

**EL OTRO MIEMBRO DE MI FAMILIA:
RECONOCIMIENTO DEL DAÑO MORAL**

**LUISA FERNANDA ORJUELA LARA
UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

Recibido el 13 de noviembre de 2014

“Si un ser sufre, no puede existir justificación moral para rehusar tomar ese sufrimiento en consideración. No importa la naturaleza del ser, el principio de igualdad requiere que su sufrimiento se considere igual al sufrimiento semejante de cualquier otro ser... Es probable que llegue el día en que el resto de la creación animal pueda adquirir aquellos derechos que jamás se le podrían haber negado a no ser por obra de la tiranía”

Jeremy Bentham (filósofo y economista)

RESUMEN

Con el paso del tiempo, la sociedad adquiere matices que desdibujan situaciones o asuntos tradicionalmente concebidos de una única manera. Irónicamente, cada día se eleva más el nivel de violencia e intolerancia hacia lo que nunca ha sido socialmente aceptado, pero a la vez, existe una contraposición que pretende exigir una mentalidad más inclusiva a aquello que siempre se discriminó o a lo que nunca se le dio importancia. Es el caso puntual de nuestras mascotas. A pesar de la existencia de la violencia contra los animales domésticos,

son consideradas como un miembro más de la familia aun cuando ésta se conforme por una pareja y su mascota. Sin embargo, ante la legislación colombiana, los animales siguen siendo cosas por lo que su pérdida a manos de terceros no se juzga como algo más allá de un daño en bien ajeno.

PALABRAS CLAVE

Mascota, daño moral, daño material, familia moderna.

ABSTRACT

As time passes, society acquires a shade that makes the image blur situations or things traditionally designed in a certain way. Every day the level of violence and intolerance towards what has never been socially accepted raises, but at the same time, there is an opposition that offers a much more inclusive mindset to what has always discriminated or what was never given importance. This is our pets case. In spite of there is still violence against them, today are considered as a member of the family even though it is comprised of a couple and their pet. However, in Colombian law, animals are still things and that is why to lose them by the hands of a third person is not beyond a damage to property.

INTRODUCCIÓN

Por estos días vemos como los medios de comunicación, las redes sociales y demás medios de conocimiento público está inundado de campañas de protección animal y de conciencia social encaminada hacia una convivencia que integre todos lo que nos rodean, entre ellos los animales domésticos, las plantas, los recursos naturales entre otros.

Esas campañas, casi en su mayoría, persiguen un fin subsidiario consistente en la adopción de animales que han sido sometidos a situaciones de maltrato y abandono. El término “adopción” proviene del latín *adoptare* que significa incorporar algo ajeno como propio, y

según la Real Academia de la Lengua Española, indica que Adoptar el la acción de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. Dicho de otra manera, al adoptar un animal, se le está incorporando a la vida de cada persona y de su familia.

Resulta casi obvio pensar que la pérdida de un ser querido, especialmente si hace parte de nuestro núcleo familiar, nos afecta grandemente, no sólo por lo que económicamente esa persona pudiera significar en nuestra vida familiar, sino en el profundo vacío emocional que deja.

Este vacío, se representa en el dolor que sentimos, dolor que para el derecho administrativo, según el texto producido por el Dr. Gustavo Adolfo García Arango, tiene un carácter susceptible de indemnización, el cual deberá tasarse de acuerdo a su necesidad y a otra serie de factores jurisprudencialmente determinados por las altas cortes en cuestión de parentesco, dependencia económica, cercanía con los parientes, entre otros aspectos.

En nuestro país, hasta ahora los pronunciamientos existentes sobre la “tasación del dolor” han versado sobre la pérdida de personas, pese a que la pérdida de algunas cosas (muchas consideradas como tal) o bienes también pueden llegar a causar un dolor grande en quienes la sufren.

Según nuestro Código Civil Colombiano, las mascotas estarían catalogadas como animales fieros, por lo tanto se les da la calidad de bienes susceptibles de indemnización por daños materiales o daño en bien ajeno.

Pero, ¿acaso nuestra mascota no hace parte de nuestra familia? ¿Sentimos el mismo dolor cuando perdemos nuestro teléfono móvil que cuando perdemos a nuestra mascota? Y si nuestra mascota sufrió un detrimento o hasta su propia muerte en manos de una tercera persona, ¿podría ser ese inmenso dolor susceptible de tasarse como un daño moral a la hora de pedir un resarcimiento de perjuicios?

El presente escrito busca tratar de dejar una ventana abierta hacia la reconsideración sobre este tema, especialmente sobre el último interrogante, teniendo en cuenta que la sociedad cada día tiene un esquema diferente y el concepto de familia cada día es distinto a nivel mundial, desdibujándose por completo la típica concepción de padre – madre e hijos, cobrando una real importancia la sensación de bienestar que se pueda lograr dentro de un grupo de personas por quienes se siente gran afecto y sentido de solidaridad y corresponsabilidad al que se le puede también llamar familia.

Ahora bien, para poder desarrollar este tema, es importante tener claro el contexto en el que nos encontramos. En este sentido, podemos decir que el daño moral o *pretium doloris* es el gran protagonista, siendo este aquel perjuicio que se causa por la vulneración a los sentimientos íntimos de una persona; como también el que surge producto del dolor físico o psíquico infligido antijurídicamente a la víctima. El daño moral busca proteger la afectación a bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial (integridad personal, tranquilidad, libertad, honra buen nombre, vida, intimidad, familia, afectos). (alínea.uniandes.edu.co, 2006).

Además de lo anterior, no se puede dejar de lado el concepto de daño material que hace referencia a “El Daño material es aquel que atenta contra bienes e intereses de naturaleza económica, es decir, que son medibles en dinero” (Henao, 1998), de indemnización como principio rector en materia de reparación de daños en el Derecho Colombiano, y por supuesto, el concepto de mascota que según la Real Academia de la Lengua Española, se deriva del francés *mascotte*, significa Animal de Compañía, pero que por estos días esa definición va tomando más y más fuerza afectiva.

Claro lo anterior, se procederá a exponer los puntos de vista y los diferentes pronunciamientos que sobre el particular, es decir, sobre ese reconocimiento de daño moral por la pérdida de una mascota por acción u omisión de tercero que existen en Colombia y en

otros países del mundo, no sólo en materia jurídica sino los que se generan desde movimientos de personas defensoras de los animales.

I. DISPOSICIONES SOBRE EL DAÑO MORAL

El Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado el daño moral como el menoscabo a los derechos de bienes extramatrimoniales jurídicamente protegidos, constituyéndose en el dolor o sufrimiento de quien padece un daño, independientemente de las secuelas físicas y perturbaciones psíquicas que se puedan haber producido. (Sentencia Radicado No. 7416 Consejo de Estado, 1992).

No obstante esta disposición, han existido quienes se han opuesto al resarcimiento mismo de los daños morales pues se apoyan en que resulta completamente contrario a la ética pues consideran incorrecto ponerle precio a los sentimientos, pues esto equivaldría a ponerlos al nivel de mercancía, susceptibles de ser objeto de conocimiento de las normas mercantiles, tal es el caso de SAVIGNY. En este caso la indemnización resultaría casi ofensiva para la misma víctima (Navia Arroyo, 2009).

Sin embargo, también resultaría totalmente arbitrario que el daño causado pase en vano sin que por lo menos se le logre dar un valor con el que la víctima moralmente considere que hubo una reparación, aunque ciertamente no hay dinero que pague el dolor que siente una persona por la pérdida de un ser querido.

El concepto del daño moral en Colombia, apareció por obra de dos fallos de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia en los que este fue el punto de convergencia. Uno fue el 21 de julio de 1922 y es segundo complementario de este del 22 de agosto de 1924. En ellos, se planteó un tipo de daño extrapatrimonial y el llamado *pretium doloris*. En este sentido se exaltó de manera importante que no sólo debían resarcirse los daños económicos y/o patrimoniales, sino las ofensas al honor, la dignidad y los dolores causados injustificadamente a las víctimas (Navia Arroyo, 2009).

De igual manera, en el fallo de francés de *Letisserand* del 24 de noviembre de 1961, reconoce la existencia del perjuicio moral por el sólo hecho de la “desaparición prematura de un hijo” (Henaó, 1998), lo cual supondría que para los jueces desde tiempo atrás, el sentimiento de dolor por la muerte de un ser querido, merece un reconocimiento y una valoración, que, para efectos prácticos debe ser económica.

Por otra parte, está el especial valor afectivo que algunas cosas producen en las personas, como lo es, por ejemplo, el caso del esposo que reclamó indemnización por la extracción indebida de los restos mortales de su esposa, que se encontraban depositados en una bóveda de su propiedad¹, pues no sólo se tuvieron que resarcir los daños materiales sino el daño moral a la luz de los Artículos 2341 y 2356 del Código Civil Colombiano.

II. RELACIÓN DEL DAÑO MORAL CON LA PÉRDIDA DE “COSAS”.

Ahora bien, para hablar del daño moral por la pérdida de cosas, es menester precisar que las mascotas entrarían en la categoría de los animales domesticados y domésticos contemplada en el artículo 687 del Código Civil Colombiano, Capítulo IV del Libro Segundo: De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Dicho de otra manera, las mascotas son catalogadas como bienes.

Sin embargo, la Sentencia T-155/12, hace una descripción un poco más amable de la relación del hombre con sus mascotas, al tutelar el derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad, indicando lo siguiente:

La tenencia de un animal doméstico en el lugar de residencia es una decisión personal y familiar que obedece a diferentes necesidades y proyectos de vida, y que por lo tanto en principio debe ser respetada y protegida por el Estado. Desde sus inicios esta Corporación ha sostenido que las personas cuentan con el derecho a tener animales domésticos, en tanto

¹ Este caso corresponde al fallo citado del 22 de julio de 1922.

se trata del ejercicio de varios derechos fundamentales entre los que se han mencionado el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad personal y familiar. Con relación al primero, la jurisprudencia constitucional ha destacado que es un derecho de status activo que “exige el despliegue de las capacidades individuales, sin restricciones ajenas no autorizadas por el ordenamiento jurídico. Se configura una vulneración de este derecho cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia”. En relación con el segundo, la intimidad personal y familiar implica el derecho a no ser molestado a fin de resguardar un espacio de privacidad personal y familiar, libre de cualquier intromisión de otros, sin el consentimiento de su titular.

Lo anterior, podría dar lugar a deducir que el reconocimiento del daño moral aplicaría en caso de la pérdida de una mascota.

III. IMPORTANCIA DE LAS MASCOTAS EN LA SOCIEDAD MODERNA.

En una reciente publicación en la página web www.periodistadigital.com, se muestra una realidad que aunque allí la centralizan en las familias norteamericanas, cada día va teniendo más auge entre las parejas jóvenes de todo el mundo: Tener mascotas en lugar de hijos. Hoy por hoy, no es una prioridad para muchos jóvenes profesionales, nacer, crecer, reproducirse y morir. Por el contrario, el desarrollo personal, profesional y económico cobra mucha más importancia que tener una familia con varios hijos.

Por esta razón y para efectos prácticos, es mucho más fácil y tal vez mucho más afectivo tener un perro o un gato en la mayoría de los casos, que procrear nuevos seres humanos que merecerán toda la atención y el tiempo que nuestros padres nos dedicaron.

Este pensamiento resulta un poco egoísta, pero claramente corresponde a una tendencia mundial que no puede desconocerse, al igual que las familias conformadas por parejas del mismo sexo y tantas otras circunstancias que han llevado a que los ordenamientos jurídicos

de los diferentes países sufran cambios importantes en su estructura y la concepción de sus preceptos históricos.

Con los programas de adopción impulsados por un sin número de fundaciones, entidades privadas sin ánimo de lucro o las mismas disposiciones impulsadas por los planes de gobierno de algunas ciudades y municipios a nivel mundial, han generado que cada día las personas tomen más conciencia de la problemática que gira en torno a la proliferación de animales domésticos en las calles. Por esta razón, las personas los llevan a sus casas y los hacen parte de sus familias.

Por lo tanto, la pérdida o el daño que por acción u omisión de un tercero, sufran las mascotas, generan un dolor inmenso en sus dueños y demás humanos que tuvieron relación con ellas.

En países como España, se ha versado en varias ocasiones sobre el tema. Tal es el caso del “Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11ª, de 25 de marzo de 2010, Diario El Derecho, RI § 1041094” hecho por la Prof. Dra. Susana Navas Navarro de la Universidad Autónoma de Barcelona, en donde hace alusión no sólo al resarcimiento de los daños derivados de un incumplimiento contractual que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, si a ellos hubiere lugar; sino también el daño moral por infracción contractual. Ella hace una especial observación en lo relacionado con la cuantía pues para determinarla se debe acudir al arbitrio del juzgador, que, para ese caso particular, toma como referencia la responsabilidad extracontractual, sabiendo que el daño se deriva de una responsabilidad contractual. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 2010)

En este sentido, podemos inferir que ni siquiera en países donde el tema se ha puesto sobre la mesa, existe claridad sobre la cuantificación de este tipo de daño, bien sea que se derive de una responsabilidad contractual o extracontractual que claramente son diferentes.

IV. CONCLUSIONES

1. Hasta que no exista un medidor de dolor, no será posible tasar de manera adecuada el daño moral, cualquiera que sea su causa. Por el momento, habrá que conformarse con lo que se ha versado sobre el tema.
2. No caería mal una reforma a las muchas que se han hecho a nuestra ley sustancial, que descategorice por lo menos de manera parcial los animales domésticos y domesticados del *status* de “cosa” o “bien” lo que permitirá el reconocimiento de la indemnización de daños morales a sus dueños, por la muerte o lesión de aquellas, causada por acción u omisión de terceras personas, bien sea por responsabilidad contractual o extracontractual.
3. Hace falta que las personas que se crean con este derecho, pongan en marcha el aparato judicial, con el fin de hacer jurisprudencia, más tratándose de un tema que está tomando un auge muy grande en los últimos tiempos.
4. Se puede experimentar dolor por la pérdida de los bienes materiales, de seres queridos o de la calidad de vida. En ese orden de ideas, se puede experimentar dolor por la pérdida de una mascota.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Sentencia Radicado No. 7416 Consejo de Estado, Radicado No. 7416 (Consejo de Estado M.P. Julio Cesar Uribe 11 de 12 de 1992).

alizee.uniandes.edu.co. (2006). Obtenido de El Daño Moral:

http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=dano_moral

Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, RI § 1041094 (25 de Marzo de 2010).

Fenix Compañía de Seguros S.A. (s.f.). Obtenido de
<https://www.fenixdirecto.com/es/diccionario-seguros/d/dano-material>

García Arango, G. A. (24 de 08 de 2007). *El Precio del Dolor: El dolor desde el Derecho Administrativo*. Recuperado el 10 de 2014

Henao, J. C. (1998). *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Navia Arroyo, F. (06 de 08 de 2009). *Daño Moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia*. Recuperado el 10 de 2014

VI. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Sentencia Radicado No. 7416 Consejo de Estado, Radicado No. 7416 (Consejo de Estado M.P. Julio Cesar Uribe 11 de 12 de 1992)

Consejo de Estado, Sentencia Radicado No. 6750 del 17-07-1992. M.P.: Daniel Suárez.

Sentencia T-155/12, Magistrada Ponente: Maria Victoria Calle Correa.