

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CUANDO SE AFECTAN
INTERESES COLECTIVOS”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**CÁRCAMO MEJÍA, HÉCTOR MAURICIO
MEJÍA HERNÁNDEZ, DOUGLAS ERNESTO
PAREDES VALENZUELA, JENNIFER ALEJANDRA**

DOCENTE ASESOR:

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO.
(PRESIDENTA)**

**LIC. FRANCISCO OPORTO.
(SECRETARIO)**

**MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO
RECTOR**

**ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

**LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ
SECRETARIO GENERAL**

**LIC. RAFAEL PEÑA MARÍN
FISCAL GENERAL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DECANA**

**DR. JOSÉ NICOLÁS ASCENCIO HERNÁNDEZ
VICEDECANO**

**MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ
SECRETARIO**

**LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO
DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN**

**LICDA. MARÍA MAGDALENA MORALES
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

A Dios por haberme permitido culminar con mis estudios, que a pesar de las dificultades me dio fuerzas para seguir adelante y siempre ha estado conmigo y ha mantenido a raya a quienes han tratado de estropear este objetivo.

A mis padres Bartolomé Humberto Carcamo Benítez y Sonia del Carmen Mejía de Carcamo que me han apoyado en todo momento, quienes se han sacrificado por darme excelente educación y me inculcaron valores que me han convertido en la persona que orgullosamente soy ahora, a ellos dedico especialmente esta tesis.

A nuestro asesor Msc. Juan José Castro Galdámez por su guía, instrucción y enorme apoyo, mis más altas muestras de admiración y respeto.

A mis compañeros de tesis que han sido excelentes amigos sin los que este logro no fuera posible.

Héctor Mauricio Carcamo Mejía.

Dedico este trabajo de investigación especialmente a Dios, que me ha guiado y ha dado fortaleza para poder lograr mis metas, y a todas las personas que me han ayudado a lo largo de mi carrera Universitaria, entre estas quiero agradecer especialmente a:

A mis padres, Pedro Enrique Mejía Hernández y Milagro de Jesús Hernández; a pesar que mi padre ya no se encuentra entre nosotros, ha sido el pilar fundamental para culminar mi carrera, tanto en el área económica como motivacional, por ser ese ejemplo de esfuerzo, perseverancia y superación personal. A mi madre por esa ayuda incondicional a todo lo largo de mis estudios, por estar a mi lado en todos esos momentos de mi formación académica y de mi vida, alentándome a seguir adelante y a no desmayar ante las adversidades.

A mi esposa Jennifer Alicia Peñate de Mejía, por haberme acompañado desde el inicio de mi carrera Universitaria y haberme brindado su apoyo absoluto, sin el cual este proyecto de investigación no hubiese sido posible.

A todos esos docentes que contribuyeron a mi formación académica y en especial al Msc. Juan José Castro, por habernos guiado e instruido en este peldaño final de la carrera.

A mis compañeros de tesis por esa paciencia, ese esfuerzo y dedicación que juntos emprendimos en este proyecto y en general a todas esas personas que de alguna manera contribuyeron en el transcurso de mi devenir académico para el logro de esta importante meta.

Douglas Ernesto Mejía Hernández.

A Dios por haberme permitido culminar con mis estudios, que a pesar de las dificultades me dio fuerzas para seguir adelante y siempre ha estado conmigo y ha mantenido a raya a quienes han tratado de estropear este objetivo.

A mis padres Carmen y Franklin que me han apoyado en todo momento, quienes se han sacrificado por darme excelente educación y me inculcaron valores que me han convertido en la persona que orgullosamente soy ahora, a ellos dedico especialmente esta tesis.

A Israel Bonilla que siempre me hacía presión y me alentaba a seguir adelante recalcándome mis cualidades y capacidades.

A nuestro asesor Msc. Juan José Castro Galdámez por su guía, instrucción y enorme apoyo, mis más altas muestras de admiración y respeto.

A mis compañeros de tesis que han sido excelentes amigos sin los que este logro no fuera posible.

A mi jefe que siempre me ayudó con los permisos para estudiar, que me alentaba y animaba a seguir adelante, que siempre confió en mis capacidades.

A todos aquellos grandes amigos que de alguna manera me ayudaron, ya sea con algún dictado, a buscar libros, con las diapositivas, a alentarme y aconsejarme.

Jennifer Alejandra Paredes Valenzuela

ÍNDICE

RESUMEN	i
ABREVIATURAS Y SIGLAS	iii
INTRODUCCIÓN	iv
CAPÍTULO I	1
GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL	1
1.1 Antecedentes históricos comparativos.....	1
1.1.1 Derecho romano.....	2
1.1.2 Derecho español.....	3
1.1.3 Derecho francés.....	4
1.1.4 Derecho latinoamericano.....	4
1.2 El daño moral en El Salvador.....	5
1.3 Fundamento doctrinario del daño moral.....	7
1.3.1 Relación de causalidad del daño y la responsabilidad.....	7
1.3.2 Conceptualización de los perjuicios.....	8
1.3.3 Daño moral.....	10
1.3.4 Naturaleza jurídica del daño moral.....	14
1.3.5 Bien jurídico protegido.....	17
1.3.6 Autonomía del daño moral respecto a otro tipo de daños.....	22
1.3.7 Principales corrientes doctrinarias que tratan el concepto y alcance del daño moral.....	23
1.3.7.1 Toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento.....	23
1.3.7.2 El daño moral es todo daño no patrimonial.....	24
1.3.7.3 El daño moral como menoscabo a derechos referidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica.....	24
1.3.8 Denominaciones.....	25
1.3.9 Elementos o características del daño moral.....	27

CAPÍTULO II	29
DAÑO MORAL COLECTIVO	29
2.1 El daño colectivo.....	30
2.2 El daño moral colectivo.....	32
2.3 Diferencia conceptual entre interés difuso e interés colectivo.....	37
2.4 Paradigma colectivo.....	40
2.5 Legitimación.....	41
2.6 Patrimonio común.....	44
2.7 Derechos de incidencia colectiva.....	46
2.7.1 Ubicación de los derechos colectivos en la división generacional de los derechos humanos.....	47
CAPÍTULO III	55
REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y DAÑO MORAL COLECTIVO	55
3.1 Generalidades de la reparación del daño moral.....	55
3.2 Naturaleza de la reparación del daño moral.....	60
3.3 Principio de reparación Plena del daño moral.....	62
3.4 Forma y modo de hacer efectiva la reparación.....	65
3.5 Valoración y cuantificación del daño moral en la reparación.....	67
3.6 La prueba en el daño moral.....	73
3.7 Reparación del daño moral colectivo.....	75
3.8 El destino de la indemnización.....	81
CAPÍTULO IV	83
DAÑO MORAL COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO	83
4.1 Constitución de El Salvador.....	83
4.2 Instrumentos internacionales.....	86
4.2.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948	87

4.2.2 Convención americana sobre derechos humanos (pacto de San José de Costa Rica).....	88
4.2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	91
4.3 Ley de Reparación por Daño Moral y su relación con otras leyes....	93
4.4 Código Civil.....	94
4.5 Código Penal.....	96
4.6 Código de Familia.....	98
4.7 Análisis de la Ley de Reparación por Daño moral.....	98
4.7.1 Objeto de la ley.....	99
4.7.2 Definición de daño moral.....	100
4.7.3 Causas para la reparación del daño moral.....	104
4.7.4 Sujetos de la ley.....	105
4.7.5 Principios.....	107
4.7.6 Criterios para la determinación del resarcimiento del daño moral.....	107
4.7.7 Procedimiento y presupuestos de la acción de indemnización por daño moral colectivo.....	108
4.7.8 Formalidades de la demanda.....	110
4.7.9 Legitimación y acreditación del daño moral y del daño moral colectivo.....	111
CONCLUSIONES	121
RECOMENDACIONES	123
BIBLIOGRAFÍA	125
ANEXO	139

RESUMEN

La presente investigación analiza, “El daño moral colectivo”, enfocándose principalmente en la reparación de este, con el fin de determinar la existencia de parámetros legales para cuantificar la reparación del mismo.

La finalidad se determina a partir de aspectos particulares, como la evaluación del daño moral a nivel territorial, destacando su aplicación y desarrollo en las distintas demarcaciones geográficas culminando con el derecho salvadoreño, donde se establece de manera escasa en la Constitución, específicamente en el artículo 2 inciso 3º, dando cabida a la creación de una ley especial, denominada Ley de Reparación por Daño Moral, también se dan a conocer aspectos generales como su fundamento doctrinario, la responsabilidad en general y la relación de causalidad, conceptualizando los perjuicios, en virtud de la clasificación establecida por la doctrina.

El daño moral no establece una cobertura suficiente que abarque una categoría colectiva, por lo cual, cuando existe una disminución en la tranquilidad anímica y espiritual de una comunidad.

En cuanto a la reparación como no se trata de bienes patrimoniales no se pueden reembolsar, si no que se procura colocar a la víctima en condición equivalente al bien moral afectado, sin perjuicio de que esto implique una retribución económica, por lo cual debe agudizarse el ingenio para procurar soluciones indemnizatorias congruentes con su naturaleza; lo que enmarca la problemática central de la investigación que en la legislación salvadoreña no se contempla un parámetro para determinar la reparación del daño moral colectivo.

ABREVIATURAS

Art: Artículo

Cn: Constitución

C.C: Código Civil

CPn: Código Penal

CFm: Código de Familia

Inc: Inciso

Lrdm: Ley de reparación por daño moral.

Ord: Ordinal

SC: Sala de lo Constitucional

SCc: Sala de lo Civil.

SIGLAS

CSJ: Corte Suprema de Justicia.

FGR: Fiscalía General de la República.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PGR: Procuraduría General de la República.

PDDH: Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objeto principal el tema “La reparación del daño moral cuando se afectan intereses colectivos”.

En el anteproyecto se estableció como situación problemática la no existencia de parámetros para determinar el daño moral colectivo o difuso ni la cuantificación de su reparación.

Referente al planteamiento problema de investigación se omite el planteamiento de hipótesis en razón de la naturaleza dogmática jurídica de la misma, la cual se realiza a través de la investigación doctrinaria y no de campo, no obstante en el desarrollo de los capítulos se cumple con la línea de congruencia, y cada objetivo establecido fue resuelto a través del desarrollo de cada capítulo, ya que en base a estos se elaboró el desarrollo de los mismos. La presente investigación analizará “El daño moral colectivo enfocándose principalmente en la reparación de este con el fin de determinar la existencia legal de parámetros para cuantificar la reparación del mismo.

Lo anterior lo enlazamos a los objetivos de la investigación por lo que se consideró: Establecer la regulación jurídica que debe contener la Ley de Reparación por Daño Moral, para una eficaz reparación del daño moral colectivo.

De manera específica se consideró: Analizar la evolución histórica del daño moral que establece los criterios, parámetros, alcances y normas del concepto de daño moral de manera general y comparativa para sustentar las bases del

daño moral colectivo en el sistema jurídico salvadoreño actual; examinar la cobertura del daño moral colectivo, para determinar si esta abarca o satisface los intereses de una colectividad; Identificar las características que determinan las formas de reparar el daño moral individual y colectivo para poder constituir una reparación efectiva en la legislación salvadoreña e Indagar la legislación salvadoreña y tratados internacionales, para estipular si estos regulan verdaderas garantías cuando se ven afectados intereses o derechos colectivos.

Fue así como surgió la pregunta ¿Cómo afecta la falta de regulación en el sistema jurídico salvadoreño en cuanto a la reparación del daño moral colectivo?

Es así que la importancia de realizar esta investigación se basa y justifica en: El primero es porque, por medio de esta investigación se establece la existencia de un problema, en cuanto a la determinación del daño y cuantificación para la reparación del daño moral cuando se ven afectados derechos colectivos o difusos.

El segundo, por medio de esta investigación se podrá generar una fuente o una herramienta de información, precisa para poder establecer criterios que faciliten la determinación y cuantificación del daño moral cuando se ha afectado tales derechos.

El tercero, porque se instaure como afecta el fenómeno, en cuanto a que existe inseguridad jurídica para los eventuales sujetos afectados, debido a que toda la tarea de determinación del daño y cuantía de la reparación, queda a discrecionalidad de los juzgadores, ya que la legislación actual no proporciona los parámetros legales necesarios, en los cuales se puedan sustentar.

Por lo anterior, en el desarrollo de este documento se establece una herramienta de información para facilitar la determinación de la reparación del daño moral en el cumplimiento de cada uno de los objetivos planteados.

En el Capítulo uno, se plantean las generalidades del daño moral, y su evolución desde un punto de vista histórico-comparativo, partiendo desde el Derecho Romano, que es el primer esbozo del daño moral; la ley de las XII Tablas donde se plasmaba la injuria, como una lesión física o moral ocasionada a un individuo; el Derecho Español, Derecho Francés, Derecho Latinoamericano, hasta culminar con el Derecho Salvadoreño, siendo esto una base para establecer un fundamento doctrinario del daño moral, partiendo de la responsabilidad del daño en general y su relación de causalidad, conceptualizando los perjuicios, en virtud de la clasificación establecida por la doctrina; el concepto de daño moral, su naturaleza y el bien jurídico que este tutela así como las principales corrientes doctrinarias que tratan el concepto.

A partir del Capítulo dos se analiza el daño moral colectivo en razón de que la cobertura del daño moral, no abarca una categoría colectiva, siendo que el sujeto afectado ya no es solo la persona física individual, sino un grupo humano íntegro donde se parte del hecho que pueden haber perjuicios extra patrimoniales, desde un matiz social; es por ello que se desglosa en el capítulo en dos, las vertientes principales el daño colectivo y el daño moral colectivo, diferenciando en este punto el interés difuso y el interés colectivo, y analizando el paradigma colectivo, desentrañando el significado de “la sociedad de masas” bajo el análisis de los intereses supra individuales con la aprensión de la legitimación colectiva y el patrimonio común.

En el Capítulo tres, por tratarse del objetivo principal de este proyecto de investigación, se estudia la reparación del daño moral, desentrañando sus

generalidades, la naturaleza, y el principio de reparación plena del mismo, la forma y el modo de hacerla efectiva, su valoración y cuantificación y no menos importante la prueba para culminar con el análisis íntegro de la reparación del daño moral colectivo y el destino de la indemnización.

Finalmente en el Capítulo cuatro, se realiza un análisis legal de aquellas normativas que establecen este tipo de daño por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ratificados por El Salvador.

También se realiza un análisis crítico a aquella legislación Salvadoreña que debe estipular mejor este daño tales como la Constitución de la República, el Código Civil, el Código de Penal, el Código de Familia y la Ley de Reparación por Daño Moral.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL

En cuanto al daño¹, este es entendido como un “perjuicio causado a una persona o cosa como consecuencia de un evento determinado. Se clasifica generalmente en daño material, cuando se causa en el patrimonio o bienes de una persona, incluidos los daños físicos a la misma, o daño moral, como sufrimiento o perjuicio de difícil valoración económica causado en el ánimo de una persona”. Ambos son indemnizables.

Procede el estudio del daño moral debido a la amplitud de los efectos que delimitan la compensación pecuniaria de los perjuicios. La dignidad de la persona, como valor supremo a tutelar por esta figura jurídica nos lleva a establecer elementos como su definición, la legitimación para reclamarlo, su autonomía con respecto a otras reparaciones, el procedimiento para su acreditación y las pautas para fijar el monto indemnizatorio. Antes de establecer la figura jurídica del daño moral y más aún sobre el daño moral colectivo de lo cual nos ocupamos, se debe dar conceptualización especial al daño en sí, así mismo a lo que jurídicamente entenderemos por moral para finalizar por lo que entendemos por daño moral colectivo.

1.1 Antecedentes históricos comparativos

En este apartado se desarrollará una breve reseña histórica del daño moral, a partir de su evolución normativa en algunos países, que han sentado un precedente, en el tema.

¹Definición de “daño” consultado en enciclopedia jurídica en línea, Edición 2014, en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/danos/danos.htm>

1.1.1 Derecho romano

En el derecho romano legó a las civilizaciones modernas grandes aportaciones en el entorno social, religioso y legal, inicialmente las relaciones entre ofensor y ofendido se regían por la venganza privada; en aquella época según lo explica el autor², el concepto de daño se equiparaba al de daño material, pero el instituto jurídico de la injuria constituía una forma de daño moral, el cual consistía en la lesión física o moral ocasionada a un individuo en su propia persona a través de palabras o hechos.

En la Ley de las XII Tablas, la cual es considerada una de las mayores aportaciones de la cultura romana al Derecho. Es la primera compilación de disposiciones jurídicas con el propósito de administrar la justicia de la época y promover la libertad e igualdad, dentro de la concepción cultural entre patricios y plebeyos. Este conjunto de normas legales no dependía, de la interpretación sacerdotal y de facultades sobrenaturales o augurios, sino que se basaban en leyes escritas³.

La injuria se sancionaba mediante una composición legal tarifada y, sólo en casos excepcionales, a través de la ley del talión, dicha pena privada⁴ “debía ser mensurada por el juez tomando en consideración el perjuicio pecuniario experimentado por el acto”. Paulatinamente, menciona el citado autor⁵, que las sanciones civiles fueron constituidas por las obras de pretor y la

²Ramón Daniel Pizarro, Daño Moral: prevención, reparación, punición: *el daño moral en las diversas ramas del derecho, Responsabilidad civil*. 2a. Ed, (Ciudad de Buenos Aires: Hammurabi, 2004). 17.

³Joaquín Muñiz Coello, Derecho e historia en la sociedad clásica: *memoria y reconstrucción*, BAR internacional series 1640 (Oxford: John and Erica Hedges Ltd, 2007).

⁴Luis Díez Picazo, Derecho y masificación social: *tecnología y derecho privado* (Cizur Menor: Aranzadi, 2016).74.

⁵ Pizarro, Daño moral. 18.

jurisprudencia; en el siglo II antes de Cristo surgió la *actiainturiarum aestimatoria* que permitía al magistrado imponer la pena que graduaría en términos de equidad, en atención a las lesiones inferidas y a las circunstancias del caso. Esta acción cubría tanto las injurias causadas al damnificado directo como las que repercutían sobre personas ligadas a él.⁶

Por lo que, con el transcurso del tiempo, se llevó a que la injuria se entendiera, no como la lesión inferida, sino como la ofensa moral producida; ya en el derecho Justiniano, la noción de injuria evolucionó hasta cubrir cualquier hecho que, a través de una acción contraria a derecho, importare un desprecio por la personalidad del otro.⁷

1.1.2 Derecho español

En el derecho español, en un primer momento, en la legislación civil y penal, no se refería al daño moral en sí, sólo se hacía referencia al daño que la persona podría sufrir en sí misma, como lo indica el citado autor, “es evidente que el daño que se recibe en sí mismo no puede ser otro que el que viene denominándose moral o patrimonial”.⁸

No fue hasta el año 1912, por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo español, que en la rama del derecho civil, que se reconoce el resarcimiento del daño moral, al menos en lo que atañe a la responsabilidad civil extracontractual, en la cual tiene como finalidad la satisfacción de la víctima.⁹

⁶Valentín Letelier. Génesis del Estado (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1967) 9.

⁷María José Bravo Bosch, La injuria verbal colectiva (Madrid: Dykinson, 2007) 12.

⁸ Rafael García López, Responsabilidad civil por daño moral: *doctrina y jurisprudencia* (Barcelona: J.M. Bosch, 1990) 7.

⁹Andrés Söchting Herrera. Criterios para determinar el indemnizatorio en el daño moral un estudio de la jurisprudencia española, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7 (2006) 6.

1.1.3 Derecho francés

El derecho francés bajo la influencia del derecho romano, se admitió la indemnización por daño moral únicamente en materia de delitos e imponiendo composiciones obligatorias, establecidas en un principio general, de que un daño cualquiera, causado con una culpa cualquiera, da lugar a la reparación. Posteriormente se dio un amplísimo alcance a la Ley Aquilia, de forma tal que “comprende todo tipo de daño y todo tipo de acción u omisión sin más que se encuentre en el comportamiento del causante algún tipo de culpa”.¹⁰

En la jurisprudencia francesa concede la reparación por daño moral en toda clase de actos ilícitos, sin importar si se trata de responsabilidad contractual o de responsabilidad extracontractual.¹¹

1.1.4 Derecho latinoamericano

Hay autores que entienden por daño la mera diferencia perjudicial existente entre la situación de la víctima antes de sufrir el acto lesivo y la que tiene después de ocurrido éste, ya se trate de una diferencia patrimonial (daño material), o no patrimonial (daño no patrimonial o “moral”). Finalmente hay quienes definen daño en términos muy amplios y genéricos, señalando, por ejemplo, que éste es la consecuencia lesiva, reconocible porque se manifiesta o, simplemente, toda suerte de mal, material o moral.¹²

¹⁰Rafael Bernard Mainar, *Derecho romano: curso de derecho privado romano*, (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001) 4.

¹¹María Imelda Benítez et. al. "Resarcimiento del daño moral dentro del ordenamiento jurídico de la república de El Salvador" (Tesis de grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de El Salvador, 1999) 68.

¹²José Luis Diez Schwerter, *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997) 13.

En todo caso, independientemente de la técnica utilizada para definir daño, resulta claro que las nociones seguidas actualmente en América Latina coinciden, en su amplio alcance, comprensivo de todas las consecuencias lesivas, patrimoniales o no patrimoniales, que pueda ocasionar una hipótesis de responsabilidad extracontractual.¹³

Ante tal silencio, la doctrina y jurisprudencia latinoamericanas han elaborado diversos conceptos, los cuales, coinciden en que el daño implica un menoscabo, disminución o detrimento, discrepan, sin embargo, a la hora de precisar la zona jurídica afectada. En América Latina la regla general es que los distintos derechos nacionales adopten actualmente sistemas bipolares de daños resarcibles, integrados por los daños materiales o patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y por el daño no patrimonial, usualmente llamado “daño moral”, y la excepción es México y Perú.¹⁴

1.2 El daño moral en El Salvador

El fundamento constitucional del daño moral se encuentra en el artículo 2 inciso 3º de la Constitución de la República¹⁵, que establece “indemnización conforme a la ley, por daños de carácter moral”, pero esta indemnización está comprendida dentro de diferentes ramas del derecho, ya que puede haber indemnización de carácter moral en los procesos penales, civiles, ambientales, laborales, administrativos, etc.

Como complemento a dicho precepto la Constitución también establece en su art. 245 que “los funcionarios y empleados públicos responderán

¹³José Luis Diez Schwerter, El daño extracontractual y su reparación en América Latina: análisis histórico comparativo (Universidad de Roma: Tor Vergata, 2003). 24.

¹⁴Ibid.

¹⁵Constitución (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 1983)

personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”.

Por lo que la tutela de dicho derecho se ha venido haciendo efectiva ayudado de algunos apartados en leyes secundarias, pero esta es muy escasa, por ejemplo el Código de Familia¹⁶, en el art.150 inciso 2°, que establece “si fuera declarado la paternidad, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar del padre indemnización por daños morales”. Esto viene a dar impulso al art. 2 inciso 3° de la Constitución y, mejor aún, a desarrollar una institución como la indemnización por daño moral, al declararse judicialmente la paternidad, que se ha dejado a un lado, conformándose nada más a una simple declaración de paternidad o un reconocimiento provocado, pero, el dolor, el daño a la dignidad y la moral que se ha causado, traspasa esas formas de reconocimiento y el padre debe responder severamente con una indemnización por daño moral.

En el Código Civil, la figura del daño moral se pierde, puesto que solo se habla de indemnización por daños y perjuicios materiales, lo cual se encuentra regulado a partir del título XII “del efecto de los contratos y de las obligaciones” en donde el art. 1426 inc. 1° del mismo cuerpo legal establece “toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacer lo hecho”.¹⁷

Es a raíz de esto, que se da la creación de la Ley de Reparación por Daño Moral¹⁸, encaminada al cumplimiento del mencionado precepto

¹⁶Código de Familia (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993)

¹⁷Código Civil (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860)

¹⁸Ley de Reparación por Daño Moral (Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016)

constitucional; pero durante 33 años, ha existido una falta de legislación especial, por lo que se recurría a la jurisprudencia, lo que ha causado un contexto generalizado de desconocimiento, respecto del tipo de casos prácticos que se puedan dar, lo que conlleva a la posibilidad de no ejercer justicia efectivamente en este ámbito.

1.3 Fundamento doctrinario del daño moral

La epistemología jurídica despliega un mejor conocimiento, puesto que los conceptos se estudian desde un punto de vista normativo, fáctico y metodológico, por lo cual se analiza no solo la significación, también la naturaleza, el bien jurídico que este tutela y su autonomía respecto de otras tipologías.

1.3.1 Relación de causalidad del daño y la responsabilidad

El deber de resarcimiento de un daño debe ser atribuido mediante una norma jurídica en la cual es necesario establecer cuando el agente es responsable por distintos factores. En primer lugar, es necesario determinar si es un daño real es decir si este ha recaído sobre algo previamente establecido como tal por la ley positiva, la jurisprudencia o la doctrina y en segundo lugar que el agente pueda ser imputable.

De esa manera, la noción de daño se integra estructuralmente con las de obligación y derecho subjetivo o interés legítimo, dado que “en definitiva la víctima dañada, en razón del perjuicio, puede obtener coactivamente de otra persona la indemnización del detrimento sufrido”.¹⁹

¹⁹Brebbia citado por Hernán Daray en *Daño Psicológico*, 2a ed. actualizada y ampliada (Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma, 2000) 108.

El autor, citando a Brebbia explica que para que exista responsabilidad es necesario: “1) que el acto sea ilícito, 2) que sea imputable subjetivamente al agente 3) que haya culpabilidad u otro factor de atribución determinado por la ley 4) que exista un daño patrimonial o extra patrimonial, y 5) que medie un nexo de causalidad adecuado entre el hecho ilícito y el daño”.²⁰

El nexo causal entre el acto ilícito y el daño, constituye uno de los presupuestos necesarios para que exista responsabilidad, es decir, entre el acto y sus consecuencias, ya que la extensión del resarcimiento encuentra su medida y límites en la relación de causalidad, es decir que a mayor relación mayor culpa y será mayor la responsabilidad. Si el daño es realmente causado por el agente y en esta relación se vinculan los demás elementos será procedente el señalamiento del agente que lo provoco y la determinación de las obligaciones para el mismo.²¹

La teoría de la causa adecuada expresa que una de las formas de establecer la relación de causalidad jurídicamente relevante es la que existe entre el daño ocasionado y el antecedente que la produce normalmente según el curso natural y ordinario de las cosas. Es decir que “es aquel antecedente que por costumbre o mayor repetición en los procesos se establece como causa de daño y no otros que no serían objetivos dentro del mínimo sentido de la razón”.²²

1.3.2 Conceptualización de los perjuicios

La doctrina ha intentado diversas clasificaciones; entre ellas es básica la que

²⁰Ibíd.

²¹Yrma Flor Estrella Cama, "El Nexo causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual" (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009) 67.

²²Manuel Cancio Meliá, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001) 77.

distingue entre daño patrimonial presente y futuro, así como directo o indirecto, lo cual debe gozar de un elemento común y es el de ser cierto, sin perjuicio de la dificultad de esa certidumbre, y que en la mayoría de casos queda sometida al arbitrio judicial. En el daño actual, pues son indemnizables las consecuencias ya sucedidas, en el daño futuro, solamente cabe reparar cuando medie una conducta antijurídica cometida y con respecto a la cual prevén repercusiones que si bien no han acontecido aún se sabe con objetiva seguridad que ocurrirá dentro del curso natural y ordinario de las cosas.²³

Distinguir entre daño emergente y lucro cesante, es decir el daño emergente es la pérdida efectiva de bienes que ya estaban en el patrimonio de la víctima y el lucro cesante es una especie de ganancia frustrada, beneficios dejados de percibir. Por otro lado de la fuente sostiene que el daño patrimonial y el daño moral pueden ser causados en forma directa o indirecta, es decir que el modo directo o indirecto de causarse el daño no altera su naturaleza, siempre ha de responder al carácter patrimonial o no patrimonial del bien jurídico lesionado.²⁴

El daño como elemento del acto ilícito, es decir, con relación a la responsabilidad civil de que estamos tratando, significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones legítimas (daño moral).²⁵

El daño se puede establecer como la acción ilícita causada por un agente

²³ Daray, *Daño psicológico*. 125.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.* 126.

imputable, el cual, dependiendo el nexo de causalidad, así será la forma de responder con su obligación de resarcir lo causado, directo o indirecto, patrimonio o moral, cuyo campo de cobertura va más lejos de lo físico o patrimonial y dentro de lo extra patrimonial un vector axiológico; es decir a la calidad de vida con un enfoque integral de la existencia humana y de todos sus derechos y facultades. En materia de responsabilidad civil, es necesario que a la hora de restaurar los perjuicios que padecen las víctimas de los actos ilícitos se aplique el principio de la reparación integral que rige la problemática en cuestión.

1.3.3 Daño moral

Existen distintas corrientes doctrinarias las cuales pretenden definir el daño moral desde varias concepciones del daño en general. Es por ello, que se analizó el concepto de daño para introducirse luego a la noción de daño moral.

Lo que importa es la naturaleza de los derechos dañados. En consecuencia, habrá daño patrimonial si los derechos afectados tienen contenido patrimonial y habrá daño moral si los derechos lesionados, son de contenido extrapatrimonial, es decir, el daño consistiría en la lesión a un derecho de la personalidad, toda violación de un derecho extra patrimonial configura un daño moral. Lo que caracteriza jurídicamente a los daños extra patrimoniales, no es ningún sufrimiento de carácter particular, sino, la violación de algunos de los derechos inherentes a la personalidad de un sujeto.²⁶

Se considera que el daño moral se tipifica como “aquella lesión cierta sufrida en los intereses más íntimos de una persona, que determina dolor o

²⁶Brebbia, El daño moral. 145.

sufrimiento en sus afecciones legítimas, principalmente a los derechos y atributos de la personalidad”, el daño moral significa entonces, el desmedro sufrido en los bienes extra económicos jurídicamente protegidos.²⁷

El daño moral es el que se infiere al violarse alguno de los derechos personalísimos o de la personalidad, que protegen como bien jurídico a los presupuestos o atributos de la personalidad del hombre como tal: de una parte la paz, la privacidad, la libertad individual, y sobre todo la salud y la integridad psicofísica de los seres humanos²⁸.

En la actualidad, el daño moral queda integrado por todas aquellas manifestaciones psicológicas, afectivas, emocionales o íntimas que sufre un perjudicado por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que no son constatables, de forma directa en el ámbito económico del perjudicado. Así pues, el daño moral sería un cierto deterioro de los elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desarrollo cognitivo o emotivo del ser humano, extendiéndose a todo agravio que sufre la dignidad, honorabilidad, integridad física o cualquier elemento que pudiere alterar la normalidad de las facultades mentales o espirituales de una persona física.²⁹

Se hace énfasis en el interés comprometido y enseña que “el interés privado se distingue según el punto de referencia objetivo, en que puede producirse respecto a bienes patrimoniales, o en bienes no patrimoniales, por lo que

²⁷Jorge Joaquín Llambías, Tratado de derecho civil: *obligaciones*, Vol. 1 (Michigan: Ed. Perrot, 1967) 66.

²⁸Félix Trigo Represas, Un caso de daño moral colectivo en *Linguistics and language Behavior Abstracts*, Año 4. N.º3, E.D. 171- 371, abril de 1997

²⁹Carlos Alberto Ghersi, *Reparación de daños: acción del hombre, autoría, relación de causalidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, factores objetivos, equidad, formas de reparación* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989). 45.

correlativamente se considera como interés patrimonial o no patrimonial. De esta forma el daño privado se definirá como patrimonio o no patrimonial, según tenga por objeto o el interés privado patrimonial o un interés privado no patrimonial".³⁰

Se sostiene que es falso que la lesión a un bien o a un derecho de la personalidad genere de suyo un daño moral. La imagen, la intimidad, el honor, etcétera, si bien se tutelan para defender la dignidad humana, no tienen un valor a los efectos resarcitorios *per se*. Por ende, el perjuicio moral ocurre debido a que esos bienes o derechos de la personalidad satisfacen necesidades (intereses) del espíritu, el cual está asentado en otro bien: la integridad psicofísica.³¹

El concepto de daño moral se fundamenta en el sufrimiento, en el trastorno psicológico, en la afectación espiritual. Parte de la doctrina estima que el daño moral se agota en el ámbito de la personalidad, que se limita al deterioro de los sentimientos sin ninguna consecuencia pecuniaria; lo cierto es, sin embargo, que debe reconocerse que, en la actualidad la dogmática jurídica reconoce lo que se denomina daño moral puro y daño moral con consecuencias patrimoniales, que deben indemnizarse, en la medida que se encuentren acreditados. Esto último ha dado origen a la teoría del daño del alma.³²

El citado autor define al daño moral como "...el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el

³⁰Adriano de Cupis, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona: Ed. Bosch, 1975) 56.

³¹Alberto J. Bueres, *El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general*, Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 1 (1992: Rubinzal Culzoni, Santa Fe).

³²«Corte de Apelaciones de Santiago, 7ª Sala, 30 de mayo de 2003», s. f.

hecho o acto antijurídico". Agrega el autor, que la noción se basa en los siguientes presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.³³

Otros autores, en su obra definen al daño moral como "una minoración en la subjetividad de la persona, derivada a la lesión de un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial".³⁴

Se adhirió a este concepto de daño moral, y se sostiene que atiende al daño en sí mismo y no a la índole de los derechos lesionados y que, además, pone el acento en el daño al espíritu comprendiendo a la persona humana en cuerpo y espíritu, en su capacidad de entender, querer o sentir. Este autor replantea la expresión "daño moral" en la vieja idea del dolor y del sufrimiento y propone la noción de "daño a la persona extra patrimonial".³⁵

Mientras que, en El Salvador, según la sentencia de inconstitucionalidad, de la Sala de lo constitucional con referencia 44-2013/145-2013 AC. El daño moral se refiere a los efectos inmateriales o intangibles sufridos como consecuencia de la violación de los derechos fundamentales, tales como los efectos producidos por la aflicción, el dolor, la angustia u otras

³³Eduardo A. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", 3a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, (2005): 145

³⁴Pizarro, Daño moral. 171.

³⁵Jorge Mosset Iturraspe, et.al. Responsabilidad por daños: *de empresa*, T. 9 (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003) 95.

manifestaciones de impacto emocional o afectivo que ocasionan afectaciones a bienes inestimables o vitales de la persona humana.³⁶

El daño moral ha movilizadado constantemente a la doctrina suscitando grandes discrepancias: se diverge en torno a la misma definición del término, su naturaleza y finalidad, los supuestos de procedencia y respecto a su cuantificación; la Ley de reparación por daño moral lo define como “cualquier agravio derivado de una acción u omisión de ilícita que afecte o vulnere un derecho extra patrimonial de la persona”³⁷ y aclara cuales son los casos que no están comprendidos como tal por ejemplo: el mero incumplimiento de contratos o la mera inconformidad con su ejecución, los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados en el ejercicio del derecho de la libertad de expresión, siempre que en el modo proceder no exista un propósito calumnioso, injurioso, difamatorio o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.

En razón de lo expresado por la Ley de reparación al daño moral, la valuación constituye una tarea que deberá realizarse con prudencia de parte de los abogados y los jueces, puesto que este apartado puede generar disidencias pues se genera una pauta interpretativa.

1.3.4 Naturaleza jurídica del daño moral

En cuanto a la naturaleza jurídica del daño moral, es considerada una

³⁶Inconstitucionalidad, Referencia No. 44- 2013/145-2013 AC (El Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2016)

³⁷Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016)

tendencia subjetivista, es decir, que esta no es más que los efectos que se causen en el sujeto y a la alteración del estado psicológico del mismo y su relación con el orden económico, con origen en un evento externo, se podría sostener que el daño moral sería la privación o disminución de aquellos bienes tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual.³⁸

Por ello, el daño moral debe ser calibrado por lo que fue antes, que por lo que no es, y su reparación asume, con frecuencia, un carácter meramente simbólico, como algo casi no jurídico, que solo podía ser computado para castigar o sancionar al autor de la lesión.³⁹

La naturaleza jurídica del daño moral es muy debatida pues por una parte existe una posición que sostiene que esta llega a constituirse como una verdadera pena, por lo tanto se la concibe como una sanción impuesta al ofensor del acto antijurídico, esta posición se basa en la idea de que los derechos vulnerados o violentados por la acción de daño moral son de naturaleza ideal, lo cual expresa que no son susceptibles de apreciación económica de ningún tipo.⁴⁰

Esta posición doctrinaria sustenta que la naturaleza del daño moral es de tipo sancionatorio, el cual impone un castigo al artífice de acción, ya que el resarcir en dinero los sufrimientos resulta inaceptable, por lo tanto, la sanción impuesta resulta ser del tipo ejemplar sancionatorio a modo de castigo o

³⁸Poder Judicial, El daño moral en la Jurisprudencia, en https://www.poder-judicial.go.cr/salaprimeraphocadownload/Temas_jurisprudenciales/Trabajo_sobre_dano_moral.pdf. Sitio visitado el 9 de febrero de 2017.

³⁹ Pizarro, Daño moral. 56

⁴⁰ Zannoni, El daño en la responsabilidad civil. 43

pena contra el sujeto activo del acto.⁴¹

Existe otra posición de tipo satisfactorio compensatorio, la cual es la más aceptada por la doctrina, puesto que esta cumple una función o un rol de índole satisfactorio, fundada en que el fin mismo de la indemnización surgida por la acción del daño moral, consiste en brindar al perjudicado una especie de satisfacción o de complacencia, que no debe ser confundida con una indemnización propiamente dicha, puesto que en estos casos lo que realmente se busca es que de alguna manera, se compense la ofensa sufrida.⁴² En ese sentido, continúa "El dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente, pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o hacerlo de alguna manera muchos más soportable".

Como se ha establecido con anterioridad, resulta difícil evaluar las afecciones morales, por no existir una tabla valorativa o un baremo, ello no implica que no sean objeto de reparación que en muchas ocasiones tiene el carácter de pecuniario, aunque la compensación no tiende a suprimir el daño moral padecido, procura otorgar un beneficio satisfactorio, ya que no se trata de colocar un precio al dolor ni de medir las afecciones en dinero, su objetivo no es eliminar por completo el agravio ocasionado, sino otorgar un goce de satisfacción que permita de alguna manera compensar al daño sufrido.⁴³

⁴¹Manuel Sebastian Brito González, et. at. "El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización" (Tesis de grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Azuay, 2013), <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/3186>

⁴²Alberto Pino Emhart, "Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios". *Revista chilena de derecho privado*, n.º 21 (2013): 89-135, <https://doi.org/10.4067/S0718-80722013000200004>.

⁴³Brito González, *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*. 136.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, establece que la modalidad de reparación, el objetivo de la indemnización, no es sancionar la conducta ilícita, sino reparar los perjuicios que ésta ocasiona mediante una compensación económica, sobre todo cuando el afectado ya no puede recuperar la situación anterior a la violación de sus derechos. En tal sentido, el derecho reconocido en el art. 2 inc. 3° de la Constitución de la República, es independiente de que se sancione o no la violación cometida.⁴⁴

Tal situación se produce en las violaciones de los derechos fundamentales, en cuyo caso surge el derecho a exigir a los responsables una indemnización por el daño moral causado, la cual puede ser una de las medidas que favorezca de modo más tangible la situación de las víctimas al tratarse de una garantía constitucional autónoma frente a las violaciones de derechos fundamentales, el reclamo de una indemnización no sustituye ni exonera del cumplimiento de las demás obligaciones estatales de prevención, investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables, pues ambos mecanismos de protección tienen su propia fuente jurídica y finalidad específica, con igual carácter imperativo.

La ley de reparación por daño moral como su nombre lo indica, alude a la naturaleza compensatoria como tal “Art. 2 inc. 2° el daño moral da derecho a la reparación, ya sea que provenga de una responsabilidad extracontractual o contractual”, alejándose del carácter punitivo.

1.3.5 Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido, se establece aquel valor que las distintas

⁴⁴Inconstitucionalidad, Referencia N°. 44- 2013/145-2013 AC (San Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 2016).

normas positivas directas o análogas instituyen con respecto a su protección, acción y reclamo, al mismo tiempo sirve de guía para lo que se debe entender por moral y en ese aspecto, la vinculación de los diferentes ordenamientos, jurisprudencia y líneas doctrinales⁴⁵.

En la doctrina del daño moral se establece con precisión cuál o cuáles son los bienes protegidos, pero esta ha sido una labor extensa y polémica que ha motivado pocas soluciones encontradas tanto a nivel autoral como jurisprudencial, las tesis más significativas al respecto son las del *Pretium Doloris* y la de los derechos subjetivos extrapatrimoniales.⁴⁶

La primera, perteneciente a los principales campos de desarrollo de la figura del daño moral, vigencia actualmente sobre todo en los ordenamientos jurídicos que contemplan el resarcimiento, de manera inconsistente confecciona el bien protegido a partir de las siguientes generalizaciones: La sensibilidad física, y los sentimientos creencias o afectos,⁴⁷ puesto que debe llegarse a la lógica conclusión de que a esa persona se le ha ocasionado daño moral, representado por el dolor, el pesar, la angustia y las molestias de orden psíquico que ella sufre en su sensibilidad física o en sus sentimientos, en su probidad, en sus creencias o en sus afectos.

Doctrina y jurisprudencia determinaron con posterioridad que el criterio del *Pretium Doloris* no era del todo adecuado para establecer jurídicamente el bien protegido y que con su aplicación se sostenía la crítica de la "inmoralidad del resarcimiento" fundada ésta en lo impropio de ponerle precio al dolor,

⁴⁵Carlos Santiago Nino, "Consideraciones sobre la dogmática jurídica: con referencia particular a la dogmática penal" (México: Ed. Coyoacán, 2011). 134.

⁴⁶Benítez, Resarcimiento del daño moral dentro del ordenamiento jurídico de la República de El Salvador, 46.

⁴⁷Ibíd. 48.

además de que con ello se abría demasiado espacio a la inseguridad jurídica promovida tanto por los muchos probables damnificados (que solo tenían que expresar su supuesto dolor), así como por la aparentemente excesiva discrecionalidad concedida al juzgador para apreciar el supuesto daño. Agregamos a ello la acertada observación de Barragán Romero, quien, apuntando hacia el error de interpretación en que incurre el *pretium Doloris* al tomar el efecto como el daño en sí, expresa: "Las denominaciones de los sufrimientos que lesionan intereses no patrimoniales son dolor, angustia, aflicción física o espiritual, humillación. En rigor, ninguno de tales estados del espíritu es el daño mismo, sino su consecuencia".⁴⁸

Se afirma que el dolor en sentido lato, como repercusión casi natural e infaltable en toda transgresión, incluso de orden patrimonial, no puede ser considerado en derecho para caracterizar una forma determinada de perjuicios. En verdad, todo agravio lleva consigo una conmoción de orden físico o psíquico en el sujeto que lo soporta. Es porque se ha herido el amor propio, la dignidad y se ha privado de lo que necesitamos indefectiblemente para subsistir o para planes en actual ejecución, o para el simple progreso legítimo. Eso es corriente, aún natural, no surgiendo para definir la esencia del daño moral. A lo sumo para definir un efecto común, de ocurrencia corriente, aunque no necesaria.⁴⁹

El impulso propinado a los derechos humanos luego de la finalización de la segunda guerra mundial propició una mayor atención jurídica a la personalidad humana, de manera que, abanderado por el renovado compromiso mundial con los valores de la justicia, la seguridad jurídica y la equidad se estableció un nuevo criterio para definir el bien protegido por la

⁴⁸Romero Barragán, Elementos del Daño Moral (Guayaquil: EDINO, 1995). 175.

⁴⁹Mosset Iturraspe. Responsabilidad por daños: de empresa. 105.

figura jurídica del agravio moral.

El criterio alcanzado es el de la protección de los derechos subjetivos extra patrimoniales, teniendo por punto de partida los derechos de la personalidad los cuales conceden un poder a la persona para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades, y que son reconocidos bajo otras denominaciones como derechos esenciales, derechos personalísimos, fundamentales, absolutos, subjetivos fundamentales, etc.⁵⁰ En tal sentido, coincidentemente, una agresión a bienes extra patrimoniales da origen a una reacción del derecho, en cuanto dicho bien jurídico, debidamente protegido, da lugar a la reparación del daño moral, y mucho mejor, extra patrimonial.

Existe otro criterio para establecer el bien protegido que considera los derechos subjetivos extra patrimoniales como un todo al que denominan "patrimonio moral", el que a la vez clasifican como patrimonio moral subjetivo y patrimonio moral objetivo. Quienes sostienen dicho criterio lo definen como "El conjunto de bienes de naturaleza extramatrimonial, los cuales por su característica inmaterial no son susceptibles de ser valorados, ni aproximada, ni perfectamente en dinero".⁵¹

En esa misma línea, determinan⁵² que el patrimonio moral subjetivo o afectivo está integrado por los bienes que se refieren directamente a la persona en su intimidad: afectos, creencias, sentimientos, vida privada y configuración y aspectos físicos; mientras que, entienden por patrimonio moral objetivo o social los bienes que se relacionan de manera directa con el sujeto y el medio

⁵⁰Marcelo, Barrientos Zamorano, "Del daño moral al daño extrapatrimonial: *la superación del pretium doloris*", *Revista chilena de derecho* 35, n.º 1, Santiago, Chile, 2008. 85-106.

⁵¹Benítez. Resarcimiento del daño moral dentro del ordenamiento jurídico de la República de El Salvador. 49.

⁵²*Ibíd.* 49

en que se desenvuelve socialmente, donde se exterioriza su personalidad y que comprende el decoro, el honor, la reputación y la consideración que de la persona tienen los demás.

En segundo plano, al establecer la división del mismo en subjetivo y objetivo no hace sino perpetuar la ya superada discusión acerca del daño moral "directo e indirecto". Para efectos prácticos, tanto sustantivos como procesales, las legislaciones contemporáneas han determinado que el daño moral es uno, independiente de que redunde o no en detrimento económico del agraviado, sea de manera directa o circunstancial, sea afectando el llamado patrimonio moral subjetivo o el patrimonio moral objetivo.

En El Salvador el tema ha sido objeto de debate e investigación, puesto que la Ley de reparación por daño moral contempla también como bien tutelado el «proyecto de vida» y la afectación sustancial del mismo da lugar a reclamar compensación por daño moral (Art. 3, letra d), el problema recae en el hecho de determinar jurídicamente cuál es el proyecto de vida de una persona, puesto que con las migraciones, el aumento y facilidad de las comunicaciones y uso de las tecnologías modernas, inclusive en la educación, como la formación a distancia, etc. el individuo muchas veces suele tener más de un proyecto de vida por lo cual se dificulta tener el conocimiento y certeza jurídica de cuál debe ser considerado como primero.⁵³

Esto, sin olvidar el debatido cuestionamiento de si en realidad *personas* más allá de la tercera edad tienen proyecto de vida, pues «proyecto» como tal ya no corresponde, pues es deseable lo hayan alcanzado, o en realidad es que una persona va mudando sus proyectos de vida conforme transcurre su vida.

⁵³Ley de Reparación por Daño Moral. (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016)

1.3.6 Autonomía del daño moral respecto a otro tipo de daños

La autonomía representa la facultad de establecer un agravio independiente a otros factores que salieron afectados en el hecho ilícito que causó el daño. La importancia de esto es en cuanto a la procedencia legitimación y la acción de resarcimiento que se solicita, de los medios de prueba y los alegatos de hecho y de derecho que sean procedentes para detallar el daño moral.⁵⁴

Para quienes entiendan que no es un perjuicio autónomo si no hay algún grado de incapacidad sobreviniente, será imprescindible que el sujeto dañado haya experimentado algún menoscabo en su potencialidad de producir ingresos pecuniarios o en su vida de relación en general. Para los que nos pronunciamos por la autonomía, bastaría que la existencia del ser humano en estudio se haya visto afectada en alguna de sus diversas áreas, o en la posibilidad de disfrutar de los bienes materiales o espirituales, integralmente considerados: en síntesis que se viera deteriorada su calidad de vida.⁵⁵

Una de las razones más importantes en la determinación de la autonomía del daño moral es que la configuración no es exclusivamente hermenéutica legal, más bien requiere de auxilios de disciplinas que integran el campo de la salud mental y espiritual, porque solo de esta forma se puede establecer el daño concreto o cercano y su reparación plena.

Es así que el daño moral y sus variantes (como el colectivo) corresponden a una acción autónoma. Nos encontramos con que su reparación siempre se ha visto ligada a la reparación por daños patrimoniales, lo que a nuestro ver

⁵⁴Agustín Macías Castillo, El daño causado por el ruido y otras inmisiones, Colección Responsabilidad civil (Madrid, edit. La Ley, 2004) 401-403.

⁵⁵Daray, Daño Psicológico. 21.

debe entenderse de manera independiente, de tal manera que la acción de reparación del daño moral puede demandarse autónomamente, respecto de las demandas de responsabilidad en las que se aleguen daños patrimoniales. Esto es, dicha acción puede ejercerse sin necesidad de reclamar otras, ya que su acreditación y procedencia son independientes de otros tipos de responsabilidad.

1.3.7 Principales corrientes doctrinarias que tratan el concepto y alcance del daño moral

Para dirimir mejor este tema es más sobresaliente tener varias perspectivas ideológicas o niveles de pensamiento, puesto que ello encausa a dos posibilidades la primera es decantar por uno de ellos y la segunda opción en base a todas las prerrogativas obtener conclusiones propias, por lo cual es propicio analizar las corrientes doctrinarias más trascendentales respecto del daño moral.

1.3.7.1 Toma en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento

El concepto de daño moral debe ser determinado siguiendo el mismo camino que se utiliza para definir el daño patrimonial resarcible. Para ello es menester formular una distinción necesaria, entre el daño en sentido amplio y daño resarcible. Para esta corriente es importante y trascendental para la determinación de qué daño debe ser objeto de manifestación jurídica solo aquel que tenga carácter de resarcible.⁵⁶

⁵⁶ Pizarro, Daño Moral. 202

Se critica esta corriente porque no es aceptable la construcción jurídica que atiende a los resultados o consecuencias de la acción antijurídica, para caracterizar el daño moral y patrimonial. Los bienes patrimoniales representan para el hombre meros medios económicos para la satisfacción de intereses.⁵⁷

1.3.7.2 El daño moral es todo daño no patrimonial

En esta corriente se ha llegado a sostener que daño no patrimonial es aquel que ni aun indirectamente se traduce en una disminución patrimonial. Ello implica negar la existencia de un daño moral cuando el detrimento repercute en forma indirecta sobre el patrimonio de la persona.⁵⁸

1.3.7.3 El daño moral como menoscabo a derechos referidos a la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica

Para esta corriente de pensamiento posee relevancia la índole de derechos lesionados, aunque de manera alguna más restringida. Conforme a ella, el daño moral es el que se infiere al violarse algunos de los derechos personalísimos o de la personalidad que protegen como bien jurídico tutelado a los atributos de la personalidad, tal como la paz, la vida íntima, la libertad individual, la integridad física, etc.⁵⁹

Se critica esta posición doctrinaria, ya que en muchos casos el daño moral proviene de dañarse previamente un bien material y según esta doctrina no

⁵⁷ *Ibíd.* 203

⁵⁸ *Ibíd.* 204

⁵⁹ *Ibíd.* 205

es posible hacer esa relación, así mismo, si ante el daño moral se causa un efecto negativo a lo material tampoco será posible encausar las situaciones.

Para efectos de esta investigación, se tomará como base doctrinaria esta teoría, ya que la crítica se puede resolver, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, con una reparación separada del daño civil y del daño moral. Por otro lado, no cabe duda que los derechos involucrados son los referidos a la personalidad y los derechos humanos de tercera generación.

1.3.8 Denominaciones

La esencia del problema anida en el sentido y alcance que se asigne a aquello que se procura denominar más que en la denominación en sí misma. No lo entienden así algunos autores que enfáticamente proclaman que hay que dejar de lado la categoría del daño moral y omitirla en los códigos para sustituirla por la de daño a la persona, ya que consideran la noción de daño moral como absolutamente imprecisa, desde sus orígenes desde su comprensión y su denominación.⁶⁰

Una parte de la doctrina considera que esta posición es equivocada, ya que al contraponer daño moral con daño personal como nociones supuestamente no conciliables están dejando de lado las consecuencias que preventivas y resarcitorias para la figura jurídica de la moral. Expresan que se equivocan en lo conceptual, al proponer la sustitución de una categoría jurídica que, luego de una perceptible evolución, ha alcanzado notable grado de eficacia en su funcionamiento, para sustituirla por otra, que no encuentra cabida en las normativas vigentes.⁶¹

⁶⁰ *Ibíd.* 206

⁶¹ *Ibíd.* 208

El daño moral también suele ser denominado de las siguientes formas: Perjuicio moral: se critica esta denominación ya que el perjuicio es lo que sufre una persona o una entidad cuando es víctima de un daño es decir solamente hace referencia a un momento dentro el fenómeno. Agravio moral: agravio visto como perjuicio que se hace a una persona en sus derechos o intereses generalmente recae sobre elementos materiales y sus parámetros están determinados por criterios más técnicos. Al tratar sobre un agravio moral este no puede valorarse desde una perspectiva patrimonial y mucho menos establecerse criterios cerrados para su valúo.⁶²

Si se acepta este presupuesto, es obligado concluir que el daño o agravio moral es daño no patrimonial, y que éste, a su vez, no puede ser definido en contra posición al daño moral. Daño no patrimonial: en este caso se deja de lado que el daño moral o bien deviene de un daño previo en el orden patrimonial o bien este tendrá repercusión sobre el patrimonio. En consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial.⁶³

Daño no económico: se señala esta denominación en su aspecto negativo en el sentido que esta podría no tener como consecuencia la indemnización de carácter económico, ya que al hablar de una responsabilidad que no deriva de una obligación material esta no tiene carácter de resarcible. Cuestión que en el daño moral es esencial para su reparación.⁶⁴

⁶²Carlos Fernández Sessarego, "El daño al proyecto de vida", (Lima:1996), S.F, http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF

⁶³De Cupis, *El daño*. 145.

⁶⁴José Pablo Vergara Bezanilla, "Comentarios sobre el daño moral en materia contractual", *Revista de Derecho* N.º 26, (2011): 11-26.

Daño extra patrimonial: no todo elemento que no sea patrimonial pertenece al orden de lo moral por ello esta denominación carece de profundidad en la determinación de lo que representa realmente el daño moral, sus modalidades y alcances.⁶⁵

1.3.9 Elementos o características del daño moral

Por su propia configuración, como algo tan específico, concreto y personal, al tiempo que tan ceñido uno cada caso en concreto, resulta casi imposible categorizar y definir, de forma genérica y universal, los elementos que integran el daño moral. Incluso es la situación fáctica que hace que el mismo se genere lo que, a la vez, lo hace inclasificable.⁶⁶

Se puede determinar de forma general que estos son los elementos o características esenciales en la determinación de daño moral: el impacto moral del hecho sobre la víctima, las consecuencias exteriores de la lesión física o psíquica, permanentes o temporales, parciales o totales, las condiciones personales de la víctima, en especial sus facultades de recuperación, el tiempo de postración, incapacidad o convalecencia y el dolor físico cargado por el acto ilícito.⁶⁷

Parámetros para la identificación de un daño de carácter moral según la doctrina internacional:⁶⁸

⁶⁵Barrientos Zamorano, Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial.161.

⁶⁶ Sentencia, Referencia TOCA 417-2016, (San Luis Potosí: Tercera Sala, Supremo Tribunal de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2017) <http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/sentencias/salas/2016//2017-02-13-417-2016.pdf>

⁶⁷Felipe Navia Arroyo, Del daño moral al daño fisiológico: *una evolución real?*, Ensayos de derecho penal, no. 4 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000).

⁶⁸Cámara de familia de la sección del centro de San Salvador, Sentencia definitiva, Referencia 28 15, 2015.

- 1) El sentimiento de ausencia, de nostalgia, respecto a una apreciada persona,
- 2) El sentimiento de ausencia, de nostalgia, respecto a un objeto apreciado,
- 3) El sentimiento de ausencia, de carencia, de una preexistente aptitud física,
- 4) El sentimiento de ausencia, de carencia, de una preexistente aptitud psíquica,
- 5) El de la sensación pérdida, irrecuperable, de una expectativa, posibilidad beneficiosa o beneficio futuro avalado en cierto grado de probabilidad,
- 6) Las repercusiones del deterioro, sean físicas o sicosomáticas,
- 7) La Sensación, Duradera, de inseguridad,
- 8) El sentimiento de depresión de la autoestima,
- 9) la Limitación de las expectativas sociales ya consolidadas, avaladas en cierto grado de certeza,
- 10) En general, cualquier efecto negativo y constatado de la íntima confianza, la seguridad personal, la sensación del desintegramiento de la propia estructura personal, acompañado de un cierto grado de descrédito.

Respecto a uno mismo, que se exteriorice de alguna forma apreciable por terceros, es decir, un decrecimiento de la autoestima o de la hetero estima y debemos insistir en que el daño moral, por sí mismo, carece de una genérica valoración de tipo, no es eso por no pueden ser objeto de indemnización este tipo de conductas u otras que con posterioridad se determinen. Por eso mismo, sólo a modo de ejemplo podemos transcribir estos parámetros básicos aceptados por la jurisprudencia nacional.⁶⁹

⁶⁹Andrés Söchting Herrera, "Criterios para Determinar el Indemnizatorio en el Daño Moral un Estudio de la Jurisprudencia Española", en revista Chilena de Derecho Privado, diciembre 2006, disponible en: <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=370838866003>

CAPÍTULO II

DAÑO MORAL COLECTIVO

El daño moral regulado en El Salvador no es suficiente, su cobertura no abarca una categoría colectiva donde el “sujeto afectado” no es ya la persona física individual, ni la de la existencia ideal, sino un grupo o categoría que por su misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significación vital tales como; la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos humanos íntegros, es decir, se parte del hecho que puede haber en los perjuicios extra patrimoniales un “matiz social”, en la medida que nace de las relaciones de las personas con su ambiente o circunstancias físico-temporales; el daño lo soportan entonces, en su calidad los miembros de un determinado conjunto social. Por ello, es imperante analizar y desglosar este tema.

Existe el reconocimiento de la legitimación suficiente para obrar en juicio, a favor de sujetos o entes adecuadamente representativos de la colectividad interesada; tales como, asociaciones de defensa del consumidor, defensor del pueblo. etc. Este mismo criterio lo comparten otros juristas.⁷⁰ Sin embargo, en una posición contraria se sostiene que el daño moral, es por naturaleza individual, esto ligado a la subjetividad o espiritualidad de cada damnificado.⁷¹

⁷⁰Dri, Roxana Sandra, "Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación", (Tesis de grado, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana, Argentina, 2001), 30.

⁷¹Pizarro, *Daño moral*. 115-116.

2.1. El daño colectivo

El daño sufrido injustamente se ha convertido en el núcleo fundamental del nuevo sistema de responsabilidad civil o derecho de daños como correlato de las transformaciones jurídicas y sociales. Este daño se redimensiona, ya que no sólo se considera el menoscabo de un derecho subjetivo o de un interés individual, sino que se amplía hasta abarcar los intereses de incidencia colectiva. En la actualidad la masificación y propagación de los peligros, su carácter difuso, exigen este cambio de enfoque y justifica la aceptación de la existencia con rango propio de los “daños colectivos”.⁷²

De este tipo de daño se despliegan tres afirmaciones importantes.⁷³

1. Se señala que puede haber un daño colectivo, es decir, sufrido por grupos.
2. Se afirma que hay legitimación procesal grupal.
3. Si hay daño colectivo, se debieran postular la existencia de bienes colectivos.
4. Finalmente, se afirma que la responsabilidad individual declina, asistiéndose a una colectivización de la responsabilidad.

Hay daños colectivos cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía, y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal. A su vez, el daño grupal es calificable como difuso cuando el goce de un interés se muestra extendido, difundido, dilatado; se

⁷²Garrido Cordobera, Lidia, "Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (Art. 14)", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, N.º 3, (2010), 283, <http://www.acaderc.org.ar/los-derechos-individuales-y-de-incidencia-colectiva-en-el-codigo-civil-y-comercial-art.-14>.

⁷³Néstor A. Cafferatta, Introducción al derecho ambiental (México: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales : Instituto Nacional de Ecología : Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2004), 202-203. Disponible en: http://cebem.org/cmsfiles/publicaciones/Introduccion_al_Derecho_Ambiental,_Caferatta.pdf.

propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que este se encuentre o no organizado y compacto.⁷⁴

La diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que plantea es una cuestión de predominio. “Los daños colectivos no surgen de la simple suma de daños individuales ya que presentan autonomía, entidad grupal, pues afectan simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad, que es víctima indiscriminada de lesión”.⁷⁵

Se debe superar la visión analítica y separadora que colocaba a los sujetos en comportamientos jurídicos estancos, ya que los intereses no son exclusivos ni excluyentes en relación con los individuos, sino compartidos y convergentes dentro de un conjunto sean comunidades y grupos. Los destinatarios del peligro ya no son las personas en forma aislada, sino categorías o clases ligadas por algunas circunstancias que las hacen víctimas de ese tipo de daño.⁷⁶

Es por ello que impera la acentuación de lo social en materia de derecho de daños y el factor colectivo en el origen del daño y así como en su resultado, es decir el daño causado y sufrido colectivamente. Todos estos fenómenos de la era, atacan a la sociedad, según, el concepto de bien común garantizado en la Constitución de la República, este se presenta como características ligadas a los daños colectivos la necesidad de dar soluciones flexibles en el reconocimiento de la legitimación activa y la mayor

⁷⁴Cuál es el concepto de daños colectivos, accedido 3 de mayo de 2017, <http://www.significadolegal.com/2009/08/cual-es-el-concepto-de-danos-colectivos.html>.

⁷⁵Lidia M. R Garrido Cordobera, *El Riesgo ambiental* (Madrid: Reus, 2014).

⁷⁶Matilde Zavala de González, "Los daños morales colectivos", S. F., accedido 21 de mayo de 2016.

acentuación de la faz preventiva.⁷⁷

Se debe distinguir entre los daños causados colectivamente y los daños sufridos colectivamente, lo que implica apreciar el factor colectivo en el origen del perjuicio es decir faz genética y también en los perjuicios sufridos, daños colectivos en la faz generada. Cuando se refiere al daño sufrido colectivamente, se alude a un daño que afecta a varias personas simultánea o sucesivamente en sus intereses sociales, aunque a veces concurra, también, con un daño particular.⁷⁸

Es evidente que toda la problemática de los daños colectivos requiere un fino sentido jurídico y realista en el sujeto destinado a apreciar las circunstancias en las cuales se producen. El daño ambiental o el daño a los consumidores demuestran por sí mismos la entidad y autonomía del daño colectivo.

2.2 El daño moral colectivo

Cuando se hace referencia al daño moral colectivo se debe entender principalmente que se describen hechos que causan un agravio a una colectividad determinada o indeterminadas, es decir que se trata de trasladar el concepto de daño moral jurídicamente y doctrinariamente aceptado a un orden general, es indispensable la determinación de ciertos elementos, características y principios que nos diferencien entre lo individual y lo colectivo. En el daño moral colectivo es la sociedad en su conjunto o bien que resulta damnificada, es decir una generalidad indeterminada de sujetos, sin perjuicio de que simultáneamente se impliquen afectados, y en forma

⁷⁷Lidia Garrido Cordobera, et. al., *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada derecho argentino y derecho español* (Madrid: Reus, 2010).106.

⁷⁸Zavala de González, "Los daños morales colectivos".

particular, algunos de los individuos componentes del grupo.⁷⁹

El “daño moral colectivo” es un instituto jurídico de síntesis. Ello, porque su estructura supera aparentes contradicciones gracias a la confluencia de distintas ramas del ordenamiento jurídico: derecho constitucional e infra constitucional, derecho público y derecho privado, derecho material y derecho procesal.⁸⁰ Lo define como la conculcación de intereses extra patrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva.⁸¹

En el primer caso el daño se propaga entre varios sujetos, incluso sin vínculo jurídico entre ellos, y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. Es decir, que un hecho, los consumidores perjudicados por un producto en mal estado o por la prestación de un servicio etc., cohonesto a los damnificados que se encuentran en idéntica posición fáctica y jurídica. En el segundo caso el factor atrapante es objetivo y de "incidencia colectiva", porque media lesión a bienes colectivos o públicos, susceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo.⁸²

En este supuesto la naturaleza del bien categoriza al daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, usan o se benefician con el objeto conculcado.⁸³

⁷⁹Yoleida Vielma Mendoza, "Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual", accedido 4 de mayo de 2017, <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>.

⁸⁰Jorge Mario Galdós, Cuánto y quién por daño moral, *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, t. III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, (Córdoba: 2009), 1692. http://comunicaciones.ujexternado.edu.co/publicaciones/product_info.php?products_id=93.

⁸¹Ibíd.

⁸²Ibíd.

⁸³ Conculcado: quebrantar una ley, una obligación adquirida o un principio ético o moral.

Por otra parte, se señala que de lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no solo como afectación de la esfera social del individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal, por lo cual cuando se afecta un bien de naturaleza colectiva, el daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesione el bien colectivo en su propia existencia o extensión, de modo que, el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extra patrimonial colectiva.⁸⁴

El citado autor, con anterioridad, había advertido de la existencia de bienes colectivos, concepto de vital importancia para entender el tema pues sus características destacan no sólo el hecho de que no pertenecen a un sola persona, sino también: la indivisibilidad de los beneficios de uso común: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan y no es divisible su apropiación privada; el principio de no exclusión de los beneficiarios: significa que todos los individuos tiene derecho a su utilización y no pueden verse limitados; el estatus normativo: es necesario que tenga un reconocimiento normativo para que sea calificado de jurídico.⁸⁵

El autor lo entiende como el daño sufrido o padecido por una pluralidad determinada o indeterminable de sujetos, al conculcarse los intereses lícitos y tutelables, patrimoniales o extra patrimoniales, que no son susceptibles de apropiación o fraccionamiento individual y que resultan diferenciados o diferenciables de otros daños; destacando de esta forma que el interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento.⁸⁶

⁸⁴Ricardo Luis Lorenzetti, *Justicia colectiva* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010).

⁸⁵*Ibíd.*

⁸⁶Galdós, *Cuánto y quién por daño moral*.

En los daños colectivos se lesionan bienes colectivos, por lo que el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con la independencia de las repercusiones patrimoniales que puedan tener. Sucintamente diremos que si es reconocido, el agravio moral colectivo presenta matices especiales del daño moral que experimentan las personas de manera individual, en lo que hace a las causas, extensión y régimen tutelado.⁸⁷

Por ello, ha llegado a sostener que existe un daño moral colectivo diferente del que pueden experimentar una o algunas personas en particular y que tienen ciertas características singulares. En primer lugar el afectado es un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa, sufren perjuicios extra patrimoniales, en segundo, que deben producir verdaderas incomodidades, alteraciones o sufrimientos sin que sea necesaria una prueba directa, desprendiéndose de las circunstancias del caso.⁸⁸

De esta forma, por daño moral colectivo se entiende como aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva, es decir, que es aquel que lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad "grupala"; la cual es calificable como difusa en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido; cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, porque el titular es la comunidad y el legitimado el Estado.⁸⁹

⁸⁷Jorge Mosset Iturraspe, et. al, *Daño ambiental* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999).

⁸⁸Idem.

⁸⁹Peña Chacón, Mario, "*Daño moral colectivo de carácter ambiental*", en *Revista Derecho Ambiental* número 25, enero marzo 2011, Editorial Abeledo Perrot, Argentina 2011, disponible en: http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_98/completos/04_completo.html

De lo anterior, se colige que desde su concepción la Ley de reparación por daño moral, ha sido mal formulada, incluso la noción completa de daño moral fue concebida de manera errónea por el constituyente, al considerarla en el artículo 3 de la Constitución, ya que a raíz de allí se concretó la idea de que la reparación por daño moral únicamente aplicaba a los derechos personalísimos como lo son el honor, la intimidad, entre otros, mismos catalogados entre los derechos de primera generación, lo que implica que los intereses o derechos colectivos no encajan en la esfera del término “personalísimo”, específicamente en la figura de la legitimación procesal.

En cuanto a la Ley de reparación por daño moral, está no contempla el daño moral colectivo y se limita a reconocer la afectación en las personas naturales y jurídicas, abarcando en esta última el derecho a la imagen comercial, aunque con anterioridad a la vigencia de la ley, ya la Sala de lo Constitucional había otorgado amparo por violaciones de este tipo, estableciendo que ante esa situación les queda expedita la promoción de un proceso por los daños materiales o morales que se hubieran causado, teniendo en cuenta que las personas jurídicas poseen algunos atributos de la personalidad y considerando que las personas jurídicas pueden sufrir daño extra patrimonial en situaciones limitadas a ciertos derechos de la personalidad de proyección social como la identidad y la imagen comercial.⁹⁰

No obstante los vacíos en la ley, es pertinente en El Salvador tutelar este tipo de daños, pues han existido casos en los que se ha dañado moralmente a una comunidad por ejemplo, destrucción parcial del monumento de la Plaza Libertad de Expresión ubicada en el boulevard Luis Poma de Antiguo Cuscatlán; los habitantes del Sitio El Niño afectados por la contaminación de

⁹⁰Sentencia de Amparo, No. 377-2012 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 6 de junio de 2014).

plomo en el caso de baterías Record e, incluso, pudo plantearse un caso de daño moral colectivo por la eliminación de las piezas de arte realizadas por Fernando Llorca, en la fachada de la catedral de San Salvador ocurrido en enero de 2012 o en el famoso caso de “la melaza” que afectó a varias familias en 2017, sin olvidar uno de los casos que mayor agravio consideramos ha causado a toda la población: la reciente reforma al sistema de pensiones.

2.3 Diferencia conceptual entre interés difuso e interés colectivo

La evolución que se ha vivido a partir de los años 80 nivel tecnológico, industrial y comercial, ha producido notorias afectaciones a los derechos e intereses de personas que se encuentran dispersas o grupos no organizados, pues el menoscabo no recae en grupos sociales identificados, sino en forma muy amplia en diversos sectores sociales; por ello, no resulta sencillo conocer a los lesionados en su esfera jurídica, en problemas como la prestación masiva de bienes y servicios, la alteración del medio ambiente, la marginación en las sobre pobladas zonas urbanas y la constante destrucción del patrimonio arqueológico, histórico, artístico y cultural.

Por ello, se vuelve necesario definir qué es interés colectivo y qué es interés difuso, en vista que dichos términos, si no existe un conocimiento profundo sobre la temática, tienden a confundir, creyéndose, en la mayoría de los casos, que tales términos se refieren a lo mismo, aunque en muchos casos los autores los suelen utilizar de manera indistinta. El autor Jesús González Pérez⁹¹, define este así: “interés colectivo es el que trasciende al individual y en el que una serie de personas unidas por un vínculo jurídico, como sería el que atañe a los miembros de una profesión, en cuyo caso sería

⁹¹Jesús González Pérez, *Manual de derecho procesal administrativo*, (Madrid: Civitas, 1990).

incuestionable la legitimación de la corporación que los agrupa para accionar en protección del mismo”.

En cuanto a los intereses difusos, admite más de un titular o ninguno, parece un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado, quienes se hallan en unión tal que la satisfacción de uno sólo implica, en principio, la del grupo, así como la afección a uno, lo es la de todos.⁹²

El interés es colectivo y pleno porque así es la afectación, lo difuso es la afectación a cada individuo que integra el grupo o sector social. "El derecho colectivo existe con naturaleza propia cuando un grupo más o menos determinado de personas protagonizan, en cabeza de cada uno de sus integrantes, relaciones con terceros que les generan perjuicios vinculados a un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objeto de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos."⁹³

En sentencia de amparo instruido por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con referencia 713-2015, establece que, en el caso del interés colectivo, el sujeto con el que aparecen relacionados los bienes es individualizado o individualizable, ya que se refiere a colectividades de carácter permanente y vinculadas con la consecución de los fines que las caracterizan. Por su parte, el interés difuso surge ante la presencia de una necesidad y la falta de medios para satisfacerla, lo cual supone una desprotección o afectación común que impulsa a los sujetos a utilizar los

⁹²Augusto Mario Morello, La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: *legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo* (La Plata: Librería Editora Platense, 1999).

⁹³Néstor A Cafferatta, Introducción al derecho ambiental (México:Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales : Instituto Nacional de Ecología : Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2004).

instrumentos para ser protegidos en la conservación y defensa del referido interés.⁹⁴

Por lo que, se concluye, que el bien colectivo no es fraccionable entre quienes lo utilizan y tampoco es factible dividir su goce, ello trae como consecuencia la imposibilidad de que existan distintos derechos subjetivos, por no existir un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés; siendo lo viable por ende la titularidad difusa del grupo o conjunto en lo que no hay ninguna relación de inmediatez.

Debe acotarse que no son daños exclusivos respecto de bienes propios sino desde el punto de vista de los intereses de la colectividad, desde el momento que no hay un perjuicio personal diferenciado sobre cada uno de los componentes del grupo. Cabe señalar que al asumir el daño su calidad de cierto respecto a un grupo, puede ser que no aparezca singularmente para sus miembros.⁹⁵

Al tratarse de la afectación de un interés colectivo o social, difícilmente se puede individualizar a una persona, y a fin que de que la indemnización fijada por tal concepto cumpla con los fines propuestos, se ha decidido que el monto por resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación para obras que beneficien a la colectividad sea determinada o no.⁹⁶ Para superar las deficiencias del derecho tradicional en esta materia, es necesario utilizar un nuevo enfoque, en el cual queden comprendidos los grupos como sujetos partícipes de las relaciones.

⁹⁴Sentencia de Amparo, No. 713/2015 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 1 de septiembre de 2016).

⁹⁵*Ibíd.*

⁹⁶Memorias del Segundo Encuentro Internacional De Derecho Ambiental, (México: Foro consultivo científico y tecnológico 2007) accedido 11 de agosto de 2016, disponible en: http://www.foroconsultivo.org.mx/libros_editados/ambientalistas_3_4_5.pdf

2.4 Paradigma colectivo

Este surge en virtud de “la sociedad de masas” que no es más que el fenómeno de la masificación, nacida a partir de la explosión demográfica y los avances en la tecnología que dieron como resultado la producción en masa y el tráfico en masa.⁹⁷

Para estas son muy importantes los grupos. Las relaciones ya no sólo son entre un acreedor y un deudor, también existen otros aspectos como el medio ambiente, la salud pública y la cultura, la cuales se instituyen como “bienes colectivos”, que no son susceptibles de apropiación individual, sino que pueden ser disfrutados por todos; por supuesto que donde preexisten “bienes colectivos”, existen intereses sobre esos bienes, y estos intereses merecen algún grado de tutela.⁹⁸ Lo que ocurre es que la concepción clásica del derecho, no cuenta con un desarrollo completo de las relaciones entre grupos, y muchas veces no ofrece soluciones adecuadas a éstos, es decir soluciones colectivas.

Como las sociedades evolucionan el derecho debe hacerlo con ella y parte de la medida a este fenómeno es superar las deficiencias del derecho tradicional en esta materia, utilizando un nuevo enfoque, en el cual queden comprendidos los grupos como sujetos partícipes de las relaciones. Es por ello que el autor propone la adhesión al “paradigma colectivo” que pone el acento en las relaciones grupales y en los bienes colectivos.⁹⁹ Según esta concepción existen tres tipos de derechos: en primer lugar los derechos sobre

⁹⁷Díez Picazo, *Derecho y masificación social*.

⁹⁸Aarón Cavieres, *Transformación forestal y medio ambiente* (Grupo de Investigaciones Agrarias, Academia de Humanismo Cristiano, 1986).

⁹⁹Ricardo Luis Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995).

bienes jurídicos individuales, segundo los derechos sobre intereses individuales homogéneos y por último los derechos sobre bienes jurídicos colectivos.¹⁰⁰ Se está acostumbrado a los primeros: en caso de conflicto, cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un juicio bilateral.

En los derechos sobre bienes colectivos, el titular del interés es el grupo y no un individuo particular. La característica principal de los bienes colectivos es que no son susceptibles de ser divididos en partes que permitan afirmar sobre ellas la titularidad individual de un derecho nominal.¹⁰¹ Cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados, con la particularidad de que el interés menoscabado es grupal e indivisible. Se señaló con anterioridad la posibilidad jurídica de un daño moral colectivo.

Se reconoce como otras particularidades de los bienes colectivos a: la indivisibilidad de los beneficios, el uso común, la no exclusión de los beneficiarios, el status normativo, legitimación colectiva y la ubicación en la esfera social (ya que no pertenecen ni al dominio privado ni al público).¹⁰² Una vez reconocida la existencia de ciertos “bienes colectivos”, resta analizar cómo es la consecuencia de la lesión al interés sobre esos bienes.

2.5 Legitimación

El concepto de legitimación alude a la especial vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que les habilita para comparecer

¹⁰⁰Agustín Álvarez, El Daño Moral Colectivo, *Comentario al Fallo “Casa Millán”*, disponible en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo/at_download/file.

¹⁰¹Ricardo Luis Lorenzetti, Teoría de la decisión judicial: *fundamentos de derecho*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006).

¹⁰²Cafferatta, *Introducción al derecho ambiental*, 205.

o exigir su comparecencia en un proceso en concreto para obtener una sentencia de fondo.¹⁰³

La legitimación colectiva, tiene como objeto la defensa de intereses supra individuales y no de derechos estrictamente individuales, aun cuando pertenezcan a los miembros de dichas organizaciones o, aunque surjan respecto a una pluralidad de sujetos, ni de los derechos propios y particulares de tales entidades. En estos casos, los sujetos legitimados para tutelar dichos intereses son, tanto las personas físicas, como las organizaciones sociales y grupos cuya finalidad es la defensa de intereses legítimos supra individuales.

Puede afirmarse, entonces, que la legitimación para la tutela de un interés supra individual, como todos los demás supuestos de legitimación, se sustentan en la aseveración de un interés legítimo propio por quien insta la tutela jurisdiccional, se trate de una persona física, de un grupo o de una organización social.¹⁰⁴

Debe aclararse que en el caso de las personas jurídicas u organizaciones sociales, la afectación a un interés legítimo existe cuando un acto incide en una categoría, colectividad o grupo cuya defensa global constituye la razón de ser de una de esas organizaciones; es decir, cuando incide en un bien jurídico que a la organización corresponde defender por tratarse precisamente de uno de sus fines sociales específicos.¹⁰⁵

¹⁰³Yolanda Maneiro Vázquez, La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales (La Coruña: Netbiblo, 2007).

¹⁰⁴Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador con Jurisprudencia, (El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2012) disponible en: https://issuu.com/utejusticia/docs/ley_de_procedimientos_constitucionales_con_jurispr/23.

¹⁰⁵Sentencia de Amparo, referencia 310-2003 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 3 de febrero de 2004).

Concurren dos factores que dificultan la legitimación activa en estos casos y estos son: en primer lugar para admitir una pretensión resarcitoria ejercida por quienes, eventualmente, pueden no haber sufrido algún daño individual¹⁰⁶; en segundo lugar, es el riesgo para ponderar la cuantificación y/o prueba del daño moral, por el real desconocimiento de la cantidad de afectados¹⁰⁷.

Al respecto, en la interlocutoria emitida el 9-III-2001,¹⁰⁸ por Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia expresó que "la legitimación para la defensa de intereses supraindividuales implica, el reconocimiento o habilitación que el ordenamiento lleva a cabo a favor de un sujeto para que pueda instar, en nombre propio, la tutela jurisdiccional de un interés que tiene por objeto un bien de disfrute supraindividual, común a una colectividad, que no es ni un interés estrictamente individual, esto es único y exclusivo, ni un interés general o público". "Ésta se sustenta en la afirmación de un interés legítimo propio de quien insta la tutela jurisdiccional, se trate de una persona física, de un grupo o de una organización social".¹⁰⁹

Como expresa la Sala de lo Constitucional, "Y es que, si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección integral de la persona humana, ya sea a título individual o como parte de la colectividad, es posible que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en

¹⁰⁶ Angel Carrasco Perera, El derecho civil: *señas, imágenes y paradojas*, Colección Ciencias jurídicas. Derecho civil (Madrid: Tecnos, 1988).

¹⁰⁷ Matilde Zavala de González, Los daños morales colectivos.

¹⁰⁸ Sentencia de Amparo Referencia: 630-2000, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2004, disponible en, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/05/20C7.PDF>).

¹⁰⁹ Sentencia de Amparo, Referencia: 853-2002 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de justicia) disponible en, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2004/02/2093.PDF>.

cuanto éstos protejan su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su personalidad y autonomía”.¹¹⁰

Menciona también la Sala que “permitir solamente una pretensión procesal basada en un interés directo y una afectación personal a los derechos subjetivos, podría constituir una limitación demasiado estricta a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional; en tanto existen vínculos entre los sujetos y el objeto de decisión que son igualmente merecedores de protección, aunque no formen parte de la esfera particular de los individuos a título de derecho o intereses colectivos o difusos”.¹¹¹

2.6 Patrimonio común

Estrechamente vinculado con la concepción del denominado daño moral colectivo, se encuentra la noción de "patrimonio común" en cuanto vinculado a los bienes históricos, culturales y ambientales, a cuyo fin vamos a seguir la doctrina expuesta por Luis Andorno.¹¹²

El patrimonio común es una noción compleja, de geometría variable, que trasciende la distribución del sujeto y de objeto y las diferenciaciones entre derecho público y derecho privado o entre derecho internacional y derecho nacional, comprendiendo actualmente dos realidades: la primera relacionada con la noción clásica surgida del derecho civil de los bienes, según la cual patrimonio es el conjunto de bienes y de las obligaciones de una persona

¹¹⁰Sentencia de Amparo, Referencia: 934-2007, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de justicia) disponible en, <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2011/03/915DA.PDF>.

¹¹¹*Idem*.

¹¹²Luis Andorno, *La responsabilidad por daño al medio ambiente*, Revista Jurisprudencia Argentina n.º 6006, Argentina, 1996.

considerada como una universalidad de derechos y, por lo tanto, situándose en el cruce del derecho de los bienes y del derecho de la persona.

"Esta concepción implica cuatro elementos constitutivos: un valor pecuniario dado a un bien evaluable en dinero en un mercado, una apropiación privativa del bien, un titular claramente identificado de los derechos sobre: ese bien y una administración prudente y cuidadosa de ese bien para permitir su transmisión sucesoria en las mejores condiciones".¹¹³

El patrimonio de una persona es una universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derecho que no puede ser dividida sino en partes o alícuotas, pero no en partes determinadas.

La segunda realidad en relación con el patrimonio es una especie de "extensión" de la concepción civilista aplicada, en primer lugar, a los bienes históricos y culturales y, más recientemente, a la naturaleza y finalmente de forma más general al medio ambiente. Se trata de expresar un valor colectivo inherente a bienes o a cosas independientemente de su status jurídico. El patrimonio común representa entonces un interés colectivo en la preservación de una riqueza de orden cultural o natural, legada por nuestros antecesores y que conviene transmitir intacta a nuestras generaciones futuras.¹¹⁴

"Este concepto de patrimonio es muy diferente del anterior en lo que respecta a tres de sus elementos: no tiene valor pecuniario es decir ¿cuál es el valor del árbol de mangle? no tiene necesariamente un propietario el titular de los

¹¹³Michel Prieur, *La noción de patrimonio común*.

¹¹⁴Juan Sebastián Lloret y María Cristina Garros Martínez, *Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la sustentabilidad* (Salta: Ediciones Universidad Católica de Salta, 2007)

derechos sobre ese patrimonio, no está bien identificado ¿El Estado, la Nación o la humanidad? Por lo demás, el titular de los derechos sobre el patrimonio no está bien identificado y obviamente tal patrimonio común debe ser adecuadamente administrado y necesariamente preservado para las generaciones futuras.

Para esta doctrina, no es necesario que el particular afectado, miembro de un grupo colectivo, deba tener una afectación económica concreta y probada para que sea procedente la acción de clase. No cabe considerar la legitimación del afectado como individual, directa, exclusiva. Cada afectado lo es en forma potencial, sin perjuicio de que exista efectivamente un daño comprobado a su salud o patrimonio. En rigor el afectado efectivo es la sociedad”.¹¹⁵

2.7 Derechos de incidencia colectiva

El tema del derecho subjetivo *stricto sensu* está destinado a perder importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva viene a superar al derecho subjetivo y el interés legítimo. Es cada vez más frecuente en el derecho comparado englobar en un sólo concepto el derecho subjetivo y el “interés personal, legítimo y directo.” Es más, éste a su vez resulta comprensivo, en determinadas situaciones, de los intereses colectivos, intereses difusos, intereses comunitarios, preservación de la legalidad urbanística, protección de los derechos de los

¹¹⁵ Cafferatta, *Introducción al derecho ambiental*, 195.

vecinos, adecuada prestación de servicios públicos y el mismo interés público o de la colectividad.¹¹⁶

En la legislación comparada se puede encontrar que en Argentina, incorporaron la acción colectiva a la Constitución¹¹⁷ desde 1994, introduciéndola como parte del derecho al amparo constitucional, en su artículo 43, y establece... “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Como se puede observar en tal conceptualización, a pesar de no ser tan precisa, se establecen pautas sobre algunos derechos de incidencia colectiva y a la vez sobre la legitimación para ejercer la acción sobre ellos.

2.7.1. Ubicación de los derechos colectivos en la división generacional de los derechos humanos

En este apartado es menester ubicar a los derechos colectivos en la categoría o división generacional de los derechos humanos que corresponda, con la finalidad de identificar la categoría de derechos susceptibles de sufrir daños morales colectivos y tener una visión más amplia de los mismos.

La protección jurídica de los intereses colectivos y difusos nace como

¹¹⁶ Agustín Gordillo. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2: La Defensa Del Usuario y del Administrado*. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 8a ed., 2006), disponible en: <https://kontencioso.files.wordpress.com/2014/12/tratado2.pdf>.

¹¹⁷ Congreso General Constituyente. Constitución de La Nación Argentina, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_de_la_Nacion_Argentina.pdf.

consecuencia de la transformación que la sociedad ha venido experimentando especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, que se ha reflejado también en el surgimiento de nuevas formas de conflicto y de mecanismos que se precisan para su solución.¹¹⁸

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipos (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Por la politización de los derechos sociales, económicos y culturales, se desarrollan dos fenómenos que son indisolubles: la emergencia de nuevos grupos sociales de particulares condiciones y la identificación y categorización de intereses que si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y que han sido denominados por la doctrina intereses supra individuales o transindividuales.

Se enmarcan dentro de lo que se ha conocido como derechos de tercera generación o derechos humanos de la solidaridad, encontrando su origen científico en la teoría del citado autor, sobre la dimensión internacional de los derechos del hombre. En ella, junto a la reconocida distinción entre derechos civiles, políticos, económicos y culturales, habla de estos nuevos derechos, que son aquellos que proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y solo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de

¹¹⁸ Grünstein, Maite Aguirrezabal, "Algunas Precisiones en torno a los Intereses Supraindividuales (Colectivos y Difusos)" en *Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile*, año 2006, enero-abril, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1770/177014514005.pdf>.

todos los que participan en la vida social.¹¹⁹

En los últimos treinta años producto de los cambios tecnológicos y la conformación de nuevas formas de relaciones internacionales el discurso de los derechos humanos ha enfatizado el carácter universal y colectivo de los derechos humanos.¹²⁰

Los derechos que se identifican como pertenecientes a esta nueva generación tienen en común dos notas: primero, no proceden de la tradición individualista o socialista de la primera y segunda generación; y segundo, se sitúan al principio de un proceso legislativo, lo que les permitirá ser reconocidos en el futuro como derechos humanos. Su fundamento primero radica en la solidaridad. Puede ser entendida como un factor social, un principio jurídico-político y un principio jurídico-constitucional. Como valor jurídico sustentador de estos derechos, puede definirse como “la conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes, que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento”.¹²¹

Estos intereses poseen también una dimensión social puesto que pertenecen a una colectividad de personas y solamente a estas. Intereses de masas que comportan ofensas de masas y que ponen en contraste grupos, categorías, clases de personas. Aquí se insertan los intereses de los consumidores, los intereses medioambientales, los de usuarios de servicios públicos, de los inversionistas y de todos aquellos que integran una comunidad compartiendo

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Rivera Morales, Rodrigo. “Los Derechos e Intereses Colectivos como Derechos Fundamentales”, en *Revista Del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Editorial ABC*, 2007, disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/77/pdf>.

¹²¹ Aguirrezábal. Precisiones. 141.

sus necesidades.¹²² La tutela individual de los derechos e intereses legítimos y, por ello, las propias estructuras procesales clásicas se muestran insuficientes para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas para el individuo, pero también para los grupos en que este se integra. En este sentido, el autor, hace ya tres décadas, anticipaba cambios importantes y “oleadas” de reforma en el ámbito del acceso a la justicia, una de las cuales estaba encaminada a asegurar la tutela jurisdiccional de ciertos derechos e intereses particulares importantes y especialmente vulnerables en las sociedades postindustriales que se basan en la masificación de la producción, de la distribución y del consumo.¹²³

Los derechos colectivos, acorde a sus características (norma jurídica, obligación jurídica y posición jurídica) pueden ser adscritos al concepto de derechos subjetivos. Existen normas fundamentales que son verdaderos fundamentos de derechos colectivos, por ejemplo, el derecho a la vida con relación al ambiente sano; o el derecho a la integridad física con relación a la salud pública. Son tres los problemas fundamentales en el campo jurídico sobre los derechos colectivos: la indeterminación de su titular, su objeto y su protección jurídica.¹²⁴

De acuerdo a la teoría de las tres generaciones de derechos humanos, los intereses colectivos se originan a partir del derecho de autodeterminación, y se engloban en los llamados "derechos de tercera generación".

¹²² *Ibid.* 71.

¹²³ Mauro Cappelletti, “Formaciones Sociales e Intereses de Grupo Frente a La Justicia Civil.” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n.º 31-32, México, 1978, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1293/1551>.

¹²⁴ García Inda, Andrés. *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 2001, 16.

Por su parte, la tercera generación de derechos, surgida en el siglo XX, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética, aunque diferentes juristas asocian estos derechos a otras generaciones: por ejemplo, mientras que para la protección contra la manipulación genética sería un derecho de cuarta generación, es una manifestación, ante nuevas amenazas, de derechos de primera generación como el derecho a la vida, la libertad y la integridad física y cultural.

Este grupo fue promovido a partir de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos. Entre otros, destacan los relacionados con:

La autodeterminación.

La independencia económica y política.

La identidad nacional y cultural.

La paz.

La coexistencia pacífica.

El entendimiento y la confianza.

La cooperación internacional y regional.

La justicia internacional.

El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.

La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.

El medio ambiente.

El patrimonio común de la humanidad.

El desarrollo que permita una vida digna.¹²⁵

Para la ONU “los derechos humanos de tercera generación son una actualización de la Carta de 1948. Están motivados por una serie de preocupaciones globales propias de finales del siglo XX y principios del XXI, principalmente el deterioro del medioambiente y sus efectos negativos en la calidad de vida de las personas.

Estos derechos han sido incorporados progresivamente en una lista tras numerosas cumbres y encuentros mundiales, como por ejemplo el que tuvo lugar en Barcelona en 1992. A grandes rasgos, se resumen en:

Derecho al desarrollo sostenido: modelos y estructuras económicas que, además de generar beneficios propios, permitan el acceso a servicios básicos y garanticen la sostenibilidad del planeta.

Derecho a la autodeterminación de los pueblos: el que tienen los países de determinar libremente su condición política y su modelo social y económico.

Derecho a la paz: entendido no solo como ausencia de guerra, sino también como la puesta en marcha de procesos positivos que fomenten la participación, el diálogo, la inclusión, la cooperación y la superación de conflictos.

Derecho a la protección de los datos personales: llama la atención sobre los

¹²⁵ Lucerito Ludmila Flores Salgado. *Temas Actuales de Los Derechos Humanos de Última Generación*, (México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015). http://cmas.siu.buap.mx/portal_pprd/work/sites/fdcs/resources/PDFContent/1378/Libro%20DIG%20-%20Temas%20actuales%20de%20los%20derechos%20humanos.pdf.

eventuales peligros y abusos a los que se exponen las personas ante el cada vez más extendido proceso de informatización.

Derecho al patrimonio común de la humanidad: alude al acceso a los bienes de tipo material e inmaterial que constituyen un legado de especial relevancia para comprender la evolución humana.

Derecho a gozar de un medioambiente sano: Todas las personas tienen derecho a disfrutar de ambientes sanos, limpios y sostenibles”.¹²⁶

Menciona la citada publicación del EACNUR, que la lista de los derechos humanos de tercera generación no es absoluta, sino todo lo contrario: está en permanente transformación y es común que acoja nuevos derechos en función de las preocupaciones mundiales de nuestro tiempo.

De lo anterior, se colige que desde su concepción la Ley de Reparación por Daño Moral ha sido mal formulada, incluso la noción completa de daño moral fue concebida de manera errónea por el constituyente, al considerarla en el artículo 3 de la Constitución, ya que a raíz de allí se concretó la idea de que la reparación por daño moral únicamente aplicaba a los derechos personalísimos como lo son el honor, la intimidad, entre otros, mismos catalogados entre los derechos de primera generación, lo que implica que los intereses o derechos colectivos no encajan en la esfera del término “personalísimo”, específicamente en la figura de la legitimación procesal.

Dicha idea se complementa con la jurisprudencia señalada en este documento,

¹²⁶ Agencia de la ONU para los Refugiados. “Cuáles Son Los Derechos Humanos de Tercera Generación.” eacnur.org, disponible en: <https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion/>.

-v.gr. la sentencia pronunciada en el amparo acumulado 104-98/105-98/106-98,¹²⁷ sobre el que mencionábamos que es a partir de esa sentencia dictada en 1998, que por primera vez se define que se puede interponer amparos por violaciones a intereses colectivos y difusos, y que previamente a eso se manejaba jurisprudencialmente que para que procediera la pretensión de amparo era necesario que únicamente la presentara la persona que haya sufrido de manera directa y personal el agravio.

¹²⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Proceso de amparo 104-98/105-98/106-98 Ac. (de diciembre de 1998).

CAPÍTULO III

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y DAÑO MORAL COLECTIVO

De acuerdo con la definición establecida acerca del daño moral, este concepto abarca una reparación que desde una perspectiva jurídica, es considerada como el restablecimiento del equilibrio preexistente, alterado por el hecho dañoso y al mismo tiempo, una exigencia de estricta justicia y de equidad, procurando reponer al afectado en la medida de lo posible, en una situación, si no igual, próxima, a la que se encontraba antes del hecho dañoso.¹²⁸ En este capítulo se establecerán los parámetros para la reparación del daño moral individual y sus variantes con el daño moral colectivo, sus similitudes y sus aspectos propios como figura autónoma.

3.1 Generalidades de la reparación del daño moral

El daño produce un desequilibrio en los bienes patrimoniales o extra patrimoniales de la víctima, que debe reparar el autor mismo, siempre y cuando se demuestre por la persona que lo padeció y para que el cumplimiento de la justicia y la equidad debe de ser resarcido, esto es lo que se entiende como la reparación del daño moral, pero surge un dilema: ¿cómo debe de repararse el daño moral?

Reparar no es borrar, sino colocar la víctima en condiciones de procurarse un equivalente al bien moral lesionado. En ese sentido, la reparación moral procura a la víctima algunas satisfacciones equivalentes al valor moral

¹²⁸Pizarro, *Daño moral*. 132.

destruido. El término indemnizar es el género y la reparación la especie, y nos comenta: indemnizar es dejar sin daño, ¹²⁹ lo cual corresponde a que el daño habrá de repararse. A la reparación el autor la divide en: reparación por naturaleza y reparación por equivalente.

La primera de ellas dice que “consiste en borrar los efectos del acto dañoso restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados”; *contrario sensu*, cuando no se puedan restablecer las cosas a la situación antes del daño, será preciso otorgar a la víctima un equivalente de los derechos o bienes afectados.

Cuando una persona causa a otra un daño ya sea intencionalmente o por descuido es responsable de las consecuencias dañosas que la víctima ha sufrido, y para resarcirlo generalmente hay una reparación material, la doctrina estipula que esta tiende patrimonialmente a colocar a la víctima en la situación que disfrutaba antes de ser perturbada, en los casos de daños materiales, pero cuando se trata del daño moral la legislación establece que se debe cubrir por medio del pago de una indemnización en numerario, es decir ya no se trata de restituir o reparar sino de resarcir, a través de la indemnización con la que se satisface la víctima.¹³⁰

Tanto en la ley como en la doctrina se utilizan indistintamente “reparación”, “indemnización”, “resarcimiento”, para designar la satisfacción del daño moral.

¹²⁹Henri Mazeaud, et. al, Lecciones de derecho civil: *la responsabilidad civil. Los cuasicontratos*. (Argentina: edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959), 306-307.

¹³⁰ Minchala Orellana, Andrea Francisca, "La responsabilidad civil extracontractual y su reparación por daños y perjuicios dentro de la legislación ecuatoriana", (Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Cuenca, Ecuador, 2015),40, disponible en : <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2283711/tesis.pdf>.

En la actualidad, el derecho constitucional como el derecho de daños, se ha destacado la importancia de no esperar a que el menoscabo se produzca para luego repararlo; en lugar de ello, se procura cada vez con más fuerza su prevención, sin embargo, más allá del acento que corresponde otorgarle a tal premisa, lo cierto es que, aun previniendo, los daños ocurren.¹³¹

Por tal motivo surge la necesidad de analizar la procedencia y extensión de una indemnización que, frente a la imposibilidad de volver las cosas a su estado anterior, otorgue a la víctima una compensación principalmente económica por los menoscabos sufridos.

Tradicionalmente se ha entendido como función de la indemnización el cese del daño y la restitución del estado de cosas preexistentes al momento del delito o cuasidelito, que éste destruyó. Sin embargo, en muchas ocasiones la reparación no podrá ser en especie, por no poder restablecerse dicho estado anterior de manera satisfactoria, deviniendo así más bien en una compensación. Con todo, esta compensación tendrá como norte dejar a la víctima en el mismo estado en que se encontraba antes de serlo, es decir, buscar la equivalencia entre la compensación y el perjuicio sufrido.¹³²

El esquema anterior se difumina cuando los daños recaen sobre bienes no patrimoniales, es decir, aquellos no susceptibles de evaluación pecuniaria. A primera vista, el cálculo usado en los daños patrimoniales no puede ser aplicado para determinar el daño moral, ya que la rectificación de las

¹³¹Álvaro Bustamante Ledesma, *La responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2003), 97.

¹³²Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: Título 35 del Libro IV del Código civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 205.

situaciones no es posible y la compensación sobre la base de aquélla tampoco.¹³³

En otras palabras, la cuestión radica en dilucidar cuál es la función de la indemnización por daño moral. Al respecto existen principalmente dos posturas bien definidas, y una más bien ecléctica.

Algunos autores consideran que la indemnización por daño moral constituye una pena privada. Constituiría esta indemnización una verdadera pena privada porque, en primer lugar, se persigue castigar al responsable por la lesión causada y mediante esa sanción desincentivar futuras acciones en el mismo sentido, y segundo, porque se encuentra establecida a favor de la víctima y no del Estado, diferenciándose así de las penas públicas. El carácter reparatorio estaría ausente, a favor de uno ejemplar y desincentivador. La institución de los daños punitivos en el *common law*, es el paradigma de esta postura, y han sido entendidos expresamente como aquellos que se “indemnizan en contra de una persona para castigarle por su conducta ultrajante. Se consideran en forma adicional e independiente a la indemnización compensatoria, y tienen un fin claramente sancionatorio.”¹³⁴

La indemnización por daño moral es una satisfacción de reemplazo. El fundamento de esta postura consiste en que la idea de pena privada se opone drásticamente con la función que le es atribuida a la responsabilidad civil, la cual consiste en el restablecimiento del equilibrio roto por el hecho dañoso. Para esta posición, de la imposibilidad de reparación en especie o de compensación no se sigue el retiro de la indemnización por daño moral de las

¹³³Enrique Barros Bourie, Curso de Responsabilidad Extracontractual (Santiago: Universidad de Chile, 2001), 115.

¹³⁴Carmen Aída Domínguez Hidalgo, El daño moral (Editorial Jurídica de Chile, 2000), P. 54.

filas de la justicia correctiva, sino que lleva al reconocimiento de que la suma otorgada por este concepto viene a satisfacer a la víctima por un daño irreparable por la vía del Derecho Civil, incluso por la del Derecho Penal.¹³⁵

Sin embargo, dicha imposibilidad de valuación en dinero o en bienes conmensurables ha llevado a férreos defensores de la justicia correctiva como fundamento y fin de la responsabilidad civil, a afirmar que, en el caso del daño moral, sí debemos considerar la reprochabilidad de la conducta, porque, a causa de ello, será relativamente mayor o menor el daño moral mismo. De hecho, el autor señala que es precisamente al momento de fijar el quantum de la indemnización que debemos tener presente el desvalor de la conducta en el caso concreto. De esta forma, "la indemnización debe ser relativamente mayor en caso de conducta dolosa o gravemente imprudente del donante, y menor relativamente en caso de culpa levísima o de responsabilidad sin culpa, porque, a causa de ello, será relativamente mayor o menor el daño moral mismo".¹³⁶

Se considera definitivamente que es imperante la concepción del daño moral como un mecanismo de resarcimiento o indemnización, pero sin dejar de lado el carácter punitivo, por lo que anteriormente se ha acotado, respecto al carácter preventivo que debe revestir a la indemnización, ya que al establecer en la psiquis del causante del daño que tal acción amerita un castigo, este debería de sustraerse de cometer acciones similares a futuro y a la vez sirve como medida ejemplarizante para el resto de individuos para que no desconozcan el deber de no lesionar a la colectividad.

¹³⁵Doris Pérez Retmal y Claudia Castillo Pinaud, "Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia" (Universidad de Chile, 2012), P.97.

¹³⁶Ángel Fernando Pantaleón, "Cómo Repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual: También la de las Administraciones Públicas", en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N°. 4, (2000),167-192, en <http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/4/como%20repensar%20la%20responsabilidad.pdf>

3.2 Naturaleza de la reparación del daño moral

Existen dos posiciones sobre el carácter de la reparación del daño moral. La tesis sancionatoria, por un lado, y con la tesis resarcitoria o satisfactoria, por el otro.

Según la primera corriente la reparación por el daño moral tendría el carácter de una sanción ejemplar, puesto que se trataría de una pena privada o civil, impuesta como castigo al responsable, mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Esta tesis punitiva o sancionatoria, de la cual uno de sus mayores exponentes ha sido el autor quien sostiene el carácter sancionatorio de la reparación del daño moral, puesto que se impone al responsable a título de castigo ejemplar.¹³⁷

Esta corriente se basa en la persona autora del daño. Se tiene en cuenta su personalidad, la gravedad de la falta cometida y la capacidad económica del indicado responsable para determinar la indemnización, una vez establecida la misma a favor de una de las víctimas, no puede ser condenado nuevamente en virtud del principio *non bis ibidem*. Asimismo, por tratarse de una pena privada se extingue con la muerte del ofensor. Es por eso que se dice que "quedan sin reparar todos los daños que no pueden atribuirse a un factor subjetivo de imputabilidad -culpa o dolo- puesto que sin culpabilidad no puede haber sanción punitiva".¹³⁸

De igual forma, quedarían sin reparar los daños originados en el hecho ajeno, puesto que nadie podría ser castigado por un hecho que no ha cometido.

¹³⁷Llambías, El precio del dolor, 1954.

¹³⁸Jorge Mosset Iturraspe, Miguel Alberto Piedecabras, Responsabilidad por daños, T. 9 (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003), 305.

Trataba el autor en oposición al argumento de las "satisfacciones equivalentes" sostenido por los seguidores de la tesis del resarcimiento que "... pretender que los dolores físicos o morales resultan remediados o aplacados por los sucedáneos placenteros que el dinero puede comprar es caer en un grosero materialismo, que lamentablemente está presente aún en forma inconsciente en tantas manifestaciones de la civilización".¹³⁹

Además, se destaca un notorio equívoco acerca de la significación del dolor en la vida del hombre. Principalmente el dolor no constituye un fin, sino que es un medio que el hombre puede convertir en su efectivo beneficio, desde que es un maravilloso instrumento de perfección moral, de cultivo de las virtudes más elevadas, como la paciencia; en fin, el dolor es un excelente medio de expiación, es el crisol donde se purifica nuestra alma. Viene a ser entonces la *bonne souffrance* que arranca al hombre a las cosas de la tierra y le hace volver su mirada al cielo.¹⁴⁰

La otra corriente conocida como la tesis resarcitoria o satisfactoria sostiene que la indemnización por daño moral cumpliría una función satisfactoria, no de equivalencia; lo que no significa ponerle precio al dolor. Se pretende reparar el daño causado, aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso a través de satisfacciones equivalentes a las que fueron afectadas. Se dice además que "el Derecho y la Moral no coinciden ni pueden coincidir. Las leyes y las instituciones que ellas reglan, pueden ser justas o injustas según fuere su adecuación a las necesidades o conveniencias prácticas que tienden a satisfacer".¹⁴¹

¹³⁹ Llambías, El precio del dolor, 307.

¹⁴⁰ Mosset Iturraspe, et. al, *Responsabilidad por daños, Tomo IX, Responsabilidad de la empresa.* (Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2017) 289.

¹⁴¹ Orgaz, *El daño resarcible: actos ilícitos.* 198.

Para la corriente que sostiene la tesis resarcitoria o satisfactoria, cuyos exponentes han sido en el derecho comparado, los hermanos Mazeaud y Chabas y Orgaz, Mosset Iturraspe, Andorno, Bueres, entre otros, y que actualmente es la posición mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia, se tiene en cuenta a la víctima y sus circunstancias y a la entidad del daño causado. Como se considera a la persona de la víctima y al daño en sí mismo, en el caso de presentarse varios damnificados como consecuencia del mismo hecho generador de la responsabilidad, se otorgarán las indemnizaciones en forma independiente para cada uno de los reclamantes.¹⁴²

Esta corriente doctrinaria considera tanto a la víctima del daño como a su ofensor, analizando la situación económica de cada uno de ellos como asimismo su personalidad y conducta. La indemnización a su vez cumpliría una doble función; por un lado, importaría una sanción para el victimario, y, por el otro, significa el resarcimiento del daño para la víctima.¹⁴³

3.3 Principio de reparación plena del daño moral

Para concebir mejor el tema es imperativo conceptualizarlo puesto que solo así se dará respuesta a las interrogantes: ¿la reparación integral es un principio o una regla? La expresión reparación integral en el contexto jurídico goza de una fuerza de cohesión realmente innegable. El legislador, los jueces y la doctrina, aun reconociendo la indeterminación y vaguedad que implica su adaptación a los casos concretos, recurren a ella para dar solidez a sus argumentos y para expresar, las más de las veces, la búsqueda de la justicia a través del derecho. Todo este fenómeno es más enérgico en la

¹⁴²Dri, Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación. 66.

¹⁴³Morello, Carácter resarcitorio y punitivo del daño moral, 342.

responsabilidad civil, donde, como se explicaba antes, se está ante un hecho que exige una reacción jurídica respecto de la afectación de intereses privados fundamentales.¹⁴⁴

A partir de su poca claridad y ambigüedad, hay quienes afirman que "tal vez los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a cuestiones conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas".¹⁴⁵ En la dogmática jurídica es un lugar muy común acudir a los principios como ejercicio alternativo de la aplicación de las normas establecidas que informan una literalidad y argumentación reducida.

Compuestas las normas jurídicas, de manera general, por un supuesto de hecho determinante y una consecuencia jurídica, el modelo denominado positivista suele clasificar las normas a partir de sus enunciados establecidos previamente e identificar los sujetos a los cuales van dirigidas. Es decir, se trata de un tipo cerrado de aplicación del derecho en virtud de mandatos con abstracción de generalidad para consagrar derechos e imponer obligaciones a los miembros de toda comunidad y asegurar el goce de unos y otros de acuerdo a la distinción propuesta por Hart entre normas primarias y secundarias.¹⁴⁶

¹⁴⁴Sandoval Garrido, Diego Alejandro, "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas", Revista de Derecho Privado, n.º 25 (diciembre de 2013), 37.

¹⁴⁵Luis Prieto Sanchiz, Manual de Derecho Constitucional, Diez argumentos a propósito de los principios, (España: Editorial Prolegomena, 1996) disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/100411/dpc-diez_argumentos.pdf.

¹⁴⁶Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Colección El derecho y la justicia, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 87.

En conclusión, la fuerza de obligatoriedad de la reparación integral es acogida sin distinción de manera legislativa y jurisprudencial en El Salvador. Asimismo, que se trata de una regla o un principio tiene una gran connotación frente al escenario de la reparación dentro de la responsabilidad civil. Y no se trata de una simple cuestión de forma. Esto implica que, siendo una regla, se deberían indemnizar todos y cada uno de los daños (sean o no estimables) dentro de una lectura amplia de las categorías indemnizables. Bajo el otro punto de vista, se parte de la necesidad de indemnidad total que en circunstancias especiales o indemnizables llevan a considerar las posibilidades fácticas y jurídicas.¹⁴⁷

En la práctica esto revela que, en el caso de los daños no patrimoniales, de manera general, la reparación integral actúa como un principio, pero no por ello deja de ser una base fundamental dentro de la responsabilidad civil. En todo caso, a pesar de no ser una regla es obligatorio para todos los jueces en sus decisiones buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, tarea en la cual es imperativo hacer uso de todos los medios a su alcance, se trate de perjuicios materiales o inmateriales.¹⁴⁸

En la legislación salvadoreña la reparación plena es catalogada como un principio, el cual tiene vigencia, y es entendido como el hecho de que nadie tiene derecho a causar daño a otro en sus bienes o en su persona sin causa justificable expresamente reconocida por la ley, y a la inversa, nadie tiene la obligación de soportar un daño injustamente causado. De ello se colige que,

¹⁴⁷Garrido, Reparación integral y responsabilidad civil. 302.

¹⁴⁸Cristian Banfi del Río, De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: *algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno*, *Revista de derecho (Valdivia)* 30, n.º 1 (junio de 2017): 97-125, en: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502017000100005>.

ante la causa de un daño, nace la obligación para el responsable, que consiste en la reparación del daño causado.

Pero la reparación plena o integral no significa que deben ser resarcidos todos, absolutamente todos, los daños producidos por el hecho ilícito generador. No hay en el mundo un sistema que consagre una solución tan amplia, que puede llevar a extender hasta extremos intolerables la extensión de la obligación resarcitoria; entonces esto encierra dos cuestiones de máxima relevancia en materia resarcitoria que son: la determinación del contenido del daño y la medida de ese contenido.¹⁴⁹

El principio de reparación plena se orienta, de tal modo, emplazar jurídicamente a la víctima, dentro de lo razonablemente posible, en una situación equivalente o al menos próxima a la que se contrarían si el detrimento no se hubiese producido.¹⁵⁰

Por lo que, el principio de la reparación proyecta sus efectos a la determinación de los daños susceptibles de reparación en función del módulo predeterminado de imputación de consecuencias y una vez fijados estos se rigen en una directiva esencial para la evaluación y cuantificación de la indemnización en casos concretos.

3.4 Forma y modo de hacer efectiva la reparación

Respecto de esto existen tres grandes sistemas para la reparación del daño:¹⁵¹ En primer lugar, en forma específica o también denominada en

¹⁴⁹ Garrido, Reparación integral y responsabilidad civil, 306.

¹⁵⁰ Adriano de Cupis y Ángel Martínez Sarrión, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil* (Barcelona: Bosch, 1975). 365.

¹⁵¹ Arturo Solarte Rodríguez, La Reparación In Natura Del Daño, *Vniversitas* 54, n.º 109 (15 de abril de 2005): 187-238.

especie o *in natura*, en el sentido de arreglo de la cosa dañada o mediante su sustitución por otra igual; la indemnización por equivalente, mediante la entrega de la cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido; la reparación en especie, mediante la entrega de bienes, cuyo valor equivalga al daño sufrido.

La otra forma de reparación, se traduce en la entrega a la víctima de un equivalente, por lo general pecuniario, con entidad suficiente para restaurar los valores afectados. Se considera que esta reparación es mucho más dúctil, y aunque no resulta ideal, permite colocar al patrimonio de la víctima en situación similar o aproximada a la que tenía antes¹⁵².

La reparación en forma específica consiste en una obligación, por lo general de hacer, la cual tiene por objeto hacer volver las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de producirse el menoscabo. Esta forma de reparación presupone que existan posibilidades materiales y jurídicas de hacerla efectiva.

Cabe insistir que, en la entrega de una cierta cantidad de dinero, no cumple la misma función en los casos de reparación del daño patrimonial y moral, pues tratándose del primero, se asume una función de equivalencia, la cual permite con mayor exactitud, restablecer el equilibrio patrimonial alterado por el hecho dañoso. El daño en tal supuesto, se determina y liquida sobre parámetros objetivos, cumpliendo el dinero una función de equivalencia o corrección. En cambio, en materia de daño moral, la situación resulta diferente debido a que el dinero cumple una función diferente, de corte netamente satisfactorio para

¹⁵²Luis Moisset de Espanès. *Formas de Reparación*, (Estudio de Derecho argentino y comparado), http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/formas-de-reparacion-estudio-de-derecho-argentino/at_download/file.

la víctima. No se trata de alcanzar una equivalencia más o menos exacta, propia de las cuestiones de índole patrimonial, sino más bien de brindar una satisfacción o compensación al afectado, imperfecta, por cierto, ya que esta no borra el perjuicio causado ni lo hace desaparecer del mundo de los hechos reales, pero se logra una satisfacción al fin.¹⁵³ En referencia a lo anterior, cuando se señala que no es posible atribuir a la palabra indemnización una acepción puramente económica, entendiendo por ella la función equivalencia o de medida de valor del dinero. Aquella es sinónimo de resarcimiento, que puede ser alcanzado tanto por vía de equivalencia patrimonial, como también de satisfacción o compensación del menoscabo moral padecido¹⁵⁴.

La mayoría de autores solamente se han ocupado de este tema al abordar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de dar cosas ciertas, en el caso de destrucción o pérdida culpable de las mismas, en tales supuestos, el deudor debe procurar al acreedor una cosa equivalente, consagrando así una reparación por equivalente no pecuniario.¹⁵⁵

En materia de daño moral se admite que en ciertos ilícitos, tales como; lesiones contra el honor causadas a través de medios de comunicación la publicación de la sentencia condenatoria o en su caso, de la retractación del ofensor puede tener virtualidad resarcitoria y resultar idónea para neutralizar total o parcialmente sus efectos futuros.

¹⁵³Yoleida Vielma Mendoza. *Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual*, (Universidad De Los Andes Mérida-Venezuela) <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.ht>

¹⁵⁴Carmen García Mendieta, *La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/700/17.pdf>.

¹⁵⁵Pedro Néstor Cazeaux y Félix Alberto Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones.*, 2.^a ed. (Universidad de Michigan). 312-315.

3.5 Valoración y cuantificación del daño moral en la reparación

Respecto de este tema se alude que no conviene confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización. Se trata de dos operaciones diferentes, pero fuertemente relacionadas. La razón de esta vinculación ha sido explicada por el autor, en tanto el daño moral sustantiviza un concepto jurídico abstracto, la valoración y cuantificación de los daños y de su indemnización implica un esfuerzo de particularización, de concreción, lo cual supone a partir de los elementos que proporciona el concepto jurídico abstracto.¹⁵⁶

Valoración de daño: significa determinar su entidad cualitativa o, más bien, esclarecer su contenido intrínseco o composición material, además de las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras. Supone entonces para el caso de la valoración del daño moral, indagar sobre la índole del interés espiritual lesionado y sobre las proyecciones de valiosas en la subjetividad del agraviado que derivan de dicha minoración.¹⁵⁷

En algunas legislaciones como la de Costa Rica, corresponde al juez determinar el importe del daño moral. La doctrina patria ha considerado que cuando se trata de definir o valor el daño moral, el perito por excelencia es el mismo juzgador, sin que sea admisible el dictamen de un experto determinado, no obstante se considera que es imprescindible la prueba pericial, esto no con el fin de que el perito psiquiatra determine el monto, pues esto es tarea del juez, sino más bien, con el fin de determinar la existencia de la afectación, su gravedad y las secuelas que pueden quedar en la mente del

¹⁵⁶Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, "El daño moral", *Biblio-jurídica UNAM*, Art.4. (2001)

¹⁵⁷Damián González, *Los daños punitivos, nueva contingencia para las Empresas en México*, <http://www.i-parkman.com/es/articulos/otras-disciplinas/2480-autor-damian-gonzalez-los-danos-punitivos-nueva-contingencia-para-las-empresas-en-mexico>.

afectado. Al respecto, se dice que el especialista no tiene la facultad para determinar un monto resarcible, pero puede establecer que se ha producido un cuadro de trastorno de la personalidad como resultado de un acto ilícito y esto sirve de orientación al juzgador. Lo importante es que se determine la existencia efectiva del daño moral, su cuantificación será estimatoria de cada juzgador.¹⁵⁸

Cuantificación del daño: una vez que el daño ha sido valorado, corresponde ponderar si repercusión en el plano indemnizatorio, a cuyos efectos se debe proceder a determinar su valor y cuantificar la indemnización. El proceso del daño procura determinar, el monto que debe pagarse en concepto de indemnización, para lograr una justa y equilibrada reparación del detrimento¹⁵⁹.

A través de ella se liquida la indemnización, operación que ha sido considerada por un sector de la doctrina italiana como de fijación o acertamiento del monto pecuniario debido por el responsable al afectado.¹⁶⁰ Uno de los desafíos más delicados que plantea hoy la tarea judicial es la de cuantificar los daños personales, pues no sirve de nada tener una resolución judicial bien fundada si no se cuenta con una cuantificación razonable, la valoración cualitativa del daño puede quedar desvirtuada.¹⁶¹

Tratándose de daño material o patrimonial, su valoración y cuantificación ofrece por lo general menos dificultades por cuanto la indemnización debe guardar razonable equivalencia con la disminución o merma económica

¹⁵⁸ Peralta Aguilar, Milena, "El Daño Moral en la Jurisprudencia Penal", (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, de la Universidad de Costa Rica, 2009), 130-132

¹⁵⁹ Pizarro, Daño moral. 211-215.

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ *Ibíd.*

producida a raíz del hecho generador de la responsabilidad.¹⁶²

Se considera que, en materia de daño moral, falta un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización dineraria. Los intereses extra patrimoniales afectados y la espiritualidad quebrantada no tienen una exacta traducción económica, aun cuando el daño sea reparado mediante el pago de una determinada suma de dinero.¹⁶³

No existe un mercado de bienes espirituales quebrantados. De ahí que la cuantificación del daño genere problemas muy serios y requiera de ciertas técnicas adicionales, y este es uno de los temas más conflictivos a la hora de adoptar una solución coherente con el sistema de la reparación del daño moral por los criterios de valoración concordantes entre los distintos decisorios judiciales.¹⁶⁴

Existen algunos fallos que determinan el *quantum* del daño moral en un porcentaje del daño patrimonial. Los argumentos en contra de esta postura son contundentes, el daño moral es independiente del daño patrimonial y, como tal, puede incluso ser mayor o el único daño resarcible frente al daño material que puede resultar ínfimo o inexistente, frente a esta postura la Sala de lo Constitucional argumenta que la obligación de indemnizar por daños morales la establece nuestro Sistema Constitucional desde 1950 y no se ha establecido por puro gusto sino para que surta efecto, que tenga vigencia.¹⁶⁵

Pueden existir o no dificultad en determinar el monto de la indemnización por

¹⁶²Peralta Aguilar, El Daño Moral en la Jurisprudencia Penal.

¹⁶³ Mendoza Yoleida Vielma, Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual.

¹⁶⁴Diego O. Ortiz, "Los daños que provoca el exceso del uso del abuso".Revista Jurídica de daños N°4 (2012)

¹⁶⁵Dri, Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación, 26.

los daños morales, así como casos de abusos o no en el monto de la indemnización solicitada; pero ambos, el monto o el abuso, son dificultades de hecho y no por ello son razones jurídicas para rechazar la doctrina ni la aplicación efectiva del derecho al honor o la indemnización por el daño al honor, derechos reconocidos en la Constitución. Por ello al juzgador le corresponde aplicar criterios basados en jurisprudencia, doctrina de los expositores del derecho o considerandos de buen sentido y razón natural para superar dichas dificultades de hecho.¹⁶⁶

Hay casos que se resuelven de acuerdo a sus circunstancias dentro de un marco de absoluta discrecionalidad por parte del juzgador. En estos supuestos el monto de la reparación por daño moral queda librado a la pura subjetividad y a la prudencia judicial. El riesgo que se corre en estos decisorios es que resulten arbitrarios.

Si bien, con frecuencia, las sentencias son fundadas, enunciando las variables relevantes que se utilizan para fijar el *quantum* indemnizatorio, habitualmente se omite precisar cuál es la relación que existe entre dichas variable y la indemnización fijada. En consecuencia, tales fallos no tienen suficiente fundamentación, lo que podría dar lugar a la interposición del recurso de inconstitucionalidad.¹⁶⁷

Los partidarios de la tesis de la "sanción ejemplar" al entender que el monto indemnizatorio por daño moral tiene carácter de pena privada impuesta al ofensor, calculan el mismo en función de la culpa o el dolo del responsable y

¹⁶⁶Sala de lo Civil, Sentencia Definitiva, referencia 1316-2001, (El Salvador Corte suprema de Justicia)

¹⁶⁷Comisión 1, Derecho civil II: La cuantificación del daño moral, *Derecho civil II* (blog), 7 de septiembre de 2012, disponible en: <http://derechocivil2catacom1.blogspot.com/2012/09/la-cuantificacion-del-dano-moral-por.html>.

de su capacidad económica.¹⁶⁸

Hay quienes, enrolados en la doctrina resarcitoria, a los fines de cuantificar el daño moral, atienden a la entidad del daño en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado. Para ello, se tienen en cuenta las circunstancias del caso y las condiciones personales de la víctima para determinar el daño moral experimentado por el damnificado.

El citado autor, por su parte, señala como pautas concretas para justipreciar la indemnización: a) la gravedad objetiva del daño los elementos probatorios arrimados al juicio permitirán la mayor parte de las veces determinar la extensión del daño extra patrimonial; b) los elementos que integran la personalidad de la víctima; c) la gravedad de la falta cometida por el autor del hecho ilícito; y d) la personalidad del autor del hecho las circunstancias personales suelen traducirse sobre la gravedad de la falta, y por ende, sobre la entidad objetiva del daño.¹⁶⁹

La autora propone para la cuantificación del daño moral acudir a tablas elaboradas sobre criterios que no son esencialmente matemáticos y seguir principios uniformes para liquidar las sumas indemnizatorias.¹⁷⁰

Según la autora que “es más útil comenzar por una nómina de lesiones morales típicas o similares, sin precalificarlas como graves o leves, y recién después incorporar elementos cualitativos que permitan cuantificar en más o en menos.” Se podría establecer un "techo", por ejemplo, considerar como los daños morales más graves los que derivan de la incapacidad absoluta y

¹⁶⁸ Dri, Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación. 27.

¹⁶⁹ Brebbia, El daño moral, 25.

¹⁷⁰ Matilde Zavala de González, Los daños morales colectivos.

permanente y de la pérdida de la vida de un hijo. Y plantea que para la elaboración y aplicación del sistema pueden utilizarse porcentuales comparativos y unidades de medida. El daño A debe indemnizarse un tanto por ciento más que el daño B y un tanto por ciento menos que el daño C, y en tantos "puntos" o "unidades" representativos de un determinado valor económico.¹⁷¹

Además, esta doctrina de estimación tarifaria *iuris tantum*, parte de una asignación igualitaria para cada damnificado, sin perjuicio de que el interesado pruebe de que concurre alguna situación excepcional que justifica un incremento o disminución en la indemnización a percibir por un damnificado en particular.

3.6. La prueba en el daño moral

La dificultad de la prueba del daño moral viene dada principalmente por el hecho de que el mismo afecta a bienes jurídicos extra patrimoniales, y también porque en la valoración no intervienen módulos cuantitativos, es por ello que existen dos tesis por un lado está la más antigua en el tiempo denominada negativa que establece que el daño moral no requiere de prueba, mientras que la segunda que es moderna, defiende que el daño moral al igual que otro tipo de daño debe ser probado.

Tesis negativa: tanto la doctrina como la jurisprudencia más clásica han sostenido que el daño moral, a diferencia del daño material no necesita de ninguna prueba. Esta tesis encuentra dos vías, la primera fundamentada a la falta de exigencia probatoria debido al carácter espiritual y subjetivo. La

¹⁷¹Dri, Daño moral. 25

segunda sostiene que la mera prueba de la transgresión del derecho, conllevaría la prueba de la existencia del daño, también conocido como el daño moral evidente.¹⁷²

Tesis positiva: la doctrina defiende la necesidad de que los perjuicios morales deben ser debidamente acreditados en el juicio judicial por quien los invoca, Art. 11 de la Ley de reparación por daño moral,¹⁷³ es decir, la parte que ejerce la pretensión indemnizatoria la encargada de acreditar la existencia del daño moral en sus elementos esenciales. El daño moral no es más que una especie de daño en general, por lo que como elemento de la responsabilidad civil que da nacimiento a la obligación de indemnizar debe ser acreditado legalmente por quien alega su existencia en el proceso de daños según el proceso declarativo común, Art.9 de la referida ley.¹⁷⁴

Ahora bien, el demandado no debe conformarse con una actitud pasiva frente a la actividad probatoria de su contraparte. Nada le impide allegar antecedentes al proceso que demuestren hechos cuya calificación pueda estimarse incompatible con la producción de un daño moral, más aún, debe producir dicha prueba cuando cuenta con los antecedentes fácticos del acaecimiento de la circunstancias reveladora.¹⁷⁵

Tan importante como quién debe probar es saber lo que se debe probar. La faz objetiva de la carga probatoria o de contenido material, debe ser asumida por quien la tiene en su faz subjetiva. Sin perjuicio de ello, ambos litigantes deben realizar actividad probatoria en este sentido, con efectos diversos

¹⁷² José Luis Diez Schwerter, *El daño extracontractual y su reparación en América Latina: análisis histórico comparativo*. 83.

¹⁷³ Ley de Reparación por Daño Moral.

¹⁷⁴ Represas, *Derecho de las Obligaciones*. 319.

¹⁷⁵ Roberto H. Brebbia, *Problemática Jurídica de Los Automotores* (Editorial Astrea, 1982). 124.

cuando no cumple con este deber propio del interés.¹⁷⁶

Para la prueba del daño moral no basta la sola acreditación de la acción antijurídica o de una simple aflicción, dolor o molestia, se debe establecer que el actor es titular de un interés legítimo extra patrimonial y que dicho interés fue lesionado por la acción antijurídica; los litigantes pueden utilizar todos los medios de prueba que reconoce el ordenamiento, ya que se trata de acreditar hechos de los cuales el juez pueda calificar jurídicamente la existencia de un interés extra patrimonial conculcado.¹⁷⁷

3.7. Reparación del daño moral colectivo

Con el análisis anteriormente efectuado se determinó, que existe un alto grado de dificultad al establecer la forma de reparación del daño moral individual, y este nivel aumenta al fijarlo de manera colectiva, el cual es entendido como “la situación o el acto de privar a un grupo social de todas aquellas sensaciones y satisfacciones espirituales indispensables para el mantenimiento y mejora de la calidad de vida”.¹⁷⁸

La mayoría de los daños colectivos son morales; por eso, debe agudizarse el ingenio para procurar soluciones indemnizatorias congruentes con su naturaleza y susceptibles de cumplir con un fin resarcitorio, debido a que esta atañe por igual a todos los miembros de la colectividad, o determinados grupos dentro de estas, indistinta y no exclusivamente, los destinatarios del peligro no son las personas en forma aislada sino, categorías o clases de sujetos aunados por una calidad o característica que da una afectación al

¹⁷⁶Ivan Hunter Ampuero, La prueba del daño moral (Universidad Austral de Chile, 2005).

¹⁷⁷Ampuero. La prueba del daño moral. 34.

¹⁷⁸Cafferatta, Introducción al derecho ambiental, 367.

conjunto.¹⁷⁹

Las dificultades en la materia no pueden empañar la procedencia misma de la indemnización dineraria porque, “una incógnita de técnica jurídica no puede revertir en contra de una directiva axiológica: la hiperactividad y la justicia de la reparación de todo daño inmerecido”.¹⁸⁰ En los daños particulares, el principio de “individualización” exige atender a las condiciones de la víctima, que singularizan su perjuicio concreto. En el daño colectivo, también deben valorarse las circunstancias del caso, con la diferencia de que se juzgan desde una perspectiva comunitaria (especialmente, en cuanto a la importancia del interés lesionado y al número posible de afectados).

Sin embargo, existe aquí la dificultad de una mayor abstracción: se desconoce con precisión la cantidad de lesionados, cuáles son sus identidades personales y la magnitud del perjuicio sufrido por cada uno (esto es imposible, precisamente por no ser delimitable la porción respectiva del goce). Hay anonimato en los interesados, derivado de la masificación de su perjuicio; el juez no puede “visualizarlos”, sino sólo en la característica grupal que los aúna.

Por lo que se infiere que el daño a resarcir no configura una suma de porciones identificables, por ser un perjuicio colectivo como tal; los bienes protegidos por los que se puede causar un menoscabo moral, según doctrina pueden ser: el daño al medio ambiente, a la salud pública, al acervo cultural de la población compuesto por valores espirituales, artísticos, estéticos, religiosos, entre otros.¹⁸¹ Al ser transgredidos cualquiera de estos, lo que se

¹⁷⁹ Claudia López Díaz, *Daño y reparación judicial en el ámbito de la ley de justicia y paz*, (Bogotá: edit. gtz, 2010).

¹⁸⁰ Zavala de González, *Los daños morales colectivos*, 312.

¹⁸¹ Cafferatta, *Introducción al derecho ambiental*, 346.

configura primordialmente es, la reparación por daño moral, con independencia de otras repercusiones de índole patrimonial que también puedan producirse, pero de cualquier manera no cabe la posibilidad de reclamos indemnizatorios plurales y separados por parte de distintos pretensos afectados, pues es característica de los intereses difusos su individualidad.

En cuanto a la acción por indemnización de daño moral solo puede corresponder a la sociedad en general en su caso a algún grupo indeterminado de individuos pues caso contrario, se generaría una sucesión indefinida de damnificados indirectos, quedando totalmente descartado que pueda existir otros legitimados para demandar el resarcimiento pues esto es competencia del afectado directo, que en este caso es una colectividad determinada o indeterminada.

Por ejemplo, cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados con la particularidad que el interés menoscabado es grupal e indivisible. Y cuando el interés es colectivo afecta a toda la comunidad, reviste naturaleza pública y el impulso procesal puede ser promovido por el Estado. De ahí que el resarcimiento de los daños deba ir normalmente a fondos públicos.¹⁸²

En lo concerniente a la cuantificación, se ha sostenido que la necesaria pluralidad de legitimados activos, a la que eventualmente podía adicionarse su organicidad o el real desconocimiento de la cantidad de afectados que puedan registrarse, torna sumamente dificultoso ponderar los singulares matices que el daño moral requiere en su cuantificación y prueba, ya que, o

¹⁸² Peralta Aguilar, El daño Moral en la Jurisprudencia Penal.

se calcula la asignación individual que por cada agraviado moral se ha sufrido y se acciona por la sumatoria dividiendo lo obtenido, lo cual sería hasta cierto punto impracticable, o se globaliza el reclamo abarcando un litisconsorcio pasivo, lo cual desnaturaliza totalmente el rol resarcitorio que el daño moral lleva en su esencia y se aproxima nítidamente a la vieja idea de la sanción al dañador.¹⁸³

En ese sentido también existe la vía de la fragmentación el monto indemnizatorio entre múltiples damnificados, se plantea el interrogante sobre la manera de distribuir. Al respecto, el autor critica la posibilidad de calcular 'la asignación individual por cada agravio moral y de dividir la suma total obtenida entre los afectados; observa el autor que dicha solución, además de impracticable, parece más propia de un "grupo de dañados" (es decir, de múltiples afectados, pero en intereses individuales). Sin embargo, el reparto de la indemnización entre los damnificados colectivamente es sólo una de las técnicas posibles (y discutibles) para que aquélla cumpla un destino social compensador.¹⁸⁴

La legitimación pasiva para el daño moral colectivo, puede recaer sobre todo tipo de personas ya sean físicas, jurídicas y privadas. Mientras tanto la titularidad en la pretensión resarcitoria del daño moral colectivo, no puede ser nunca individual pues generaría un enriquecimiento sin causa. Cuando se trata de la cuantificación económica, esta presenta cierta complejidad en virtud de las dificultades existentes para determinar cuál es la medida del daño y de su justa y equitativa retribución y distribución, esto debido a que los bienes colectivos exceden lo individual y por lo tanto los perjuicios se

¹⁸³Saux, Edgardo Ignacio, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N.º 1994-2015, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni. 123.

¹⁸⁴Carrasco Perera, *El derecho civil*. 98.

trasladan a todo el grupo afectado¹⁸⁵.

En materia de daños colectivos extra patrimoniales, el juez no se encuentra sometido a criterios rígidos e inflexibles ni a fórmulas matemáticas, que conlleven a la rigurosidad de su cuantificación, siendo la prudencia y razonabilidad con que se mide el daño, lo que otorgara la legitimidad a la decisión, esto pues representa que el daño moral colectivo, es una de los rubros que mayor complejidad conlleva a la labor jurisdiccional. Es por eso que el daño moral colectivo se cuantifica, por medio del juzgador en su rol de perito, acudiendo a criterios de equidad (principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad), así como a las reglas univocas de la ciencia, técnica experiencia, conocimiento, la lógica y convivencia.¹⁸⁶

Aún dentro de la dificultad que representa el resarcimiento dinerario de los perjuicios extra patrimoniales, se considera que la mente está más preparada para evaluar o calcular montos por perjuicios individuales, así sean plurales, ya que la atención es focalizada caso por caso, víctima por víctima, y posteriormente se procede a la suma de los montos calculado singularmente. En cambio, el perjuicio colectivo es por esencia complejo, consistente en un daño global al grupo o clase.¹⁸⁷ En el colectivo la técnica debe variar pues no hay posibilidad de adicionar montos, si no de evaluar una indemnización única que atiende a un daño moral grupal indivisible.

En los daños particulares el principio de "individualización", exige atender las condiciones de la víctima, que singularizan su perjuicio concreto. Pero en el daño colectivo también deben valorarse las circunstancias del caso, con la

¹⁸⁵Peña Chacón, "Daño moral Colectivo de carácter Ambiental". 102.

¹⁸⁶*Ibid.*

¹⁸⁷Venini, Guillermina, El daño Ecológico (especial referencia a los intereses difusos), *Revista Jurisprudencia Argentina*, vol. 4, Buenos Aires, Argentina, 1992.

diferencia que se juzgan desde una perspectiva comunitaria (especialmente, en cuanto a la importancia del interés lesionado y al número posible de afectados), utilizando la expresión de Ortega y Gasset, la evaluación del daño moral individual pare del “yo” y “mi circunstancia”, en cambio la del daño moral colectivo se refiere a las circunstancias de las víctimas que conforman el grupo.¹⁸⁸

Sin embargo, en este tema existe la dificultad para una mayor abstracción; pues se desconoce con precisión la cantidad de afectados, de cuáles son sus identidades personales y la magnitud del perjuicio sufrido por cada uno, se cree que esto es imposible, y es precisamente porque la porción respectiva del goce no es delimitable. Existe un anonimato en los interesados, derivado de la masificación de su perjuicio; el juez no puede visualizarlos, sino solo en la característica grupal que los aúna. No obstante la mayor o menor cantidad de posibles afectados por un daño colectivo, así sea a nivel aproximativo o genérico, será un parámetro esencial para mensurar el daño indemnizatorio.¹⁸⁹

Al momento de fijar la cuantía indemnizatoria por daño moral, suelen naufragar las más sólidas y prolijas construcciones; por eso, aunque parezca secundario, reviste significación el examen de las soluciones concretas. Sumado a esto la dimensión social del interés calculado agrava de por si el daño moral, ya que lo multiplica y propaga a través de los numerosos afectados, siquiera por ese factor cuantitativo. Una misma lesión espiritual, es más seria entonces, cuando se sufre por los integrantes de una colectividad y no únicamente por varias personas determinadas.¹⁹⁰

¹⁸⁸ López Díaz, Daño y reparación judicial en el ámbito de la ley de justicia y paz. 212.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ Benítez, Resarcimiento del daño moral dentro del ordenamiento jurídico de la República de El Salvador. 52.

De la misma forma se agrava el daño moral por la mayor o menor jerarquía que pueda revestir dicho interés social. Por ejemplo, no será igual el menoscabo de una obra patrimonial cultural comunitario, si esta se encuentra emplazada en el centro de la ciudad y se conecta con sus vivencias históricas y cotidianas, que el de otra más o menos ignota y escondida en un museo con acceso a limitados visitantes. Se advierte así que el principio de evaluación en concreto del daño, funciona no solo en perjuicios espirituales individuales sino también en los daños morales colectivos.¹⁹¹

3.8. El destino de la indemnización

Bajo la premisa de la fragmentación del monto indemnizatorio entre múltiples damnificados, se plantea el interrogante sobre la manera de distribuirlo.¹⁹² Al respecto se critica la posibilidad de calcular la asignación individual por cada agravio moral y de dividir la suma total obtenida entre los afectados; observa el autor que dicha solución, además de impracticable, parece más propia de un grupo de dañados, es decir, de múltiples afectados, pero en intereses individuales.¹⁹³ Sin embargo, el reparto de la indemnización entre los damnificados colectivamente es solo una de las técnicas posibles para que aquella cumpla un destino social compensador.

Por eso se opina que, si el monto resarcitorio se destina al patrimonio individual, no será una compensación dineraria de la pérdida del bien colectivo, si no de la lesión que el individuo sufre como consecuencia de aquella, por lo que se propone su envío a patrimonios públicos de afectación

¹⁹¹Zavala de González, Los daños morales colectivos. 302.

¹⁹²Carrasco Perera, *El derecho civil*. 193.

¹⁹³Saux, Acceso a la tutela de los “derechos de incidencia colectiva” dentro del nuevo texto constitucional.

específica.¹⁹⁴ Se considera que esta solución es más razonable, por guardar congruencia con la naturaleza colectiva del daño, en cuya virtud la compensación debe operar también a través de una afectación colectiva del objeto de la condena. Para satisfacer el fin resarcitorio, es suficiente esa idoneidad en el destino de la indemnización.

Destaca el autor, la necesidad de prever un resarcimiento fluido, destinado a alimentar un fondo de garantía, que permita una política de retorno o reciclaje de los importes de la compensación, a favor de la colectividad interesada, y con miras al cumplimiento de finalidades conexas al interés tutelado; especialmente evitar nuevos daños análogos a los producidos y resarcidos. Si el monto indemnizatorio se destina a una finalidad comunitaria, que satisfeca la función compensatoria del resarcimiento y marginada la interpretación de la condena como sanción ejemplar.¹⁹⁵

Es así que, de lo anteriormente acotado, en El Salvador, dependiendo del caso en concreto, el destinatario de la indemnización económica se considera debe ser una institución gubernamental cuya finalidad sea la protección de derechos humanos o la protección de bienes o intereses colectivos, como la PDDH, la PGR, la Defensoría del Consumidor, CEMUJER, etc; o asociaciones o fundaciones con esa misma finalidad estatutaria u otorgada por ministerio de ley.

¹⁹⁴Lorenzetti, *Las normas fundamentales de derecho privado*. 290.

¹⁹⁵Gabriel Alejandro Stiglitz, *Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente*, tomo 90 (Rosario: Editorial *Juris*) 321.

CAPÍTULO IV

DAÑO MORAL COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

SALVADOREÑO

En este apartado se indaga en la legislación salvadoreña para encontrar el origen del daño moral colectivo, si tal ordenamiento contiene al daño moral colectivo y verificar en qué medida se puede mejorar la legislación actual para que se regule de manera integral el tema en El Salvador.

4.1 Constitución de El Salvador¹⁹⁶

La Constitución reconoce en su artículo 2, el derecho a la indemnización por daños de carácter moral, y que esta debe ser conforme a la ley.

Sin embargo, dicha disposición constitucional es vaga y no establece ningún parámetro para poder ampliar su configuración en la legislación secundaria, lo cual se revierte de importancia al tratarse de los intereses colectivos. Como menciona el autor “La categoría de daño moral colectivo ocasionado globalmente a íntegros grupos humanos, exige la previsión de una apertura legitimaria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria, en favor de los cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada”.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

¹⁹⁷ Cafferatta, Introducción al derecho ambiental, 206.

Ya el art. 163 de la Constitución de 1950¹⁹⁸, establecía que “todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Dicho artículo fue trasladado casi íntegramente al artículo 2 de la Constitución vigente, con la diferencia que en lugar de formar un solo inciso, fue separado en tres incisos. Lo cual a nuestro punto de vista dificultó la interpretación de los derechos susceptibles de violaciones que provocaran daños morales; ya que de la anterior redacción, se entendía que la posibilidad de reparación podía acaecer de la violación al catálogo de derechos contenidos en el artículo, en todo el inciso que lo conformaba, pero de la actual redacción no se infiere qué tipo de derechos padecen dicha susceptibilidad, llegando incluso el mismo constituyente a creer que solo aplica a los derechos personalísimos como el honor, la imagen y la intimidad familiar,¹⁹⁹ más adelante se analizará que en la actualidad no es así.

Así, de la discusión y aprobación de la Constitución de 1983,²⁰⁰ se puede extraer el espíritu del constituyente. Es así, que se mencionaba en la discusión del artículo 2, que el honor debía figurar en un inciso aparte juntamente con la intimidad personal y familiar y la propia imagen, por considerar que se trata de derechos estrechamente relacionados entre sí. Se estableció además, que el honor de las personas es tanto más valioso que sus bienes materiales, la imputación que pueda hacerse a alguien de

¹⁹⁸ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1950).

¹⁹⁹ Asamblea Constituyente, *Exposición de Motivos de la Constitución de 1950*, San Salvador, 1993.

²⁰⁰ Asamblea Legislativa de El Salvador. “Versiones Taquigráficas que contienen Discusión y Aprobación del Proyecto de la Constitución de la República de 1983. Tomo I,” El Salvador, 1983.

actuaciones deshonrosas...puede causar daños de gran magnitud que repercuten no solo en la vida familiar, sino en las relaciones todas del hombre dentro de la sociedad en que vive, perjudicando también su bienestar material.²⁰¹ Menciona también el constituyente que algo similar puede decirse del derecho a la propia imagen, el cual no es el concepto que la persona tenga de sí misma, sino que se trata de la reproducción por medios mecánicos, electrónicos o manuales de su propia figura sin su consentimiento, y continúa: “como en el caso anterior (honor), la ley tendrá que establecer cuáles son las circunstancias y las situaciones en que la persona podrá reclamar la indemnización que se establece por daños de carácter moral”.²⁰²

También, en dicha discusión se establece que no siempre la reproducción de la imagen puede constituir una violación a su derecho, así, cita el ejemplo de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, manifestando que “en este caso no hay intromisión indebida en la privacidad, más si lo sería divulgar la imagen de las personas en actitudes o circunstancias propias de su vida íntima y familiar o usar tal imagen sin su consentimiento, como por ejemplo para fines comerciales”. Para el constituyente “habrá de dar lugar a los reclamos por daños de carácter moral, por violación del derecho constitucional.”²⁰³

Asimismo, está contemplada tácitamente la figura del daño moral en lo referente a los errores judiciales en materia penal y a la responsabilidad de funcionarios y empleados públicos del Estado, tal como lo expresa el artículo 17, inciso final de la Constitución, el cual reza: “en caso de revisión en materia

²⁰¹ Ídem.

²⁰² Ídem.

²⁰³ Ídem.

penal, el Estado indemnizará, conforme a la ley, a las víctimas de los errores judiciales debidamente comprobados”, y el artículo 245 de la misma, los que deben ser analizados de manera armónica, el cual expresa que “los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”.

Sin embargo, a pesar de la descripción, que se considera es insuficiente, sobre lo que el constituyente consideró como daño moral, es difícil aun extraer lo referido al daño moral colectivo, ya que dicha descripción se refiere únicamente a la esfera personal, a los derechos personalísimos; sin embargo, a través de la modernización del derecho, por medio de principalmente los doctrinarios y la jurisprudencia nacional e internacional, se ha visto la necesidad de ampliar esta categorización del derecho de reparación por daños morales, no restringiéndose únicamente a los derechos personalísimos de las personas naturales o jurídicas.

4.2. Instrumentos internacionales

Las normas generales de derecho internacional, consisten en principios y prácticas en que suelen estar de acuerdo la mayoría de los Estados, se expresan a menudo en forma de declaraciones, proclamaciones, normas uniformes, directrices, recomendaciones y principios.

Se puede afirmar que estos no tienen efectos jurídicos obligatorios para los Estados, pero representan de todas formas un amplio consenso de la comunidad internacional y, por lo tanto, poseen una fuerza moral poderosa e innegable en lo que atañe a la práctica seguida por los Estados en el ejercicio

de sus relaciones internacionales. El valor de esos instrumentos se funda en su reconocimiento y aceptación por un gran número de Estados.²⁰⁴

Desde luego, hay diversos instrumentos internacionales como La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que de alguna manera también han contribuido a lo largo de los años a poder establecer y resarcir el daño moral al no haber existido una ley que regulara la materia, sino hasta finales del año 2015 que se dio la Ley de reparación por daño moral, instrumentos que se desarrollarán a continuación.

4.2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948²⁰⁵

El Salvador fue uno de los 48 Estados que adoptaron la Declaración en 1948, de tal forma que aunque la Constitución no contemplaba disposiciones sobre el daño moral, en aplicación del art. 144 de la misma, que contiene el principio constitucional de complementariedad de la Constitución, los derechos proclamados en ella, se entienden por introducidos al ordenamiento jurídico, lo que los vuelve de estricto cumplimiento como cualquier norma jurídica interna.

El art. 27 trata sobre los intereses morales, se limita a únicamente intereses relacionados con temas científicos y culturales. Sin embargo, respecto a los

²⁰⁴Organización De Las Naciones Unidas. “*La Enseñanza de Los Derechos Humanos*”. Ginebra, 2005, en:<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ABCannexessp.pdf>.

²⁰⁵Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, Ratificada por el Estado salvadoreño mediante el decreto legislativo N° 5 del 15 de junio de 1978, Publicado en el Diario Oficial N° 113 del 19 de junio de 1978, en <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>.

intereses culturales es sabido que cabe perfectamente la posibilidad de daños morales colectivos; así, por ejemplo, puede resultar dañada en su moral la colectividad adepta a bienes culturales de una ciudad o un país como comunidades indígenas, asociaciones de artistas, ambientalistas, etc. cuando resultaren dañadas o destruidas estatuas, obras literarias, vestigios arquitectónicos, monumentos o íconos, entre otras.

“Artículo 27.2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

El artículo 29 declara nociones del respeto a la colectividad y que el desarrollo de la personalidad solo se puede dar en una colectividad. Se extrae una instrucción imperante a no dañar intereses de la colectividad

“Artículo 29. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad...con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

4.2.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ²⁰⁶

En noviembre de 1969, se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los

²⁰⁶ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. 1948. Ratificada por el Estado salvadoreño mediante el decreto legislativo N° 5 del 15 de junio de 1978, Publicado en el Diario Oficial N° 113 del 19 de junio de 1978.

delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos²⁰⁷ redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado Miembro de la OEA.

A la fecha, veinticinco naciones americanas han ratificado o se han adherido a la Convención, entre las cuales se encuentra El Salvador, ratificando la misma el 20 de junio de 1978.

Sobre el tema de reparación, su artículo 63.1 establece:

“Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

La Convención Americana es más amplia o general que la Declaración Universal, estableciendo un concepto extensivo de reparación, y el pago de una indemnización, pero sin determinar las clases de reparación o de indemnización a las que una persona tiene acceso al ser vulnerada de un derecho, mucho menos el tema del daño moral colectivo, sin embargo, haciendo una interpretación extensiva, se entiende que incluye todo tipo de daño.

²⁰⁷ Es una organización internacional panamericanista de ámbito regional y continental creada el 30 de abril de 1948 con el objetivo de ser un foro político para la toma de decisiones, el diálogo multilateral y la integración de América.

Por su parte, de la jurisprudencia de La Corte Interamericana, se extrae que esta entiende que el daño moral o inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.”²⁰⁸

Si bien, no existe en el derecho internacional la vinculación del precedente jurisprudencial, o *stare decisis*, la Corte Interamericana ha producido doctrina jurisprudencial en materia de reparaciones, incluyendo el daño moral colectivo. En primer lugar, la Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia.²⁰⁹

Por otra parte, el daño moral o inmaterial también ha sido vinculado con la obstaculización de valores culturales que sean particularmente característicos para la víctima o sus condiciones de existencia y ha sido visto como equivalente con la violación de la integridad personal.²¹⁰ Cabe destacar, en este sentido, que en *Masacre de Plan de Sánchez v. Guatemala*, la Corte consideró acreditada la pérdida de tradiciones y valores culturales, derivada de la muerte de los transmisores orales de ellas y calificó la existencia de daño moral colectivo también a través de estos hechos.

²⁰⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en Caso Acosta Calderón Vs.Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas) (24 de junio de 2005).

²⁰⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en Caso Acosta Calderón Vs.Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas) (24 de junio de 2005).

²¹⁰ Ver *Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, 2004 Corte I.D.H. (ser. C) No. 116, 49.12-49, 15 (19 de noviembre de 2004), detallando la pérdida de conocimientos de la cultura maya ahí producida por la muerte de las mujeres y los ancianos que funcionaban como transmisores orales de la cultura.

Finalmente, debe destacarse que la Corte usualmente considera que la sentencia *per sé* constituye una forma de reparación del daño moral o inmaterial.²¹¹ Sin embargo, en casos graves, en donde ha habido un considerable daño y afectaciones a la existencia de las víctimas o sus familiares, la Corte ha considerado procedente “ordenar el pago de una compensación por concepto de daño inmaterial, conforme a la equidad.”²¹²

De tal forma que resta manifestar que en las sentencias de la Corte Interamericana se pueden encontrar referencias en cuanto a la reparación del daño moral colectivo, en el sentido que es en esta que se dirimen grandes daños a intereses de colectividades, como masacres, daños a intereses culturales, ambientales, personas jurídicas contra Estados y viceversa, entre otras.

4.2.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²¹³

Este pacto fue ratificado por El Salvador el 30 de noviembre de 1979. El mismo es de suma importancia ya que reconoce, de acuerdo a sus considerandos que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en dicho Pacto.

²¹¹Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso La Cantuta Vs . Perú (29 de noviembre de 2006).

²¹²Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso masacre de Ituitangov. Colombia (1 de julio de 2006), en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

²¹³Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Aprobado el 16 de diciembre de 1966, Ratificado por El Salvador por D.L. No. 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979.

En ese sentido desde el art. 1 comienza a establecer el derecho de autodeterminación de los pueblos, el cual se revierte de importancia dentro del tema de daño moral colectivo, ya que los derechos de tercera generación son parte fundamental del contenido de los mismos. Entre los derechos de tercera generación se pueden encontrar los intereses de los consumidores, los intereses medioambientales, los de usuarios de servicios públicos, de los inversionistas y los intereses de todos aquellos que integran una comunidad.

Así, el artículo 1 establece: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas”.

El Art. 27 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos en relación con el Art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconocen que existen derechos que solo pueden ser gozados en conjunto con los restantes miembros de una colectividad, la Comisión consideró que el pleno goce por parte de cada individuo de ciertos derechos individuales solo es posible si se

reconoce dicho derecho al resto de los individuos miembros de esa comunidad, en tanto grupo organizado. El derecho a utilizar el lenguaje propio, o a profesar una religión o creencia espiritual no solo requiere el respeto al individuo de hacerlo, sino también el respeto a esa colectividad a establecer sus instituciones, practicar sus rituales, y desarrollar esas creencias o elementos culturales comunes.

En razón de lo anterior, al revisar los tratados internacionales se encuentra con que no solo son susceptibles de padecer daño moral los derechos personalísimos de la persona natural o jurídica, como se manifiesta en la Constitución y la Ley de reparación por daño moral, como se ha explicado en este documento, sino también los derechos humanos de tercera generación, lo que nos urge aún más a crear los mecanismos legales necesarios para un resarcimiento efectivo del daño moral colectivo.

4.3 Ley de reparación por daño moral y su relación con otras leyes

El día diez de diciembre de dos mil quince, la Asamblea Legislativa emitió la Ley de reparación por daño moral, la cual entró en vigencia el día seis de enero de dos mil dieciséis a raíz de que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declaró que el hecho que no estuviera regulada una ley especial para indemnizar por daños de carácter moral constituía una inconstitucionalidad por omisión, y por ello, señaló un plazo hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil quince, para que la Asamblea Legislativa emitiera una ley sobre la materia.²¹⁴

Anteriormente a la entrada en vigencia de dicha ley, la figura del daño moral

²¹⁴Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador, Asamblea Legislativa, decreto. N.º 216 del 10 de diciembre de 2015.)

era regulada por diferentes cuerpos normativos, pero más bien de manera referencial y no de manera específica, mucho menos relativa al daño moral colectivo; sin embargo, establecía ciertos parámetros de los que se tenía que valer el juzgador para solventar el vacío entonces existente. A continuación, detallamos la mencionada legislación:

4.4 Código Civil

El Código Civil²¹⁵ no contempla de manera expresa la indemnización del daño moral en particular ni en la parte de la Responsabilidad Civil; sin embargo, tampoco la excluye categóricamente; simplemente no se refiere al asunto de ninguna manera, por lo que es menester analizar en el Código Civil, lo referido a las obligaciones para verificar si existen referencias sobre el daño moral colectivo.

El primer inciso del art. 2080 del Código, expresa: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por esta”.

La expresión “todo daño” ha de entenderse haciendo una interpretación extensiva como una expresión envolvente y amplia, que realmente corresponde a todo tipo de daño, sin importar su clase. Por lo tanto, encontramos una tutela general en dicho enunciado. Ese es el sentido natural y obvio al que se refiere el Código Civil en el art. 2080, para entender las palabras de la ley.

²¹⁵ Código Civil, (El Salvador, Asamblea Legislativa, decreto. N.º 768 del 23 de junio de 2011.)

Referido al daño ha de entenderse como una expresión envolvente de todo tipo de daños; por tanto, no hay razón para abstraer la modalidad de daño moral de la tutela general enunciada en dicho Código, sin perjuicio de que el tema sea tratado de manera diferenciada en una ley separada del mismo. Sin embargo, el Código Civil es claro en cuanto al tipo de daño a que este se refiere; así lo establece el artículo 1427 el cual dice que la indemnización de daños y perjuicios solo comprende el daño emergente y el lucro cesante, conceptos exclusivamente económicos, lo que aparentemente inhibe el resarcimiento de otro tipo de daños.

El problema jurídico en la interpretación y aplicación de esta figura en esta rama del sistema jurídico salvadoreño yace en el aspecto de la determinación jurídica de la misma, en el sentido que, al no establecer en la norma magna, en una línea jurisprudencial uniforme, o una ley especial la procedencia y alcance del daño moral los jueces atenderán su criterio a aspectos de orden personal, económico y político en la función y alcance de la indemnización moral.

El art. 2082, de dicho código, establece que las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.

Además, se encuentra una regulación un tanto imprecisa sobre daños colectivos o difusos. Así el art. 2084, del Código, expresa que “por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas

determinadas, o a sus propiedades, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción” (entiéndase una en nombre de todas)

Por su parte, el art. 2085, establece que “si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.

Se salva del mismo que este versa sobre una “acción popular” y de amenazas a “personas indeterminadas o sus propiedades”, sin embargo, tal artículo trata únicamente de daño contingente, es decir una amenaza que puede ocurrir o no de una imprudencia o negligencia. A saber, no se castiga el daño, sino la probabilidad de que este ocurra como consecuencia lógica de acciones imprudentes o negligentes o la imprudencia o negligencia mismas.

Por otra parte, dentro de la esfera de derechos tutelados por la Constitución se encuentran los derechos de la personalidad de cuya violación sobrevienen principalmente daños morales, entonces, procederá la indemnización del daño moral propiciado.

4.5. Código Penal

El Código Penal²¹⁶ establece la indemnización por daño moral, en el título VI, capítulo I, refiriéndose a la “responsabilidad civil y sus consecuencias”. Según la teoría del delito más aceptada toda acción típica antijurídica es

²¹⁶ Código Penal, (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto n.º 1030 de fecha 26 de abril de 1997)

aquella que no deviene de un acuerdo lícito entre las partes, por esto mismo es considerado un hecho generador de carácter extracontractual.

Así, el art. 115 establece que las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en la sentencia; comprenden, entre otras, la reparación del daño causado y la indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales. Luego, en el inc. 3°, es que la reparación del daño (de cualquier tipo) se hará valorando el juez la entidad del daño causado, considerando el precio de la cosa y la afección del agraviado, correspondiendo para el daño moral únicamente esto último. Se observa, además, la “cosificación” del daño, que siempre va enfocado en el daño de tipo patrimonial.

Dicho artículo ofrece pautas al juzgador de la materia en cuanto a aspectos de carácter de acreditación; sin embargo, dejó vacíos en cuanto a los medios probatorios, sus montos de indemnización, entre otros.

También el art. 116 del mismo cuerpo legal, que trata de los responsables directos, estipula que “toda persona responsable penalmente de un delito o falta, lo es también civilmente si del hecho se derivan daños y perjuicios, ya sean estos de carácter moral o material”.

4.6 Código de Familia

El artículo 150 inciso II del Código de Familia²¹⁷, establece que “si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar del padre indemnización por daños morales”, con lo cual, más que una simple

²¹⁷ Código de Familia, (El Salvador, Asamblea Legislativa, Decreto n.º 677 del 11 de octubre de 1993)

declaración de paternidad o un reconocimiento provocado, se reconoce el daño a la dignidad y la moral que se ha causado por lo que el padre debe responder con una indemnización por daño moral.

El código también señala al daño moral en la declaratoria de nulidad de matrimonio (art. 97), en la declaratoria judicial de paternidad (150 inc. 2. °) e impugnación de paternidad matrimonial, en los casos de dolo y falsedad para obtener alimentos y por declarar hechos falsos para obtención de medidas cautelares, en los casos de daños a menores incapaces y personas de la tercera edad o adultos mayores. Desde el punto de vista del daño moral colectivo, lo regulado en el Código de Familia no da mayor información, más que la posibilidad de que en materia de familia se pueda causar daños morales.

4.7 Análisis de la Ley de Reparación por Daño Moral

En este apartado se procederá a analizar aquellos artículos²¹⁸ que se consideraron más relevantes para el objeto del documento que nos ocupa, ya que se busca hacer una relación con el daño moral colectivo y no todo el articulado de la ley se puede vincular a ello.

4.7.1 Objeto de la ley

De acuerdo al artículo 1 de la Ley de Reparación por Daño Moral, su objeto es establecer las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por daños morales, reconocido en el inciso tercero del artículo dos de la Constitución.

²¹⁸ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador, Asamblea Legislativa, decreto. N.° 216 del 10 de diciembre de 2015.)

La ley posee un carácter sancionatorio en el sentido que se trata de una herramienta no compensativa ni restitutiva sino, una de carácter satisfactorio del daño para que este no busque una simple sustitución o una restauración, sino un medio para que el damnificado se procure alternativas que le permitan sopesar el agravio infringido injustamente. Ello sin perjuicio que doctrinaria y jurisprudencialmente se ocupen indistintamente los términos “indemnización compensativa o restitutiva”.

Se trata de una indemnización y no de una pena, debido a que no constituye una obligación personal e incluso, puede ser transmitida a los herederos. En ese sentido, indemnización se refiere a la reparación de los daños y perjuicios como una institución autónoma con su proceso autónomo, mas no al establecimiento de una pena convencional como resultado final de un proceso, por ejemplo de un proceso penal en caso de cometerse un delito de calumnia, difamación o injuria cuya pena es de multa y que habiéndose aplicado ésta, por ser de los delitos contra la personalidad, refiriéndonos al art. 2 Cn, existe la posibilidad de ejercer una acción por daño moral, ya que la pena no sustituye a los daños causados.

4.7.2. Definición de daño moral²¹⁹

En El Salvador, no se reconoce la figura del daño moral cuando el perjuicio afecte a intereses o derechos colectivos, como lo son el medio ambiente, los recursos naturales, la salud pública, y todos aquellos bienes o intereses que no pertenecen a un individuo sino a una colectividad.

²¹⁹En este punto se analizará el daño moral desde el punto de vista de la ley y se hará mención de falencias en cuanto al tema colectivo, la definición ha sido establecida previamente.

Únicamente en el artículo 2 de la ley, se establece que se entenderá por daño moral cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere un derecho extra patrimonial de la persona, pudiendo el daño provenir de una responsabilidad extracontractual o contractual.

Además, dicho artículo establece qué no constituye daño moral, lo que contribuye a formar la definición de daño moral, de lo cual, establece que el mero incumplimiento de contratos o la mera inconformidad con su ejecución no se pueden entender como tal.

Tal definición está mal establecida ya que es muy limitada en cuanto a lo que se debe entender como daño moral. De tal forma que al establecer que consiste en “un agravio derivado de cualquier acción u omisión ilícita” nos evoca necesariamente al concepto de delito, lo cual es aplicable pero no abarca todas las posibilidades de acarrear daño moral, ya que no toda responsabilidad tiene sustento en la concurrencia de culpabilidad y se ha considerado que con solo haber establecido “toda acción u omisión” suprimiendo la palabra “ilícita”, el concepto está mejor definido.

A la vez, al establecer: “que vulnere un derecho extra patrimonial de la persona”, hay que notar que como es sabido, tales derechos no tienen valor económico; no son susceptibles de ser valorados en dinero, lo cual es perfectamente aplicable, pero también hay que hacer notar que tales derechos no son ni por cerca concebibles como bienes, y que dentro del daño moral colectivo, que es el que nos atañe, se encuentran vinculados bienes materiales como la naturaleza, obras públicas, bienes culturales como monumentos, obras literarias, etc., por lo que se ha considerado que la definición debió mencionar: “que vulnere intereses, bienes o derechos individuales, colectivos o difusos”

En cuanto al presupuesto de que provenga de una responsabilidad contractual o extracontractual de la definición de daño moral, antes de la vigencia de la Ley de reparación por daño moral, la legislación salvadoreña únicamente acreditaba la indemnización por daño moral en el ámbito extracontractual como es el ámbito penal, casos de familia, casos laborales, constitucionales y en situaciones que generan responsabilidad estatal.

De tal forma que la responsabilidad extracontractual es la que por excelencia es susceptible de acarrear daño moral, sin embargo, se encuentran incongruencias en la definición respecto a la responsabilidad contractual, ya que a la vez la misma definición establece que no se considera daño moral el mero incumplimiento de contratos.

Sobre ello cabe destacar que los Principios de UNIDROIT²²⁰ reconocen la indemnización de los daños morales que derivan del incumplimiento contractual. Como señala su artículo 7.4.2, “La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios. Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”

Además los “Principios de Derecho Contractual Europeo”²²¹, los cuales no

²²⁰ Estos principios están incluidos en la Convención de UNIDROIT, la cual fue ratificada por El Salvador el 16 de julio de 1999. UNIDROIT es una organización intergubernamental independiente con sede en la Villa Aldo Brandini en Roma. Su objetivo es estudiar las necesidades y los métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho privado, particularmente el derecho comercial, entre Estados y grupos de Estados.

²²¹ Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales fueron publicados por primera vez en 1995. De acuerdo con el preámbulo, los principios de UNIDROIT establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales y son de aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que el mismo se rija por estos principios (autonomía de la voluntad). También serán de aplicación cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.

son aplicables en El Salvador, pero bien pueden servir de referencia para una mejor legislación, reconocen la posibilidad de indemnizar el daño moral derivado del incumplimiento contractual. Según el artículo 9:501 “La parte perjudicada por el incumplimiento está facultada para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la pérdida que le hubiera causado el incumplimiento de la otra parte si ésta no se encuentra exonerada de acuerdo con el art. 8.108. La pérdida respecto a la cual se puede reclamar indemnización incluye: (a) Pérdida no pecuniaria y (b) Pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir”.

En concordancia con lo anterior, se ha considerado que el legislador no debió establecer que el incumplimiento contractual no se puede considerar como daño moral y debió establecer de qué manera puede concurrir bajo ciertas causales o presupuestos, de tal forma que no todo incumplimiento contractual quede afecto a la ley, como por ejemplo, “indemnizar el daño moral en contratos cuyo objeto tenga naturaleza inmaterial²²² y el daño moral se presente como una consecuencia típica del incumplimiento”.²²³

Lo anterior en relación a los daños morales colectivos, tales incumplimientos contractuales se ha considerado que pueden derivar en dichos daños, porque este tipo de daños no está exento a la materia contractual, tal sería el caso de un incumplimiento a un contrato sobre propiedad intelectual o industrial sobre lo cual un grupo de autores o creadores esperaba cambiar considerablemente su proyecto de vida lo cual constituye daño moral.

²²² Ejemplo de ello, el objeto inmaterial de un contrato bancario es el crédito, el cual es su objeto principal, luego el objeto material sería el dinero.

²²³ Josep Solé Feliu, "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español", en Revista para el análisis del derecho, febrero de 2009.

También se ha considerado que la ley debe poseer una definición de daño moral colectivo y los mecanismos particulares para su indemnización, ya que la misma ley se puede volver violatoria de derechos por omisión, y en vez de ayudar puede contribuir a confundir a las personas, en el sentido que estas no lleguen a saber que pueden ejercer acciones cuando se han visto vulnerados derechos o intereses colectivos y por otro lado la dificultad de aplicación que puede conllevar al aplicador de justicia.

Se ha considerado que daño moral colectivo²²⁴ es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, emocionales o a las condiciones sociales y éticas inherentes a las personas humanas que provengan de un hecho que afectó negativamente un derecho, bien o interés de carácter colectivo.

En la legislación especial sobre la materia del daño moral no se estableció en ningún momento una figura de este tipo, únicamente la limitó como hemos visto a lesiones referidas a derechos personalísimos.

4.7.3 Causas para la reparación del daño moral

El art. 3 establece 4 causales que generan daño moral resarcible:

a) Cualquier acción u omisión ilícita, intencional o culposa, en los ámbitos civil, mercantil, administrativo, penal o de otra índole que afecte los derechos humanos o los derechos de la personalidad de la víctima;

²²⁴Esta es la definición que se ha tomado en cuenta para realizar las conclusiones y propuestas de reforma ubicadas en anexos de este documento.

De este literal llama la atención que está en concordancia con una reparación de daño moral colectivo ya que, al mencionar la afectación a derechos humanos, incorpora a la tercera generación de derechos humanos que son las que están íntimamente ligadas al daño moral colectivo.

b) Cualquier exceso de los límites de la buena fe en el ejercicio de un derecho legítimo que causa un daño a otro;

En este literal cabe recordar que la función social de los derechos individuales exige que los mismos sean ejercidos en forma compatible con los derechos de incidencia colectiva, conforme al interés público o social.

Cabe destacar que se debe procurar no afectar el medio ambiente, el funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas: flora, fauna, la biodiversidad, el agua, el paisaje: los valores culturales, derechos de los consumidores, entre otros. Aquí radica que el interés general prevalece sobre el interés privado, por lo que es imperante evitar incluso omisiones cuando ejercemos un derecho legítimo a fin de no mermar otros derechos.

c) Las imputaciones injuriosas, calumniosas o difamatorias contra el honor o la vida privada de una persona, a menos que se pruebe la verdad de la imputación; y,

d) La afectación sustancial del proyecto de vida,²²⁵ es un plan trazado, un esquema vital que encaja en el orden de prioridades, valores y expectativas de una persona que como dueña de su destino decide cómo quiere vivir. Este proyecto de vida está vinculado de forma directa con la felicidad porque lo

²²⁵Definición ABC, disponible en: <http://www.definicionabc.com/social/proyecto-de-vida.php>.

que de verdad desea el corazón humano es conectar con el gozo de una vida plena. En esencia, este proyecto de vida recoge los planes que de verdad suman bienestar a una persona que es consciente de aquello que quiere y lucha por conseguirlo.

Por lo que cualquier daño que provoque una afectación sustancial de acuerdo a los términos recogidos en el citado concepto, puede acarrear daño moral individual o colectivo dependiendo de la cantidad de víctimas.

Así, un daño moral colectivo se podría considerar, por ejemplo, si un gran número de salvadoreños se sintieran afectados por las recientes reformas al sistema de pensiones (2017) en el sentido que su felicidad y sensación de seguridad y bienestar con el que contaban tener en su vejez, se ha reducido al tener que cambiar sustancialmente su plan de vida, ya que probablemente planeaban retirarse al cumplir el tiempo de servicio y los años de edad requeridos, como parte de las finalidades del Estado, extraídas del artículo uno de la Constitución, que establece que la persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado, y sobre lo cual sentó las bases el sistema previsional de El Salvador, pero con esas propuestas muchos podrían considerar permanecer en sus trabajos si es posible hasta la muerte y modificar sustancialmente el uso de sus bienes materiales durante el resto de su vida para procurar el bienestar que necesitaran en su vejez, esto entre otros casos.

4.7.4 Sujetos de la ley

El artículo 5 de dicha ley establece que *“son titulares del derecho a la reparación por daño moral, las personas naturales que sufren el perjuicio y no tengan la obligación jurídica de soportarlo.*

El derecho a la reparación por daños morales es personalísimo.

Las personas jurídicas tienen derecho a reparación por daño moral si la acción u omisión afecta de manera significativa su crédito o su reputación comercial o social”.

El segundo inciso establece que el derecho a la reparación por daños morales es personalísimo. Con lo cual no se está de acuerdo, ya que como ya se explicó en este documento, la ley se ha delimitado únicamente a ampliar lo prescrito en el art. 2 Cn, lo cual no está acorde a los parámetros actuales sobre daño moral.

Y es que cuando se habla de daño moral colectivo no se puede referir a una acción de indemnización ejercida únicamente por el afectado directo²²⁶, ya que resultaría aparte de oneroso, muchas veces imposible, por la cantidad de individuos que pueden resultar lesionados por daño moral, por lo que necesariamente se debe plantear la figura de un representante o apoderado de una colectividad lesionada, lo que aparta del término “personalísimo”.

El inciso final de dicho artículo, delimita el daño moral de una persona jurídica a un aspecto de honor, pero siempre sobre la postura de persona y del bien único por el cual existe la finalidad de la persona jurídica.

En este caso no se trata de intereses o bienes colectivos, ya que, los miembros de una determinada entidad jurídica, si bien es cierto no ejercen personalmente sus funciones, ellos están exactamente delimitados y

²²⁶A modo de ejemplo, supongamos una situación de daño moral colectivo donde hay 100 afectados ¿qué hará un tribunal con cien demandas?

acreditados en los registros correspondientes. En este caso se trata de un bien individual que se ha organizado entre personas inscritas y aprobadas con un determinado fin. Es por esto que no se considera que la ley se refiera en este caso a un daño moral de tipo colectivo.

Para estos casos no es necesario que el pronunciamiento o la acción sean de carácter personalísimo como lo establece la Ley de reparación por daño moral en el artículo 5, inciso segundo, debido a que por ser un bien o interés colectivo no responde a una o unas personas determinadas, sino genera automáticamente una especie de subsidiaridad en la legitimación de la acción.

4.7.5 Principios

La ley en su art. 15 hace una relación somera a dos principios que el juez debe tomar en cuenta, como criterios para establecer el monto de la indemnización, a saber, la equidad y la razonabilidad. Sin perjuicio que de ese mismo artículo se extraiga el principio de proporcionalidad en cuanto a que el juez tiene que tomar en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable y la gravedad del hecho y, por otro lado, el principio de culpabilidad, donde el juez tiene que atender el grado de conciencia que el responsable ha tenido sobre la conducta dañosa.

4.7.6 Criterios para la determinación del resarcimiento del daño moral

La Ley de reparación por daño moral, no cuenta con criterios definidos²²⁷ sobre la determinación del resarcimiento del daño moral, los cuales deberían

²²⁷Tal parece que el legislador ha confundido el significado de principios con el de criterios.

estar bien definidos en la misma; sin embargo, al igual que el ítem anterior, el art. 15 establece que “El monto de la indemnización económica por daño moral deberá fijarse atendiendo a criterios de equidad y razonabilidad, y tomando en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable, así como las circunstancias del caso y especialmente la gravedad del hecho y la culpa.”

Ello brinda una manifestación superflua de criterios, los cuales son el de equidad y razonabilidad, lo que lleva a concluir sobre este punto, que al no estar establecido un sistema definido con sus principios y criterios, el legislador ha tomado como base para la determinación de la reparación, el criterio de la sana crítica del juzgador.

Sistema de valuación del daño moral (fijación del monto). El cálculo de las indemnizaciones, de acuerdo a las diferentes corrientes doctrinarias, se puede clasificar en dos: la primera que se basa en simple y llanamente, el sistema de la sana crítica del juzgador y, la segunda, que se basa en unas tablas, que, a modo de baremo²²⁸, establece el legislador, indican el importe que la víctima puede cobrar. De la lectura de la Ley de reparación por daño moral, se extrae que el sistema que el legislador ha escogido es el sistema de la sana crítica, obviando totalmente los baremos.

4.7.7 Procedimiento y presupuestos de la acción de indemnización por daño moral colectivo

El artículo 9 de la Ley de reparación por daño moral, expresa que la acción

²²⁸ Se puede entender un baremo como un listado de tarifas o un conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar algo.

para reclamar reparación por daños y perjuicios se tramitará siguiendo los procedimientos previstos para el proceso declarativo común, establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil.

De acuerdo al principio de subsidiaridad a los preceptos especiales que establece el Código Procesal Civil y Mercantil sobre competencia territorial, materia, etc, se debe remitir a este.

De la lectura de este artículo, existen varios puntos a considerar, en primer lugar parecería que, de la forma en que se redactó, es la única vía procesal para pedir una reparación de este tipo.

¿Qué pasaría entonces si, por ejemplo, se incoa esta acción en un proceso penal? tendría tanto el juez como la parte demandada que pedir que no se tramite dicha pretensión en determinado juzgado por cuestión de incompetencia; así mismo, y desde la perspectiva del daño moral colectivo, si se diligencia una acción de carácter ambiental, o un proceso de consumidores las mismas situaciones podrían presentarse.

Por otra parte, no permitiría a la parte demandante hacer uso pleno de sus facultades para iniciar una acción íntegra en otros procesos²²⁹.

La ley debió permitir que dicha acción que pretendiera una reparación por daño moral pudiese ser llevada en conjunto a una pretensión no principal de carácter moral. Es decir, que debió establecerse las dos vías, siempre y cuando una no sea contraria con la otra, y que de ser en vía civil y mercantil tuviese el mismo trámite.

²²⁹ Como puede ser familia, penal, consumidores, constitucional, entre otros que no se desarrollan en sede Procesal Civil y Mercantil.

Llama la atención, entonces, que la ley necesariamente invoca a un proceso declarativo común, dejando de lado que la declaratoria de la existencia de un daño moral puede llevarse a cabo en otras sedes como las ya mencionadas y, siendo este el caso, llevarse el proceso como procedimiento abreviado en sede civil, entendiéndose que por medio de una resolución o sentencia de la autoridad competente ya se declaró la existencia del daño, la cual únicamente debe ser certificada para que luego únicamente se proceda en juicio abreviado a establecer el monto y la forma de resarcimiento. Lo anterior recalcando que lo mejor fuera que existiera una sede autónoma sobre daño moral.

4.7.8. Formalidades de la demanda

El artículo 10 de la Ley de reparación por daño moral reza: “Además de los requisitos previstos en el Código Procesal Civil y Mercantil, la demanda deberá contener la estimación pecuniaria de la indemnización por daño moral, la propuesta de medidas de reparación que se consideren pertinentes y la identificación de los funcionarios o empleados públicos con responsabilidad personal, de ser el caso”.

Es una de las variantes presentadas en las demandas cuya pretensión verse sobre el daño moral ya que, aparte de lo establecido en el mencionado Código, la ley especial establece una serie de elementos que debe exponerse en la misma.

La estimación debe contener el monto a exigir al sujeto activo o legitimado pasivo, siguiendo ciertos parámetros como los que establece el artículo 15 el cual expresa: “El monto de la indemnización económica por daño moral deberá fijarse atendiendo a criterios de equidad y razonabilidad, y tomando

en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable, así como las circunstancias del caso y especialmente la gravedad del hecho y la culpa”.

Sobre las medidas de reparación, estas como ya se enunció no tienen por objeto una compensación ni restitución, sino debe ser una de carácter satisfactorio del daño para que este no busque una simple sustitución o una restauración sino un medio para que el damnificado se procure alternativas que le permitan sopesar el agravio infringido injustamente.

En cuanto se trate de un daño moral de tipo colectivo la demanda debe exponer de igual forma los montos y las propuestas de medidas de reparación atendiendo a un criterio de colectividad, o la misma ley debe permitir que se establezca un parámetro general para las demás personas afectadas, si no están presentes en el proceso de forma directa.

La acción para indemnización por daño moral colectivo no tiene variantes en los presupuestos iniciales del proceso salvo las consideraciones expresadas.

4.7.9. Legitimación y acreditación del daño moral y del daño moral colectivo

Los legitimados en el juicio de indemnización por daño moral son los que tienen la facultad de poder intervenir en el proceso como demandante, actor o parte actora (Legitimación activa) o como demandado (Legitimación pasiva) como regla general.

El artículo 5 de la ley de Reparación por Daño Moral establece en su primer inciso que son titulares del derecho a la reparación las personas naturales

que sufran el perjuicio y no tengan la obligación jurídica de soportarlo.

En relación a la legitimación activa debemos tener en cuenta que el artículo debe estar vinculado al principio de plena e integral satisfacción de la víctima, en el cual, no solo la persona natural que sufrió el daño puede estar legitimada para iniciar la acción correspondiente, también sus herederos en todo caso.

Sobre el sujeto activo del daño, es decir aquel al cual se le imputa que por un hecho u omisión ilícita afecta los derechos de otro; así, la ley establece en su artículo 3 las causas que generan daño moral de tal forma que aquellos que realicen estas conductas son responsables de responder ante una acción en su contra.

Asimismo, el artículo 4 del mismo cuerpo normativo establece los casos en que el Estado es responsable en casos de revisión en materia penal, o cuando exista retardación a la justicia y violaciones a derechos constitucionales.

En cuanto al daño moral de tipo colectivo la Ley de reparación por daño moral no establece nada al respecto, sin embargo, del artículo 4 de la misma, se extrae la existencia de una violación a un derecho constitucional, como por ejemplo el derecho a la vida, a la salud, etc, en el cual al ser afectada una colectividad, el Estado, por aspectos de economía procesal y celeridad del proceso, no debe desarrollar el proceso caso por caso, ya que nos referimos a un derecho general indeterminado.

Por lo que al que comete la acción como sujeto activo en el daño moral no existe ningún tipo de variante ya que bastará que este o estos cometan una

de las acciones que generen este tipo de daño para determinar cuáles son los presuntos responsables de la reparación.

Al respecto del sujeto pasivo, la legitimación es diferente ya que al tratarse de derechos colectivos no es necesario que todas las personas que han sufrido el perjuicio deban ejercer la acción procesal, esta puede ser ejercida por medio de representación, ya que su interés es el mismo de la colectividad, y si el daño moral es procedente para su caso, por analogía procede para los demás que poseen el mismo interés.

En sentencia en proceso de amparo con referencia 934-2007,²³⁰ citamos una parte que consideramos de lo más atinente: “en este caso particular, el efecto reparador del presente amparo –incoado por la Asociación Salvadoreña para la Protección de Datos e Internet (INDATA) en el ejercicio de un interés difuso o colectivo– deberá concretarse en ordenar a la sociedad INFORNET, S.A. de C.V. que permita a los particulares interesados el acceso a la base de datos que tiene en su poder, con el objeto de que puedan actualizar, rectificar o anular aquellos datos estrictamente personales que no constan en registros públicos –y de los que por ley tengan el carácter de reservados–, o que, constanding en dichos registros, no estén actualizados.

Lo anterior, debe realizarse de forma gratuita, en los términos que actualmente prevé el art. 21 de la Ley de Protección al Consumidor, o por otras disposiciones que le fueren aplicables. Asimismo, INFORNET, S.A. de C.V. deberá abstenerse de utilizar y transferir a cualquier título y destino, la información que consta en su base de datos, referida a los estrictamente personales, a menos que en cada caso individual, tenga el consentimiento

²³⁰Sala de lo Constitucional, Sentencia de amparo con Referencia N.º 934-2007 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2007).

expreso de su titular, so pena de incurrir en la responsabilidad legal correspondiente”.

La importancia de esta resolución radica en el reconocimiento de la existencia y reparación de un daño colectivo, que, aunque no trata de daño moral, nos da un parámetro de cómo se lleva a cabo una demanda sobre intereses colectivos y a la vez cómo el máximo tribunal constitucional resuelve este tipo de situaciones.

Llama la atención que en dicha sentencia se consigna el derecho a la autodeterminación informativa²³¹, y que la Sala llegó a la conclusión que es una manifestación del derecho a la intimidad, el cual es un derecho fundamental personalísimo, y sobre este tipo de derechos ya se mencionó en este capítulo, que son por excelencia los derechos más susceptibles de sufrir daño moral. Por lo que dicha resolución se convierte en emblemática al establecer mecanismos de reparación en cuanto a daños morales, en especial colectivos, ya que por tratarse del derecho a la intimidad se concluye de la lectura del caso que finalmente sí se resolvió un problema a un daño moral colectivo.

Cabe destacar que en sede constitucional, la Sala no está habilitada para dirimir asuntos que conlleven una restitución pecuniaria para alguna de las partes, como es la solicitud de daños y perjuicios, sino que únicamente para determinar en abstracto la vulneración de derechos constitucionales, por lo que, si de sus fallos se determina una vulneración a derechos que involucre

²³¹ Consiste en la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros públicos o privados, especialmente -pero no exclusivamente- los almacenados en medios informáticos. El derecho sustantivo a la autodeterminación informativa se ve complementado, en el plano procesal, por el llamado recurso de hábeas data.

daños morales colectivos, las víctimas pueden ejercer acciones colectivas de acuerdo al procedimiento de la Ley de reparación por daño moral.

En sentencia en proceso de amparo acumulado con referencia 104-98/105-98/106-98²³², se hace un cambio importante en la jurisprudencia que hasta ese momento había manejado la Sala de lo Constitucional respecto a la legitimación activa para interponer amparos, en vista que “existían dudas razonables del apego de los actos reclamados a la normativa constitucional y sobre la naturaleza de los mismos, en el sentido de entender, al menos liminarmente, que parecían incluidos en el ámbito de competencia de este Tribunal, por ser capaces de generar "intereses difusos" respecto de sus efectos”.

Y es que respecto de este último aspecto, continúa la Sala “-el interés difuso que posibilita las actuaciones de este tipo-, así como consta en la admisión de la demanda y a fs. 340- 342, 271-273, esta Sala bien hizo al afirmar que, para no crear zonas exentas de control o en "horfandad constitucional", si bien es cierto que ha sido jurisprudencia de este Tribunal que para que proceda la pretensión de amparo es necesario que únicamente la presente la persona que haya sufrido de manera directa y personal el agravio, ello no implica que dicho criterio no pueda evolucionar y ampliarse, ateniéndose a las nuevas realidades socio-jurídicas”. (La palabra “horfandad” al principio de la cita es de la resolución)

En efecto, continua, “en el presente proceso se estableció, como razones suficientes y amplias que motivan el cambio de jurisprudencia, que cualquier persona que considere que se le vulnera un derecho de naturaleza difusa,

²³²Sentencia de amparo, Referencia N.º 104-98/105-98/106-98 (El Salvador: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2007).

adquiere legitimación procesal para plantear la pretensión constitucional de amparo -en virtud de la protección de los intereses difusos- sin necesidad que intervengan en el proceso los demás titulares del mismo, por su compleja amplitud social”.

Lo anterior resulta de gran relevancia jurídica para el tema aquí tratado, ya que, al tratar la citada resolución sobre la legitimación para interponer amparos que afectan intereses difusos, no se debe obviar que los mismos comparten su naturaleza con los intereses colectivos (naturaleza colectiva en cuanto a la pluralidad de víctimas).

De tal forma que antes de esa resolución resultaba extremadamente difícil interponer una demanda en sede constitucional que implicara intereses colectivos o difusos en razón que el legislador no dejó claro el proceso constitucional para estos casos y la jurisprudencia tampoco era precisa al respecto.

En sentencia en proceso de amparo con referencia 148-2016,²³³ la Sala trata de manera más reciente el tema de la legitimación procesal cuando se afectan derechos o intereses colectivos y menciona que “casi siempre la posibilidad de aceptar una legitimación activa amplia sobre intereses difusos y colectivos, que sea capaz de trascender a los efectos inter partes, depende de la naturaleza del bien jurídico que se pretende tutelar. Sin embargo, permitir solamente una pretensión procesal basada en un interés directo y una afectación personal a los derechos subjetivos, podría constituir una limitación demasiado estricta a la protección jurisdiccional – y no jurisdiccional–; en tanto existen vínculos entre los sujetos y el objeto de decisión que son igualmente merecedores de protección, aunque no formen

²³³Sentencia de amparo, Rreferencia: 148-2016, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2016).

de la esfera particular de los individuos a título de derecho –verbigracia intereses colectivos o difusos–”.

Y continúa manifestando que “en primer lugar, en el caso del interés colectivo, el sujeto al que aparecen imputados los bienes a los que el interés se refiere es individualizado o individualizable, en la medida en que aparece relacionado con colectividades de carácter permanente y vinculadas a la consecución de los fines que las caracterizan. Es decir, los intereses colectivos se identifican con los miembros de un grupo determinado, unidos por un vínculo jurídico, es decir, atañen al individuo en tanto que forma parte del grupo”.

En este punto cabe destacar la diferencia entre los intereses colectivos y difusos, la cual a saber de la Sala es la siguiente: “la distinción entre intereses difusos y colectivos se ubica normalmente en el grado de individualización o concreción de los sujetos a los que el interés resulta referible.

Cuando el interés apunta a un conjunto de sujetos identificable, abarcable y de contornos relativamente nítidos, es decir, más o menos organizado, estaremos en presencia de un interés colectivo. Los intereses difusos, por el contrario, no se refieren a colectividades delimitables, sino a grupos o colectividades que se encuentran en un estado fluido de contornos poco nítidos”.²³⁴

También se acota que dicha sentencia nos aporta un importantísimo recurso para determinar la legitimación procesal cuando se ventilan procesos que

²³⁴Sentencia de Amparo, Referencia N.º 453-2015, (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia 2015).

vulneran intereses colectivos, en vista que dicha demanda fue incoada por únicamente tres personas atribuyéndose la calidad de ser los representantes de los intereses difusos respecto al derecho a la salud, específicamente en nombre de los pacientes oftalmológicos, al manifestar que en el ISSS se les estaba impidiendo acceder a determinados tratamientos oftalmológicos (cirugías).

En este fenómeno es importante indicar que el Estado en representación de sus habitantes puede actuar a través de la Fiscalía General de la República, ya que esta tiene la obligación de actuar en defensa de los intereses de la sociedad, de acuerdo al art. 193 ord. 1° de la Constitución.

Sobre ello, es preciso indicar que si es el mismo Estado el señalado de la comisión de una afectación a un daño moral colectivo, y siendo que por mismo mandato constitucional, es la Fiscalía quien debe representar al Estado de acuerdo al ord. 5° del mencionado artículo, por consiguiente el ente llamado por la Constitución y que debe representar a las víctimas en casos que vulneren intereses colectivos es la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, de acuerdo a las atribuciones concedidas en el art. 194 romano I, de dicha Carta Magna.

Al respecto, en la interlocutoria emitida el 9-III-2001,²³⁴ por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se expresa que "la legitimación para la defensa de intereses supraindividuales implica, el reconocimiento o habilitación que el ordenamiento lleva a cabo a favor de un sujeto para que pueda instar, en nombre propio, la tutela jurisdiccional de un interés que tiene por objeto un bien de disfrute supraindividual, común a una

²³⁴Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia N.° 630-2000*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2000).

colectividad, que no es ni un interés estrictamente individual, esto es único y exclusivo, ni un interés general o público”.

Ésta se sustenta en la afirmación de un interés legítimo propio de quien insta la tutela jurisdiccional, se trate de una persona física, de un grupo o de una organización social; es decir, que aquélla se reconoce en virtud de la afectación de un interés legítimo causada por un acto antijurídico en la esfera jurídica protegida de un sujeto”.²³⁵

Como manifiesta dicha Sala: “Y es que, si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección integral de la persona humana, ya sea a título individual o como parte de la colectividad, es posible que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos protejan su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su personalidad y autonomía”.²³⁶

Menciona también la Sala que “permitir solamente una pretensión procesal basada en un interés directo y una afectación personal a los derechos subjetivos, podría constituir una limitación demasiado estricta a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional; en tanto existen vínculos entre los sujetos y el objeto de decisión que son igualmente merecedores de protección, aunque no formen parte de la esfera particular de los individuos a título de derecho o intereses colectivos o difusos”.²³⁷

²³⁵Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia N.º 284-2009*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2007).

²³⁶Sala de lo Constitucional, *Sentencia de amparo, Referencia N.º 934-2007*.(El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2007).

²³⁷Sala de lo Constitucional. *Sentencia de amparo, Referencia N.º 828-2013*(El Salvador, Corte Suprema de Justicia 2013).

De lo anterior, hemos analizado que si la Sala ha tomado a bien ese tipo de representación para legitimarse en un proceso sobre intereses difusos, que contienen una gran dificultad en cuanto a la determinación del interés, con mucho más razón se puede utilizar ese criterio para la legitimación respecto a los intereses colectivos, es decir, se puede incluso incoar procesos colectivos por medio de un representante o por medio de varias personas independientemente que sean miembros del grupo, una asociación o un organismo gubernamental.

Dicha afirmación en concordancia con lo tratado por el citado autor, al manifestar que “Las acciones de grupo son definidas como las acciones propuestas por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada), siendo representados en juicio los intereses de grupo por un representante sin importar que sea un *class actions*, *public civil actions* u *organizational actions*.”²³⁸

²³⁸Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. (“Boletín Mexicano de Derecho Comparado.” Nueva Serie, Año XXXIX, N.º 117), septiembre 2006,

CONCLUSIONES

De la presente investigación se concluye que a partir de la evolución del daño moral en algunas regiones como Roma, España, Francia, Latinoamérica se desarrolló el concepto doctrinal de daño moral el cual ha sentado un precedente en nuestro país, desde la Constitución de la República hasta leyes secundarias como el Código de Familia, Código Civil, Código Penal y la ley especial denominada Ley de Reparación por Daño Moral, y sin estos no podría establecerse un concepto basado en el fundamento doctrinario del mismo.

Es necesario involucrar en el sistema judicial el daño moral colectivo, puesto que el daño moral individual no abarca una protección colectiva, es decir cuando se ha visto vulnerada o agraviada la tranquilidad anímica o espiritual de un grupo o categoría de personas, en otras palabras que exista un perjuicio extra patrimonial, en razón de que el segundo no solo protege cuando el sujeto afectado es una persona física individual, y es por eso que se analizó también el paradigma colectivo, donde se toma en cuenta la sociedad de masas, las cuales dan pie a los bienes colectivos entendiéndolos como aquellos que no son susceptibles de una apropiación individual, y el patrimonio común, conceptos por medio de los cuales se logra una mejor percepción del daño moral colectivo.

Si en el daño moral individual existe un alto grado de dificultad para determinar la reparación, este aumenta cuando se trata de daño moral colectivo, por lo cual la doctrina determina su importancia en la regulación puesto que en estos casos el juez no se encuentra sometido a criterios

inflexibles, ni fórmulas matemáticas que conlleven a una rigurosidad de su cuantificación, es por eso que este tiene un rol de perito, y debe acudir a criterios de equidad, razonabilidad, y al no existir estándares preestablecidos se puede llegar a producir arbitrariedades.

Los presupuestos legales concernientes a la regulación del daño moral colectivo en la legislación salvadoreña, son escasos lo que permite una vulneración de derechos y hasta una inseguridad jurídica puesto que no se determina la forma y modo de proceder en estos casos y mucho menos la reparación y ejecución de la sentencia, en razón de esto por orden de la sala de lo constitucional (Inc. 53-2012).

La Asamblea Legislativa creó una ley que unificaría los criterios antes dispersos en diferentes cuerpos normativos sobre el tema del daño moral y sus componentes; sin embargo, esta carece de muchos elementos, no establecidos y existe ambigüedad no solo en el tema que trata esta tesis, pero es de mucha relevancia hacer hincapié en que al no existir la figura legal que garantice criterios de fondo y forma sobre el daño moral de carácter colectivo y por ende su reparación, esto representa para la sociedad salvadoreña un estancamiento en la construcción de un verdadero estado de derecho que garantice una plena satisfacción y regulación de todas las áreas que rigen la persona humana y sus actividades en la sociedad.

RECOMENDACIONES

Incluir en la ley lo relativo a los criterios, principios, alcances y normas del concepto de daño moral colectivo analizados en el bosquejo de evolución histórica comparativa, a la vez es necesaria la regulación sobre la legitimación activa y pasiva, que se regule un procedimiento especial sumario y no uno vía procedimiento declarativo común en materia civil como actualmente establece la ley, lo que incluso entra en contradicción con el Art. 8 de la misma, que establece que “El daño moral tiene naturaleza propia y, por tanto, la acción de reparación tiene carácter autónomo respecto de otras pretensiones, aunque pueda ser ejercida en conjunto...”

Ventilar en cualquier jurisdicción de acuerdo a la naturaleza del daño (consumidores, ambiental, penal, civil, constitucional) los criterios para establecer un daño moral colectivo y los mecanismos de reparación del mismo, lo anterior además se propone que la ley establezca los mecanismos de reparación efectiva para todos los casos y que incluya a todos los funcionarios públicos, ya que la Ley de reparación por daño moral no contempla un mecanismo de reparación cuando es el Estado quien ha sido el causante de un daño moral colectivo, de acuerdo al art. 245 Cn, incluso cuando la ley contiene un artículo cuyo acápite es: “indemnización por acciones u omisiones del Estado”, dicho artículo únicamente viabiliza la reparación respecto a los aplicadores de justicia sobre violaciones de derechos humanos, retardación de justicia y errores judiciales.

Establecer una regulación taxativa sobre la reparación del daño moral colectivo que cada vez toma más apogeo en las sociedades a medida se van dando cuenta de sus derechos e intereses colectivos, además se debe

establecer en la ley que estos intereses colectivos no corresponden únicamente a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen como ya se estableció en esta investigación y que de manera errónea se ha venido tratando en aplicación del artículo 2 Cn, sin haber sido dotado el análisis sobre el tema de una interpretación extensiva de la Constitución y los tratados internacionales.

El daño moral no abarca una protección social agrupada, y en este punto es imperante capacitar en el tema a los administradores de justicia correspondientes, debido a que son ellos los que juegan el papel más importante al dirimir sobre estos casos, y no cuentan con criterios flexibles, ni fórmulas matemáticas que conlleven a una rigurosa determinación de la reparación. En ese mismo sentido se recomienda que las autoridades competentes en materia de reforma y creación de la ley puedan hacer un esfuerzo importante y eficiente en cuanto al intercambio de opiniones y experiencias técnicas jurídicas con los institutos de pensamiento nacionales e internacionales, organismos judiciales nacionales e internacionales y distintos expertos que manejen el tema para que pueda desarrollarse una correcta capacitación para poder llevar a cabo las acciones necesarias que garanticen que nuestro ordenamiento jurídico posea una ley integral que aborde la figura del daño moral de manera completa y plena.

A raíz de la falta de regulación nacional e internacional la creación de un nuevo capítulo en la ley, que trate específicamente el tema del daño moral colectivo. En ese sentido, se considera que el objeto de la ley y la definición y las causas, las cuales son la base para conocer de manera específica la aplicación de la ley, excluyen el tema del daño moral colectivo, por lo que de su lectura no se considera como parte de lo que abarca la ley, teniendo estos conceptos que ser redefinidos o ampliados, para ello se recomienda la redacción anexa a este documento.

BIBLIOGRAFIA

Libros

Alexy, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales. Colección El derecho y la justicia". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Barragán Romero, Gil. "Elementos del Daño Moral". Guayaquil: EDINO, 1995.

Barros Bourie, Enrique. "Curso de Responsabilidad Extracontractual". Santiago: Universidad de Chile, 2001

Bustamante Ledesma, Álvaro. "La responsabilidad extracontractual del Estado". Bogotá: Grupo Editorial Leyer, 2003.

Bravo Bosch, María José. "La injuria verbal colectiva". Madrid: Dykinson, 2007.

Brebbia, Roberto H. "Problemática jurídica de los automotores". Editorial Astrea, 1982.

Cafferatta, Néstor A. "Introducción al derecho ambiental". Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales: Instituto Nacional de Ecología: Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Mexico, 2004.

Cama, Yrma Flor Estrella. "El Nexa causal en los procesos por responsabilidad civil extracontractual". Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2009.

Cancio, Meliá Manuel. "Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva". Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

Cavieres, Aarón. Transformación forestal y medio ambiente Grupo de Investigaciones Agrarias. Academia de Humanismo Cristiano, 1986.

Cazeaux, Néstor Pedro y Félix Alberto Trigo Represas. "Derecho de las Obligaciones". 2.^a ed. Universidad de Michigan, 1985.

Coello, Joaquín Muñiz. "Derecho e historia en la sociedad clásica: *memoria y reconstrucción*". BAR internacional series 1640 Oxford: John and Érica Hedges Ltd, 2007.

Daray, Hernán. "Daño Psicológico", 2a ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma, 2000.

De Cupis, Adriano. "El daño: *teoría general de la responsabilidad civil*". Barcelona: Ed. Bosch, 1975.

Diez Schwerter, José Luis. El daño extracontractual: *jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Diez Schwerter, José Luis. "El daño extracontractual y su reparación en América Latina: *análisis histórico comparativo*". Roma: 2003.

Díez Picazo, Luis. "Derecho y masificación social: *tecnología y derecho privado*". Cizur Menor: Aranzadi, 2016.

Fernández Sessarego, Carlos. "El daño al proyecto de vida". Lima: 1996.PDF

Flores Salgado, Lucerito Ludmila. "Temas Actuales de Los Derechos Humanos de Última Generación". México: Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015.

Galdós, Jorge Mario. "Cuánto y quién por daño moral, *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)*", t. III, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

García López, Rafael. "Responsabilidad civil por daño moral: *doctrina y jurisprudencia*". Barcelona: J.M. Bosch, 1990.

García Inda, Andrés. "Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos". Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.

Garrido Cordobera, Lidia M. R. "El Riesgo ambiental" (Madrid: Reus, 2014),

Garrido Cordobera Lidia M.R. "Los riesgos del desarrollo en una visión comparada derecho argentino y derecho español". Madrid: Reus, 2010.

Gherzi, Carlos Alberto. "Reparación de daños: *acción del hombre, autoría, relación de causalidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, factores objetivos, equidad, formas de reparación*". Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989.

González Pérez, Jesús. "Manual de derecho procesal administrativo". Madrid: Civitas, 1990.

Gordillo, Agustín. "Tratado de derecho administrativo: *La defensa del usuario y del administrado*". Tomo II. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 8a ed., 2006.

Hunter Ampuero, Iván. "La prueba del daño moral". Chile: Universidad Austral de Chile, 2005.

Iturraspe Mosset, Jorge. "Responsabilidad por daños: *Responsabilidad de la empresa*". Tomo IX. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2017.

Letelier, Valentín. "Génesis del Estado". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.1967

Llambías, Jorge Joaquín. "Tratado de derecho civil: *obligaciones*", Vol. 1. Michigan: Ed. Perrot, 1967.

Lloret, Juan Sebastián y María Cristina Garrós Martínez. "Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la sustentabilidad". Salta: Ediciones Universidad Católica de Salta, 2007.

Lorenzetti, Ricardo Luis. "Justicia colectiva". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.

Lorenzetti, Fernando Luis. "Las normas fundamentales de derecho privado". Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1995.

Lorenzetti, Fernando Luis. "Teoría de la decisión judicial: *fundamentos de derecho*". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

Macías Castillo, Agustín. "El daño causado por el ruido y otras inmisiones". Colección Responsabilidad civil. Madrid: edit. La Ley, 2004.

Mainar, Rafael Bernard. "Derecho romano: *Curso de derecho Privado Romano*". Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2001.

Maneiro Vázquez, Yolanda. La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales. La Coruña: Netbiblo, 2007.

Mazeaud, Henri. "Lecciones de derecho civil: *la responsabilidad civil. Los cuasicontratos*". Argentina: edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

Morello, Augusto Mario. "La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: *legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*". La Plata: Librería Editora Platense, 1999.

Moisset de Espanès, Luis. "Formas de Reparación: *Estudio de Derecho argentino y comparado*". PDF.

Mosset Iturraspe, Jorge, Miguel Alberto Piedecabras. "Responsabilidad por daños". T. 9. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

Mosset Iturraspe, Jorge. "Daño ambiental". Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

Nino, Carlos Santiago. "Consideraciones sobre la dogmática jurídica: con referencia particular a la dogmática penal". México: Ed. Coyoacán, 2011.

Pizarro, Ramón Daniel. "Daño Moral: prevención, reparación, punición: *el*

daño moral en las diversas ramas del derecho, Responsabilidad civil". 2a. Ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

Rodríguez, Arturo Alessandri. "De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno: *Título 35 del Libro IV del Código Civil*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Stiglitz, Gabriel Alejandro. "Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente", tomo 90. Rosario: Editorial *Juris*, 1993.

Zannoni, Eduardo A. "El daño en la responsabilidad civil", 3a. ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005.

Fuentes Legislativas

Asamblea Constituyente. *Exposición de Motivos de la Constitución de 1950.* San Salvador, 1993. PDF.

Asamblea Legislativa de El Salvador. Versiones Taquigráficas que contienen Discusión y Aprobación del Proyecto de la Constitución de la República de 1983. Tomo I. El Salvador, 1983. PDF.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, Ratificada por el Estado salvadoreño mediante el Decreto Legislativo N° 5 del 15 de junio de 1978, Publicado en el Diario Oficial N° 113 del 19 de junio de 1978.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia. 1948.

Ratificada por el Estado salvadoreño mediante el Decreto Legislativo N° 5 del 15 de junio de 1978, Publicado en el Diario Oficial N° 113 del 19 de junio de 1978.

Código de Familia. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 1993.

Código Civil. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 1860.

Constitución. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador con Jurisprudencia. El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector Justicia, 2012.

Ley de Reparación por Daño Moral. El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por El Salvador por D.L. N.º 27, de fecha 23 de noviembre de 1979, publicado en el D.O. Tomo No. 218, de fecha 23 de noviembre de 1979.

Sentencias

Cámara de familia de la Sección del Centro de San Salvador, Sentencia definitiva con referencia 28-a-15, 22 de octubre de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en Caso Acosta Calderón Vs.Ecuador (Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de junio de 2005. PDF.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala, 19 de noviembre de 2004. PDF

Corte Interamericana De Derechos Humanos. Sentencia en caso La Cantuta Vs . Perú, 29 de noviembre de 2006. PDF.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso masacre de Ituitangov. Colombia (1 de julio de 2006). PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 934-2007, 4 de marzo de 2011. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 104-98/105-98/106-98, 2 de diciembre de 1998. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 148-2016, 22 de junio de 2016. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 377-2012, 6 de junio de 2014. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 453-2015, 21 de agosto de 2015. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 630-2000, 19 de mayo de 2004. PDF.

Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 284-2009, 29 de abril de 2009. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Inconstitucionalidad referencia n.º 44- 2013/145-2013 ac., 13 de julio de 2016. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia 310-2003, 3 de febrero de 2004. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia: 853-2002, 11 de febrero de 2004. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 828-2013, 24 de febrero de 2016. PDF.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia de amparo con referencia n.º 713-2015, 1 de septiembre de 2016.

Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. El Salvador. Sentencia definitiva con referencia 1316-2001, 13 de junio de 2001.

Tercera Sala del Supremo Tribunal de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos. México. Sentencia con referencia TOCA 417-2016, 2017. <http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/sentencias/salas/2016//2017-02-13-417-2016.pd>

Tesis

Benítez María Imelda. " Resarcimiento del daño moral dentro del

ordenamiento jurídico de la República de El Salvador". Tesis de grado. Universidad de El Salvador, 1999.

Brito González Manuel Sebastian. "El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización" .Tesis de grado. Universidad de Azuay, 2013.

Dri, Roxana Sandra. "Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación". Tesis de grado. Universidad Abierta Interamericana, Argentina, 2001.

Orellana Minchala, Andrea Francisca. "La responsabilidad civil extracontractual y su reparación por daños y perjuicios dentro de la legislación ecuatoriana". Tesis de grado. Ecuador, 2015.

Peralta Aguilar, Milena. "El Daño Moral en la Jurisprudencia Penal". Tesis de grado. Universidad de Costa Rica, 2009.

Pérez Retmal, Doris y Claudia Castillo Pinaud. "Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia". Tesis de grado. Universidad de Chile. 2012.

Revistas

Andorno, Luis. "La responsabilidad por daño al medio ambiente". Revista Jurisprudencia Argentina n.º 6006 (1996).

Banfi del Río, Cristian. "De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: *algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno*". *Revista de derecho, Valdivia.* 30, n.º 1. (2017).

Barrientos Zamorano, Marcelo. Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: la superación del "Pretium Doloris". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 35. N.º 1. Enero-abril de 2008: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Bueres, Alberto J. El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N.º 1 .1992: Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

Garrido Cordobera, Lidia. "Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (Art. 14)". *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. N.º 3, (2010).

Grünstein, Maite Aguirrezabal. "Algunas Precisiones en torno a los Intereses Supraindividuales (Colectivos y Difusos)". *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile (2006).

Garrido Sandoval, Diego Alejandro. "Reparación integral y responsabilidad civil: *el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*". *Revista de Derecho Privado*, n.º 25. (2013)

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, Año XXXIX, N.º 117, (2006).

Navia Arroyo, Felipe. "Del daño moral al daño fisiológico: *¿una evolución real?*" *Ensayos de derecho penal*, no. 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2000).

Pantaleón, Fernando Ángel. Cómo Repensar la Responsabilidad Civil Extracontractual: También la de las Administraciones Públicas. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N.º 4 (2000).

Peña Chacón, Mario. "Daño moral colectivo de carácter ambiental". Revista Derecho Ambiental número 25, enero marzo 2011, Editorial Abeledo Perrot (2011).

Pino Emhart, Alberto. "Entre reparación y distribución: *la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios*". Revista chilena de derecho privado, n.º 21 (2013).

Represas, Félix Trigo. "Un caso de daño moral colectivo". *Linguistics and Language Behavior Abstracts*, Año 4. N.º 3, E.D. 171- 371 (1997).

Rivera Morales, Rodrigo. "Los Derechos e Intereses Colectivos Como Derechos Fundamentales". *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Editorial ABC* (2007).

Saux, Edgardo Ignacio. "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional". *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N.º 1994-2015. Ed. Rubinzal-Culzoni. 2015.

Solarte Rodríguez, Arturo. "La Reparación In Natura del Daño". *Vniversitas*. Vol.54, N.º 109 (2005).

Solé, Feliu Josep. "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español". Revista para el análisis del derecho (2009).

Söchting Herrera, Andrés. "Criterios para determinar el indemnizatorio en el daño moral, un estudio de la jurisprudencia española". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7 (2006)

Venini, Guillermina. "El daño Ecológico: especial referencia a los intereses difusos". *Revista Jurisprudencia Argentina*. Vol. 4 (1992).

Vergara Bezanilla, José Pablo. "Comentarios sobre el daño moral en materia contractual". *Revista de Derecho* N.º 26 (2011).

Zamorano Barrientos, Marcelo. "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*". *Revista chilena de derecho* 35. N.º 1 (2008).

Sitios web

Agencia de la ONU para los Refugiados. "Cuáles Son Los Derechos Humanos de Tercera Generación." eacnur.org. <https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion/>.

Álvarez, Agustín. "El Daño Moral Colectivo, *Comentario al Fallo Casa Millán*". http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo/at_download/file.

Cappelletti, Mauro. "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* n.º 31-32, 1978. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1293/1551>.

Comisión 1. "La cuantificación del daño moral". *Derecho civil 2* (blog), 7 de

septiembre de 2012. <http://derechocivil2catacom1.blogspot.com/2012/09/la-cuantificacion-del-dano-moral-por.html>.

García Mendieta, Carmen. "La obligación de reparar el daño moral a través del tiempo". <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/700/17.pdf>.

González, Damián. "Los daños punitivos, nueva contingencia para las Empresas en México". [http://www.i-parkman.com/es/articulos/otras-disciplinas/2480-autor-damian-gonzalez-los-danos-punitivos-nueva-contingencia - para-las-empresas-en-mexico](http://www.i-parkman.com/es/articulos/otras-disciplinas/2480-autor-damian-gonzalez-los-danos-punitivos-nueva-contingencia--para-las-empresas-en-mexico).

Mendoza, Vielma Yoleida. "Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual". Mérida: Universidad de Girona. <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>

Memorias del Segundo Encuentro Internacional De Derecho Ambiental. México: Foro consultivo científico y tecnológico 2007. http://www.foroconsultivo.org.mx/libros_editados/ambientalistas_3_4_5.pdf.

Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. El daño moral, Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México: *Biblio-jurídica UNAM*,2001. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2097>

Poder Judicial de Costa Rica. El daño moral en la Jurisprudencia. https://www.poder-judicial.go.cr/salaprimera/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Trabajo_sobre_dano_moral.pdf.

ANEXO

PROPUESTA DE REDACCIÓN PARA UNA EVENTUAL REFORMA A LA LEY DE REPARACIÓN POR DAÑO MORAL

“Objeto

Art. 1. La presente ley tiene por objeto establecer las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por daños morales **individuales, colectivos o difusos**, reconocida en el inciso tercero del artículo dos y **doscientos cuarenta y cinco de la Constitución.**”

“Definición

Art. 2. Se entenderá por daño moral cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere derechos extra patrimoniales **individuales, colectivos o difusos** de la persona.”

“Causas

Art. 3. Se tendrán como causas para la reparación del daño moral:

e) Cualquier acción u omisión ilícita, intencional o culposa que afecte intereses colectivos en cualquier ámbito.”

Indemnización

Art. 4. “Inc. 6. En los casos que la indemnización sea establecida por la vulneración a un derecho colectivo o difuso la condena deberá contemplar parámetros que establezcan una indemnización equitativa y justa para el

mayor número de personas afectadas, el Estado además deberá establecer los mecanismos de reparación adecuados en estos casos de acuerdo a su particularidad garantizando su efectividad.”

“Titulares del derecho

Art. 5. Son titulares del derecho a la reparación por daño moral, las personas naturales que sufren el perjuicio y no tengan la obligación jurídica de soportarlo.

~~El derecho a la reparación por daños morales es personalísimo.~~

Las personas jurídicas tienen derecho a reparación por daño moral si la acción u omisión afecta de manera significativa su crédito o su reputación comercial o social.

Cuando se tratare de daños a la moral que vulneren derechos o bienes colectivos o difusos el titular del derecho podrá ser uno de los miembros de esta colectividad, aun sin consentimiento de los demás afectados; así mismo, la acción por daño moral colectivo podrá ser ejercida por cualquier procurador del Ministerio Público. También podrá ser ejercida por una institución gubernamental o asociaciones y fundaciones, en nombre de la colectividad afectada, y cuya finalidad estatutaria o por ministerio de ley comprenda la representación de determinada colectividad o la protección de un interés colectivo o difuso”

Reparación

Art. 13. “Inc. 3. En los casos que el daño moral afecte derechos o bienes colectivos o difusos, la reparación tendrá también las estimaciones

pertinentes en cuanto a la restauración del bien o derecho vulnerado. No podrá hacerse individualizaciones en la reparación, excepto en casos especiales, cuando el efecto del daño ha sido más gravoso para alguna o algunas de las víctimas, lo cual deberá ser debidamente probado por estas y fundamentado por el juez en cualquier fase del proceso.”

“Prescripción

Art. 18. Las acciones que provengan de un daño moral cuando se vulneren derechos colectivos prescribirán en un plazo de veinte años contados a partir del último acto de ejecución de la conducta que lo produjo.”