado de una lesión física (*Mitchell v. Rochester Ry. Co.*, 5 E.H. Smith 107, 1896).

9 En el sistema estadounidense le corresponde al juez resolver las preguntas de derecho y al jurado las preguntas de hecho. La existencia o no del daño, el nexo causal entre éste y el actuar del demandado, y el monto correspondiente a la indemnización son consideradas como preguntas de hecho.

10 Estas razones fueron fuertemente criticadas en sus inicios (Throckmorton, 1921).

Desde el punto de vista jurisprudencial las cortes de finales del siglo XIX y principios del siglo XX rechazaban estas acciones y se basaban en un trío de casos ingleses. El primero es *Lynch vs. Knight*, en el que una pareja demandó conjuntamente porque el demandado acusó a la esposa de conductas inmorales producto de las cuales el esposo la envió a vivir con su padre por algún tiempo. La corte falló en favor del demandado¹¹, Lord Wensleydale dijo lo siguiente:

El dolor mental o la ansiedad es algo que la ley no puede cuantificar y que no pretende corregir, cuando la conducta ilegal atacada solo produce esos (tipos de daños); sin embargo, cuando existe daño material y éste guarda relación (con el daño emocional), es imposible para el jurado ignorar los sentimientos de la parte interesada. (*Lynch v. Knight*, 1861; 9 H.L.C. 577, 11 Eng. Rep. 854)

El segundo caso es *Allsop vs. Allsop* (*Allsop v Allsop*, 1866; 5 H & N 534), en el cual el demandado esparció un rumor en el que acusaba al demandante de una conducta inmoral. A pesar de que la acusación no fue hecha en presencia del demandando, cuando se enteró se vio afectado físicamente. En este caso la corte negó la pretensión del demandado porque éste no pudo probar un perjuicio económico. Finalmente, en el caso *Victorian Railway Commissioners vs. Coultas* (*Victorian Railway Commissioners v. Coultas*, 1888; L.R. 13 App. Cas. 222), la demandante no pudo obtener una compensación por el shock que sufrió cuando un tren casi la arrolla por negligencia del empleado de la compañía ferroviaria en la medida en que no hubo contacto físico.

11 Los jueces no se limitaron a la validez de la reclamación por perjuicio moral, también discutieron si el demandado sería responsable por el daño sufrido por los demandantes toda vez que fue la conducta del esposo, enviar a vivir a su esposa con su padre, la que provocó la separación por ese periodo de tiempo.

Casi 40 años antes de que las cortes inglesas decidieran el caso Lynch, una corte de Estados Unidos reconoció una pretensión por daño no económico independiente. En 1823, en el caso de Chamberlain vs. Chandler¹² el capitán de la nave en la que viajaba el demandante, fue demandado por su conducta vulgar e irrespetuosa. El juez Story falló en favor de los demandantes, y en esa ocasión dejó establecido que:

... todos estos actos, a pesar de ser contrarios a la moral, son actos que la ley no castiga; en los casos en los que no hay contacto físico con una persona, si los actos no pueden ser considerados como assault o battery, no pueden ser objeto de corrección. La ley los considera indignos de reconocimiento. El dueño está en libertad de infligir el sufrimiento mental más severo, en la manera más tiránica y sin embargo, si contiene su golpe, la víctima ha de ser apabullada por su falta de consideración. En mi opinión la ley no contempla tal absurdo. Es racional y justa. Otorga compensación por igual en el caso de actos de injusticia sin sentido, ya sea que operen de por medio de heridas directa o consecuentes. (Chamberlain v. Chandler, 3 Mason 242, 5 F.Cas. 413. 1823)

A pesar de esto, las cortes rara vez citaron el caso de Chamberlain, por lo menos antes de que fuera superado el tabú de reconocer el daño no económico de manera independiente. Esta tendencia cambió en Inglaterra en 1897, en el caso de Wilkinson vs. Downton. En este caso el demandante le dijo a la demandada, a manera de chiste, que su esposo había tenido un accidente y que se había roto ambas piernas. Al escuchar esto la demandante sufrió un shock nervioso que le produjo secuelas físicas. Al acceder a la reclamación de la parte demandante el juez Wright escribió una decisión que ha pasado a la historia:

12 Cabe anotar que este es un caso de almirantazgo.

El demandado ha, como supongo por un momento, dolosamente realizado un acto calculado para causarle una lesión física a la demandada, es decir, para infringir su derecho legal a la seguridad personal, y de hecho le ha causado tal lesión. Tal situación me parece sin más una causa suficiente para entablar una acción, no habiendo una justificación para el acto. Esta injuria dolosa es maligna bajo la ley, aun cuando ningún propósito maligno de causar el daño o bien ningún motivo de rencor se le impute al demandado. (Wilkinson v Downton, 1897; 2 Q.B. 57)

A pesar de que este es uno de los casos más famosos no fue el primero, además del caso de Chamberlain que fue mencionado anteriormente, se encontró el caso de Hill vs. Kimball (Hill v. Kimball, 76 Tex. 210, 1890) de 1890 en el que la demandante sufrió un aborto cuando vio al demandado atacar a unas personas de color. La corte, reconociendo que no había encontrado ningún precedente que fundamentara tal acción, le otorgó una compensación. En el caso de Engle vs. Simmons (Engle v. Simmons, 148 Ala. 92, 1906) el demandado entró a la casa de la demandante cuando su esposo no se encontraba, comenzó a tomar nota de los bienes y a amenazar a la demandante, lo que provocó un parto prematuro. La corte condenó al demandado a pagar una indemnización y reconoció que la demandante tenía un derecho al goce pacífico de su residencia y que cualquier invasión a la misma resulta en una obligación de compensar a la víctima.

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX las cortes comenzaron a proteger a los individuos de perjuicios emocionales sin la necesidad de que sus pretensiones se basaran en acciones previamente reconocidas. Sin embargo, no todas las afectaciones emocionales daban lugar a una compensación, por ejemplo, envolver una rata en un emparedado con el propósito de asustar a la demandante dio lugar a una reparación (Great Atlantic & Pacific Tea Co. v. Roch, 160 Md. 189, 1931), pero una propuesta indecente para tener relaciones sexuales no le daba a la mujer ofendida una acción para reclamar daño no económico (Magruder, 1936, p. 1055).

Un elemento importante de los casos que se han mencionado es que todos tienen su origen en una conducta dolosa del demandado; eventualmente, estos casos darían lugar a la acción de aflicción intencional de sufrimiento emocional (*intentional infliction of emotional distress*)¹³, esto no quiere decir que en los casos en los que el actuar del demandado es culposo la víctima no tenga reclamación alguna, en 1898 en el caso de Mack vs. South-Bound R. Co. (Mack v. South-Bound R. Co., 29 S.E. 905, 1898) el demandante era un menor que, por tratar de sacar su mula de las vías del ferrocarril, tuvo que saltar para esquivar el tren que se acercaba. La corte, en una decisión sorprendente para la época, condenó a la compañía ferroviaria a pagar una compensación por el susto que sufrió el demandante. En el desarrollo de la jurisprudencia sobre el sufrimiento emocional hay dos categorías de casos que fueron de gran trascendencia en su reconocimiento en las primeras etapas. La primera categoría es la de los casos que involucraban compañías de transporte.

2.1 Compañías de transporte

En el *common law* estadounidense las compañías de transporte habían sido responsables de las heridas sufridas por sus clientes producto de la negligencia de sus empleados. Sin embargo, durante el siglo XIX las cortes comenzaron a presentar nuevas doctrinas relacionadas con la responsabilidad de las compañías de transporte, doctrinas que separaban esta responsabilidad de cualquier requerimiento de una lesión física y se basaban en el trato que el cliente recibía de los empleados de la compañía de transporte.

13 Algunos autores optan por traducir *infliction* con los términos imposición o provocación. Dentro de las definiciones que se hallan en el RAE el verbo imponer no tiene connotación de causar un perjuicio, en tanto que el verbo provocar, si bien puede entenderse en ese sentido, resulta demasiado amplio. Si bien el término afligir no es una traducción directa del verbo *inflict* su significado, de acuerdo con el diccionario de la RAE, es más cercano a la figura que representa esta acción.

En el caso de *Smith vs. Pittsburg, Ft. W. & C. Ry. Co.* (*Smith v. Pittsburg, Ft. W. & C. Ry. Co.*, 23 Ohio St. 10, 1872)¹⁴, el demandante abordó el tren sin comprar un boleto en la estación. Cuando un empleado del demandado le solicitó el pago del pasaje, el demandante se negó alegando que la tarifa era demasiado elevada por lo que el tren se detuvo y el demandante fue forzado a bajarse. La corte, tras una discusión sobre el precio del pasaje, falló en favor del demandante con el razonamiento de que las heridas que sufre un individuo, físicas o mentales, así como la pérdida de tiempo o de un bien, son elementos que el jurado debe tomar en cuenta en el momento de determinar el monto indemnizable.

En *Randolph vs. The Hannibal and St. Joseph Railway Company* (*Randolph vs. The Hannibal and St. Joseph Railway Company*, 18 Mo. App. 609, 1885) el demandante era un menor que fue acusado de abordar sin haber comprado un boleto. A pesar de que el demandante presentó varios testigos en su favor, el demandado continuó insultándolo frente a los demás pasajeros por lo que la corte de apelaciones de Kansas confirmó la sentencia del tribunal de primera instancia.

Las cortes no demoraron en expandir esta doctrina para incluir no sólo a aquellos que hubieran comprado un boleto, sino, también, a aquellos que abordarían el tren con intención de comprar un boleto, o bien, se encontrarían en la estación con esa misma intención. En el caso de *Texas & P. Ry. Co. vs. Jones* (*Texas & P. Ry. Co. v. Jones*, 39 S.W. 124 (Tex.Civ.App.1897) la demandante (Jones) entró al cuarto de espera de la compañía demandada con la intención de comprar un boleto. Antes de terminar la compra dejó la habitación por 15 minutos para saludar a un conocido y cuando regresó su equipaje había desaparecido. Al preguntarle a la esposa del agente de la estación fue insultada. La corte le otorgó una compensación con el argumen-

14 Uno de los hechos que el jurado tuvo que determinar se refería a si el precio del pasaje era justo o no.

to de que era obligación del agente proteger a la demandante de cualquier abuso mientras se encontrara en la estación, independientemente de que hubiera sufrido heridas o no.

2.2 Compañías de telégrafos

En el caso de las compañías de telégrafos las cortes otorgaban compensación a los demandantes en el caso de que la compañía no entregara un mensaje o bien la entrega hubiera sufrido una demora y producto de esto el demandante hubiera sufrido una afectación emocional. En el caso de *Young vs. Western Union Telegraph Co.* (*Young v. Western Union Telegraph Co.*, 11 S.E. 1044, 1890) a pesar de que la oficina del demandando se encontraba a menos de 400 metros del destino, el demandado se tardó en entregar un mensaje, producto de lo cual, el demandante no pudo estar con su esposa en sus últimos momentos ni asistir al funeral. Tras constatar que el demandado no ejerció una diligencia ordinaria al llevar a cabo su negocio y que no había razón por la cual la parte afectada no recuperara todos los daños sufridos, incluidos los emocionales, la corte falló en favor del demandado.

En el caso *Barnes vs. Western Union Telegraph Co.* la compañía de telégrafos no entregó un telegrama al hermano del demandante, por lo que éste, quien sólo tenía \$1.25 y sin otros medios para obtener dinero o transporte para regresar a su casa que se encontraba a más de 600 km de distancia, tuvo que dormir en los depósitos de las compañías ferroviarias, abordar trenes sin comprar un boleto, verse obligado a bajar cuando era descubierto y repetir este proceso hasta que pudiera llegar a su hogar. Al enviar el telegrama el demandante informó al empleado de la compañía demandada de su situación. La oficina del demandado se encontraba a menos de 300 metros de la casa del hermano del demandante, a pesar de esto, el telegrama fue entregado con 3 días de retraso. La corte, en su decisión, analizó la situación de este

caso en el derecho estadounidense, por lo que es conveniente reproducir textualmente lo que la corte dijo en aquella ocasión:

La pregunta de si los daños por sufrimiento emocional son reconocidos en las cortes de Estados Unidos es una verdadera vexata quaestio; algunas cortes de apelaciones sostienen que tales daños deben ser reconocidos mientras otras sostienen lo contrario... Si el sufrimiento moral puede ser admitido en cualquier caso, qué diferencia hace la existencia o no de un daño físico... la razón presentada en algunos casos del porque el sufrimiento emocional no puede ser reconocido de manera independiente es que la estimación de este es demasiado difícil. ¿Pero si el sufrimiento emocional que acompaña un sufrimiento físico puede ser estimado, no podría o debería el sufrimiento mental que no está acompañado de un sufrimiento físico ser estimado y permitido al momento de calcular el monto? Claramente, si es así en caso, lógica y razonablemente debe serlo en el otro. (Barnes v. Western Union Telegraph Co. 76, Nev, 1904, p. 931)

No todos los casos terminaban en una compensación para el demandante, por ejemplo en el caso de *Bowers vs. Western Union Telegraph Co.* (*Bowers v. Western Union Telegraph Co.*, 135 N.C. 504, 1904) la compañía se retrasó 4 horas para entregar un mensaje enviado por la madre del demandante. Durante ese tiempo el demandante, que sabía que su madre se encontraba bien de salud, no sufrió ningún tipo de sufrimiento, emocional o físico, por lo que la corte rechazó su pretensión. No obstante el lenguaje que utilizó la corte, se puede pensar que de haber sido otra la situación, por ejemplo, que la madre se hubiera encontrado en su lecho de muerte, la demanda hubiera prosperado.

El punto común de los casos en los que la pretensión del demandante fue reconocida consiste en que la conducta del demandado pudo ser considerada como en extremo negligente hasta el punto de llegar a ser casi dolosa y que

el sufrimiento mental, tal como lo es el miedo, hambre, soledad, tristeza, entre otros, es un resultado directo de este actuar negligente.

3. Aflicción intencional de sufrimiento emocional *(intentional infliction of emotional distress)*

La ley de *torts* es prerrogativa casi exclusiva de los estados que forman parte de la unión (Dobbs, 2000, p. 96), aunque se debe anotar que existen ciertos casos, como lo son la violación de las libertades civiles reguladas por el gobierno federal. Debido a esto, una compilación de las leyes de todos los estados sería un trabajo monumental, más aún si se recuerda que el *common law* tiene como uno de sus fundamentos las reglas creadas por los jueces en el momento de decidir un caso. Resulta necesario encontrar puntos en común entre las legislaciones con el fin de explicar las reglas del *common law* estadounidense. La más importante de estas compilaciones es el *Restatement of the Law*, publicado por el *American Law Institute*, el *Restatement* en sus diferentes versiones, cada una de ellas trata sobre un tema de derecho en particular como los contratos, la propiedad, o *los daños*. Es utilizado tanto por jueces como por los abogados cuando determinan las reglas aplicables a una cierta situación, aunque cabe señalar que no tiene valor vinculante alguno.

El primer *restatement* relacionado con daños o *torts* fue publicado en 1934. Esta versión no consagraba una responsabilidad producto de sufrimiento emocional, intencional o negligente, excepto en los casos de compañías de transporte, hospedajes y compañías de telégrafos. En 1948 el *restatement* fue modificado y cambió de posición para admitir estas acciones. En esa ocasión el texto establecía que “quien intencionalmente cause sufrimiento emocional severo a otra persona es responsable por a) tal sufrimiento emocional y b) el daño físico que resulte” (*Restatement of Torts*, 46 Supp, 1948).

En la segunda versión del *restatement* (Restatement (Second) of Torts, 46) expandió la regla de manera que:

- 1) El que mediante una conducta extrema y excesiva causa, intencionalmente o temerariamente, un sufrimiento emocional severo a otra persona está sujeto a la responsabilidad que resulte por tal sufrimiento y si de él resulta un daño físico, (también será responsable) de este daño físico.
- 2) Cuando tal conducta es dirigida hacia un tercero, el autor es sujeto de responsabilidad si intencional o temerariamente causa sufrimiento emocional severo a a) un miembro de la familia inmediata de la víctima que se encuentre presente (cuando ocurra la agresión), independientemente de si este sufrimiento resulta en una lesión física o no, o b) a cualquier otra persona que se encuentre presente, si tal sufrimiento resulta en una lesión física.

Lo que debe entenderse como una conducta extrema y temeraria, requisito sin el cual las cortes no accederán a otorgar una compensación a la víctima, no está del todo claro. El *restatement* establece que una conducta temeraria no se limita a aquellas que sean intencionales o realizadas con malicia, sino que debe ser analizada desde el punto de vista de una comunidad civilizada (Dobbs, 2000, p. 827). La conducta puede ser considerada temeraria con base en las características del autor del hecho, o bien cualquier circunstancia especial de la víctima si el demandado tenía conocimiento de ésta (Kircher, 2007, pp. 802-805). El concepto de sufrimiento severo se refiere a aquel sufrimiento que es tan severo que no puede esperarse que una persona razonable lo soporte (Kircher, 2007, p. 800).

4. Aflicción negligente de sufrimiento emocional (*negligent infliction of emotional distress*)

El segundo *restatement*, además de ampliar el concepto de la aflicción intencional de sufrimiento emocional, incorporó una regla que cubre la aflicción negligente. La regla en el *restatement* (Restatement Second of Torts, 313, 1) dice:

Quien cause sufrimiento emocional a otra persona sin tener intención de hacerlo, es sujeto de responsabilidad por la enfermedad o lesión física sufrida por la víctima en los casos en que;

- a) El autor debería haber sabido que su conducta implicaba un riesgo inadmisibles de causar sufrimiento, diferente al conocimiento del daño o peligro a un tercero y
- b) De los hechos conocidos por él (el responsable) debería haber sabido que el sufrimiento, si lo hubiere, podría resultar en enfermedad o lesión física.

En otra sección el *restatement* (Restatement, Second of Torts, 436, A) dice:

Si la conducta del autor es negligente al punto de crear un riesgo inadmisibles de causar lesiones físicas o disturbio emocional a otra persona y resulta únicamente en un disturbio emocional, sin lesiones físicas u otro daño compensable, el autor no es responsable de dicho disturbio.

Independientemente del tratamiento que el *restatement* le da a esta acción los estados han adoptado tres sistemas cuando determina la responsabilidad del autor. El primero de estos sistemas es conocido como la regla del impacto (*impact rule*¹⁵) según la cual no existe una acción para reclamar sufrimiento

15 Los estados que siguen este sistema son Florida, Georgia, Indiana, Kansas y Nevada.

emocional si no existe un impacto físico. En este caso el concepto de impacto no se refiere a una lesión, ya que si este fuera el caso, el sufrimiento moral sería parasitario por *battery* y considerado *pain and suffering*. En este contexto, impacto es un contacto físico y es una indicación de que el perjuicio emocional ha surgido y se presenta como la causa el mismo. El principal problema con este sistema es que niega una compensación en aquellos casos en los que el demandante no ha sufrido impacto alguno.

El segundo sistema es el que exige una manifestación física (*physical manifestation*¹⁶) con el cual, para que una acción por sufrimiento emocional pueda ser reconocida es necesario que exista una señal física de su existencia. Esta manifestación debe ser confirmada mediante síntomas físicos objetivos y verificables (Dobbs, 2000, p. 838); síntomas como pesadillas, dolores de cabeza, pérdida de peso no son considerados como manifestaciones de sufrimiento emocional. Esta regla niega la posibilidad de compensación para las víctimas que no presenten un síntoma que pueda apoyar su pretensión, aun cuando el sufrimiento pueda ser inferido por el daño de acuerdo con las circunstancias del caso.

Para finalizar, es preciso expresar que los estados que no siguen¹⁷ ninguna de las reglas anteriores sino que adoptan una postura similar al *tort* de negligencia, requieren que el demandado pruebe el daño mediante elementos idóneos para tal fin. Dos estados, Nuevo México y Arkansas, que no reconocen acciones por sufrimiento emocional. Sin embargo, en el caso de Nuevo México, las cortes han reconocido estas acciones en el caso de daños a terceros, es decir, en Nuevo México¹⁸ un individuo que padezca un

16 Los estados que adoptan esta regla son: Alaska, Arizona, Delaware, Idaho, Louisiana, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota and Utah.

17 Hawaii, Kentucky, New Jersey, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Tennessee, Washington, Wisconsin.

18 Para una exposición más detallada ver: Molzen, 1985.

sufrimiento emocional producto de una acción dirigida hacia su persona no tiene reclamación alguna, pero en los casos en que la víctima sea un tercero, un familiar, sí le asiste el derecho a reclamar.

En muchos de esos primeros casos una lesión, por leve que fuera, era considerada una condición *sine qua non*, en otros, era necesario que la víctima hubiera sufrido una secuela física producto del shock emocional por lo que tanto la regla del impacto como la regla de la manifestación física pueden ser consideradas como descendientes de la naturaleza parasitaria de las primeras acciones por daño no económico en el derecho estadounidense.

5. Daño no económico en los casos de daño a la propiedad, incumplimiento de contrato, lesiones a terceros y personas jurídicas

5.1 Daño a la propiedad

Extender la responsabilidad por sufrimiento emocional a los casos que tratan sobre daño a la propiedad es una de las áreas de la ley que son motivo de grandes discusiones. Por una parte, el daño causado a un bien mueble es cuantificable en dinero sin mayores problemas, al menos cuando se compara con el daño no económico; sin embargo, los bienes materiales pueden llegar a tener, y en efecto muchas veces lo tienen, un valor sentimental para un individuo que no lo tiene para ninguna otra persona.

En el derecho estadounidense la acción por sufrimiento emocional producto de daños a los restos de un familiar fue uno de los precursores de las acciones modernas que ya se citaron. Con la idea de que los restos de una

persona son propiedad de sus familiares las cortes reconocieron una variedad de casos. Por ejemplo en *Larson vs. Chase* (*Larson v. Chase*, 47 Minn. 307, 1891), en el que el cuerpo del esposo de la demandante fue mutilado, la Corte Suprema de Minnesota falló en favor de la demandante con el argumento de que el hecho de que una persona tenga derechos exclusivos sobre el cuerpo de un familiar fallecido para los efectos del sepelio no puede más que llevar a la conclusión de que se trata de su propiedad en el sentido más amplio y general del término.

En *Burney vs. Children's Hospital in Boston* (*Burney v. Children's Hospital in Boston*, 169 Mass. 57, 1897), empleados del hospital realizaron una autopsia al cuerpo de un menor sin la autorización del padre, por lo que la corte les ordenó pagar una compensación. En *Koerber vs. Patek* (*Koerber v. Patek*, 123 Wis. 453, 1905), el demandado extrajo el estómago del cuerpo de la madre del demandante y se negó a devolverlo, la corte de apelaciones revocó la sentencia del tribunal de primera instancia. En el caso de *Gostkowski vs. Roman Catholic Church* (*Gostkowski v. Roman Catholic Church*, 262 N.Y. 320, 1933) los restos de la esposa del demandante fueron exhumados y enterrados en otra fosa, la corte reconoció la pretensión del padre pero negó la compensación al hijo dado que el deber legal de cuidar los restos y, por ende, el derecho de propiedad, le correspondía al padre. Sin importar qué posición pueda tomarse sobre las características que puedan tener los restos de una persona para que sea considerada como propiedad, no puede negarse que el tema no es fácil de resolver, por lo menos desde el punto de vista moral.

Por otro lado, no cabe duda de que las mascotas son consideradas como la propiedad de su amo, surge entonces la duda de si la muerte de una mascota puede dar lugar a una reclamación por sufrimiento emocional. La jurisprudencia de las cortes estadounidenses no es uniforme; por un lado, en Texas (*Strickland v. Medlen*, 397 S.W.3d 184, Tex. 2013), Carolina del Norte (*Shera v. N.C. State University Veterinary Teaching Hosp.*, 723 S.E.2d 352 (N.C. Ct. App. 2012) y Nueva Jersey (*McDougall v. Lamm*, 48 A.3d

312, N.J. 2012) han negado estas pretensiones, mientras que California (Plotnik v. Meihaus, 208 Cal.App.4th 1590, 2012), Florida (Wertman v. Tipping, 166 So.2d 666 (Fla.App., 1964)) y Louisiana (Barrios v. Safeway Ins. Co., 7 So.3d 1019 (La.App. 4 Cir., 2012) sí las han reconocido.

Además de estas situaciones, los tribunales en Estados Unidos, por regla general, no reconocen el sufrimiento emocional como parte del daño indemnizable cuando se trata de daño a la propiedad. Un ejemplo es el caso de Rodríguez vs. State (Rodríguez v. State, 52 Haw. 156, 1970) en el que la residencia de los demandantes fue afectada por inundaciones que hubieran podido evitarse si el demandado, el Estado, hubiera tomado ciertas medidas. La corte falló en favor de los demandantes y, por hacerlo, les reconoció no sólo la compensación por daños materiales sino, también, una suma por perjuicio emocional. La respuesta de la asamblea legislativa de Hawaii fue prohibir estas acciones en 1986¹⁹.

5.2 Incumplimiento de contrato

El tipo de contrato es el elemento fundamental en el momento de decidir si una compensación por daño no económico puede, o debe, ser otorgada. Ciertos contratos, como el de servicios médicos, por su propia naturaleza, incluyen la posibilidad de que su incumplimiento cause un disturbio emocional al acreedor. En Estados Unidos estos casos fueron reconocidos desde principios de siglo XX, por ejemplo en 1903 en el caso de Lewis vs. Holmes (Lewis v. Holmes, 109 La. 1030, 1903) la madre de la demandante ordenó cinco vestidos al demandado para que su hija los usara durante su tour de bodas, cuando el primer vestido no fue completado de acuerdo con las especificaciones el demandado, quien creía que con los materiales

19 Información recuperada de <<http://statutes.laws.com/hawaii/volume-13/title-36/chapter-663/hrs-0663-0008-0009-htm>>

restantes no podría terminar el pedido, regresó las telas sin terminar los vestidos que faltaban. La corte falló en favor de la demandante y le otorgó una compensación por el sufrimiento moral puesto que para una joven es muy importante la experiencia de su boda.

La responsabilidad de las compañías de transporte, y de las compañías de telégrafos, también caben dentro de este esquema. Sin embargo, los casos referidos a estas últimas han desaparecido por el avance de la tecnología.

5.3 Lesiones a terceros

Las cortes de principios del siglo XX, que se encontraban en proceso de adecuarse a la idea de compensar el sufrimiento emocional, tomaron una postura mucho más crítica a la idea de otorgar compensaciones en los casos en los que la víctima era una persona distinta al demandante. Algunos consideraban que la doctrina de la intención transferida (*transferred intent*), con la que la intención en el momento de ejecutar un acto doloso se transfiere, aunque la persona que sufre el daño no sea objetivo de la acción original, podría aplicarse a estos casos (Prosser, 1939, p. 890); sin embargo, incluso si se adopta esta posición, surge un problema en los casos en los que el responsable actúa negligentemente. Originalmente existía la acción por pérdida de compañía (*loss of consortium*) pero ésta sólo le pertenecía al esposo y no era aplicable a otros familiares.

Las cortes pronto comenzaron a cambiar esta situación. En *Bowman vs. Williams* (*Bowman v. Williams*, 164 Md. 397, 404, 1933) el demandante vio un camión chocar con la ventana que daba a su sótano, donde se encontraban sus dos hijos. La corte le otorgó una compensación más que nada por el hecho de que el padre también estuvo en peligro por el accidente. A esta regla se le conoce como la regla de la zona de peligro (*zone of danger rule*) y es el estándar que la Corte Suprema de Estados Unidos ha adoptado para

los casos que surjan de la Ley de responsabilidad de los empleados federales (Federal Employer's Liability Act) (*Consolidated Rail Corp. v. Gottshall*, 512 U.S. 532, 1994). Con esta regla, que está en el *restatement*, no es necesario que haya un impacto, pero sí que se produzca una manifestación física, así como una relación cercana con la víctima.

La razón de esta regla es limitar la cantidad de personas con acceso a la acción, después de todo, en nuestro diario vivir, nos encontramos con situaciones, tanto ordinarias como extraordinarias, que pueden producir disturbios emocionales. Un ejemplo clásico (Prosser, 1939, p. 891), que sobrevive hasta nuestros días, es el asesinato de un Presidente, evento que por su naturaleza causa un shock profundo en una gran cantidad de personas.

En 1968 el caso de *Dillon vs. Legg* (*Dillon v. Legg*, 68 Cal. 2d 728, 1968) varió esta tendencia. En este caso la madre y la hermana de la víctima presenciaron el accidente de tránsito que terminó con su vida. La corte rechazó la regla de la zona de peligro y estableció un nuevo estándar consistente en: si el demandante estaba en las cercanías del accidente, si el demandante sufrió un shock emocional por presenciar el accidente y, por último, si el demandante es un familiar cercano de la víctima. Posteriormente, la regla fue modificada para incluir no sólo la cercanía sino que el demandante presenciara el accidente (Dobbs, 2000, p. 841), por lo que en realidad este caso no rechaza la regla de la zona de peligro en sí, sino que la relajó.

Con la regla del *common law* inglés en los casos en los que la víctima fallecía las acciones del *tort* perecían junto con ésta (Dobbs, 2000, p. 803), por lo que sus familiares no tenían una acción para reclamar daños en contra del responsable. Esto significaba que para el autor resultaba mejor, monetariamente hablando, matar a la víctima que hierla, por lo que esta regla era considerada inadecuada y fue abandonada. En su lugar, surgieron dos acciones: la acción de muerte injusta (*Wrongful dead*) que es aquella con la que los familiares de la víctima pueden reclamar una compensación

del responsable, independientemente de que la víctima tuviera una acción contra el autor o no. El otro tipo de acción es la de acción sobreviviente (*survival claim*) para reclamar la compensación por el daño sufrido pasa al patrimonio del fallecido y los familiares pueden heredar.

5.4 Personas jurídicas

Con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia estadounidense las personas jurídicas son consideradas como “personas” (*Pembina Consolidated Silver Mining Co. v. Pennsylvania*, 125 U.S. 181, 1888). No obstante la idea de que una corporación puede sufrir un disturbio emocional es las cortes no la han apoyado. En su lugar, la discusión se centra en la posibilidad que tienen las compañías de demandar por difamación. A pesar de que una empresa no tiene, en el sentido personal de la palabra, una reputación (Prosser, 1971, p. 745) ésta llega a establecer, en el transcurso común de sus negocios, un cierto nivel de credibilidad y respeto y se constituye un interés que se debe proteger y que impacta la forma como el público la percibe.

La ley considera a la corporación como un individuo independiente de sus miembros; por lo que un ataque a los miembros de la corporación no le da a ésta una acción válida para reclamar compensación por la difamación. Otro punto importante es que debido a que las personas jurídicas no pueden sentir emociones deben probar que sufrieron un daño pecuniario.

Una discusión más reciente se centra en el uso que le dan las compañías a su derecho demandar por difamación ya que existe una tendencia a usar estas acciones para atacar críticas válidas. Estas demandas reciben el nombre de *Slapps* –*Strategic Lawsuit Against Public Participation*– (*Demandas estratégicas contra la participación pública*). Por definición las *Slapps* son acciones carentes de méritos que persiguen castigar a las personas por ejercer sus derechos y evitar que los intereses de la empresa se vean afectados.

Para que sea considerada como Slapp la demanda debe reunir los siguientes elementos: ser una corporación grande, el objetivo es retrasar a adversarios políticos y despolitizar los problemas con el objeto de llevar las críticas del órgano legislativo al órgano jurisdiccional (Jackson, 2001, p. 492). Por este motivo existen críticas que claman por una reforma al sistema, basadas en el famoso caso de New York vs. Sullivan (New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964) para que las corporaciones prueben la malicia de las personas que realizan el acto de difamación.

6. El monto de las indemnizaciones

Quizás la imagen más fuerte que acompaña el daño no económico, tanto compensatorio como punitivo, en el derecho estadounidense, es que el monto de las compensaciones suele ser muy elevado. No sólo es falso este mito sino que el monto otorgado, si se realiza un ajuste por inflación, parece no haber incrementado de manera ostensible. Esta fue una de las conclusiones a las que llegaron (Allen & Brunet, 2007) quienes, en su estudio, analizaron más de 1.175 casos entre los años 1800 y 1900 (Allen & Brunet, 2007, pp. 397-398). Los autores no encontraron ningún caso previo a 1900 en el que el monto superara U.S.D. 450,000.00 (dólares de 2007), por el contrario, encontraron una correlación entre el monto de la compensación y la probabilidad de que la sentencia fuera reformada o revocada, en específico, mientras más alto el monto más probabilidades había que el juez de segunda instancia reformara la sentencia.

Por su parte (Kritzer, 2014), con datos de tres fuentes, llegó a la conclusión de que existe una correlación negativa entre el monto de la compensación por daño económico y la compensación por daño no económico, en el caso de accidentes automovilísticos, negligencia médica y responsabilidad del dueño de terreno (*premise liability*). Mientras mayor sea el monto otor-

gado en concepto de daño económico menor sería el monto en concepto de daño no económico y es, especialmente notable, en los casos de negligencia médica cuando el monto por daño económico era menos de U.S.D. 9.999.

Por otra parte, en el campo del daño no económico punitivo (Eisenberg, Hannaford, Heise, LaFountain y Ostrom, 2006) y (Eisenberg & Heise, 2011) han comparado el monto otorgado por los jurados con los montos otorgados por los jueces. En el sistema estadounidense existe tanto el juicio por jurado como el juicio ante un juez o jueces. Existe la tendencia de creer que los jurados suelen otorgar compensaciones más elevadas a las que otorgan los jueces. Sin embargo, de acuerdo con las conclusiones presentadas por Eisenberg los jueces y los jurados otorgan indemnizaciones por daño punitivo en aproximadamente la misma razón que daños compensatorios; además, no existe evidencia de un alza en los montos otorgados en concepto de daños punitivos; las tendencias de los jueces y los jurados en cuanto a conceder los daños punitivos varían de acuerdo con el hecho de saber si se trata de un caso en el que existe lesión física o no.

A pesar de lo anterior, muchos estados han establecido leyes para limitar el monto que las víctimas pueden recibir en concepto de daño no económico. Estas leyes, que han sido promovidas por el movimiento denominado *Tort Reform* (o reforma al derecho de daños en español) desde la década de 1970, se basa en el hecho de que los daños no económicos son difíciles de cuantificar y esto se traduce en un monto elevado en concepto de compensación para las víctimas (Dobbs, 2000, p. 1903). En los casos de negligencia médica existe el argumento de que los altos montos por concepto de compensación tienden a incrementar el precio de las pólizas de seguros (Kane & Emmons, s.f.).

En el momento de redactar el presente artículo, 30 estados han establecido un límite al monto que puede ser otorgado en concepto de daño no económico, aunque en algunos casos este límite ha sido declarado ilegal o

inconstitucional. Las cortes de Alabama, Georgia, Missouri, North Dakota, Washington and Oregón declararon el límite inconstitucional por violar el derecho a un juicio por jurado (American Medical Association, 2012a, 2012b). En Illinois el límite fue revocado porque las cortes consideraron que violaba la separación de poderes (American Medical Association, 2012a, 2012b). Y en New Hampshire se revocó porque violaba la cláusula de protección igualitaria (American Medical Association, 2012a, 2012b). En el caso de Missouri, los límites fueron revocados mediante una ley especial (American Medical Association, 2012a, 2012b).

Los estados de Alaska, California, Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiana, Maryland, Michigan, Nebraska, Nuevo México, Ohio, Oklahoma, Texas, Utah, Virginia, Virginia del Oeste y Wisconsin tienen leyes que limitan el monto que puede darse como compensación. En Oklahoma, Wisconsin, Texas y Ohio las cortes abolieron las leyes que establecían estos límites, pero desde entonces nuevas leyes han sido promulgadas y éstas aún no han sido derogadas o abolidas (American Medical Association, 2012a, 2012b).

Conclusiones

En el presente artículo se ha realizado un recorrido por la historia y evolución del daño no económico en el derecho angloamericano. En sus orígenes estas pretensiones buscaban casi exclusivamente reparar ataques contra la honra. Sin embargo, el fundamento utilizado en ocasiones tenía un matiz político. Situación particular ha sido el desarrollo a partir de esos primeros estadios. El desarrollo tanto legal como doctrinario sufrió pocas variaciones importantes durante un periodo de más de 500 años, tras el cual fue objeto de cambios acelerados en los últimos 200 años.

Los tribunales, reacios en un comienzo a salir de su zona de *comfort*, fueron aceptando e incorporando nuevas teorías legales para adaptarse a las situaciones que se les presentaban. Doctrinarios del derecho, así como los jueces y jurados, comenzaron a mirar con nuevos ojos situaciones que habían permanecido imperturbables. Los motivos no son claros, aunque puede suponerse que no es más que el cambio natural que acompañó al desarrollo tecnológico, científico y cultural de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, periodo durante el cual muchos de los casos que sacudieron la jurisprudencia tuvieron lugar.

De ser así, la aparición de nuevas tecnologías en épocas actuales podría ser óbice para que la idea de perjuicio extra patrimonial sea objeto de un nuevo replanteamiento en el derecho estadounidense, como de hecho está sucediendo producto de los esfuerzos realizados por diversos grupos, como por ejemplo el *tort reform*.

Independientemente del resultado que se dé, estas discusiones, tanto teóricas como prácticas, afectarán, directa o indirectamente, los estudiosos del derecho en países de la escuela continental europea. Falta ver hasta qué punto esto se traducirá en nuevas teorías legales adecuadas para las legislaciones que siguen el Sistema continental europeo.

Referencias

- Allen, J. & Brunet, A. (2007). The Judicial Treatment of Non-Economic Compensatory Damages in the Nineteenth Century. *Journal of Empirical Legal Studies*, 4(2). Ithaca: Cornell University.
- American Law Institute. (1965). Restatement Second of Torts, Autor.
- American Medical Association. (2012a). Constitutional Challenges to State Caps on Non-economic Damages. Recuperado de <<http://www.ama-assn.org/resources/doc/arc/arc-constitutional-challenges.pdf>>
- American Medical Association. (2012b). Caps on Damages. Recuperado de <<http://www.ama-assn.org/resources/doc/arc/caps-on-damages-jan-2012.pdf>>

- Dobbs, D. (2000). *The Law of Torts*. St. Paul: West Thompson Publishers.
- Eisenberg, T. & Heise, M. (2011). Judge-Jury Difference in Punitive Damages Awards: Who Listens to the Supreme Court?. *Journal of Empirical Legal Studies*, 8(2). Ithaca: Cornell University.
- Eisenberg, T.; Hannaford, P. L.; Heise, M.; LaFountain, N. & Ostrom, B. (2006). Juries, Judges, and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996, and 2001 Data. *Journal of Empirical Legal Studies*, 3(2). Ithaca: Cornell University.
- Fifoot, C. (1949). *History and sources of the common law: tort and contract*. London: Steven and Sons.
- Friedman, L. (2002). *American Law in the twentieth century*. Yale University Press.
- Jackson, Mark D. (2001) *The Corporate Defamation Plaintiff in the Era of SLAPPs. Revisiting New York v. Sullivan, William & Mary Bill of Rights Journal*, 9(2), Williamsburg: William and Mary Law School.
- Kane, K. & Emmons, D. (s.f.). *The Impact of Caps on Damages. How are Markets for Medical Liability Insurance and Medical Services Affected* American Medical Association. Recuperado de <<http://www.ama-assn.org/resources/doc/health-policy/prp200502caps.pdf>>
- Kircher, J. (2007). The Four Faces of Tort Law: Liability for Emotional Harm. *Marquette Law Review*, 90(4). Milwaukee: Marquette University.
- Kritzer, H. M.; Liu, G. & Vidmar, N. (2014). *An Exploration of "Noneconomic" Damages in Civil Jury Awards*. *William & Mary Law Review*, 971. Williamsburg: William & Mary School of Law.
- Magruder, C. (1936) *Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts*. *Harvard Law Review*, 48. Cambridge: Harvard University.
- Molzen, K. (1985). TORTS-New Mexico Establishes a Cause of Action for Negligent Infliction of Emotional Distress to a Bystander: *Ramirez v. Armstrong*. *New Mexico Law Review*, 15. Albuquerque: University of New Mexico.
- Plucknett, T. (2001). *A concise history of the common law*. (5^a Ed.). New Jersey: The Lawbook exchange, ltd.
- Prosser, W. (1939). Intentional Infliction of Mental Suffering: a New Tort. *Michigan Law Review*, 37(6). Ann Arbor: University of Michigan.
- Prosser, W. (1971). *The Law of Torts*. (4^a Ed.). West Publishing.
- Starkie, T. (1830). *A treatise on the law of slander and libel*. (2^a Ed). Londres: Law booksellers and publishers.
- Street, T. (1906). *The Foundations of Legal Liability Theory and Principles of Torts. I*. Edward Thompson Company.
- Throckmorton, H. (1921). *Damages for Fright*. *Harvard Law Review*, 34. Cambridge: Harvard University.
- Veeder, V. (1903). The history and theory of the law of defamation. *Columbia Law Review*, 3. New York: Columbia University.

Casos

- Cámara de los Lores (1861). *Lynch v. Knight*, 9 H.L.C. 577, 11 Eng. Rep. 854.
- Corte Circuital D, Massachusetts (1823). *Massachusetts Chamberlain v. Chandler*, 3 Mason 242, 5 F.Cas. 413. 415. Magistrado Ponente: Story.
- Corte de Apelaciones Civiles de Texas (1897). *Texas & P. Ry. Co. v. Jones*, 39 S.W. 124 (Tex.Civ.App). Magistrado Ponente: Hunter.
- Corte de Apelaciones de la Ciudad de Kansas, (1885). *Missouri. Randolph v. The Hannibal and St. Joseph Railway Company*, 18 Mo. App. 609. Magistrado Ponente: Philips, P.
- Corte de Apelaciones de Maryland (1933). *Bowman v. Williams*, 164 Md. 397, 404. Magistrado Ponente: Francis Neal Parke.
- Corte de Apelaciones de Nueva York (1896). *Mitchell v. Rochester Ry. Co.*, 5 E.H. Smith 107. Magistrado Ponente: Martin.
- Corte de Apelaciones de Nueva York (1933). *Gostkowski v Roman Catholic Church*, 262 N.Y. 320. Magistrado Ponente: Pound, Ch.
- Corte Judicial Suprema de Massachusetts (1848). *Canning v. Inhabitants of Williamstown*, 55 Mass. 451. Magistrado Ponente: Metcalf, J.
- Corte Judicial Suprema de Massachusetts (1897). *Burney v. Children's Hospital in Boston*, 169 Mass. 57. Magistrado Ponente: Lathrop.
- Corte Suprema de Alabama (1906). *Engle v. Simmons*, 148 Ala. 92. Magistrado Ponente: Dowdell.
- Corte Suprema de California (1968). *Dillon v. Legg*, 68 Cal. 2d 728. Magistrado Ponente: Tobriner.
- Corte Suprema de Carolina del Norte (1890). *Young v. Western Union Telegraph Co.*, 11 S.E. 1044. Magistrado Ponente: Clark.
- Corte Suprema de Carolina del Sur (1898). *Mack v. South-Bound R. Co.*, 29 S.E. 905. Magistrado Ponente: Gary, A.
- Corte Suprema de Errores de Conecticut (1853). *Seger v. Town of Barkhamsted*, 22 Conn. 290. Magistrado Ponente: Storrs.
- Corte Suprema de Illinois (1877). *Phillip v. Dickerson*. 85 Ill. 11. Magistrado Ponente: Sheldon.
- Corte Suprema de Justicia de Wisconsin (1894). *Summerfield v. W.U. Tel. Co.*, 87 Wis. 1. Magistrado Ponente: Winslow.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1994). *Consolidated Rail Corp. v. Gottshall*, 512 U.S. 532. Magistrado Ponente: Clarence Thomas.
- Corte Suprema de Luisiana (1903). *Lewis v. Holmes*, 109 La. 1030. Magistrado Ponente: Provosty.
- Corte Suprema de Minesota (1891). *Larson v. Chase*, 47 Minn. 307. Magistrado Ponente: Mitchell.
- Corte Suprema de Nevada (1904). *Barnes v. Western Union Telegraph Co.*, 27 Nev. 438. Magistrado Ponente: Fitzgerald.
- Corte Suprema de Ohio (1872). *Smith v. Pittsburg, Ft. W. & C. Ry. Co.*, 23 Ohio St. 10. Magistrado Ponente: Mcilvaine.

Corte Suprema de Texas (1883). *Gulf, C. & S.F. Ry. Co. v. Levy*, 59 Tex. 563. Magistrado Ponente: Gaines.
Corte Suprema de Texas (1890). *Hill v. Kimball*, 76 Tex. 210. Magistrado Ponente: Gaines.
Corte Suprema de Wisconsin (1905). *Koerber v. Patek*, 123 Wis. 453. Magistrado Ponente: Dodge.
División de Tribunales de la Reina (1897). *Wilkinson v Downton*, 2 Q.B. 57. Magistrado Ponente: Wright.
Tribunal de Exchequer (1866). *Allsop v Allsop* 5 H & N 534.
Tribunal del Rey (1607). *Holt v. Astrigg Croke*, Jac.184.
Tribunal del Rey (1616). *Crofts v. Brown*, 3 Bulstrode, 167.