

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



**“ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA CUANTÍA EN  
CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR  
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL CONFORME A LA LEY DE  
REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS  
PRESENTADO POR:**

**CASTRO ECHEVERRÍA, MAURICIO ARTURO  
JIMÉNEZ ROMERO, FRANCISCO JAVIER  
RAMOS JOVEL, WENDY ELIBETH**

**DOCENTE ASESOR:  
LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO 2018**

**TRIBUNAL CALIFICADOR**

**DRA. ALICIA ZELAYA QUINTANILLA  
(PRESIDENTA)**

**DR. RUTILIO ANTONIO DÍAZ MARTÍNEZ  
(SECRETARIO)**

**LIC. JOSÉ REINERIO CARRANZA  
(VOCAL)**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

**Msc. Roger Armando Arias**  
RECTOR

**Dr. Manuel de Jesús Joya**  
VICERECTOR ACADEMICO

**Ing. Agr. Nelson Bernabé Granados Alvarado**  
VICERECTOR ADMINISTRATIVO

**Licdo. Cristóbal Hernán Ríos Benítez**  
SECREARIO GENERAL

**Licdo. Rafael Humberto 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

**Ing. René Mauricio Mejía Méndez**  
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

**Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo**  
DIRECTORA DE PROCESO DE GRADUACION

**Licda. María Magdalena Morales**  
COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE  
CIENCIAS JURÍDICA

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios todo poderoso por darme la fuerza, sabiduría, paciencia y gracia para culminar uno de los más importantes y difíciles proyectos de mi vida.

A mis padres por apoyarme incondicionalmente con todo su amor y sus fuerzas desde el día en que nací, por esos días de desvelo y esos días en que debían levantarse muy temprano, por su incansable esfuerzo por darme lo mejor de cada uno, por su comprensión y su amor, por trabajar duro día con día para pagar mis estudios, y pese a todas las dificultades que se presentaron al largo de mi vida académica, juntos llegamos hasta la meta final de éste proyecto.

A mi hermana por ayudarme con algunas cosas de mi trabajo, pues estudiar y trabajar es duro, y de no ser por su ayuda, me habría encontrado en algunas dificultades para cumplir con las exigencias tanto de mi trabajo como de la universidad.

A mi abuela, Isabel Alas, una mujer valiente quien ahora descansa en paz al lado de la gloria de Dios, por haber creído siempre en que lograría graduarme de licenciado en ciencias jurídicas.

A mi tía Zoila Castro y a mi tío Rogelio Castro por apoyarme desde siempre, y motivarme a seguir a delante pese a cualquier adversidad de la vida. Y todos los demás familiares por su apoyo.

A mi novia, por acompañarme durante toda la carrera y por apoyarme en esos momentos difíciles en que perdía mi motivación.

A mi docente asesor y amigo, licenciado José Reinerio Carranza, por ser un excelente maestro y depositar la confianza en el equipo de trabajo que desarrollamos esta investigación bajo su dirección.

***Mauricio Arturo Castro Echeverría***

A **Dios** por su misericordia, amor infinito, fuerza, sabiduría en nuestra vida.

A mis Padres **Ángela Romero Barahona** y **Abel Jiménez** por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida y carrera profesional.

A mis hermanos, abuela y familia por sus consejos y muestras de apoyo.

A nuestro asesor y amigo, licenciado **José Reinerio Carranza** por sus invaluable conocimientos, aportes, tiempo en cada etapa del trabajo de investigación.

A los compañeros de tesis por ese apoyo incondicional en cada etapa de nuestra formación profesional, esa amistad que perduro a lo largo de toda la carrera hasta la culminación de nuestro trabajo de grado

***Francisco Javier Jiménez Romero***

Agradezco enormemente al dador de la vida y creador de todo, Dios todo poderoso por permitirme culminar mi carrera universitaria, por darme los medios y el interés de ser mejor cada día, a través de los estudios y la educación.

A mis padres María Cristina Jovel Lovato y Natividad de Jesús Ramos Ramírez, pero en especial a mí querida madre por ser la fuente de inspiración y superación en mi vida, quien ha hecho muchos sacrificios para que me convirtiera en una mujer profesional, quien jamás se ha dado por vencida y confiado en que puedo lograr mis sueños.

A mí amado novio y compañero de tesis Mauricio Arturo Castro Echeverría por su apoyo incondicional, por ser mi compañero, amigo y el hombre con el que quiero pasar el resto de mi vida.

A mi hija por ser mi motivación para esforzarme día con día por ser una mejor persona. A mi hermana Evelyn Madai Ramos Jovel, por apoyarme y contar con ella siempre.

Agradezco a mi familia en general, por sus oraciones y haber estado al pendiente de este largo proceso.

A mi docente asesor, licenciado, José Reinerio Carranza por su amistad, apoyo, paciencia y conocimientos en la realización de nuestro trabajo de graduación. A mis compañeros de tesis, por su comprensión y apoyo en la realización de nuestra investigación.

***Wendy Elibeth Ramos Jovel***

## INDICE

<b>RESUMEN</b> .....	I
<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS</b> .....	II
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	III

## CAPITULO I

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL Y SU INDEMNIZACIÓN

1.1. Definición de los conceptos: moral y daño.....	1
1.1.1. Relación entre el derecho y la moral .....	6
1.1.2. Antecedentes.....	9
1.1.3. Positivismo Excluyente.....	12
1.1.3.1. Tesis del hecho social.....	13
1.1.3.2. Tesis de la convencionalidad.....	14
1.1.3.3. Tesis de la separabilidad.....	16
1.1.4. Positivismo Incluyente.....	17
1.1.4.1 Tesis de la incorporación.....	17
1.2. Antecedentes históricos referentes al daño moral.....	18
1.2.1. El daño moral en el Derecho Antiguo.....	19
1.2.2. El daño moral en el Derecho Romano.....	24
1.2.3. El daño moral en el Derecho Común Anglosajón.....	27
1.2.3.1. Evolución histórica del derecho común en Inglaterra.....	30
1.2.4. El daño moral y la Revolución Francesa.....	33
1.2.5. El daño moral en el Derecho Común Norteamericano.....	41
1.3. Antecedentes del daño moral en la legislación salvadoreña.....	46
1.3.1. El daño moral en el Código Civil.....	47
1.3.2. El daño moral en la Constitución de 1950.....	51
1.3.3. El daño moral en la Constitución de 1962 y 1983.....	53
1.3.4. El daño moral en el Código de Familia.....	56
1.3.5. El daño moral en el Código Penal.....	56

1.3.6. El daño moral conforme a la Ley de Reparación del Daño Moral.....	59
--	----

## **CAPITULO II**

### **GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL**

2.1. Definición de daño moral.....	64
2.2. Elementos constitutivos del daño moral.....	67
2.2.1. El daño debe ser cierto.....	68
2.2.2. El daño debe ser personal.....	68
2.2.3. Lesión a un interés jurídicamente tutelado.....	70
2.3. Naturaleza jurídica del daño moral.....	70
2.4. Bienes jurídicos tutelados.....	73
2.5. Naturaleza de la sanción.....	75
2.6. Sujetos que integran la relación jurídica en el daño moral.....	77
2.6.1. Personas naturales.....	77
2.6.2. Personas jurídicas.....	79
2.7. Indemnización.....	83
2.7.1. Naturaleza jurídica de la indemnización.....	84
2.7.2. Finalidad de la indemnización.....	84
2.7.3. Funciones de la reparación del daño moral.....	85

## **CAPITULO III**

### **EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

3.1. Estados Unidos de América.....	88
3.2. Francia.....	96
3.3. Colombia.....	98
3.4. Ecuador.....	98
3.5. Argentina.....	101
3.6 España.....	105
3.7 México.....	110



**CAPITULO IV**  
**LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO**  
**FUENTE DEL DAÑO MORAL**

4.1. Definición de responsabilidad civil.....	115
4.1.1 Responsabilidad Civil Subjetiva.....	116
4.1.2. Responsabilidad Civil Objetiva.....	119
4.2. Responsabilidad civil contractual.....	120
4.3. Responsabilidad civil extracontractual.....	123
4.4. Diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	126
4.5. Elementos de la responsabilidad civil.....	129
4.5.1 Antijuricidad.....	129
4.5.2. Imputabilidad.....	130
4.5.3. El daño.....	132
4.5.4. Relación de causalidad entre incumplimiento y el daño.....	134
4.6. La culpa.....	136
4.6.1. Elementos de la culpa.....	138
4.7. Clasificación de la culpa según el artículo 42 del Código Civil.....	140
4.7.1. Culpa grave o lata.....	140
4.7.2. Culpa leve.....	141
4.7.3. Culpa levísima.....	142
4.8. Consecuencias civiles de la responsabilidad civil.....	144
4.8.1. Indemnización de daños y perjuicios.....	144
4.8.2. Ejecución Forzosa.....	146

**CAPITULO V**  
**LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL, Y LOS CRITERIOS PARA**  
**CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN SEGÚN EL ART. 15 DE LA**  
**LEY DE REPARACION DEL DAÑO MORAL**

5.1. La Prueba en el Daño Moral.....	151
--------------------------------------	-----

5.2. Doctrina del daño Moral evidente.....	152
5.2.1. El daño moral evidente y la prueba <i>in re ipsa</i> .....	153
5.2.2. El daño moral evidente y los hechos notorios.....	154
5.2.3. El daño moral evidente y los hechos que excluyan su existencia .....	155
5.3. Doctrina de la necesidad de prueba en el daño moral.....	156
5.3.1. Normas adjetivas aplicables a la prueba del daño moral.....	157
5.3.2. El Onus Probandi y la carga probatoria Dinámica.....	158
5.3.3. Carga de la prueba en la indemnización por daños morales..	163
5.4. Valoración de los Elementos de Prueba.....	163
5.4.1. Sana critica.....	164
5.4.1.1. Ventajas y desventajas de la sana crítica.....	170
5.4.1.2. Sana Crítica Razonada.....	171
5.4.2. La sana crítica y la lógica.....	173
5.4.3. La sana crítica y las Máximas de la experiencia.....	174
5.5. Reparación económica y no económica del daño moral.....	176
5.6. Criterios para cuantificar la indemnización según el art. 15 de la ley de reparación del daño moral.....	178
5.6.1. Equidad y razonabilidad.....	180
5.6.2. Condiciones personales del afectado y del responsable.....	186
5.6.3. Gravedad del hecho.....	189
5.6.4. Culpa.....	198
5.7. Prescripción de la acción por daño moral.....	200

## **CAPITULO VI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

6.1 Conclusiones.....	202
6.2 Recomendaciones.....	203
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	204

## RESUMEN

En la presente investigación jurídica, se aborda el tema denominado: “Análisis de los criterios para determinar la cuantía en concepto de indemnización del daño moral por responsabilidad extracontractual conforme a la Ley de Reparación del Daño Moral”.

Inicialmente se tratan tópicos relacionados a los antecedentes históricos y evolución de la indemnización por daños morales, se analiza la historia del daño moral en sus diversas etapas: sociedad primitiva, composición voluntaria, nacimiento del daño moral en Roma y Francia, por último, en El Salvador, donde nace como producto de la segunda guerra mundial en la constitución de 1950. Asimismo, al respecto de los sujetos activos y pasivos y la correspondiente relación de causalidad en la indemnización por daño moral, se desarrollan a partir de temas estrictamente doctrinales del daño moral. La legitimación activa (víctima del daño moral), el daño moral en las personas jurídicas, la transmisibilidad de la reparación por daño moral, la legitimación pasiva (autor del daño moral), y una relación al derecho comparado de la forma de cómo se cuantifica el daño moral

Se realiza un análisis especialmente sobre los criterios que regula la Ley de reparación por daño modal, desde conceptos básicos de la responsabilidad civil hasta las diversas doctrinas respecto al daño moral para concluir en los medios idóneos para analizar el daño moral como es en este caso la figura de la sana crítica y el análisis concreto de los criterios dados por el artículo 15 de la Ley de reparación por daño moral. Todo esto sin dejar de lado, como otros países de América y Europa retoman el tema de los daños morales y su indemnización.

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

ART.	Artículo
CCF	Código Civil Francés
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CN	Constitución
CC	Código Civil
Cc	Código Civil
CPCM	Código Procesal Civil y Mercantil
D.E.	Decreto Ejecutivo
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
E tal	Otros
EUA	Estados Unidos de América
INC.	Inciso
LRDM	Ley de Reparación por Daño Moral
N°	Número
ob. cit.	Obra Citada
ORD.	Ordinal
Pág.	Página
Ref.	Referencia
S. Ed.	Sin Edición

## INTRODUCCIÓN

La responsabilidad es derivada de conductas humanas, sean estas acciones u omisiones encaminadas a la producción de un resultado que, en la mayoría de los casos, causan perjuicios a determinados sujetos, pero en ésta investigación será de interés el daño moral derivado de éstas conductas lesivas. La responsabilidad resultante, admite un criterio básico bajo el cual se delimita a esta en dos grandes tópicos jurídicos como los son la responsabilidad contractual, y la que se tratará en éste documento, será la “Responsabilidad Extracontractual”. En ese orden de ideas, en el tema de investigación “Análisis de los criterios para determinar la cuantía en concepto de indemnización del daño moral por responsabilidad extracontractual conforme a la Ley de Reparación del daño moral”, se abordará ampliamente, observando su regulación en la legislación nacional e internacional, su contenido desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, sin perjuicio de cualquier otro enfoque que se desarrolle en ésta investigación.

Para un mejor entendimiento del lector de éste trabajo, la investigación se ha desarrollado de tal manera que cada uno de sus tópicos, ha sido coherente y sistemáticamente seleccionado, y con el fin de generar un mejor entendimiento, comprensión y enlace de ideas, el trabajo se encuentra distribuido en seis capítulos:

En el primer capítulo, “Evolución histórica del daño moral y su indemnización”, se documentan los antecedentes que han existido a lo largo de los tiempos, desde el denominado derecho antiguo hasta la actualidad, sobre el daño moral y la forma en que la reparación o indemnización del mismo era materializada.

El capítulo dos, “Generalidades del daño moral”, explicita aspectos importantes del daño moral, como lo es su definición, elementos que lo componen, su naturaleza, la naturaleza de su indemnización entre otros puntos importantes.

En el capítulo tres, “El daño moral en la legislación internacional”, se refiere sobre la regulación y la manera en que países como Estados Unidos de América, Francia, Colombia, Ecuador, Argentina, España y México, abordan el tema sobre la indemnización como resultado del daño moral.

El capítulo cuatro, “La responsabilidad civil extracontractual como fuente del daño moral”, documenta algunas definiciones de responsabilidad, sus elementos, clasificación y características, así como de las consecuencias jurídicas que devienen de la responsabilidad civil extracontractual.

El capítulo cinco, “La prueba del daño moral, y los criterios para cuantificar la indemnización según el art. 15 de la ley de reparación por daño moral”, es el capítulo medular de ésta investigación, pues en éste se desarrollan los puntos controvertidos sobre la novedosa ley de reparación por daño moral, es decir, lo relacionado con los medios de prueba y su valor probatorio para determinar la entidad del daño ocasionado y los criterios que deben tomarse como punto de valoración para determinar la cuantía de la indemnización por ese resultado dañoso ocasionado.

Y finalmente, el capítulo seis “Conclusiones y recomendaciones”, en el que se documentan algunas afirmaciones y propuestas al respecto del tema en el que se centra la investigación.

## **CAPITULO I**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DAÑO MORAL Y SU INDEMNIZACIÓN**

En este capítulo se documentan los antecedentes que han existido a lo largo de los tiempos, desde el denominado derecho antiguo hasta la actualidad, sobre el daño moral y la forma en que la reparación o indemnización del mismo era materializada, con el propósito de conocer el orden cronológico de los eventos suscitados que versan alrededor del nacimiento del concepto de daño moral, sus características y formas en que se ha tratado inicialmente reparar desde sus inicios.

#### **1.1. Definición de los conceptos: moral y daño**

La Moral: el ámbito de la moral dentro de la sociedad, ha desarrollado un papel vital ya que el mismo se encuentra presente en casi todas las actividades a las que se dedica el hombre. El mismo se desenvuelve dentro de una sociedad, de aquí radica su trascendencia e importancia, Manuel Ossorio define la moral como “lo que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, y también de lo que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano”<sup>1</sup>.

La Moral guarda una íntima relación con los valores éticos, que el ordenamiento jurídico reconoce como los derechos individuales de las personas naturales, estos derechos individuales a su vez se constituyen en bienes jurídicos que gozan de protección legal, como son los derechos al

---

<sup>1</sup> Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (Edición Electrónica, Datascan S.A., Guatemala, C.A.), 2006.

buen nombre, a la honra, a la intimidad personal y familiar, y que en el caso de ser violentados, ocasiona un agravio, que debe ser reparado.

Guillermo Cabanellas de Torres en su diccionario jurídico sobre la moral expresa lo siguiente “como adjetivo, lo concerniente a la moral en cuanto ciencia y conducta espiritual, abstracto; relativo a la percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia como la convicción o prueba moral. Perteneciente al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición a lo jurídico”<sup>2</sup>.

El diccionario de la Real Academia de la lengua española define a lo moral como perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia, que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano, “ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.”<sup>3</sup>

La palabra moral tiene su origen en el vocablo latino mores que tienen como significado costumbre. Las primeras referencias a lo que se considera una norma moral se imputan a los romanos, con las denominadas -mores maiorum- o costumbres de los antepasados.

El derecho de las normas jurídicas obtienen en gran parte influencia directa de este concepto pero no todas las normas jurídicas caen bajo el dominio de la moral, existen diferencias muy marcadas entre el derecho y la moral como que las normas del derecho son obligatorias y las personas están obligadas

---

<sup>2</sup> Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 11ª ed. (Heliasta, S.R.L. 2000), 207.

<sup>3</sup> La moral, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Acceso el 10 de junio de 2017, <http://www.rae.es/rae.html>.



a obedecerlas; “las normas morales no son de carácter obligatorio y no existe una en caso de que se desobedezcan, pues depende únicamente de la voluntad humana y su conciencia”<sup>4</sup>.

Al referirse a moral, debe explicitarse que ésta puede ser dañada, y el daño es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otra persona, como consecuencia de una violación a los derechos fundamentales cometida por el individuo responsable del daño.

Los bienes que sufren un detrimento a causa de un daño moral son los derechos personalísimos del individuo, tales como el honor, dignidad, intimidad, entre otros, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual de los mismos. Por lo que queda claro que el daño moral es el que carece de un carácter patrimonial (si fuere de carácter patrimonial, podría tratarse por la vía penal, por el delito de daños regulado en el artículo 221 y 222 del Código Penal), y se enfoca en lo personal, por afectar a bienes que generalmente no son susceptibles de una ponderación económica.

El Daño: es necesario definir de una forma precisa lo que debe entenderse por el daño, éste término, en sus inicios fue utilizado para referirse a algunos tipos de menoscabo patrimonial; actualmente ésta palabra es utilizada incluso para referirse a aquellos derechos de índole no patrimonial, definiéndolo Salvador Ochoa Olvera, como “todo quebranto, destrucción o detrimento experimentado por alguna persona en sus bienes”<sup>5</sup> de lo que muy

---

<sup>4</sup> Rafael García López, *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y Jurisprudencia*, 2ª ed. (Ed. Bosch, Madrid, 1990), 146 y 147.

<sup>5</sup> Salvador Ochoa Olvera, *La demencia por Daño Moral*, (Ed. Monte Alto. México. 1996), 2 y sig.

probablemente se obtiene como resultado, cierto grado de perturbación en el ánimo de la persona afectada.

Guillermo Cabanellas de Torres, explicita que el daño en sentido amplio, es “toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes”<sup>6</sup>. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y como consecuencia tiene una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

De lo mencionado anteriormente se puede concluir básicamente en la existencia de dos tipos de daños, el primero de ellos se lo denomina como el Daño Patrimonial o Daño Material, y el segundo criterio consiste en el llamado Daño Inmaterial, Daño Extrapatrimonial o Daño Moral.

Según Manuel Ossorio “es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia, maltrato de una cosa o persona. Si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna relevancia jurídica. La adquiere cuando el daño es producido por la acción u omisión de una persona en los bienes de otra”<sup>7</sup>.

El causante del daño incurre en responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo, o penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del

---

<sup>6</sup> Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 88.

<sup>7</sup> Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 270.

agente producido. La responsabilidad civil por los daños causados puede surgir a un cuando el responsable no haya tenido ninguna intervención directa e indirecta, como sucede en los casos de responsabilidad objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de terceras personas o de animales.

El daño es *Conditio sine qua non* de la responsabilidad civil, como algunos autores lo refieren; la responsabilidad deriva por hechos ilícitos o por algún riesgo creado; sin embargo, no se convierte en responsabilidad hasta el momento de la petición de un tercero, el cual se ve lesionado en sus bienes materiales o morales; aunado a que todos, como universalidad jurídica, estamos obligados a responder de nuestro actuar cuando así nos sea solicitado. Por tanto, “si no resulta una lesión o menoscabo, por algún hecho ilícito o riesgo creado, no habrá daños ni tampoco una oportunidad de nacimiento a la responsabilidad civil”<sup>8</sup>.

Resulta necesario en la presente investigación, estudiar el tema de la responsabilidad civil, pues constituye la obligación de resarcir el daño causado y los perjuicios inferidos por el incumplimiento de una obligación, ocasionándose el daño por la acción u omisión de la persona que deberá resarcir el daño, originándose así una relación jurídica y un daño privado.

Como crítica a la concepción de los autores puede señalarse que en la práctica el daño moral se produce por el atentado a determinados derechos, bienes o intereses que el Derecho asegura a la persona. Ante la sola presencia de sufrimientos físicos o psíquicos no coexiste deber de reparación si no se consigue probar en juicio.

---

<sup>8</sup> Lucia Alejandra Martínez Mendoza, *La acción civil del daño moral*, (Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014), 20.

“La prueba, además, debe encaminarse a determinar que se originan en un perjuicio a cualquier bien jurídico tutelado”<sup>9</sup>. No es entonces de extrañar que, en una primera contraposición con los daños que afectan al patrimonio, algunos autores señalen el daño moral como aquel que afecta a los sentimientos de las personas.

La doctrina mayoritaria los denomina como daños extrapatrimoniales; por lo tanto, puede decirse que, el daño moral es el resultado de la acción y omisión denigrante, humillante, diamante y demás que general un menoscabo a la persona afectada, causándole un dolor y sufrimiento como consecuencia de una violación de sus derechos fundamentales y los efectos de ello en el grupo familiar.

### **1.1.1. Relación entre el derecho y la moral**

Resulta común considerar que el derecho y la mora son independientes entre sí, en virtud de las corrientes de pensamiento que al o largo de la historia han sostenido dicha separación entre dichos términos. En ese sentido, “al tratarse de dos órdenes normativos, las relaciones resultan más que evidentes”<sup>10</sup>. Pues se refieren a una parte importante del comportamiento humano y se expresan, en gran medida, con los mismos términos (deber, obligación, culpa, responsabilidad). Se puede decir que el contenido del Derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del Derecho para así lograr eficacia social.

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> Max Silva Abbott, *Moral y Derecho: una compleja e inevitable relación*. Acceso 10 de junio 2017. <http://es.catholic.net/op/articulos/18526/cat/609/moral-y-derecho-una-compleja-e-inevitable-relacion.html>.

Al Derecho le interesa el cumplimiento externo de las normas, lo que en cambio no tiene sentido en el ámbito moral, pues para la moral lo que le interesa es el cumplimiento de los valores, de los preceptos ceñidos a la ética.

Los seres humanos son seres sociales, y el Derecho vendría a ser el único modo posible de convivencia, para asegurar una mínima coexistencia, entre sí. Es decir, el Derecho se presenta como la única manera de dar cierta cohesión al todo social, en lo posible respetando las diferentes áreas de libertad de los sujetos. Algo así como un Estado liberal clásico, una especie de -Estado mínimo-, que deja hacer a los ciudadanos lo que ellos estimen conveniente para sí mismos, mientras no se ponga en crisis la convivencia; pero en vez de referirse al plano económico, se refiere al plano ético.

El Derecho se convierte –sería dable pensar– en “un mal necesario pero indispensable, que puede poner ciertos límites a las convicciones éticas subjetivas y heterogéneas vigentes, cuando ellas pudieran afectar la armonía mínima para su mutua coexistencia, lo cual no es sino otra cosa que un requisito para su misma posibilidad de ser”<sup>11</sup>. Pues es evidente, que para el desarrollo de las relaciones sociales, de una forma saludable y racional, con especial respeto por los derechos de los demás sujetos que la conforman, deberá el derecho regular sus conductas, y hasta utilizar la coerción para tales efectos.

No obstante, los ámbitos de aplicación del Derecho y la moral distan mucho de ser todo lo nítidos y tajantes que en principio parecen”. En efecto, tal vez el problema fundamental sea en realidad, que la ética no se agota sólo en las conductas del sujeto consigo mismo, como suele escucharse, o si se

---

<sup>11</sup> Ibid.

prefiere, en el ámbito meramente privado. Al contrario, existen un cúmulo de acciones que revisten un innegable carácter público (o bilateral) que evidentemente también caen dentro de la esfera de la ética; esto es, acciones que no sólo afectan al sujeto ejecutor, sino a otros, que podrían ser considerados víctimas a su respecto. Si se piensa en la mentira, el robo o el adulterio, en todos ellos, la acción realizada va mucho más allá del mero causante, y en realidad, se trata de conductas perfectamente bilaterales, precisamente aquellas que el Derecho cree poder monopolizar en cierta medida, a la luz de la visión que aquí se comenta.

En consecuencia, puede decirse que los campos jurídico y moral no son tan independientes como a primera vista parece, puesto que es perfectamente posible que algunas acciones antiéticas sean por lo mismo, antijurídicas. En cierta medida, lo que el Derecho hace es proteger de manera especial aquellas conductas éticas bilaterales especialmente sensibles para el todo social, vinculadas a la idea de justicia.

Las relaciones entre la Moral y el Derecho, según Javier Cabo Salvador, en su obra electrónica *Moral y Derecho*<sup>12</sup> constituyen una de las cuestiones más importantes y complejas de la Filosofía del Derecho, sobre todo si se tiene en cuenta que afectan al concepto del Derecho, a su aplicación, a las relaciones entre legalidad y justicia o al espinoso tema de la obediencia al Derecho. La Moral y el Derecho hacen referencia a una parte importante del comportamiento humano y se expresan, en gran medida, con los mismos términos (deber, obligación, culpa, responsabilidad). Se puede decir que el contenido del Derecho tiene una clara dependencia de la moral social

---

<sup>12</sup> Javier Cabo Salvador, "Moral y Derecho". Acceso 13 de junio 2017. <http://www.gestion-sanitaria.com/2-moral-derecho.html>.

vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del Derecho para así lograr eficacia social.

Consecuentemente, puede decirse que, el Derecho y la Moral se encuentran íntimamente relacionados, pero son órdenes normativos distintos no equiparables y, por ello, es necesario precisar estas diferencias y relaciones. De las que oportunamente, se argumentara infra.

### **1.1.2. Antecedentes**

Rodolfo Vásquez, (2006)<sup>13</sup> refiriéndose a lo sostenido por Francisco Laporta, “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está”<sup>14</sup>, señala que mucha tinta ha sido escrita con relación a ésta temática y, como lo indica Ernesto Garzón Valdés “difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya indicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones”<sup>15</sup>.

Dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a la relación entre derecho y moral: la tesis de la separabilidad<sup>16</sup> (la que será desarrollada en parágrafos posteriormente documentados) y la tesis de la vinculación<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Rodolfo Vásquez, “Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho”, (Editorial Trotta, S.A., Ferraz, 55, 28008, Madrid, 2006, ISBN-84-8164-847-7), 17.

<sup>14</sup> Francisco Laporta, “Entre el derecho y la moral”, (México, Fontamara, 1993), 7.

<sup>15</sup> Ernesto Garzón Valdés, “Derecho y Moral”, en compendio de Derecho y Moral-ensayos sobre un debate contemporáneo”, (Barcelona, Gedisa, 1998), 19.

<sup>16</sup> Kenneth Einar Himma, “Derecho y moral: debate entre el positivismo incluyente y el excluyente”, (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011), 53. En su forma más general, la tesis de la separabilidad asevera que el derecho y la moral son conceptualmente distintos.

<sup>17</sup> Himma, “Derecho y moral”, 58. Los positivistas incluyentes suscriben la tesis de la incorporación, según la cual existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los cuales los criterios de valides incluyen normas morales sustantivas.

Durante las cuatro décadas del siglo XX se impuso la tendencia no a la vinculación sino a la separación entre ética y las ciencias humanas y sociales. En su teoría pura del derecho, Hans Kelsen abogaba por una separación radical entre moral y derecho. Esta separación es la que aseguraría la pureza del derecho, a diferencia de la moral, cuyo sistema normativo es estático, el derecho es dinámico; es decir, requiere para la creación de sus normas de actos volitivos dirigidos a la persecución de sus fines que escapan del intento de una justificación universalmente válida. Según Kelsen, si el positivismo jurídico quiere ser congruente debe descansar en un relativismo axiológico.

Para aquella época los juicios éticos se reducían a expresiones de estado de ánimo de aprobación o de rechazo. En la filosofía de derecho, Alf Ross, digno representante del realismo jurídico Escandinavo, recogería ésta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia*, (1958), en el que sostendría que decir que algo es justo era equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa como señal de aprobación. Hasta la década de los cincuenta, incluso, la posición no cognoscitivista de Kelsen fue la predominante en el pensamiento iusfilosófico.

El Iusnaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas que, por lo general, resultaron difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales Parfraseando lo expuesto por Rodolfo Vásquez<sup>18</sup> refiere que podría decirse que los partidarios del Iusnaturalismo ontológico lo aceptaría, con más o menos énfasis, las siguientes premisas:

---

<sup>18</sup> Vásquez, "Entre la libertad y la igualdad", 18.



- a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
- b) Una ley para ser válida, debe ser justa.
- c) El derecho natural<sup>19</sup> se deduce de la naturaleza humana.
- d) Existe uno y sólo un principio de la ley natural que desde el punto de vista formal se formularía: - se debe procurar el bien y evitar el mal - y desde el punto de vista material: - para todo X, X es moralmente recto su es un acto conforme a la naturaleza humana.
- e) El último fundamento de validez de la ley natural es la ley eterna.

Por su parte, el lusnaturalismo deontológico partiría de los siguientes enunciados<sup>20</sup>:

- a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez de derecho se fundamenta en la moral. (Premisa compartida con el lusnaturalismo ontológico y que para muchos constituye el sello distintivo del lusnaturalismo).
- b) No se sigue necesariamente que una ley para ser válida deba ser justa. Un derecho injusto sigue siendo válido aunque sea una – corrupción de la ley -.
- c) El derecho no se deduce de la naturaleza humana. El deber ser no puede inferirse del ser, a menos de incurrir en la falacia naturalista. La

---

<sup>19</sup> Véase Enciclopedia Jurídica Online Gratis: española, mexicana, argentina, etc., Acceso 13 de junio 2017. <http://leyderecho.org/derecho-natural/>.

<sup>20</sup> Vázquez, “Entre la libertad y la igualdad”, 19.

ley natural es el conjunto de principios prácticos auto-evidentes que prescriben lo que debe ser.

d) Existe una pluralidad de principios prácticos de acuerdo con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos. Estas inclinaciones naturales en tanto que bienes básicos son inconmensurables y, por lo tanto, no susceptibles de jerarquización.

e) Los principios prácticos normativos en tanto principios auto-evidentes no requieren de una ulterior fundamentación en la ley eterna.

Desde finales de los años cincuenta y a principios de los sesenta, se comenzó a tomar conciencia de la necesidad de superar críticamente los paradigmas tradicionales, suavizándolos o simplemente buscando nuevas alternativas. La polémica dura entre iusnaturalistas y iuspositivistas comenzó a diluirse para dar lugar a puntos de vista no solo más ajustados a la realidad sino más fecundos en sus propuestas teóricas.

### **1.1.3. Positivismo Excluyente**

Kenneth Einar Himma, (2011)<sup>21</sup>, en su obra derecho y moral: el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente, explicita que el fundamento conceptual del positivismo jurídico consiste en tres compromisos: (1) la tesis del hecho social; (2) la tesis de la convencionalidad y, (3) la tesis de la separabilidad. La primera afirma que la existencia del derecho se hace posible por ciertas clases de “hechos sociales”<sup>22</sup>. La tesis de la

---

<sup>21</sup> Himma, “Derecho y moral”, 23.

<sup>22</sup>Véase “Emile Durkheim y el hecho social”. Acceso 17 junio de 2017. <http://www.siemprehistoria.com.ar/emile-durkheim-y-el-hecho-social/>.

convencionalidad afirma que los criterios de validez son de naturaleza convencional.

La tesis de la separabilidad, al nivel más general, niega que exista una vinculación necesaria entre el derecho y la moral.

Así, aunque la tesis de la separabilidad implica que no existen criterios morales necesarios de validez jurídica, deja abierta la cuestión de si existen posibles criterios morales de validez. Los positivistas excluyentes niegan que puedan existir criterios morales de validez en el derecho. Es en ese sentido, para tener una apreciación más acertada de cada una de las tesis que conforman el positivismo excluyente, éstas serán tratadas a continuación en los siguientes párrafos.

#### **1.1.3.1 Tesis del hecho social**

Puede decirse que el compromiso fundamental del positivismo es la tesis del hecho social, la cual afirma que “el derecho es, en esencia, una creación o artefacto social”<sup>23</sup>. Lo que distingue a las normas jurídicas de las normas no jurídicas, según esta tesis, es que las primeras instancian una propiedad que hace referencia a algún hecho social.

Entonces, es la ocurrencia del hecho social relevante lo que finalmente explica la existencia del sistema jurídico y lo que convierte al derecho en un artefacto.

Aunque todos los positivistas están comprometidos con la tesis del hecho social, difieren respecto de cuál hecho social es esencial a la explicación de la validez jurídica. “La tesis del hecho social explica la autoridad de los

---

<sup>23</sup> Ibíd.

criterios de validez en términos de un conjunto de hechos sociales y por lo tanto conceptualiza al derecho como un artefacto”<sup>24</sup>.

En cualquier caso, dado que los criterios de validez son autoritativos en virtud de instanciar alguna propiedad social, el positivismo jurídico que surge es una creación humana. Según la tesis del hecho social, entonces, es una verdad conceptual que el derecho es un artefacto social. Aunque la tesis del hecho social es interpretada de forma más útil como la explicación de la autoridad de los criterios de validez, también puede ser interpretada como la explicación de la validez de las normas jurídicas primarias. En todo sistema jurídico conceptualmente posible existen instituciones que hacen posible la existencia de normas jurídicas que son válidas, al menos parcialmente, debido a que satisfacen algunas condiciones sociales. Desde ésta interpretación, tales normas son validas porque instancia una propiedad social compleja que involucra al soberano, sus intenciones y sus sujetos.

### **1.1.3.2. Tesis de la convencionalidad**

“La existencia de una convención social depende de la convergencia de la conducta y la actitud” <sup>25</sup>. Por ejemplo, muchas personas convergen en ponerse los calcetines antes de ponerse los zapatos, pero sería incorrecto caracterizar tal conducta como constitutiva de una convección, dado que nadie estaría inclinado a criticar a alguien que se pone primero un calcetín y un zapato en un pie antes de vestir el otro pie. Pero si de repente las personas miraran la conducta desviada con respecto al orden de ponerse los calcetines y los zapatos como un fundamento para la censura, ello sería suficiente para constituir determinada forma de ponerse los calcetines y los zapatos en una convención. En ese sentido es dable decir que una

---

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> Himma, “Derecho y moral”, 37 y ss.

convección social está constituida por una convergencia de conducta y actitud: además de la conducta conforme, debe existir una creencia compartida de que el incumplimiento es una causa legítima para la crítica.

En cualquier caso, la existencia del derecho se hace posible por una convergencia de conducta y actitud. Aunque casi todos los positivistas incluyentes y excluyentes por igual, están de acuerdo en que los criterios de validez son autoritativos en virtud de una “convención social”<sup>26</sup> de alguna clase, discrepan sobre la naturaleza de la convención que les confiere autoridad a los criterios de validez.

La regla de reconocimiento soluciona el problema de la coordinación de establecer un conjunto de determinados criterios de validez. Si es bueno tener derecho, entonces claramente es mejor que se acuerde un conjunto de criterios en vez que no exista tal acuerdo, incluso si los individuos difieren entre ellos entre la variedad de opciones.

Es una verdad conceptual acerca del derecho el que los funcionarios deben coordinar su conducta unos a otros en varias formas que respondan a las intenciones y acciones de los otros; por ejemplo, lo que un juez haga en un caso particular depende de los que los jueces hayan hecho en casos similares. De forma similar, es una verdad conceptual el que los funcionarios están comprometidos con la actividad conjunta y para apoyarse mutuamente los funcionarios responsables de promulgar las normas requieren una seguridad de apoyo continuo de los funcionarios de hacer cumplir y ejecutar aquellas normas.

---

<sup>26</sup> Cfr. “Una aproximación sociológica a la noción de convención social”, Revista mexicana de Sociología, (2008), versión impresa ISSN 0188-2503, y versión digital. Acceso 17 de junio 2017. <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sciarttext&pid=S0188-5032008000400001>.

### **1.1.3.3. Tesis de la separabilidad**

Finalmente, se encuentra la última tesis que compone el positivismo jurídico es la tesis de la separabilidad. En su forma más general, la tesis de la separabilidad “asevera que el derecho y la moralidad son conceptualmente distintos”<sup>27</sup>.

De forma más común, la tesis de la separabilidad es interpretada como una afirmación sobre la existencia de las condiciones de validez. Según esta interpretación de la tesis de la separabilidad no es una verdad conceptual el que los criterios de validez incluyan criterios morales. Así, esta interpretación afirma que existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los cuales la invalidez jurídica de una norma no depende de sus méritos morales. En otras palabras, la tesis de la separabilidad afirma que existe al menos un sistema jurídico conceptualmente posible en el cual los criterios de validez están basados en la fuente.

Comúnmente se piensa que la tesis de la separabilidad afirma una pretensión más general de que no existe ninguna relación entre derecho y moralidad, pero ésta es una interpretación errónea. Ningún positivista niega que el derecho y la moralidad estén conceptualmente relacionados.

Ningún positivista puede negar que el derecho y la moralidad puedan estar conectados de manera necesaria en formas que no sean las de simples relaciones entre los dos conceptos. El derecho parece ser el tipo de cosa que es moralmente respetable; pero las fichas del derecho a pesar de su respetabilidad conceptual, pueden ser realmente perversas. El derecho hace posibles formas de cooperación social que serían imposibles de otra forma

---

<sup>27</sup> Himma, “Derecho y moral”, 53.

entre seres que no son ángeles y, por lo tanto, realiza definitivamente una tarea moral.

Si el derecho, necesariamente, regula la “conducta”<sup>28</sup> mediante normas identificables de forma pública, entonces es razonable pensar que el derecho tiene algún contenido moral mínimo en virtud de dar una oportunidad a las personas de planear su conducta y evita las consecuencias coercitivas de violar el derecho y por tanto respetar la autoridad. Aunque la tesis de la separabilidad es ampliamente aceptada incluso entre los que se caracterizan como iusnaturalistas, sigue siendo rechazada por algunos juristas modernos.

#### **1.1.4. Positismo Incluyente**

Los positivistas incluyentes suscriben la teoría de la incorporación, según la cual “existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los cuales los criterios de validez incluyen normas morales substantivas”<sup>29</sup>. En tales sistemas jurídicos, el que una norma sea jurídica depende, al menos en parte, de la relación lógica de su contenido con el contenido de las normas morales relevantes. A una aproximación de éste contenido se dedican las siguientes líneas.

##### **1.1.4.1 Tesis de la incorporación**

Existen dos componentes de la tesis de la incorporación que corresponden a las dos formas en las cuales la validez de una norma puede depender del mérito moral de su contenido. También, “existen sistemas jurídicos

---

<sup>28</sup> Véase “Definición de Conducta: Qué es, significado y concepto”. Acceso 20 de junio 2017. <https://blog.cognifit.com/es/conducta/>. El término conducta humana se utiliza para describir las diferentes acciones que ponemos en marcha en nuestra vida diaria. La conducta se puede definir como la realización de cualquier actividad en la que esté implicada una acción, o un pensamiento o emoción. Las personas en todo momento, de una manera u otra, llevamos a cabo una conducta.

<sup>29</sup> Himma, “Derecho y moral”, 58.

conceptualmente posibles en los cuales es una condición suficiente para que una norma sea jurídicamente válida el que reproduzca el contenido de algún principio moral”<sup>30</sup>. El componente de suficiencia permite, entonces, que una norma no promulgada pueda ser jurídicamente válida totalmente en virtud de su contenido moral.

De acuerdo con el componente de necesidad, existen sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los cuales es una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida el que su contenido sea consistente con algún conjunto de normas morales. Así el componente de necesidad permite que la moralidad sirva como una restricción sobre el derecho promulgado, por lo cual no es suficiente para que una norma sea válida el que su contenido tenga la relación lógica adecuada con el contenido de algunas normas morales.

Los positivistas incluyentes parecen tener una visión más fuerte, dado que su interpretación de las prácticas jurídicas relevantes parece más fácil de reconciliar con el lenguaje de las directivas que incluyen términos morales y las prácticas asociadas de los abogados y jueces.

## **1.2. Antecedentes históricos del daño moral**

Actualmente es considerado indispensable resarcir los prejuicios derivados por el daño moral, pero no siempre ocurrió de esta manera ya que a lo largo de la historia se ha debatido profundamente sobre la necesidad de resarcir este tipo de daños.

La evolución histórica de este tipo de daño ha tenido en las diferentes sociedades, una estrecha relación con la responsabilidad civil, ya que, con el

---

<sup>30</sup> Ibíd.



avance de la vida moderna, se generan múltiples riesgos, tales como los miles de accidentes, hacen que se creen daños y perjuicios que el ser humano no está en la obligación de soportar, sino antes bien, le deben ser restablecidos.

Por tal razón, el derecho civil en materia de responsabilidad, se ha basado en el principio según el cual quien causa un daño a otro está en la obligación de repararlo, con el objeto de conceder la mayor satisfacción posible a la persona por los perjuicios causados.

### **1.2.1 El daño moral en el Derecho Antiguo**

Resulta interesante mencionar, como antiguamente, la legislación se dirigía tan solo a resarcir los daños patrimoniales, punto importante para que, con el transcurso del tiempo, el derecho evolucionara en materia de daños, admitiendo el reconocimiento de la reparación de los daños extrapatrimoniales. Pues bien es cierto, que este tipo de daños, no como institución, pero si como perjuicios, han obtenido desde tiempos inmemorables el reconocimiento de las personas.

Ya que, desde la antigüedad, el honor, la dignidad, la sangre y otros valores morales y éticos, eran más apreciados que la vida misma.

En los orígenes de la humanidad la única forma de tutelar los derechos era a través de la fuerza y quien se sentía agresión en éstos, podía vengarse y resarcirse el daño; era la época del *Código de Hamurabí*, que establecía: “el ladrón que no es atrapado, la víctima del robo debe declararlo perdido”<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Manuel Sebastián Brito González, “El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización”, (Tesis de grado, Universidad del Azuay, Ecuador, 2013), 17.

Previo al estudio de la reparación del daño moral por responsabilidad extracontractual, se debe hacer un breve estudio sobre la responsabilidad jurídica en general, por lo que este capítulo, se tratará sobre sus antecedentes históricos, conceptuales, su clasificación y los fundamentos de la responsabilidad jurídica, pues es una institución jurídica que con el paso del tiempo ha evolucionado, no solo en la forma de tratarse, sino también ha variado en cuanto sus denominaciones, pues debe de adaptarse a la realidad jurídica, de esta forma los juristas establecen ciertos parámetros y establecen tipos de responsabilidad; de esta manera se llega a diferenciar entre lo que es responsabilidad moral o jurídica; y esta última en civil o penal.

Max Dunlop Gamazzy Cruz Flores<sup>32</sup>, en su investigación resalta que en las primitivas comunidades todo daño causado a la persona o bienes de otro despertaba en la víctima el instinto de la venganza. El hombre respondía a un instinto natural de devolver el mal por el mal que había sufrido. Era una reacción absolutamente espontánea. Entonces, cuando se pretende estudiar un fenómeno jurídico y en especial *la indemnización*, es necesario remontar la investigación a épocas remotas donde surge el derecho.

Puede decirse que en esta época la cuestión de los daños y la necesidad de *indemnización* se hallan al margen del derecho. A la violencia se opone la violencia. El mal se paga con el mal. Por el daño recibido se causa un daño semejante. Es la Ley del Tali3n: "ojo por ojo y diente por diente". Los principios de la vida del hombre fueron duros en cierto sentido, ya que del conocimiento y del respeto hacia las leyes depende la paz social; entonces, el derecho surge como una necesidad de impartir justicia a los particulares, transformándose en el tiempo para el mejor respeto a la dignidad humana.

---

<sup>32</sup> Max Dunlop Gamazzy Cruz Flores, "La Indemnización de Daños Morales en el Reconocimiento Judicial de Paternidad" (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2013), 54.

Es éste el período de la venganza privada, la forma más imperfecta y más antigua de represión de la injusticia.

Por consiguiente, la *ley de Talión*, es una limitación a la reacción vengativa, desordenada, típica del derecho primitivo. Esta ley vino a mejorar la situación en la que se encontraba la responsabilidad civil; es decir, en los delitos donde existía una posibilidad compensativa (como el robo), se asumía la forma de indemnización por la fuerza, pero en los delitos como el homicidio, la venganza era la única forma como se podía resarcir el daño, llegándose a considerar una obligación religiosa y sagrada el vengarse. Al respecto Luis Jiménez de Asúa nos dice: con el *Talión* se da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el periodo de la pena tasada. Así se transforma el derecho penal público al poder ilimitado del Estado.

La *Venganza a la Composición*, conforme a lo argumentado por Max Dunlop Gamazzy Cruz Flores, explicita que la reflexión priva sobre el instinto salvaje y la víctima del daño que tiene el derecho de venganza, también puede perdonar mediante la entrega por el ofensor de una suma de *dinero* libremente consentida; comienza una nueva época donde el dinero empieza a resarcir los daños. Es ya la época de la composición voluntaria, del rescate, de la pena privada.

Cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma, se ve la necesidad de institucionalizar<sup>33</sup> el sistema de las composiciones haciéndolas obligatorias para asegurar la tranquilidad pública.

---

<sup>33</sup> Institucionalización es un término polisémico que se aplica a distintos contextos relativos a las instituciones, especialmente a su proceso de creación o fundación. En contextos sociológicos y psiquiátricos, se aplica a la sumisión de un individuo al régimen de vida de una institución como el orfanato, el servicio militar, el asilo, la cárcel o el manicomio. Véase "Diccionario Español". Acceso 20 de junio 2017. <http://lexicoon.org/es/institucionalizar>.

Para analizar más detenidamente el tema de responsabilidad es necesario, remontarse a diferentes épocas, pues referido tema ha pasado por diferentes etapas, como lo son la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, siendo a partir de las primeras manifestaciones existentes del Derecho, que se hizo necesario el castigo por el daño causado.

Es así, que autor ut supra citado, enuncia “tres etapas importantes”<sup>34</sup>, la primera, la auto tutela, es fundamental mencionar: la venganza, ya que en las comunidades primitivas cada vez que alguno de sus integrantes causaba un daño, dicho daño le era retribuido en la misma medida que la lesión causada. Por lo que toda responsabilidad era deducida a través de la venganza privada.

En la segunda, se encuentra la autocomposición o composición voluntaria, esta se refiere cuando el individuo causaba un daño a otro, y ambos, víctima y responsable, podían llegar a un acuerdo, en el cual la víctima podía aceptar que se le entregase alguna cantidad de dinero o bienes suficientes para resarcir el daño, pero también podía no aceptar dicho arreglo y quedaba a salvo su “derecho” a venganza. La mayor dificultad, en cuanto a esta etapa, radicaba en el hecho que no se tenían reglas claras para cuantificar los daños morales.

La tercera, la heterocomposición, en la cual se necesitaba la intervención de un tercero que mediara el conflicto, se inicia a partir de la creación de las diferentes organizaciones políticas, de la consolidación de una autoridad, siendo necesario que se institucionalizara como parte del poder estatal, el sistema de composiciones, a fin de mantener el orden público.

---

<sup>34</sup> Cruz Flores, “La Indemnización de Daños Morales”, 55.

Es hasta la cuarta etapa, que el Estado tomo para sí, el papel de castigar al delinciente, transformando los delitos privados en delitos públicos, quitándole el concepto de venganza de las manos de la víctima y creando el concepto de reparación del daño”<sup>35</sup>.

Asimismo, el Estado crea la responsabilidad penal, es decir quita de las manos de la víctima la actividad represiva. No obstante, lo anterior, se refiere a nociones de responsabilidad emanados de una culpa, pero no de la acepción clásica de culpa, es decir -de causar daño- sino más bien proveniente de la negligencia por parte del sujeto activo.

No es sino hasta el siglo XVII, cuando el individuo se convierte en el constructor dinámico y responsable de su entorno social, dejando en un segundo plano a la Sociedad, considerando que no se puede obligar a una persona a responder sino solo por las acciones que estuvieron dentro de su rango de acción, ya que la acción de indemnizar nace exclusivamente de donde el individuo ha ejercido su libertad.

La responsabilidad, es una obligación que nace a partir de la transgresión de un deber impuesto ya sea por una relación jurídica preexistente o por razones de equidad, que obliga al transgresor a resarcir los daños generados por el hecho cometido”<sup>36</sup>. La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual.

“La responsabilidad contractual, se genera cuando una de las partes en un contrato, realice acciones contrarias a los deberes convenidos en el contrato,

---

<sup>35</sup> Pablo Esaú Arévalo Henríquez et al., “El delito civil como fuente de la obligación extracontractual” (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2013), 8.

<sup>36</sup> Luis, Díez Picazo, et. al., *Sistema de Derecho Civil*, 6ª ed., (Vol. II, Madrid, Editorial Tecnos, 1992), 591. “La responsabilidad Jurídica significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”.

por lo que se exige que exista una “relación jurídica previa”<sup>37</sup>. La responsabilidad extracontractual, llamada generalmente por los autores como responsabilidad aquiliana, porque en Roma estaba reglamentada por la Lex Aquila, relativa al “damnum iniuria datum”<sup>38</sup>, y se caracteriza, por no existir una relación jurídica previa, sino que se genera por incumplir el deber de “no comportarse de un modo lesivo hacia los demás”<sup>39</sup>. Existen nuevas tendencias, a considerar otros tipos de responsabilidad, como la responsabilidad precontractual y la post-contractual, que con la división anterior no pueden encontrar una categoría específica y también existen otros autores, que prefieren, clasificar la responsabilidad desde otra perspectiva que no sea el contrato.

### **1.2.2. El daño moral en el Derecho Romano**

En el antiguo Derecho Romano, la concepción de daño, en sus orígenes era netamente de índole material, es decir en la tradición romana aun no existía la concepción de un daño en materia moral, únicamente concebían la reparación del daño por una conducta ilícita que afecte el patrimonio del titular.

Sin embargo con la posterior evolución del Derecho Romano surge un antecedente vital en materia del daño moral, el cual se desprende del concepto de injuria, que era considerada como una ofensa, como una expresión de desprecio hacia los demás individuos, que provoca una frustración de índole anímico o espiritual.

---

<sup>37</sup> Ibíd. Supone una relación jurídica previa establecida en un contrato, por lo que se ve obligado a cumplir con cada una de sus estipulaciones”.

<sup>38</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, (Santiago de Chile, Imprenta Universitaria, 1943), 27.

<sup>39</sup> Díez Picazo, *Sistema de Derecho Civil*, 591.

En la Ley de las XII Tablas las injurias eran concebidas como todo atentado físico contra las personas como por ejemplo golpes, heridas, no se hacía la distinción de que si existía o no la intención de causar agravio, conforme se expandió el Imperio Romano llegaron cambios económicos, sociales y culturales, que trajeron consigo importantes cambios y que cambió el concepto de injuria expandiéndolo también al campo del honor, de la honra, de la propiedad privada, de la difamación, etc.

En la investigación realizada por Max Dunlop Gamazzy Cruz Flores<sup>40</sup>, se documentó que a los primitivos tiempos de la venganza privada sigue la época de la composición voluntaria, cuando el Estado trata de poner fin a aquélla reemplazándola por una suma de dinero que valía como *indemnización*, o como el rescate del daño padecido.

El casuismo tan característico no sólo de la legislación romana sino de la mente misma de sus jurisconsultos, se expresa aquí en la falta de un *principio general de responsabilidad*.

La Ley de las Doce Tablas dictada en el año 305 de Roma muestra la transición de la composición voluntaria a la composición legal. Por ejemplo, en el robo flagrante (*furtum manifestum*) la composición es aún voluntaria y, en cambio, es legal para el robo no flagrante (*furtum nec manifestum*); en la injuria es legal para la injuria corporal y lesiones ordinarias, y es voluntaria en cambio para el caso de fractura de un miembro donde puede aún aplicarse la Ley del Talión.

“Se advierte que en los casos más graves donde la ofensa tiene características de excepción, la víctima puede todavía satisfacer su venganza si no hay arreglo en cuanto al monto de la indemnización. La

---

<sup>40</sup> Cruz Flores, “La Indemnización de Daños Morales”, 57.

víctima no está compelida por la ley a aceptar la composición que esta última fija”<sup>41</sup>.

Como se dijo anteriormente, esta ley castigaba rigurosamente el hurto y si el ladrón era atrapado *in fraganti* se le aplicaba una pena capital; pero, si era un hombre libre, después de ser azotado, era entregado como esclavo a la víctima del hurto, el esclavo era tirado de lo alto de una roca para que muriera. Si el ladrón era sorprendido de noche, la ley autorizaba a la víctima a matarlo; estas penas por ser muy severas se modificaron y se estableció una multa del cuádruplo. En todas las demás formas de hurto se estableció una condena del doble del valor de la cosa hurtada.

En el Derecho Romano también se exponen ciertos casos en los que la cuantía del resarcimiento estaba fijada por el Edicto de los Ediles como la muerte producida por animales salvajes fijada en doscientos sueldos.

En la Edad Media, bajo las 7 partidas, obra atribuida a Alfonso X denominado el sabio, rey español entre 1242 y 1284 después de Cristo, su reinado se vio distinguido por su obra jurídica conocida como las 7 partidas, la cual trata de manera más clara la regulación acerca de los daños y sus compensaciones.

Sin embargo, durante este periodo la concepción de un daño moral cada vez toma más presencia, comprendiendo ya la lesión tanto a un derecho patrimonial como a los extrapatrimoniales y su posterior regulación e indemnización pecuniaria.

Mientras que el Derecho romano incluía dentro de las lesiones extrapatrimoniales los daños a la integridad moral dos elementos importantes

---

<sup>41</sup> Ibid.



(injurias<sup>42</sup> y calumnias<sup>43</sup>) el derecho de Las Partidas se ciñe casi de manera exclusiva en los daños a la integridad física.

Puede afirmarse que el Derecho Romano en sus nacientes épocas solo consideraba al daño como estrictamente material, con su posterior evolución, llega a reconocer la posibilidad de generarse un daño moral, principalmente ocasionado como producto de las injurias, lo cual generaba una serie de ofensas sobre los individuos.

### **1.2.3. El daño moral en el Derecho Común Anglosajón**

Debe regresarse nuevamente a la raíz romana para comprender el impacto de sus preceptos legales en el derecho común anglosajón o Common Law. Se distinguen tres periodos diferentes donde la ciencia jurídica romana impacta el continente europeo.

La primera, durante la invasión de Roma a las Galias; la segunda, durante la Edad Media, tras el descubrimiento del *Corpus Iuris*, y la tercera, en la época de la codificación.

La influencia del Derecho de raíz romana no tuvo impacto lo suficientemente intenso en el sistema de derecho que se desarrolla en Inglaterra como para

---

<sup>42</sup> El Código Penal de El Salvador, D.L. 1030 del 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. N° 105, Tomo 335, del 10 de junio de 1997., regula la injuria, y nos explicita los verbos rectores que rigen éste tipo penal, previsto y sancionado en el artículo 179, del citado cuerpo normativo, “el que ofendiese de palabra o mediante acción la dignidad o el decoro de una persona presente, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. La injuria realizada con publicidad o cuando fuere reiterada contra una misma persona, será sancionada con multa de cien a ciento ochenta días multa.”.

<sup>43</sup> *Ibíd.* El artículo art. 177 del Código Penal, dice que “el que atribuyere falsamente a una persona la comisión de un delito o la participación en el mismo, será sancionado con multa de cien a doscientos días multa. La calumnia realizada con publicidad o cuando fuere reiterada contra una misma persona será sancionada con multa de doscientos a trescientos días multa.”.

absorberlo. En cambio, se desarrolló un sistema independiente, con matices aislados de la influencia romana.

Roma fundó las principales ciudades de la actual Inglaterra, denominada por ellos Britania, pero la influencia romana no fue determinante en dicho territorio. La invasión de los anglosajones, que eran germánicos no romanizados, causó el distanciamiento de la cultura, y por consiguiente, del Derecho romano. “El Derecho romano no prevaleció en la ciencia jurídica inglesa y posteriormente la anglosajona, pero se puede distinguir la recepción del mismo en el Derecho inglés”<sup>44</sup>.

“Hubo tres momentos decisivos en el proceso de evolución de la ciencia jurídica inglesa”<sup>45</sup>.

El primero, la influencia de la Iglesia y la doctrina de los glosadores. Se señala el uso de algunos términos latinos para explicar y aclarar el derecho inglés.

El segundo, es en el momento en que la Recepción se impone en Alemania, para el siglo XVI. En ese periodo se reseña la adopción de doctrinas romano-canónicas en áreas como el matrimonio, derecho marítimo y mercantil. A pesar de que el Derecho romano no es una de las materias que se estudiaban en las universidades de la época, como son Oxford<sup>46</sup> y

---

<sup>44</sup> Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano”, (tesis de doctorado, Universidad de Valladolid, España, 2015), 99.

<sup>45</sup> *Ibíd.*, 100.

<sup>46</sup> Véase “Historia de la Universidad de Oxford”. Acceso el 26 de junio de 2017. <https://www.descubriruk.com/historia-de-la-universidad-de-oxford.html>. La Universidad de Oxford es la más antigua del mundo angloparlante. No hay una fecha segura de su fundación, pero la enseñanza ya existía en Oxford de alguna manera en 1096 y desde 1167 se desarrolló rápidamente, cuando Enrique II de Inglaterra prohibió a los estudiantes ingleses asistir a la Universidad de París.

Cambridge<sup>47</sup>, sí el Derecho canónico era parte del currículo y a través de éste aquellas disposiciones de origen romano que impactaron y formaron parte del Derecho canónico extendido por toda Europa.

El tercero y último, se experimenta en el siglo XIX cuando se comienzan a observar referencias a máximas romanas en las sentencias de los tribunales ingleses.

A pesar de que el sistema jurídico anglosajón fue denominado *Common Law*, el mismo no emana del Derecho común europeo de raíz romana.

En Inglaterra, se denominó Derecho común al derecho nacional, cuya fuente de poder emanaba del Rey y sus cortes. Por el contrario, el Derecho común europeo era un Derecho transitorio, centrado en la difusión del conocimiento a través de las instituciones educativas de la época que se dedicaban a la exégesis del Derecho romano medieval.

Existen varias diferencias sustanciales entre el Derecho común europeo y el anglosajón, entre ellas despuntan en el Derecho Común Anglosajón las siguientes:

1. No existe codificación.
2. No se hace distinción entre Derecho Público y Derecho Privado.

---

<sup>47</sup> La Universidad de Cambridge es una universidad pública inglesa situada en la ciudad de Cambridge. Fundada en 1209, es la universidad de habla inglesa más antigua, después de Oxford. Fue establecida por académicos que huyeron de Oxford tras un conflicto con autoridades locales. Enrique III de Inglaterra le concedió el monopolio de la enseñanza en aquel lugar en 1231. Junto a la Universidad de Oxford, la Universidad de Cambridge forma a una gran cantidad de los más destacados científicos, escritores y políticos del Reino Unido. Ambas instituciones son conocidas conjuntamente con el nombre de Oxbridge y son integrantes del Russell Group.

3. El Tribunal Inglés es la autoridad máxima en materia de ordenamiento jurídico.

4. La Ciencia Jurídica, en contraposición con el Derecho Romano y sus derivados, no posee tanta relevancia.

### **1.2.3.1. Evolución histórica del derecho común en Inglaterra**

Etapa anglosajona: “Esta primera etapa data desde la prehistoria hasta el siglo XI cuando se experimenta la conquista normanda”<sup>48</sup>.

Se distinguen en este período las diversas invasiones que tuvo Inglaterra, comenzando con la romana que se extiende por un periodo de cuatro siglos (del siglo I al V). La invasión romana tuvo un impacto político, militar y religioso. Es mediante la influencia religiosa que también se difunden los principios de la ciencia jurídica romana, como hemos mencionado antes.

Al igual que surge en el resto de Europa, el latín es el lenguaje utilizado por el clero para el estudio y la aplicación del Derecho. Aún en Inglaterra, las cortes del Rey utilizaban el latín como lenguaje oficial en los récords y escritos. Posteriormente, se introduce el francés como lenguaje oficial hablado en las cortes del Rey.

Este período se caracteriza porque la ley no estaba escrita y era difundida verbalmente a través de las generaciones.

Conquista Normanda y nacimiento del *Common Law*: se reseña en este período el reinado de Guillermo el Conquistador, quien adviene al trono Inglés en virtud de las Leyes Sáficas, durante el año 1066 y paradójicamente

---

<sup>48</sup> Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño”, 103.

desconoce las costumbres y el idioma inglés, por ser heredero de la tradición francesa.

Para subsanar su ignorancia del entorno que iba a reinar se crea un sistema tripartita que estaba compuesto de un Consejo denominado *Curia Regis*, que eventualmente se convierte en el Parlamento; sistema de Tribunales que aplicaran el *common law* que más tarde es traducido al inglés como *common law* mediante el cual se perseguía conocer la verdadera forma de vivir y ser de los anglos y sajones que vivían en el territorio; y el tercer componente que fue la distribución de tierras y el reconocimiento de propiedades lo que evita enfrentamientos entre baronazgos y el poderío del rey.

Es a partir de la Edad Media hasta el presente que se desarrolla el Derecho común inglés como sistema jurídico. Su sistema está fundado en la instrucción de los jueces a través de las escuelas judiciales y su formación está basada en la administración de la justicia mediante la aplicación de la equidad.

“El sistema de derecho privado se distinguió porque los reyes legislaban sobre dicha materia y los tribunales de los reyes, *Curia Regis*, emitían dictámenes a través de los *Writs*”<sup>49</sup>. Los *Writs* eran órdenes emitidas por los Cancilleres del Rey a una parte para que se presentara ante los Tribunales centralizados a responder por los actos imputados.

En los casos donde la controversia giraba en torno a un asunto de Derecho, los jueces adjudicaban la controversia, pero si existían disputas sobre la apreciación de los hechos, los jueces remitían el caso ante un jurado que escuchaba y emitía su dictamen.

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, 104.

Según evoluciona el Derecho, se van creando fórmulas y *Writs* aplicables a casos concretos.

Más tarde surge el concepto de *Equity* o equidad, pero como un concepto de Derecho que se contrapone al *Common Law* y que es administrado por los Tribunales de Cancillería.

En las primeras etapas del Common Law y el Equity se crearon controversias de los Tribunales que los administraban con relación a cuál de éstos prevalecería en caso de controversias. Aunque se reconoce inicialmente el *Equity* como el sistema que prevalece, más tarde se integran ambos a través de la reforma judicial, en el siglo XIX.

“El sistema judicial fue ubicado en un lugar específico, en lugar de ser itinerante como era el uso y costumbre de la época medieval”.<sup>50</sup> Se estableció en Westminster y se especializó, dividiéndose en tres: Tribunal de las Causas de Hacienda o *Exchequer*, Tribunal de las Causas Comunes o *Common Pleas*; y Tribunal de la Materia Penal o *King’s Bench*.

Eventualmente, la distinción desaparece y los tres tribunales atienden cualquier tipo de controversias, independientemente de su naturaleza. Uno de los aspectos característicos de este período es que se adopta en el ámbito procesal el debido proceso de ley mediante la modificación del sistema probatorio.

Etapa del apogeo del Common Law y nacimiento del Equity: el punto de partida de esta época es el reinado de los Tudor en Inglaterra, cerca del año 1485 y se extiende hasta la concepción del *Judiciary Act*, es decir hasta el

---

<sup>50</sup> *Ibíd.*, 105-106.

año 1873. Se distingue este periodo por la expansión y desarrollo del *Common Law* y en contraposición de ésta, el surgimiento del *Equity*.

El *Equity* es un concepto que nos refiere a los principios de justicia e imparcialidad; es el cuerpo de principios que determina lo que es justo, correcto; también puede ser definido como la referencia a los principios de justicia utilizados para corregir o suplementar la ley en la aplicación de determinadas circunstancias.

En el sistema de Derecho común inglés, nace como resultado de la insatisfacción de particulares con el Tribunal de Westminster, quienes acuden al monarca con una petición de intervención ante la aplicación arbitraria de la justicia. “Como consecuencia se adopta el *Equity* que suple el vacío y las lagunas existentes en el sistema de Derecho común inglés”.<sup>51</sup> Etapa del Derecho inglés contemporáneo: “El Derecho inglés contemporáneo surge con la aprobación del Judicature Act en el periodo entre 1873 y 1875”.<sup>52</sup>

A partir de esa fecha, los tribunales atienden controversias donde aplican el Common Law así como el Equity. Surgen al comienzo de este periodo las Comisiones Administrativas, donde se ventilan procedimientos donde el Estado interviene y donde se aplican los principios del Derecho común inglés.

#### **1.2.4. El daño moral y la Revolución Francesa**

A través de la Revolución Francesa, la cual generó un notable desarrollo social, político y cultural con notable trascendencia a nivel mundial,

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, 107.

<sup>52</sup> *Ibíd.*

repercutió a radicar la importancia de los valores morales y espirituales, a tal punto que se los considero como ejes centrales para el desarrollo y organización de las sociedades, y en base a tal importancia se les otorgó protección constitucional.

No existía en las leyes bárbaras un principio general en materia de *responsabilidad civil*. “Es decir, que el sistema que imperó durante mucho tiempo no fue otro que el de la composición legalmente obligatoria. Más aún, no se distinguió en Francia sino bastante tiempo después, alrededor del siglo XII, el delito civil del delito penal”<sup>53</sup>.

El antiguo derecho francés llegó a establecer como regla general la reparación de todo daño causado por culpa. El “Código Civil Francés”<sup>54</sup> no ha hecho más que recoger esa tradición.

Es así, que “Domat”<sup>55</sup>, que inspiró a los redactores del Código de Napoleón los estableció en los artículos 1382 y 1383 el siguiente principio: “*Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquellos que ocasionen algún daño, sea por haber contravenido algún deber o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho*”<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> Código Civil Francés, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804 , en el gobierno de Napoleón Bonaparte.

<sup>55</sup> Jean Domat, 30 de noviembre de 1625 - 14 de marzo de 1696), jurista francés, nacido en Clermont-Ferrand en Auvernia. Fue abogado del rey en el présidial de Clermont, y consagró toda su vida al estudio de la jurisprudencia y el derecho. Para él, todas las disfunciones proceden de “la incertidumbre de las normas”, del “desorden de las leyes”. Acceso 27 de junio 2017. [https://es.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Domat](https://es.wikipedia.org/wiki/Jean_Domat).

<sup>56</sup> Confróntese con los artículos 1382 y 1383 del actual Código Civil Francés, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804 , en el gobierno de Napoleón Bonaparte.



La culpa es, en materia de responsabilidad extracontractual a partir de ese momento, un elemento indispensable de la responsabilidad por atribuir al acto la nota de ilicitud que da nacimiento al “deber de resarcir”.<sup>57</sup>

La teoría romana de la prestación de la culpa tal como aparece expuesta en la época de Justiniano ha sido recibida por “Pothier”<sup>58</sup> pero, como se observará, no fue adoptada después por el Código francés.

Los redactores del Código Civil francés siguieron el cauce del antiguo derecho. Fue así que quedó definitivamente establecida la distinción entre pena (sanción represiva) y reparación civil del daño (sanción resarcitoria). También fue principio incontrovertido que todo daño debe ser reparado por aquél por cuya culpa fue ocasionado.

El derecho francés se aparta de la concepción del derecho romano con respecto a la responsabilidad civil. Los franceses separan la acción civil de la penal, ya que la acción civil según ellos existían por sí sola; cuando se trataba de una acción privada se ejercitaba conjuntamente con la acción pública<sup>59</sup>. Cuando se trata de un delito público, siendo un avance los franceses el hecho de separar la responsabilidad civil de la penal, estableciendo ya un principio general, -que de un daño cualquiera causado por el cometimiento de un delito da lugar a una indemnización- distinguiendo

---

<sup>57</sup> Cruz Flores “La Indemnización de daños morales en el reconocimiento de la paternidad”. 61 y sig.

<sup>58</sup> Robert Joseph Pothier, nacido en Orleans, 9 de enero de 1699, fue un jurista francés. Sus tratados, relativos a diversas materias del derecho civil (compraventa, matrimonio, posesión, arrendamiento...) ejercieron una influencia directa y considerable sobre la redacción del Código Civil francés de 1804, de modo que una buena parte de sus escritos se incluyeron sin apenas modificaciones como parte del articulado. Acceso junio 27 de 2017. [https://es.wikipedia.org/wiki/Robert\\_Joseph\\_Pothier](https://es.wikipedia.org/wiki/Robert_Joseph_Pothier).

<sup>59</sup> Es al Ministerio Fiscal a quien le corresponde ejercer la acción penal pública para poder perseguir de oficio los delitos de acción pública, y es el Art. 17 Inc. 2º del Código Procesal penal quien establece el deber y la obligación que tiene la mencionada institución. Así mismo esto lo consagra el Art. 193 numeral 4º de la Constitución de la República y el Art. 3 numeral 4º de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

así la responsabilidad contractual de la delictual, desapareciendo casi por completo la confusión entre responsabilidad civil y la responsabilidad penal pasando la idea de la indemnización a consolidarse.

Conforme a lo expresado, el Código de Napoleón o Código Civil Francés, iba a echar las bases del moderno sistema de responsabilidad extracontractual estableciendo los siguientes principios fundamentales:

- a) Obligación general de responder por el daño causado a otro.
- b) La imputabilidad del daño al autor del hecho no tiene otro fundamento que la culpa; no hay responsabilidad sin culpa.
- c) La culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o imprudencia.
- d) Siendo la culpa la violación del deber genérico de no dañar a otro, ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones.
- e) Sin daño no hay responsabilidad civil.

f) La obligación de responder es una *sanción resarcitoria* y no represiva que consiste en reparar el daño causado. Estos principios resultan enunciados en el texto de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil Francés. El primero dispone: Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido<sup>60</sup>-. La palabra –hecho- en este artículo, siguiendo el lenguaje de Domat, designa el –hecho ilícito-, es decir la “culpa intencional” (dolo del delito civil).

---

<sup>60</sup> Tanto en Francia como en otras regiones del mundo, la causación de una lesión a un bien jurídico protegido, sea por culpa o dolo, particularmente en el caso del honor, la imagen, el buen nombre, etc., busca ser reparada, satisfecha o indemnizada, ya sea por medio de una obligación de dar, hacer o no hacer.

La influencia de la doctrina canónica en los antecedentes del Código Civil Francés (CCF) permean en la redacción de sus artículos. Al igual que sucedió posteriormente en España y otros países europeos, la concepción de la acción penal de origen romano mediante el cual se atendían los agravios a la persona fue evolucionando tras la influencia del Derecho canónico para convertirse eventualmente en una pena privada con visos reparadores.

El estado de derecho previo a la aprobación del Código Civil Francés, en la época napoleónica, ya disponía que la responsabilidad penal conllevara responsabilidad civil que podía o no ser instada dentro del proceso penal. Los padres del Código Napoleónico entrelazaron la responsabilidad civil a la moral social enfatizando el deber de reparar el mal causado al semejante.

Una vez superada la dicotomía del tratamiento de la ofensa civil, inicia el proceso de descubrir el alcance de la reparación del perjuicio causado. El articulado no especifica su alcance y las controversias relacionadas con aspectos patrimoniales y no patrimoniales comienzan a presentarse ante los foros judiciales. A raíz de la evolución que se hace más fuerte a inicios del siglo XIX, se empezó a dar forma a la figura jurídica del daño moral en Francia y Europa.

El lenguaje no reconoce expresamente la existencia de un perjuicio extrapatrimonial, pero tampoco lo niega. “Diez Picaso”<sup>61</sup>, por ejemplo, indica que los principios contenidos en el *Código Civil* sobre el daño son tan generales que permiten que se configure tanto el daño material como el moral. Comienzan a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial a dar base al daño moral como lo conocemos hoy.

---

<sup>61</sup>Diez Picaso, et. al., *Sistema de Derecho Civil*, 591

El art. 1382 del CCF determina la responsabilidad por actuaciones dolosas y culposas. El lenguaje de la disposición legal es lacónico y no hace distinción entre el daño pecuniario y el moral. No obstante, por vía jurisprudencial, la ciencia jurídica francesa reconoció el derecho a la protección civil por daños morales y la compensación económica como remedio. La aplicación del artículo 1382 a los casos de daños morales era de naturaleza discrecional, reportándose casos donde no hubo uniformidad en la aplicación del precepto

La comunidad jurídica también argumenta que el art. 1384 también contempla la protección general contra perjuicios morales. Se ha reconocido que dentro del concepto «*dommage*», incluido en el Código, se cubren los daños patrimoniales y morales.

A través del tiempo, se ha observado como los legisladores han integrado el concepto del daño moral a normas legales específicas, como lo son: “el Artículo 3, párrafo 2 del Código de Procedimiento Penal. En esta acción, al igual que en España, la víctima puede solicitar al Tribunal que provea un remedio por el daño moral que ha sufrido como consecuencia del acto criminal

En materia de divorcio, el legislador francés también reconoció el derecho de un cónyuge de reclamar al otro los daños morales causados en el proceso de divorcio. Se consagró en el Art. 266, párrafo 1º del Código Civil Francés<sup>62</sup>.

El daño moral también se ha reconocido de manera indirecta en la legislación francesa. El art. 31 de la Ley número 86-677, de 5 de julio de 1985 mejor conocida como la Ley Badinter, regula las reclamaciones instadas por personas que pagan compensaciones por concepto de daño moral o físico.

---

<sup>62</sup> Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral”, 299-300.

La ley número 1985-1353, de 17 de diciembre de 1985, relacionada con la seguridad social, creó el art. L. 452-3 del Código de Seguridad Social francés bajo el apartado de falta inexcusable o intencional del patrono.

En este artículo, se establece que independientemente de la compensación que se otorgue por concepto de un accidente laboral, la víctima tendrá derecho a demandar y obtener reparación del perjuicio causado por los sufrimientos físicos y morales que ha tenido que soportar, los perjuicios estéticos y de amenidad, así como el perjuicio de la pérdida o disminución de sus posibilidades de acceso o promoción profesional. Un ejemplo, de un fuerte movimiento laboral en Francia se reseñó en el Capítulo sobre el Entorno Conceptual. Me refiero a los casos donde empleados reclaman a sus patronos al amparo de esta legislación por los perjuicios morales sufridos por exposición a asbestos.

De manera más reciente, los legisladores franceses enmendaron el art. 16 del CCF como resultado de la adopción de la Ley 1994-653, del 29 de julio, sobre Bioética. “La evolución legislativa de la legislación francesa ha sido lenta y al igual que España y Puerto Rico, han optado por dejar de manera íntegra los artículos del Código Civil que se refieren a la responsabilidad civil extracontractual, toda vez que no prohíben la figura y la concesión de remedios.

No obstante, se observa en los procesos legislativos posteriores, que está presente la figura y su inminencia en la vida cotidiana de esas sociedades, en la medida que se integran de manera expresa protecciones a los ciudadanos contra los daños morales”<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*, 303-304.

La primera decisión del Tribunal de Casación de Francia que reconoce la posibilidad de indemnizar económicamente el daño moral, denominado como «*dommage moral*», se remonta al 5 de junio de 1833. En esta ocasión, el TCF reconoció a dos químicos el derecho a reclamar daños morales de un demandado que resultó convicto por la venta ilegal de drogas. El Procurador General, Dupin, señaló que “constituía un error capital argumentar que los daños sólo procedían cuando existían daños pecuniarios”<sup>64</sup>.

El reclamo fue inicialmente denegado en apelación y posteriormente el Tribunal Constitucional Francés dejó sin efecto la determinación apelativa ya que no era razón suficiente el plantear que es sumamente difícil la apreciación y valoración de los daños no patrimoniales.

A partir de esta Sentencia se evidencian determinaciones jurisprudenciales, como la del 16 de junio de 1858 donde el Tribunal de la Seine, condenó a una dibujante al pago de 5,000 francos porque publicó la fotografía de un difunto en el lecho de muerte, cuando la misma había sido creada sólo para la familia.

A partir del 1961, se reconoció a la jurisdicción administrativa la competencia para entender en casos donde se reclama perjuicio moral. Esta decisión jurisprudencial, conocida como *Letisserand*, fue emitida por el Consejo de Estado el 24 de noviembre de 1961, no 48841, publicado en Lebon.

La determinación se realiza ante una situación de hechos donde un hombre y su hijo, que viajaban en motocicleta fallecieron tras ser impactados por un camión perteneciente al Estado, comunidad de Allier.

---

<sup>64</sup> *Ibíd.*, 306.

Se concedió una compensación monetaria a la viuda y a sus hijos menores a través del foro administrativo y desde entonces, dicha jurisdicción ejerce su capacidad para ventilar reclamos por perjuicios morales.

La evolución del daño moral fue similar a la de España, ya que el perjuicio moral o extrapatrimonial no fue reconocido desde sus comienzos. Aún a finales del siglo XIX y comienzo del XX se encontraban grandes críticas al movimiento doctrinal que postulaba la necesidad de compensar económicamente los daños morales. Las críticas más fuertes, dentro de la doctrina francesa, estaban dirigidas al intento de compensar económicamente el sufrimiento y la tristeza, calificando de inmoral<sup>65</sup> la pretensión de poner precio a las lágrimas del dolor.

Esta mentalidad no prevaleció y a pesar de que es claro que el ser humano no puede objetivamente establecer el valor del sufrimiento de otro, actualmente no resulta reprochable y es ampliamente reconocido por la jurisprudencia.

#### **1.2.5. El daño moral en el Derecho Norteamericano**

En este apartado se describe a grandes rasgos el sistema de derecho común norteamericano con relación al manejo de del daño moral y su reparación, y,

---

<sup>65</sup> Esta palabra es un adjetivo que sirve para denominar a una persona o a una acción que se encuentra lejos de ser moral y por ende no es bien vista por la sociedad que la rodea. Pero también se debe entender que hay ciertos actos que son catalogados como inmorales según las perspectivas desde donde se lo miren, por lo que se podría decir que la inmoralidad es un asunto subjetivo. Se señala que la inmoralidad son aquellas acciones que se alejan de las buenas costumbres y lo que es políticamente correcto, estas se encuentran relacionadas con la forma en la que piensa una sociedad, ya en un muchas culturas se puede catalogar como inmoral a una mujer u hombre que tiene varias parejas sexuales, o simplemente por tener una relación con personas del mismo sexo; pero también se puede decir que es inmoral que un sacerdote mantenga relaciones con un menor edad. La inmoralidad se encuentra determinada por las costumbres que tenga un pueblo o una sociedad, estas se vinculan con la forma que tiene una persona de comportarse en determinadas circunstancias.

siendo ése un país de suma importancia en el mundo, es necesario traer a colación algunos puntos destacables sobre ésta temática. A ello se dedican las siguientes líneas.

En los Estados Unidos de América (EUA), se clasifican los daños en tres categorías: económicos, no económicos y punitivos. Las primeras dos categorías de daños constituyen lo que se conoce como *daños compensatorios*, cuyo propósito es revertir al demandante al lugar o condición en la que se encontraba previo a la ocurrencia del daño o, de esto no ser posible, compensar por la pérdida y corregir los males o daños causados por el demandado.

Los *daños económicos* se refieren a los gastos incurridos por el demandante como resultado de la ocurrencia del daño. Estas pérdidas incluyen ingresos pasados y futuros, gastos médicos pasados y futuros, salarios perdidos, servicios en el hogar, etc. Los cálculos deben tomar en consideración los pronósticos sobre necesidades de cuidado médico, disponibilidad de oportunidades de trabajo y expectativa de vida.

Los *daños no económicos*, por su parte, son concedidos para compensar el daño corporal del demandante, incluyendo dolor y desfiguramiento; angustias mentales incluyendo temor, ansiedad y depresión; y pérdida del disfrute de la vida incluyendo limitaciones a opciones de estilos de vida. “A diferencia de los daños económicos, los daños no económicos no tienen equivalentes en el mercado, por lo que no pueden ser cuantificados mediante el intercambio de valores”<sup>66</sup>.

Una de las principales características del sistema de Derecho común norteamericano es que concede el derecho al demandante a solicitar que el

---

<sup>66</sup> Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral”. 259-260.



juicio sea celebrado frente a un jurado compuesto por ciudadanos imparciales, residentes del distrito y Estado en el que haya ocurrido el daño.

Harry Brugman Mercado<sup>67</sup>, en su obra resalta que el derecho a juicio por jurado se reconoce en la Carta de Derechos consagrada en la Séptima Enmienda de la Constitución Federal de EUA. Para el año 2007, el treinta y un por ciento (31%) de los casos civiles se ventilaron ante jurado, es decir, cerca de 46,200 casos por Estado y 2,100 casos adicionales en los foros federales en cada jurisdicción. A diferencia de otras disposiciones consagradas en la Carta de Derechos, que han sido extendidas a los Estados al amparo de la Decimocuarta Enmienda, el Derecho a juicio por jurado en casos civiles no ha sido extendido.

No obstante, un gran número de Estados de la nación han adoptado el derecho a juicio por jurado en casos civiles y la relación de jurados en casos criminales en contraposición a casos civiles es de tres a dos. “La excepción es en el Estado de New York y de Connecticut cuya proporción se invierte y se celebran casos civiles con jurado cinco veces más de criminales”<sup>68</sup>.

Si el juez o los miembros del jurado determinan en un caso civil que el demandado es responsable, éste es tiene que compensar al demandante por su pérdida”<sup>69</sup>. La compensación, al igual que en los países de corte civil, se hace mediante el resarcimiento monetario a base del valor de la pérdida experimentada. El Derecho común norteamericano conserva, en algunas instancias, el carácter punitivo de la norma que regula la obligación de restituir el daño causado por culpa o negligencia. Esto se debe a que en su

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, 261.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> *Ibíd.*, 262.

proceso evolutivo, el Derecho anglosajón derivó del Derecho romano y por consiguiente de la Ley Aquilia, sin el impacto de la doctrina iusnaturalista tuvo en las codificaciones civiles.

Los tribunales norteamericanos admiten la aplicación de los daños punitivos con mayor extensión que los de corte inglés y los mismos se pueden agrupar en tres grandes categorías, a saber:

“1) Cuando el presunto autor de la acción ilícita estime que el resarcimiento que debe al perjudicado es inferior a las ganancias obtenidas por él.

2) Cuando el riesgo de que la conducta dañosa sea sancionada por vía judicial es baja dado a que no es común el reconocimiento de responsabilidad en ese tipo de conducta, el daño particular es modesto en relación al costo total del proceso, o, porque el presunto autor del ilícito no está intimidado con el resultado final del proceso resarcitorio.

3) Cuando el sujeto causante del daño actúa con el fin de causar daño, independientemente del resultado o las consecuencias de sus acciones. Los daños punitivos tuvieron su origen en los tribunales ingleses durante el siglo XVII y siguieron su evolución, siendo adoptadas por los Estados Unidos de América, con pocas excepciones. La compensación concedida por este concepto no es una indemnización por los daños sufridos, sino una multa privada. El propósito es disuadir y castigar al culpable de una conducta ilícita. Fueron diseñados para castigar al demandado por su conducta reprochable, ofensiva, excesiva o indignante”<sup>70</sup>.

Es una conducta que se distancia diametralmente de la esperada del hombre prudente y razonable o el -buen padre de familia- del Derecho

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, 263.

puertorriqueño. Los daños no económicos son concedidos para compensar el daño moral del demandante, estando la gran mayoría clasificadas en las siguientes categorías: dolor y sufrimiento, pérdida social, angustia emocional, pérdida de consorcio, desfiguramiento, pérdida de capacidad reproductiva, pérdida de tutela parental, pérdida del placer de la vida, entre otras. Aunque a primera vista parezcan categorías análogas a las que encontramos en el Derecho civil continental europeo, la clasificación de daños morales es más limitada y son parte de un sistema tipificado donde solo se reconoce la compensación a los daños que taxativamente están previstos.

Por otro lado, existen controversias que los distinguen de las jurisdicciones de Derecho civil como discutiremos en breve. Los norteamericanos no utilizan el concepto del daño moral, sino que prestan más atención al daño corporal como componente de esta categoría.

La clasificación que más se utiliza en las adjudicaciones jurisprudenciales y que representa la cuantificación monetaria mayor, es la que hemos optado por traducir literalmente como *-dolor y sufrimiento-*, al grado que en muchas instancias se utiliza para denominar de manera genérica los daños no económicos. A diferencia de los daños económicos, los daños no económicos no tienen equivalentes dinerarios en el mercado, por lo que no pueden ser cuantificados mediante el intercambio de valores. Al igual que en el Derecho civil, se recurre a baremos diseñados para cuantificar o monetizar el daño moral.

En los Estados Unidos de América, estos parámetros, en lugar de ser indicadores adoptados a base de un raciocinio científico, están estructurados como compilaciones de sentencias en casos similares que proveen una referencia del historial jurisprudencial en casos similares.

El Derecho común norteamericano utiliza el término adjudicaciones no-económicas o *–non economic awards–* para hacer referencia al resarcimiento económico concedido en los casos de daños morales.

En términos generales, los profesionales del Derecho experimentan problemas similares a los que existen en el ámbito civil, especialmente lo relacionado a los elementos probatorios, la clasificación y valoración de los daños, así como su reparación. La existencia de elementos adicionales, tales como la posibilidad de tener un jurado en los casos civiles, así como la capacidad de imponer compensaciones nominales y daños punitivos, ciertamente traen al ruedo controversias adicionales en el proceso de conceptualización del daño moral, extrañas a la doctrina civil moderna.

### **1.3. Antecedentes del daño moral en la legislación salvadoreña**

La Constitución de El Salvador reconoce desde 1983 el derecho a indemnización por daños de carácter moral, de acuerdo con una ley; sin embargo, todavía no ha sido emitida la legislación que permita viabilizar el mencionado derecho. Este vacío normativo fue declarado inconstitucional el 23 de enero de 2015, cuando la Sala de lo Constitucional pronunció la sentencia en el proceso 53-2012<sup>71</sup>, ordenando al legislador que regule esta materia antes del 31 de diciembre de 2015.

---

<sup>71</sup> Sentencia de Inconstitucionalidad número 53-2012, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la honorable Corte Suprema de Justicia de El Salvador, a las 14:02 horas del día 23 de enero de 2015; “[...] A. En el presente caso, tal como quedó argumentado, la Asamblea Legislativa ha retardado la creación de un ordenamiento jurídico en el que se establezca la regulación del derecho a que se refiere el 2 inc. 3° Cn. Por ello, reconociendo que la eficacia del derecho a la indemnización por daños morales no puede continuar condicionada hasta que tal entidad estatal así lo decida, es pertinente que la Asamblea Legislativa emita la normativa en la que fije de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones relativas a dicha modalidad de indemnización, la cual sirva de marco general para el resto de disposiciones, que presuponen esta regulación.

La necesidad de regulación de los daños morales en El Salvador ha sido expuesta jurídicamente luego de que la Sala de lo Constitucional resolvió el proceso de inconstitucionalidad 53-20121.

La sentencia declara que la Asamblea Legislativa ha cometido una inconstitucionalidad por omisión por no establecer en una ley, las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por daños morales ordenada por el legislador constituyente desde hace más de 30 años en los arts. 2 inc 3<sup>o72</sup> y 245 Cn., y por lo tanto, manda a que se legisle antes que empiece 2016.

El ordenamiento jurídico salvadoreño, en lo referente a la procedencia del resarcimiento del daño moral, incluye dentro de los regímenes que la descartan en el ámbito contractual en lo extracontractual, puntualmente en la responsabilidad por hechos ilícitos penales y en algunos casos de leyes especiales como el Código de Familia, Código de Trabajo, Seguridad Social y en situaciones que generen responsabilidad del Estado. Sin embargo, a diferencia de otras legislaciones latinoamericanas, la nuestra ha tenido el acierto de consagrar a nivel constitucional, de manera expresa, la procedencia de la indemnización.

### **1.3.1. El daño moral según el Código Civil**

Es necesario tomar como base lo que establece nuestra constitución de la Republica, en el Art. 1 Cn., en donde “el Estado, se confirma como garante

---

<sup>72</sup> Constitución de la República de El Salvador, del quince de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, publicada en el Diario Oficial No. 234, Tomo No.281 del 16 de diciembre de 1983. Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

del bienestar económico y justicia social, siendo el primer fundamento para hacer exigible la indemnización por los daños y perjuicios causados en la propiedad propia por otros; dicha situación se confirma en el Artículo 2 Cn.”<sup>73</sup>, al otorgarle dentro del catálogo de derechos, el derecho *-a la propiedad y posesión y conservación y defensa de las mismas-, al ciudadano y establecer una indemnización conforme a la ley por daños de carácter moral según lo establece el inciso tercero del mismo cuerpo normativo; ya en la legislación secundaria que compete al Derecho Civil, se define el delito civil, en el art. 2035 CC. Cuando establecen que las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes y se hace referencia a las figuras del cuasicontrato que es regulado a partir del Título XXXV del Libro IV del CC. “Mientras que la acción de indemnizar por el daño causado está regulado en el art. 1427 CC”<sup>74</sup>.*

También, así, de cada uno de los requisitos que exigen su configuración, debido a que en los inicios del sistema reglado, el Derecho Penal y el Derecho Civil, formaban uno solo, posteriormente se dividieron ambas ramas, sancionando cada una diferentes áreas de la vida en comunidad, sin embargo, la normativa penal Salvadoreña, permite el ejercicio de dos acciones distintas ante una misma sede judicial con jurisdicción penal, la acción penal, cuyo objeto es castigar al delincuente y la acción civil, cuya finalidad es reparar el daño generado, proveniente del delito penal cometido. “Como parte de la evolución histórica del tema de responsabilidad civil, ha sufrido una diversidad de modificaciones que van desde los casos en los cuales la indemnización solo podía recaer por el daño inferido con culpa,

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> Código Civil de El Salvador. D.L. del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N° 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860. Art. 1427.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

hasta doctrinas modernas tendientes a obligar al individuo a responder no solo por hechos causados directamente, sino también indirectamente”<sup>75</sup>.

El rezago experimentado por el Código Civil en la regulación de la indemnización de daños de tipo moral es proverbial. En la actualidad a casi 158 años de vigencia se han experimentado muchas reformas consolidadas y otro tanto de anteproyectos de reforma que sólo fueron aceptados parcialmente por los legisladores. Las primeras nunca han incluido propuestas respecto al tratamiento del agravio moral por lo que se excluyen del presente estudio.

Entre los anteproyectos destaca, uno en particular, probablemente el único que atendiendo el asunto en comento pretendió armonizar el articulado del Código con el mandato Constitucional. Fue elaborado por una comisión de juristas chilenos comandados por Arturo Alessandri Rodríguez, encomendada por el gobierno salvadoreño, habiendo sido presentada a éste el 22 de Marzo de 1955.

El documento contenía las propuestas de reformas a un buen número de artículos siguiendo el orden del Código e incluía una clara y elocuente exposición de motivos. La finalidad del mismo según expresaron sus autores era revisar el Código con el objeto de concordarlo con la Constitución Política que rige desde el 14 de Septiembre de 1950 y de proponer las otras reformas que estimáramos aconsejables tendientes a introducir en éste cuerpo de leyes conceptos elaborados por la moderna ciencia jurídica”

De este anteproyecto interesan a la investigación las propuestas referentes al articulado de los Títulos XII y XXXV del Libro Cuarto, referentes al efecto

---

<sup>75</sup> Arévalo Henríquez et al., “El delito civil”, 11.

de los Contratos y las Obligaciones; y De los Delitos y Cuasidelitos respectivamente.

Los artículos que revisten importancia capital son el 1427, el 2065 y el 2082, ya que en ellos se consagraría la indemnización del daño moral en consonancia con el art. 163 de la Constitución de 1950.

Los textos sugeridos en la reforma rezan así:

Art. 1427.-Se agrega el inciso final nuevo: "El juez podrá también condenar al deudor a la indemnización de daños meramente morales".

Art. 2065.- Se agregan los siguientes nuevos incisos: "Es indemnizable no solo el daño material sino también el meramente moral.

Asimismo, debe indemnización el que, excediendo los límites señalados por la buena fe en el ejercicio de un derecho, causare daño a otro".

Art. 2082.- Se sustituye por el siguiente: Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona, dan derecho para demandar indemnización pecuniaria a menos de probarse la verdad de la imputación.

El Código Civil no contempla de manera expresa la indemnización del daño moral en ningún ámbito de la Responsabilidad Civil; sin embargo, tampoco la excluye categóricamente; más bien, dicho de manera llana, no se refiere al asunto de ninguna manera, por lo que conviene analizar ambas hipótesis a la luz del articulado referente a las obligaciones.

En la actualidad en el código civil de 1860 establece en el artículo 1427 C. C. salvadoreño sienta el principio que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya que provengan de no



haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento”<sup>76</sup>. En todo caso, pese a no reconocer expresamente al daño moral, su resarcibilidad no se discute en la actualidad<sup>90</sup>, concibiéndose como el sufrimiento que causa a una persona el ser molestada “en su seguridad personal o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”

Para arribar a esta conclusión se tuvo en consideración el tenor del inciso 1º artículo 2080 C.C. el cual, en el ámbito extracontractual de la responsabilidad civil, ordena reparar “todo daño”, sin hacer distinciones, es decir comprendiendo tanto los de naturaleza material como moral, conclusión que reafirmaría “la regla del artículo 2082, que excluye la indemnización del daño moral la cual carecería de sentido si tal fuera la regla general”

Sin embargo el más concluyente sustento para el reconocimiento de la resarcibilidad de los daños morales en El Salvador ha provenido de sus propias cartas fundamentales y de los códigos penales. Así, el inciso 2º artículo 163 Cn. de 1950 señalaba que “se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral” Y la vigente Constitución Política de 1983 incorpora entre los “derechos individuales” reconocidos a toda persona “la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral” tal como se ha establecido en el artículo 2 inciso segundo.

### **1.3.2. El daño moral en la Constitución de 1950**

La obligación de indemnizar el daño moral no se estableció manera expresa en nuestra legislación sino hasta la Constitución de 1950. Previo a ello el concepto de Responsabilidad Civil sólo contemplaba la reparación de daños

---

<sup>76</sup> Código Civil de El Salvador. D.L. del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N° 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

materiales a partir de la regla expresa del art. 1427 (1490 en el Código de 1860) el cual establece como contenido de la indemnización de perjuicios el daño emergente y el lucro cesante, conceptos meramente patrimoniales y fácil tasación económica.

Durante las sesiones de discusión previas a la promulgación de la Constitución de 1950, al tratarse el capítulo que contenía los derechos individuales nos emitió argumento alguno respecto al asunto del daño moral, simplemente se aprobó el texto del artículo que lo contenía , el cual fue redactado como sigue:

"Art. 163.- Todos los habitantes tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión.

En ese sentido, puede decirse, que en cierta medida, el constituyente buscó regular una "indemnización por daños de carácter moral"<sup>77</sup>.

En la posterior redacción de la Exposición de Motivos se incluyó el siguiente razonamiento:

El inciso segundo es un precepto nuevo en nuestro Derecho Constitucional. Otras legislaciones lo tienen en sus leyes secundarias. Su necesidad es evidente en varios campos: en las relaciones familiares, en los abusos de la libre expresión del pensamiento, en la defensa de bienes inestimables para el hombre, canto algunos de los señalados en el primer inciso del presente artículo. La ley establecerá los casos de aplicación y reglamentará el

---

<sup>77</sup> Cfr. Exposición de Motivos de la Constitución de 1950, en "Las Constituciones de la República de El Salvador", T-2B, 2a parte, Órgano Judicial, UTE, citado por María Imelda Benítez Guevara, otros, "*Resarcimiento del daño moral dentro del ordenamiento jurídico de la república de el salvador*" (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009), 18.

precepto. “Su importancia y necesidad han movido a darle rango Constitucional, para dirimir desde hoy la controversia que alrededor suyo se presenta”<sup>78</sup>.

### **1.3.3. El daño moral en la Constitución de 1962 y 1983**

La Exposición de motivos de las Constituciones posteriores de 1962 y la de 1983 no contempló argumento alguno respecto al tema, por lo que queda como único antecedente lo anteriormente referido.

Al concederle el legislador salvadoreño el rango de norma constitucional a la figura del resarcimiento del daño moral, trascendió la importancia que otras legislaciones extranjeras le daban y que sólo la contemplaban en su legislación secundaria.

Al constituir la en norma superior, nuestro legislador facilitó la labor de los jueces para que, en aquellos casos en que la ley secundaria no regulara la figura en comento, o lo hiciera de manera inapropiada, oscura o insuficiente, pudieran declarar en sus fallos la procedencia de su aplicación invocando el precepto constitucional. Esta facultad jurisdiccional no la tenían los jueces en las legislaciones que sólo abrazaban el daño moral en leyes secundarias, y todo intento por implementarla generaba opiniones encontradas.

Las disposiciones en comento constituyen según la teoría del derecho constitucional unas de las llamadas “Normas Programáticas” cuya característica es contener principios particularmente abstractos y generales cuyo desarrollo y reglamentación se delega a ley secundaria.

---

<sup>78</sup> Exposición de Motivos de la Constitución de 1950, en "Las Constituciones de la República de El Salvador", T-2B, 2a parte, Órgano Judicial, UTE, citado por María Imelda Benítez Guevara, otros, "Resarcimiento del daño moral dentro del ordenamiento jurídico de la república de el salvador" (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009), 18.

La incorporación del resarcimiento del daño moral a la normativa constitucional obedeció al giro histórico que tuvo el derecho luego de la segunda guerra mundial, nuestro legislador advirtió la importancia que la persona humana en toda su completitud adquirió en las legislaciones de post-guerra.

La secuela y la magnitud de los daños causados por el conflicto mundial fue determinante para el fortalecimiento de la doctrina del daño moral, de manera que la protección de los derechos de cada ser humano debió extenderse hasta aquellos más íntimos e intangibles.

La misma idea, aunque dentro de un contexto más amplio y además reforzada por la experiencia negativa del reciente conflicto bélico interno salvadoreño, que tanto desvaloró la dignidad humana, ha sido acogida en la Constitución de 1983, la cual, no obstante haberse sancionado en medio del conflicto, Doctrina de la Dignidad Humana, que no es, sino de los tradicionales derechos fundamentales de las personas, que envuelve los derechos subjetivos extramatrimoniales, aspectos que dada su extrema relevancia formaron parte integral de los Acuerdos de Paz que en 1992 pusieron punto final al conflicto armado interno.

El obligado desarrollo del precepto constitucional en comento facilitó la incorporación paulatina de la figura del daño la normativa secundaria; de esa manera, fue insertándose en el Derecho Penal dentro de las consecuencias civiles del hecho punible.

En el articulado referente a los Riesgos Profesionales en el Código de Trabajo, en la Doctrina de la Seguridad Social reflejada en las leyes del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, en la responsabilidad civil de los funcionarios públicos; y recientemente en la Legislación de Familia.

La indemnización de daños de cualquier naturaleza es la razón de ser del Instituto de la Responsabilidad Civil perteneciente al Derecho Privado, su regulación por razones de técnica jurídica corresponde al Código Civil, de donde debe irradiar sus efectos a las otras ramas del Derecho.

En lo que corresponde al Derecho privado estos caminos no han sido rectificadas aún, y pese a que ya no cabría en nuestro orden jurídico argumentar en contra de la vigencia de la figura del daño moral como elemento de la Responsabilidad Civil, lo que generaría discusión es su admisibilidad en determinados ámbitos de la misma, dado que la ley secundaria, en particular el Código Civil se ha quedado a la zaga en su regulación.

Es importante tener en consideración que, el hecho que la responsabilidad civil pueda y necesariamente deba ser tratada por otras áreas del quehacer jurídico, nos exige tener siempre en cuenta la necesaria "uniformidad criteriológica" que debe reinar entre las instituciones del derecho, que permita un tratamiento armónico paralelo entre las distintas disciplinas, a manera de no dar lugar a inconcordancias a la hora de su aplicación práctica.

La reparación del daño moral, es un derecho que tienen todos los habitantes de la República de El Salvador, y que pueden ejercitarlo dentro de la jurisdicción territorial del mismo, es en ese sentido que el tema de investigación si bien es cierto abarca el territorio nacional en su totalidad, no se extenderá a cada caso en particular de reclamo de una indemnización por daño moral ocurrido en cada sede judicial de nuestro país, sino a la ley propiamente dicha y su aplicabilidad en nuestro territorio, ya que se trata de una ley emanada de la Asamblea Legislativa, y como ya se dijo supra, su ámbito de aplicación en dentro de las fronteras de El Salvador.

#### **1.3.4. El daño moral en el Código de Familia**

Con respecto a la regulación legal dentro de ley secundaria, en el Art.150 inciso segundo del Código de Familia que establece “si fuera declarado la paternidad, la madre y el hijo tendrán derecho a reclamar del padre indemnización por daños morales”<sup>79</sup>.

Esto viene a dar impulso al art. 2 inciso tercero de nuestra Constitución, y mejor aun a desarrollar una institución como es la indemnización por daño moral al declararse judicialmente la paternidad, que se ha dejado a un lado, conformándose nada mas a una simple declaración de paternidad o un reconocimiento provocado, pero el dolor, 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.

#### **1.3.5. El daño moral en el Código Penal**

La legislación penal es una legislación bastante joven, la que entró en vigencia el veinte de abril de 1998 de forma simultánea al Código Procesal Penal; esta legislación es considerada en el desarrollo del tema por las referencias que hace en cuanto a daño moral; que si bien es cierto no está íntimamente ligado al daño moral derivado de la responsabilidad civil extracontractual, contiene elementos ilustrativos en cuanto a indemnización por daño moral lo que es un referente fundamental al momento fundamentar

---

<sup>79</sup>Código de Familia: D. L. N° 677, de fecha 11 de diciembre de 1993, publicado en el D. O. N° 231, Tomo 321, del día 13 de diciembre de 1993. Art. 150.- La acción de declaración judicial de paternidad corresponde al hijo y si éste hubiere fallecido, a sus descendientes, contra el supuesto padre o sus herederos, o contra el curador de la herencia yacente. Esta acción es imprescriptible. Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales a que hubiere lugar conforme a la ley.

y reclamar la indemnización del que es objeto el tema de estudio en materia civil.

En tal sentido es muy significativo el aporte que de la materia penal se puede extraer para entender lo que constituye la rama familiar que si bien es cierto en su ámbito y sujetos que intervienen; en el proceso, así como los bienes protegidos no son los mismos.

Es oportuno considerar los parámetros indemnizatorios que esta materia otorga y enuncia para la responsabilidad civil y se toma a bien trasladar estos parámetros no como analogía sino como aporte que debe instaurarse y fusionarse con lo ya previsto en materia civil.

El Art. 115 del Código Penal<sup>80</sup>, regula las Consecuencias Civiles del hecho ilícito” que considera que estas consecuencias deberán ser declaradas en la sentencia [...] 2) La reparación del daño que se haya causado. 3) La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por los daños materiales y morales.

---

<sup>80</sup> Código Penal de El Salvador, Decreto No.1030, Diario Oficial No.105 Tomo No.335, Fecha Emisión 26/04/1997, Fecha Publicación: 10/06/1997. CONSECUENCIAS CIVILES Art. 115.- Las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en la sentencia, comprenden: 1) La restitución de las cosas obtenidas como consecuencia de la realización del hecho punible o en su defecto, el pago del respectivo valor; 2) La reparación del daño que se haya causado; 3) La indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales; y, 4) Las costas procesales. La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del juez o tribunal. Opera aunque la cosa se encuentre en poder de tercero y éste la haya adquirido por medio legal, salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, si fuere el caso, el derecho a ser indemnizado civilmente por el responsable del delito o falta. La reparación del daño se hará valorando por el juez o tribunal la entidad del daño causado, considerando el precio de la cosa y la afección del agraviado. La indemnización de perjuicios comprende no sólo los causados al agraviado, sino los que se irroguen a sus familiares o a un tercero. El importe se regulará teniendo en cuenta la entidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, estado y aptitud laboral y, además, del beneficio obtenido por la comisión del delito.

Asimismo la reparación del daño se hará valorando por el juez la entidad del daño causado, considerándole precio de la cosa y la afección del agraviado. Asimismo en cuanto a la indemnización de perjuicios prevé “[...] que esta comprende no sólo los causados a los agraviados sino a los que irroguen los familiares o un tercero [...]].

Dicho importe se valorara “según la entidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, estado y aptitud laboral y además del beneficio por la comisión del delito”. Todos estos parámetros son considerados por la doctrina Argentina, Española, tomando en cuenta situaciones relativas al hecho.

Si bien es cierto el daño que se da en materia penal es de un impacto similar al reconocido en materia civil; en lo penal se regula la muerte y otras clases de daño físico como las lesiones, por ello es susceptible que el juez considere afectado a los familiares y a terceros, situación que por el carácter personalísimo del daño moral en materia civil no es permitida pues, sólo quien sufre el daño puede alegar la indemnización.

Situación distinta es en el daño por muerte de un hijo que trae consigo la propagación del daño a los familiares de este, tanto al agraviado como a sus familiares aunque no todos experimentan el daño con la misma intensidad por la dependencia económica, la convivencia, pero no con ello se debe creer que la indemnización es hereditaria al perjudicado ya que esta se recibe por derecho propio.

Otra situación es el beneficio que el dañador reciba por el hecho, en lo penal se observa en relación con el lucro económico o moral que le reporte el delito, en la rama familiar ese nivel de dolo es diferente, se valora el deseo de dañar que no reviste un índice tan elevado de dañosidad.



### **1.3.6. El daño moral conforme a la Ley de Reparación del Daño Moral**

Existen por lo menos tres aspectos a considerar en cuanto a la regulación de la indemnización por daño moral: uno de técnica legislativa, uno sobre la configuración del daño y otro sobre su indemnización.

El primer aspecto se refiere al daño moral como un tipo específico de daño civil, de modo que lo natural y recomendable es que se opte por una reforma al Código Civil, pero si se regula en una ley especial, lo importante es que se tenga el cuidado de mantener la coherencia y unidad de esa materia. A los otros dos aspectos dedicamos los apartados siguientes. Se entenderá por “daño moral”<sup>81</sup> cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere un derecho extramatrimonial de la persona.

El daño moral da derecho a la reparación, ya sea que provenga de una responsabilidad extracontractual o contractual. El mero incumplimiento de contratos o la mera inconformidad con su ejecución no constituye daño moral.

---

<sup>81</sup> Ley de reparación por el daño moral, D.L. N° 216, del 10 de diciembre de 2015, publicado en el D. O. N° 5, Tomo 410, del 8 de enero de 2016. Definición Art. 2. Se entenderá por daño moral cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona. El daño moral da derecho a la reparación, ya sea que provenga de una responsabilidad extracontractual o contractual. El mero incumplimiento de contratos o la mera inconformidad con su ejecución no constituye daño moral. No producen daño moral 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 de proceder no exista un propósito calumnioso, injurioso, difamatorio o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona. De igual manera, no producen daño moral los juicios desfavorables de la crítica periodística, ni los conceptos desfavorables expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función.

No producen daño moral 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 de proceder no exista un propósito calumnioso, injurioso, difamatorio o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.

De igual manera, no producen daño moral los juicios desfavorables de la crítica periodística, ni los conceptos desfavorables expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos. En cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función.

La Ley de reparación del daño moral en sus considerandos señala que el inciso tercero del artículo dos de la Constitución, establece la indemnización, conforme a la Ley, por daños de carácter moral.

Pese a la integración de esta disposición en nuestro derecho constitucional desde mil novecientos cincuenta, se ha omitido legislar en esta importante materia, cuyo objetivo principal es salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad de las personas.

Que, aunque está reconocida la posibilidad de reclamar reparación por daños morales en el sistema jurídico salvadoreño, existe normativa especial y jurisprudencia dispersa que dificulta su aplicación. Por lo considerado anteriormente es conveniente y necesario emitir una ley cuyo fin sea fijar las condiciones de la indemnización por daño moral. Ésta ley tiene por objeto establecer las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por

daños morales, reconocido en el inciso tercero del artículo dos de la Constitución. Y contempla como causales de daño moral las siguientes:

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;

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

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. La misma ley señala en el artículo 5, 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.

De igual forma, continuando en su articulado, indica que se entenderá obligado a reparar el daño moral quien, por su propia acción u omisión, cause un agravio en los derechos humanos o en la personalidad de otro. También son obligados los tutores o padres o madres por acciones u omisiones cometidas por personas bajo su tutela o autoridad parental. La obligación de reparar por daño moral se transmite a los herederos declarados, incluso si la reparación se establece con posterioridad al fallecimiento del responsable.

La reparación del daño moral debe realizarse con las medidas que se estimen eficaces para tal fin, de acuerdo a las circunstancias del caso. Las medidas de reparación deben incluir, necesariamente, una indemnización de tipo económico que se determine justa para el resarcimiento del afectado.

La reparación especial por daño con publicidad, procede cuando el daño moral haya sido cometido a través de un medio de comunicación social, los autores estarán obligados a realizar las siguientes medidas de reparación:

1) A sufragar todos los gastos para que la víctima ejerza su derecho de rectificación y respuesta, en las mismas condiciones de la publicación que dio origen al daño moral; y,

2) A solicitar a la víctima disculpas públicas, en las mismas condiciones de la publicación original. 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. Es poco razonable que una dificultad de orden material (medir el daño moral), haga imposible poder reparar el daño.

El juzgador es el encargado de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial, es decir, una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor padecido, con el que se trata de satisfacer así a la víctima. Con la indemnización económica se procura resarcir el daño ocasionado.

Si el carácter de la indemnización fuera punitivo (algún tipo de pena que limite alguno de los derechos de los sujetos) no sería justo que la víctima lo recibiera, pero se justifica que la reciba si se trata de un carácter resarcitorio.

La valoración del daño moral y la cuantificación monetaria de la indemnización, es una difícil labor para abogados y jueces, ya que están en riesgo de utilizar criterios subjetivos, lo que acarrearía a tomar una decisión arbitraria e injusta, es por esa razón que con la creación de la ley de reparación del daño moral se pretende subsanar esos vacíos que generan una incertidumbre jurídica, al pronunciarse el juzgador en el monto que fijará para resarcir el referido daño.

El daño moral tiene una fuerte dosis de subjetividad, ya que varía el daño según el grado de reacción de un individuo ante las mismas circunstancias, pues puede ocasionarle diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, por lo que se necesita de la facultad discrecional del juez. Una deficiente valuación del daño moral hace peligrar la finalidad de la ley, convirtiéndola en letra muerta, al no indemnizar justamente al individuo.

Si se fijan criterios que no son adecuados, se dictaran sentencias que no reparen en su totalidad el daño moral, además de hacer ineficiente al órgano judicial en su fin de hacer cumplir la ley correctamente y no a medias.

## **CAPITULO II**

### **GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL**

El daño moral, como lo es su definición, elementos que lo componen, su naturaleza, la naturaleza de su indemnización entre otros puntos importantes, deben ser abordados detenidamente, sobre ellos versan los argumentos documentados en los siguientes párrafos, esto, con el propósito de identificar cada una de las categorías antes enunciadas.

#### **2.1. Definición de daño moral**

El daño moral es inferido sobre aquellos derechos de la personalidad que se caracterizan por pertenecer mas al campo de la afección, que a una la realidad material o económica, es decir es aquella lesión que recae sobre aquellos bienes de naturaleza no pecuniaria del individuo.

En tal sentido se puede causar daño moral a una persona violentando su reputación, su prestigio, su honra, por lo tanto, se genera como consecuencia del ataque a uno o más de los derechos de naturaleza extrapatrimonial, constituyéndose en una lesión que sufre una persona en su honor, dignidad, sentimientos, ocasionados por acción culpable o dolosa de otros.

Cabe mencionar que el daño moral afecta la personalidad del individuo, produce un sentimiento de angustia, un pesar que se traduce en un sufrimiento psíquico que altera notablemente al individuo, por lo tanto se trata de daños que alteran patrones de muy difícil cuantificación y de una complicada valoración pecuniaria.

Ahora bien si se retoma la definición de "daño" como el mal o perjuicio producido a una persona y le aunamos el término "moral", en referencia a la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano, podremos acercarnos al concepto de Daño Moral, que entendido como aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, "es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual".<sup>82</sup>

Es así que, el Daño moral "es el menoscabo en los sentimientos, y por tanto, in susceptible de apreciación pecuniaria".<sup>83</sup> Consiste en la desconsideración que el agravio pueda causar en la persona afectada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o molestias que puedan ser las consecuencias del hecho perjudicial

"Zannoni"<sup>84</sup> expresa que el que proviene de toda clase de acción u omisión que puede estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término todo aquello que signifique un menoscabo de los atributos o facultades morales del que sufre el daño.

Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o de formación, con su prestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentando a sus creencias, con

---

<sup>82</sup> Apolonio Urbina Paz, "Procedencia Y Valuación Del Daño Moral En Los Procesos De Nulidad Del matrimonio y Declaración Judicial De Paternidad en los años 2000-2007", (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2008), 10.

<sup>83</sup> Carlos Geovany Martínez Ramos et al., "Reparación del daño provocado entre los cónyuges", (Tesis de licenciatura, Universidad Francisco Gavidia, 2004), 15.

<sup>84</sup> Eduardo Zannoni, "*El daño en la responsabilidad civil*", (Editorial Astrea, 2 edición Bs As, 1987), 287.

su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto o violación, estupro o seducción si es mujer, con la muerte de un ser querido y en general con cualquier hecho que le procure molestia, dolor o sufrimiento físico o moral. De igual manera en el caso del dolor que experimenta quien ha sido públicamente injuriado y otros, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Por su parte Alfredo Orgaz manifiesta que “cuando la acción antijurídica hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral y no patrimonial”.<sup>85</sup>

Jorge Bustamante manifiesta que “Es la lesión en los sentimientos, entes que determinan dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos imposibles de apreciación económica”.<sup>86</sup>

Por su parte Vergara Bezanilla, define al daño moral como la “lesión o detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, su libertad, sus afectos, *estabilidad y unidad familiar*, esto es, en general, en los *atributos o cualidades morales de la persona*, con las consiguientes repercusiones en la normalidad de su existencia.”

El concepto ensayado por el autor citado, no obstante declararse partidario del agravio moral como un atentado a los derechos de la personalidad, incluye la afectación de intereses legítimos extrapatrimoniales, que no

---

<sup>85</sup> Brito González, “El daño moral”, 24.

<sup>86</sup> *Ibíd.*



constituyen derechos subjetivos y que no coinciden con el contenido de los mismos.<sup>87</sup>

## **2.2. Elementos constitutivos del daño moral**

Para que la acción por Daño Moral sea legalmente procedente es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos o elementos, así como la existencia previa de un sujeto pasivo y un sujeto activo, es decir un agraviado y un agresor.

El sujeto pasivo o perjudicado es aquella persona natural o jurídica, la cual es víctima del daño producido sobre un interés jurídicamente protegido, por acción culposa o dolosa del sujeto activo.

En cambio el sujeto activo es aquella persona natural o jurídica que es el generador del daño producido contra el sujeto pasivo, es decir es el autor o artífice del acto que lesiona los derechos tutelados de la víctima u ofendido.

Para que el daño tenga efectos jurídicos indemnizables según Salazar y González en su obra el “El Daño Moral”, es necesaria la participación de las siguientes características:

Que el Daño sea cierto.

El daño debe ser de quien lo enmienda.

El daño debe lesionar un interés jurídicamente tutelado o legítimo.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> José Pablo Vergara Bezanilla, “Mercantilización del daño moral”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N°1, (2000): 9.

<sup>88</sup> Brito González, “El daño moral”, 25.

Ahora bien es necesario Proceder a analizar cada uno de estos aspecto, a ello dedicaremos las siguientes líneas.

### **2.2.1. El daño debe ser cierto**

El daño debe ser cierto, la primera característica hace referencia a que debe existir una verdadera certeza, es decir un conocimiento seguro, real que justifique la existencia del daño, es decir se debe aplacar aquellas presunciones o meras posibilidades y eventualidades, y poseer una verdadera convicción de la presencia de un determinado daño.

El daño cierto al ser caracterizado por su notable certeza, puede ser básicamente de tres tipos diferentes, el daño presente, el daño pasado y el daño futuro, este último como aquel daño no producido, pero que se caracteriza por ser previsible como prolongación de un daño pasado o actual, es decir surge como consecuencia directa de acontecimientos pasados o presentes, que repercuten en el futuro mediato.

### **2.2.2. El daño debe ser personal**

La segunda característica, es que el daño debe ser personal<sup>89</sup> de quien lo demanda, lo fundamental del análisis a este requisito radica en el

---

<sup>89</sup> Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. (Tomo XIX, México, Junio de 2004), 1431. Acceso 1 de julio de 2017. <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/181/181345.pdf>. El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal establece en su primer párrafo, tres hipótesis para la procedencia de la reclamación del pago o indemnización por daño moral, las cuales son: La primera, cuando se produzca un daño moral por un hecho u omisión ilícitos con independencia de que se haya causado daño material o no, por responsabilidad contractual o extracontractual, de manera que para que en esta hipótesis se produzca la obligación de reparar el daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual se requieren tres elementos como son: a) la existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona; b) que produzca una afectación a la persona en cualquiera de los bienes tutelados en el citado numeral; y, c) que exista una relación de causa-efecto entre el daño moral y el hecho u omisión ilícitos, por lo que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que se genere la obligación resarcitoria.

conocido principio el cual reza que nadie puede enriquecerse injustificadamente, ni obtener una indemnización por un daño que no ha sufrido, esta característica se vincula con la legitimidad la cual según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como aquella aptitud personal para poder actuar como parte activa o pasiva en un proceso, determinada por la relación en que se encuentra la persona con el objeto litigioso.

En este apartado es necesario dejar por establecido que la legitimación activa recae sobre el agraviado, es decir sobre el sujeto pasivo al ser transmisible y al poder ser predominantemente transferible es idóneo para ser cedible a los herederos de la víctima, ya que el daño producido en muchos casos trasciende la esfera personal del ofendido, invadiendo a sus legítimos sucesores, los cuales quedan facultados para solicitar la correspondiente indemnización por los perjuicios ocasionados en su persona.

En cuanto a la legitimación pasiva en el Daño Moral, la acción indemnizatoria por perjuicios en el caso de la legitimación pasiva se dirige contra todo aquel que responda por el daño”, es así como encontramos en el artículo 2065 del Código Civil afirma el que ha cometido un delito, cuasidelito o falta, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

La legitimación para el caso indemnizatorio es transferible por lo tanto puede condescender a sus herederos conforme lo indica el Código Civil en su artículo 2067, que dice:

Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos, de la misma manera en el caso de que existan dos o más personas que

ejecuten un delito o cuasidelito ellas serán responsables solidariamente por el perjuicio ocasionado en concordancia con lo que reza el artículo 2068 del mismo cuerpo legal que expresa si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito.

### **2.2.3. Lesión a un interés jurídicamente tutelado**

La tercera característica a analizar es la que indica que el daño debe lesionar un interés jurídicamente tutelado manifestando que la acción indemnizable surge como consecuencia de lesionar derechos protegidos por el sistema jurídico, es decir deben estar reconocidos de manera anticipada por la ley, sin embargo se suscitan debates para aquellos casos en los cuales surgen controversias como aquellas que nacen de situaciones que ocasionan un perjuicio

### **2.3. Naturaleza jurídica del daño moral**

Conforme a la naturaleza jurídica del daño moral, se ha suscitado a lo largo de la historia, una serie de debatidas polémicas, siendo principalmente dos los criterios más relevantes:

Por una parte existe una posición que sostiene que la naturaleza jurídica del daño moral 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, por lo tanto Brito González cita a Eduardo Zannoni en su obra El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización y este a su vez, cita las palabras

de Georges Ripert el cual expresa “Lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo al autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino únicamente ejemplar”.<sup>90</sup>

Esta primera concepción afirma que la sanción mantiene el carácter de ejemplar del tipo punitiva, su fundamento radica en que los daños morales no pueden ser valorados económicamente, por lo tanto se expresa que la inmoralidad perduraría pese a la suma o cantidad de dinero que se entregue, por lo tanto no subsana de ninguna manera el agravio moral sufrido por el ofendido, ya que como se manifestó el daño moral para esta corriente no puede ser resarcido, ya que resulta insostenible cuantificar y otorgar un valor a los sufrimientos humanos, expresando que lo más apropiado es castigar a modo de sanción o pena al autor de dicho acto.

Lo que lleva a concluir que esta posición doctrinaria sustenta que la naturaleza del daño moral es del tipo sancionatorio el cual impone un castigo al artífice de la 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 pena contra el sujeto activo del acto.

Igualmente existe otra corriente la cual en la actualidad resulta ser la más popular, esta señala que la naturaleza jurídica del daño moral, al contrario de lo que sostienen el criterio anteriormente expuesto, no es del tipo sancionatorio-ejemplar, impuesto a modo de pena o castigo, sino expresa que la verdadera naturaleza del daño moral es del tipo satisfactorio-compensatorio, puesto que esta cumple únicamente una función o un rol de índole satisfactorio, fundamentando su pensar en que el fin mismo de la indemnización surgida por la acción del daño moral consiste en brindar al

---

<sup>90</sup> Brito González, “El daño moral”, 37.

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.

Si bien es cierto que en la praxis jurídica resulta sumamente difícil evaluar el dolor, las afecciones, los pesares ello no implica que no sean objeto de reparación que en muchas ocasiones tiene el carácter de pecuniario, si bien 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 como ya se mencionó no es eliminar por completo el agravio ocasionado, sino otorgar un goce de satisfacción que permita de alguna manera compensar al daño sufrido.

“El denominado daño moral es un daño jurídico; que afecta bienes tutelados por el Derecho y no por la Moral”<sup>91</sup>.

La aceptación generalizada del término "Daño Moral" puede considerarse equívoca ya que aparenta referirse mejor a la rama del comportamiento social que a la disciplina jurídica. El mismo es propio del discurso jurídico moderno, pues, pese a su aparente aceptación en el Derecho Romano, no se identificó como tal sino hasta el siglo XIX con el desarrollo del concepto de responsabilidad.

María Imelda Benítez Guevara y otros, citan al autor Villey quien dice que éste concepto, en sus orígenes históricos se presentó por la primera vez

---

<sup>91</sup> María Imelda Benítez Guevara, Ana Rebeca Córdova Rodríguez, Jorge Adalberto Rodríguez Portillo, “Resarcimiento Del Daño Moral Dentro Del Ordenamiento Jurídico De La República De El Salvador”, (Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 1999). Acceso 6 de julio de 2017, en <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/4f31948004aaf65e0625795700559b8d?OpenDocument>.

como una ofensa a la fama de la persona y al honor de su mujer, se vinculara de ahí con la “falta”, con la culpa como base de la imputación subjetiva o reproche de conciencia, y, muy en especial, con la responsabilidad penal, vista como auxiliar de las normas de conducta y como "la sanción de las normas morales ubicadas en la cúspide del Derecho.

Los autores consultados no exponen uniformemente las características del concepto jurídico del daño moral. El principio para singularizarlo, en el cual coinciden, es su diferencia con el daño material: si las consecuencias de un obrar antijurídico ocasionan un desmedro en el patrimonio, sea como daño actual o como daño futuro, cualquiera sea la naturaleza del derecho lesionado, el daño es material; si el hecho ilícito no afecta al patrimonio pero ocasiona un sufrimiento a la persona en sus afecciones o en los derechos inherentes a la personalidad, hay daño moral y no material, por este motivo se lo llama también daño extra patrimonial.

#### **2.4. Bienes jurídicos tutelados**

Establecer con precisión cuál o cuáles son los bienes protegidos bajo la doctrina del daño moral ha sido una labor extensa y polémica que ha motivado pocas soluciones encontradas tanto a nivel autoral como Jurisprudencial.

Los bienes jurídicamente tutelados por el daño moral, son aquellos inherentes a la naturaleza propia del ser humano, que se traduce en una especial protección a los derechos de la personalidad, comprendiendo que los derechos de la personalidad, es así como podemos inferir que son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales

de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídico.

La primera, perteneciente a los primeros estadios de desarrollo de la figura del daño moral, pero no por ello carente de 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. Una sentencia dictada en 1959 por la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile establece a este tenor que "los daños morales consisten exclusivamente en el pesar, dolor o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos creencias o afectos".

El mismo tribunal reiteró este criterio años después sentenciando 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.

Tanto la honra como el honor llegan a posesionarse como uno de los aspectos más importantes para el desarrollo de todo ser humano, convirtiéndose en uno de los bienes jurídicos más apreciados por el hombre, por la razón de ser indispensables para alcanzar un buen vivir dentro de una determinada sociedad, tal motivo impulsó a que el ordenamiento jurídico garantice su defensa, a fin de evitar cualquier tipo de quebrantamiento en los mencionados aspectos.

Sin embargo, como todo bien jurídico es susceptible de ser vulnerado, el ataque al honor no es la excepción, su ofensa trasciende varias facetas del ofendido e incluso aqueja a sus seres más cercanos, citando varios ejemplos



de agresiones en contra del honor podemos citar las injurias, las calumnias, difamaciones, ataques dirigidos contra la privacidad, y en los últimos tiempos noticias falsas que son expandidas de manera global a través de los diferentes medios de comunicación existentes. En conclusión, son aquellos que emiten opiniones para desacreditar la honorabilidad de una persona.

Para pedir el resarcimiento del daño, se requiere haberlo sufrido, ya sea de manera directa o indirecta. A este tema se ha referido la jurisprudencia Costarricense, en su sentencia número 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

## **2.5. Naturaleza de la sanción**

Establecido el reconocimiento de los Derechos de la Personalidad y su consecuente tutela, procede ahora definir la sanción a imponer frente a la transgresión del imperativo legal, la cual en materia de responsabilidad civil por daños morales se traduce en una indemnización generalmente en dinero.

La idea de la restitución es inaplicable acá, pues implica devolver la cosa sustraída o destruida, conceptos de sencilla aplicabilidad cuando se trata de daño patrimonial, lo que obviamente no es el punto de este estudio. Por otra parte, la reparación se toma igualmente inaplicable al asunto, pues compensar significa fijar una medida igual o equivalente lo que resulta menos que imposible dada la intangibilidad de los bienes lesionados y su no susceptibilidad de medición.

El término acertado, es el de indemnización satisfactoria, cuyo significado es hacer una obra que merezca perdón de la pena debida o aquietar y sosegar las pasiones del ánimo. Definitivamente no se pretende volver a su estado primitivo el bien lesionado, tampoco se persigue sustituirlo por otro igual o

parecido, sino, más bien, conceder un medio para que el damnificado se procure alternativas que le permitan sopesar y sobrellevar el agravio infligido de manera injusta. Cabe destacar que en el derecho moderno la indemnización de agravios morales no constituye una pena impuesta al responsable, sino que tiene el carácter enunciado en párrafos anteriores, es decir una indemnización satisfactoria en función del interés privado de la víctima y no cumple - al menos no de manera inmediata - una función social como la sanción penal, de manera que se diferencia tanto de la concepción punitiva de que se investía a las acciones de resarcimiento en el antiguo derecho romano, (en donde estas acciones eran de tipo penal), como de la concepción penal positivista que veía la responsabilidad civil proveniente del delito como una pena extraordinaria.

Esta diferencia entre la indemnización y la pena conlleva una consecuencia práctica muy importante y es que la primera no constituye una obligación personal como la otra, de tal suerte que “es transmisible sucesoralmente a los herederos del responsable y a la vez, constituye un crédito para los herederos de la víctima”<sup>92</sup> quienes pueden exigirlo tanto a la sucesión del directamente responsable como a la del responsable indirecto.

Establecido el reconocimiento de los Derechos de la Personalidad y su consecuente tutela, procede ahora definir la sanción a imponer frente a la transgresión del imperativo legal, la cual en materia de responsabilidad civil por daños morales se traduce en una indemnización generalmente en dinero. La idea de la restitución es inaplicable acá, pues implica devolver la cosa sustraída o destruida, conceptos de sencilla aplicabilidad cuando se trata de daño patrimonial, lo que obviamente no es el punto de este estudio.

---

<sup>92</sup> Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños: tomo IV El Daño Moral*, (EDIAR, Buenos Aires Argentina, 1986) 94 y sigs.

## **2.6. Sujetos que integran la relación jurídica en el daño moral**

Puede afirmarse que tanto la persona natural como la persona jurídica son sujetos pasibles de causar daño moral, es decir, son sujetos activos de generar el referido daño, y a la vez también son sujetos pasivos de reclamación de indemnización por generar un daño moral a otra persona.

Asimismo, debe anticiparse y precisar que el resarcimiento por daño moral consiste en un resarcimiento y no en una pena, por lo tanto, podrá demandarse a cualquiera de las personas que se considere responsable sin distinguir entre daños extrapatrimoniales o patrimoniales.

Las penas son personalísimas, y si se entiende que el resarcimiento es una pena, resultaría imposible establecer por ejemplo la responsabilidad solidaria del propietario de un vehículo que causó un daño.

Las personas jurídicas pueden ser demandadas por la reparación por daño moral, en la medida que puedan causarlo las personas que las dirigen, a la vez, también, son responsables solidarios del daño que causen sus dependientes (responsabilidad vicaria) siempre y cuando el daño se realice en el ejercicio de una actividad a favor de la persona jurídica, en el cumplimiento de una función y que se encuentre dentro del campo de control de la persona jurídica.

### **2.6.1. Personas naturales**

El diccionario jurídico elemental de “Guillermo Cabanellas”<sup>93</sup> expresa que *persona natural* es el hombre en cuanto sujeto del Derecho, con capacidad

---

<sup>93</sup> Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 242.

para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, y responder de sus actos dañosos o delictivos.

El agraviado, es quien soporta el daño cierto, sobre un bien de naturaleza extrapatrimonial, por lo que tiene derecho a iniciar una acción para ser indemnizada por daños morales en contra del sujeto activo.

“El sujeto activo es al que se le imputa, el afectar a la a otro (el sujeto pasivo) sus derechos de personalidad, lesionándola por lo que es responsable moralmente ante el sujeto pasivo”.<sup>94</sup>

Si bien el daño moral “es de naturaleza personal, pues solo puede ser reclamado por quien lo ha padecido, lo anterior implica que en la mayoría de los casos interviene el directamente afectado y excepcionalmente en otros casos interviene también el indirectamente afectado.

Por ejemplo, en materia de derecho de familia,” en el caso de la declaratoria judicial de paternidad cuando existe derecho a pedir la indemnización por daño moral es la madre quien hace la reclamación en su nombre y en representación del menor, pues éste último en razón de su edad no puede comparecer por sí mismo”.<sup>95</sup>

La persona natural es caracterizada por sus profundas afecciones espirituales y sentimentales de la cual es titular, lo cual marca la principal diferencia con la persona jurídica, la cual carece de todo tipo de afecciones espirituales o afectivas.

---

<sup>94</sup> Amanda Jaquelin Rivas Mejía, Gracia María Rodríguez Serrano, Carolina Amalia Salinas Rubio, “La indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido, en la zona metropolitana de san salvador durante los años 2005 – 2008” (Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009), 49.

<sup>95</sup> Sentencia de Familia ref. 88-A-2004. Cámara de Familia de la Sección del Centro de fecha 04 de Marzo de 2005.

Concretamente en el caso del daño moral en las personas naturales este llega a producir una variación en la psiquis de la víctima, la cual produce una serie de sufrimientos o tormentos que alteran el ritmo normal de la vida, repercutiendo en consecuencias que tienden a provocar graves sufrimientos anímicos los cuales se traducen en dolor, angustia, aflicción, depresión, generando dolencias o padecimientos de índole espiritual o efectivo, en varios casos estas dolencias pueden trascender la esfera física quebrantada la salud del perjudicado, concretamente produciendo una alteración en la homeostasis, que según el diccionario jurídico de la lengua española es aquel conjunto de fenómenos de autorregulación, que producen al mantenimiento de la constancia en la composición y propiedades del medio interno de un organismo.

### **2.6.2. Personas jurídicas**

El diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas expresa que la “*persona jurídica*”<sup>96</sup>, es el ente que, no siendo el hombre o persona natural, es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

A esta noción más bien negativa, o meramente diferenciadora de la otra especie de sujetos del Derecho, de los individuos humanos, cabe agregar la nota activa de integrar siempre las personas jurídicas un grupo social con cierta coherencia y finalidad, con estatuto jurídico peculiar.

La doctrina mayoritaria no le reconoce legitimación activa para reclamar daño moral a las personas jurídicas, ya que se trata de entes que por su propia naturaleza no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales. Sin embargo, en una posición minoritaria, distinguidos juristas les reconocen legitimación activa a las personas de existencia ideal.

---

<sup>96</sup> Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 242.

En este sentido Brebbia sostiene: *"Las personas jurídicas son titulares de un derecho al nombre y ellas también tienen una consideración social equivalente al honor de las personas de existencia visible. Por esta razón, ellas pueden sufrir un perjuicio moral, y por consiguiente, demandar su reparación."*<sup>97</sup>

Por su parte Zannoni considera que *"... las personas jurídicas están dotadas de subjetividad jurídica, tienen también atributos que si bien, indirectamente, les son conferidos para la consecución de su fin u objeto..."*, y que *"... tienen un ámbito de desenvolvimiento no necesariamente patrimonial o que, si se quiere, incide patrimonialmente pero en forma indirecta"*.<sup>98</sup>

Este autor le contesta a quienes les niegan legitimación a las personas jurídicas que si bien la reputación, el buen nombre, la probidad, etc., están al servicio de sus fines, no siempre éstos son exclusivamente patrimoniales. Da como ejemplos, las asociaciones civiles sin fines de lucro, colegios, fundaciones, sociedades de beneficencia, deportivas, sindicatos, etc.

La doctrina negatoria cuenta con exponentes como la jurista Zavala de González, quien sostiene que *"... la persona de existencia ideal tiene una subjetividad "jurídica", pero carece de un sustrato psíquico. No tiene intelecto, voluntad ni afectos que puedan verse afectados como resultado de un hecho ilícito."*<sup>99</sup>

Esta autora reconoce a la persona jurídica como titular de bienes extrapatrimoniales, tales como el honor. No obstante, la lesión del honor de la persona jurídica sólo le ocasionará consecuencias económicas o

---

<sup>97</sup> Roberto Brebbia, *"La reparación del daño moral"*, (Zeus, Tomo 43), 17.

<sup>98</sup> Zannoni *"El daño en la responsabilidad civil"*, 446.

<sup>99</sup> Matilde Zavala de González. *"Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral"*, (J.A. 1.985-I-795), 796.

patrimoniales y no daño moral, por ser incompatible con su propia naturaleza.

Estas personas de existencia ideal no son susceptibles de padecer alteraciones disvaliosas del espíritu.

El daño moral es toda lesión, conculcación o menos cabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. Dejando de lado la restringida definición de daño moral que solamente se extiende sobre el sufrimiento y dolor de una determinada persona (*pretium doloris*).

Y teniendo en consideración que la persona jurídica como sujeto de derecho tiene derechos extrapatrimoniales, tal y conforme lo hemos precisado en el punto precedente, podemos afirmar que la persona jurídica si es sujeto pasivo de agravio moral.

En esa misma línea de pensamiento De Cupis señala: “(...) sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar puede experimentar en algunos de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostentan la titularidad.

Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, este, puede alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, publicidad difamatoria sobre la credibilidad de una empresa de buen nombre y prestigio, etc. El argumento de que las personas jurídicas son incapaces de sufrimientos físicos o no es decisivo, dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor.

La persona jurídica, ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero no sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor.

De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y por tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado por la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por la violación de sus secretos”<sup>100</sup>

En efecto la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de agravio moral cuando es menoscabada en sus derechos extra patrimoniales, pero también, por ser un ente ideal no tiene sufrimientos, ni tampoco dolor y sufrimiento, es por ello que si le damos al daño moral una definición en sentido restringido resultaría imposible que la persona jurídica sea sujeto pasivo de daño moral.

“La naturaleza del daño experimentado en los casos que se alega el daño moral de la persona jurídica, es más bien patrimonial, porque dice relación con el lucro cesante y la pérdida de oportunidad”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Melissa Angélica Ponce Ostolaza; “Fundamentos para la exigencia de Responsabilidad Civil Extracontractual de las Personas Jurídicas, como consecuencia de un Daño Moral” (Tesis de grado, Universidad Privada “Antenor Orrego, Trujillo-Perú 2016), 54.

<sup>101</sup> María Victoria Damarchi Salinas, “La Persona Jurídica Como Sujeto Activo De La Acción De Indemnización De Daño Mora”, (Tesis de licenciatura, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2014), 77. La misma autora en su obra, cita otros autores como: *Marcelo Barrientos Zamorano* (2007). Este autor, a propósito del análisis de una sentencia de la Corte Suprema que negó la indemnización del daño moral a la persona jurídica por carecer ésta de aptitudes para experimentar dolor, sufrimiento o padecimiento, explica la similitud que existiría entre el supuesto daño moral de la víctima y el daño patrimonial indirecto, al producirse un menoscabo en el crédito comercial. *Marcelo Barrientos*, señala que “la categoría del daño moral y su propia existencia a nuestro entender sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano. Sólo las personas naturales poseen dignidad”. Continúa, “sólo las personas naturales, que son las únicas capaces de sentirse dignas, logran ese orgullo que da el buen actuar y logran percibir el efecto que ello tiene en los demás”.



La misma autora cita a Enrique Barros, quien considera que las “personas jurídicas tienen acciones en naturaleza para prevenir, hacer cesar y reparar el daño que se inflinja a su honra o privacidad, pero no pueden ser tenidas por titulares de un derecho a ser indemnizadas por el daño moral (a menos que esta indemnización pierda su pretensión reparatoria)”.

A juicio del autor, una empresa difamada no pierde en el sentimiento de autoestima, sino que pierde clientes y oportunidades de negocios, traducidos en lucro cesante y en el menor valor del negocio en marcha. Por tanto, a su juicio, la persona jurídica sólo sufre daño patrimonial y en ningún caso, daño moral.

Esta postura de Enrique Barros es consecuente con su concepción de daño moral como opuesto al perjuicio patrimonial, toda vez que si el daño provocado afecta al patrimonio de la persona jurídica, evidenciado en la menor ganancia que pueda obtener por el acto de difamación, ello es daño patrimonial y no moral.

## **2.7. Indemnización**

“La indemnización, se utiliza como sinónimo de reparación y resarcimiento, pero en realidad la indemnización es una consecuencia de estas dos porque se busca reparar o resarcir por medio de la indemnización”.<sup>102</sup>

La doctrina científica en su mayoría han destacado la imposibilidad de restablecer de una manera cumplida y fielmente a su ser y estado anterior la esfera extrapatrimonial menoscabada, se considera inconveniente designar

---

<sup>102</sup> Amanda Jaquelin Rivas Mejía, Gracia María Rodríguez Serrano, Carolina Amalia Salinas Rubio, “La indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido, en la zona metropolitana de San Salvador durante los años 2005 – 2008” (Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador, 2009), 43.

en intento de componerla con el término resarcimiento, del que se afirma sugiere la reconstitución, reconstrucción o restauración perfecta de lo dañado, por lo que resulta ser más apropiada la voz “Reparación”, tal como ya se menciono anteriormente.

### **2.7.1. Naturaleza jurídica de la indemnización**

Constituye una obligación de dar, en este caso una cantidad de dinero, su naturaleza responde a la prestación habida de la fuente que le da origen, sea el acto ilícito o el incumplimiento contractual.

Lo que busca es reparar o satisfacer un daño privado, que sólo corresponde reclamar a aquella persona quien efectivamente ha sufrido una ofensa, creando una relación jurídica de carácter privado entre el dañador y el damnificado.

Por otra parte es de naturaleza pública, equiparándola a una pena, es decir que sería una sanción pública al ofensor.

### **2.7.2. Finalidad de la indemnización**

Su finalidad es estrictamente reparadora. A este respecto tiene dicho el Dr. Bustamante Alsina: la cuestión no tiene que ver con el hecho de proyectar la sanción más allá de su órbita natural, sino de hacerla funcionar dentro del derecho de daños donde tiene cabida como “efecto resarcitorio necesario de la lesión a un interés jurídicamente protegido, sea éste material o moral”<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> Cfr. Fernando Gómez Pomar, “*El daño moral*.” Acceso 13 de julio de 2017. [http://www.indret.com/pdf/006\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf). La solución alternativa a la indemnización por daños patrimoniales y morales consiste en desdoblar la cantidad que deberá ser condenado a pagar el demandado y causante del hecho dañoso: la parte correspondiente al importe de los daños patrimoniales será entregada a su víctima en concepto de indemnización.

En otras palabras, tiene por objeto “restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito, otorgando a la víctima un valor equivalente a la cuantía del daño sufrido”<sup>104</sup>, para ponerla en el mismo estado que tenía antes del acto dañoso, si es que esto es posible. En cuanto a la indemnización del daño puramente moral no se determina cuantificando, en términos económicos, el valor de la pérdida o lesión experimentada, sino sólo otorgando a la víctima una satisfacción, ayuda o auxilio que le permita atenuar el daño, moderarlo o hacerlo más soportable, mediante una cantidad de dinero, que en su monto o valor sea compatible con esa finalidad meramente compensatoria.

### **2.7.3. Funciones de la reparación del daño moral**

Existen dos posturas en torno a este tema: la primera responde a aquellos que consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir, una sanción al ofensor. Y por otra parte, la segunda postura es aquella que considera que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Por lo que es necesario puntualizar como lo hace “Larenz”<sup>105</sup> que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero:

Función de compensación: que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor, proporcionar al lesionado o perjudicado una compensación por la aflicción y la ofensa que se le causó

Función de satisfacción: sostiene que el dinero busca restablecer el equilibrio en la medida de lo posible, dándole una sensación de bienestar y satisfacción a la persona dañada.

---

<sup>104</sup> *Ibíd.*, 44.

<sup>105</sup> Rivas Mejía, et al, “La indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido”, 44.

Función punitiva: El dinero cumple una función en el sentido de castigar al causante del daño ya que no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso.

Los términos que utiliza el autor al referirse al tema de la indemnización por el daño moral, hacen referencia a ciertas funciones que tiene la misma, por lo que se puede hablar que la indemnización es una especie de reparación, resarcimiento, sanción, compensación, con la que se espera conseguir la satisfacción de los daños morales.

Sin embargo, es importante hacer notar que este tipo de daños, si bien es cierto por medio de la indemnización económica se viene a satisfacer el daño, no hay que dejar de lado que por la naturaleza del daño, resultan afectados los sentimientos, las emociones y algunos bienes jurídicamente protegidos como el honor, entre otros.

“Estos daños no serán satisfechos directamente con dinero, pero el mismo servirá para que la víctima de tal afectación pueda recibir la asistencia médica técnica necesaria para superar ese evento dañoso que alteró el estado de su integridad personal”<sup>106</sup>.

Finalmente, puede afirmarse que son las funciones más importantes de la indemnización del daño moral, siendo las siguientes: satisfacción, compensación o equivalencia y la función punitiva.

---

<sup>106</sup> Cfr. Jorge Alberto Beltrán Pacheco, *Análisis y funciones de la responsabilidad civil: impacto en la víctima y en la sociedad*. Función satisfactoria. Acceso 19 de julio de 2017, en [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=679](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=679). La función satisfactoria en el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual postula el cumplimiento de una conducta debida o prestación indemnizatoria orientada a la satisfacción de un interés jurídico específico conculcado, el que reconoce como antecedente un interés jurídico general de "no verse dañado por nadie", por un comportamiento humano o hecho natural perjudicial. "Es principio básico el de la reparación íntegra (restitutio in integrum) en el sentido de que el perjudicado debe ser indemnizado de "forma total" tanto en el orden material como en el orden moral y tanto en lo que respecta al daño emergente como al lucro cesante".

## CAPITULO III

### EL DAÑO MORAL EN LA LEGILACIÓN INTERNACIONAL

Algunos países como Estados Unidos de América, Francia, Colombia y otros, regulan el daño moral en sus cuerpos normativos y su eventual indemnización en concordancia y similitud con El Salvador; por lo que, en la actualidad, la mayor parte de legislaciones son congruentes al aceptar la existencia de la reparación de daño moral.

Por lo que, el presente artículo tiene como propósito evidenciar algunas diferencias en la regulación de ésta figura, se realiza una exposición respecto a los países antes enunciados.

La reparación con dinero del daño moral, no sería ética ya que no se puede reemplazar al dolor con una “cuantía”<sup>107</sup> económica, sin embargo para estos países al igual que en El Salvador, es una forma de las más favorables a las víctimas para la reparación del daño ocasionado.

Las legislaciones han optado por la reparación pecuniaria del daño moral ya que no se trata de reemplazar al dolor con dinero, sino se trata de respetar el principio de la reparación del daño.

Todo daño que se ha producido debe ser reparado de una u otra manera, y, la mejor manera de hacerlo es mediante el dinero, bien útil universalmente.

---

<sup>107</sup> Cantidad a que asciende el importe total o lo reclamado en la petición formulada en la demanda de los juicios ordinarios, excepción hecha de las costas. Acceso 30 de julio 2017, en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/cuant%C3%ADa/cuant%C3%ADa.htm>.

Es necesario que los jueces se remitan al criterio de otras cortes para poder crear una verdadera “jurisprudencia”<sup>108</sup>. Los criterios deben ser analizados por los jueces para lograr mayor uniformidad en la jurisprudencia.

Para tener una noción de cómo opera la reparación del daño moral en otras naciones, es decir, países como Argentina que tiene un sistema diferente pero ha dejado valiosos aportes, a Estados Unidos que ha dejado jurisprudencia controversial por las altas cuantías de las reparaciones, entre otros países que se han pronunciado con legislación que tiene relación a la reparación de éste tipo de daños.

### **3.1. Estados Unidos de América**

En los Estados Unidos de América se ha llegado al convencimiento que es necesario indemnizar a la víctima de un hecho ilícito, pero no sólo por los perjuicios económicos efectivamente causados, sino también por los daños morales. Todo aquello con un límite claro, que es dejar a la víctima en el lugar que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, evitando así un “enriquecimiento injusto”<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Doctrina jurídica asentada mediante resoluciones judiciales reiteradas de los tribunales. Su función principal es la de completar e integrar el ordenamiento jurídico. A pesar de que formalmente la jurisprudencia no es una fuente del Derecho (CC, art. 1.1), desde un punto de vista práctico sí debe ser considerada como tal. Acceso 30 de julio 2017, en <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>.

<sup>109</sup> El enriquecimiento injusto se ha definido en la doctrina española como aquel supuesto en el cual una persona, a consecuencia de un desplazamiento patrimonial verificado de acuerdo con los requisitos exigidos por un ordenamiento jurídico concreto, experimenta un acrecimiento de su patrimonio activo a costa de otra persona, pero en circunstancias tales que pugnan con los postulados de la justicia y equidad cristalizados en el propio ordenamiento positivo o apreciados por el juez libremente en cada caso (Álvarez Suarez). La teoría del enriquecimiento injusto tiene su eje cardinal según ha señalado R. Núñez Lagos en la interdicción del tránsito de un valor sin causa de un patrimonio a otro. Acceso 2 de agosto 2017, en [http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjU3MTtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAhI9LHTUAAAA=WKE](http://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjU3MTtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUtckhIQaptWmJOcSoAhI9LHTUAAAA=WKE).

Lamentablemente, los daños extrapatrimoniales no pueden ser compensados en un sentido literal, de restitución integral, y por ello los tribunales buscan una compensación justa y razonable, en un contexto social, económico e industrial determinado.

El concepto de “daños punitivos”<sup>110</sup>, se basa en la idea de pena pecuniaria privada, que por disposición de la ley, se manda a pagar además de la reparación integral que corresponda por el daño ocasionado, a quien con malicia o grave indiferencia por los derechos ajenos ha provocado un perjuicio a la víctima de ciertos ilícitos, obteniendo con dicha conducta beneficios o ahorro de gastos. Bajo esta perspectiva, es el mismo afectado por el hecho dañoso el beneficiado con una suma de dinero mayor al daño efectivamente producido.

La finalidad de este modelo, por una parte, es prevenir la realización de conductas que afecten bienes jurídicos, disuadir a las personas de no cometer hechos de la misma naturaleza. Por otra parte, la víctima recibe un monto de dinero adicional que, formalmente, es mayor al daño efectivamente causado, exceso que se acepta y, de hecho, se busca.

Sin embargo, y como en todo esfuerzo doctrinario, existe discusión acerca de las circunstancias que deben presentarse para que la aplicación de esta institución proceda, pudiendo diferenciar tres teorías.

La autora Herrera L. et. al.<sup>111</sup>, señala tres teorías para que proceda la indemnización del daño, siendo que en primer lugar se refieren a una

---

<sup>110</sup> Laura Victoria García Matamoros y María Carolina Herrera Lozano “El concepto de los daños punitivos o punitive damages”, (*revista Estudios Socio-Jurídicos, Enero-Junio 2003*) 211. Visto en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-0579200300100006](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-0579200300100006). Acceso 03 de agosto de 2017.

<sup>111</sup> *Ibíd.*

concepción imperante que existe en los Estados Unidos, y es que para aplicar la indemnización como sanción, debe existir una particular intención y subjetividad en el autor del daño. Debe haber algo más que una conducta negligente, siendo necesarios conceptos tales como temeridad, malicia, mala fe, grave negligencia, entre otras de la misma índole.

En ese orden de ideas, existe otra tesis un tanto más flexible, y ésta postula que sólo se requiere la simple indiferencia consciente por parte del agente del daño, para permitir la aplicación de este tipo de pena.

Por último, la tesis que propone la aplicación de una pena privada cabe en los casos que se ha cometido un abuso de alguna posición de poder o privilegio.

En los Estados Unidos de América a las dificultades intrínsecas de una institución como los daños punitivos, se suma la eventual discrecionalidad en su aplicación, ya que es el “jurado”<sup>112</sup> (en Estados Unidos aún es común el juicio por jurado) quien decide si corresponde o no utilizarlos en el caso concreto. Por lo anterior, se ha vuelto necesario que las autoridades judiciales entreguen criterios o directrices, para así morigerar la posible comisión de injusticias o excesos en la determinación del monto indemnizatorio.

En el desarrollo de esa tarea, la Corte Suprema Estadounidense ha establecido tres directrices a seguir para que los montos otorgados por daños punitivos no violen la garantía del debido proceso:

---

<sup>112</sup> Tribunal no profesional ni permanente, de origen inglés, introducido luego en otras naciones, cuyo esencial cometido es determinar y declarar el hecho justiciable o la culpabilidad del acusado, quedando al cuidado de los magistrados la imposición de la pena que por las leyes corresponda al caso. Acceso 4 de agosto 2017. <http://www. enciclopedia-juridica.biz14.com/d/jurado/jurado.htm>.



Grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, dentro de lo cual se considera si el actuar del agente afectó la salud o seguridad del actor, si el demandado es reincidente, o si ha actuado intencionalmente.

La relación cuantitativa entre los daños punitivos y los daños compensatorios. (La causalidad)

La comparación con otras multas civiles para determinar la razonabilidad del monto otorgado.

De esta forma, se pretende limitar los márgenes de aplicación de esta institución, evitando así la comisión de excesos, que son los que en definitiva la han desprestigiado

En los Estados Unidos, en su derecho anglosajón, el sistema de derecho de daños es llamado “tort law” (Ley de Responsabilidad Civil). En el sistema de tort law, existe la figura de emotional distress (estrés emocional), hay compensaciones por pérdidas económicas, no económicas y a su vez hay compensaciones por daños punitivos.

La figura de estrés emocional puede ser llamada intentional infliction of emotional distress (imposición intencional de angustia emocional); esta tiene su origen en una conducta intencional que generó en sufrimiento emocional extremo. “Los elementos para que se pueda demandar por medio de esta figura son los siguientes”<sup>113</sup>:

1. - El demandado actuó intencionalmente. Es decir, el demandado era consciente del resultado, y deseaba producirlo.

---

<sup>113</sup> Véase, “Elementos de la imposición intencional de angustia emocional”. Acceso 4 de agosto 2017. <http://biotech.law.lsu.edu/Courses/tortsF01/IIEM.htm>.

2.-La conducta del demandado fue extrema. Para que la conducta tenga estas características, la conducta no debe ser un incidente aislado, debe haber más casos. La víctima era vulnerable y el demandado sabía esto. El demandado está en una posición de poder.

3.-El acto del demandado es la causa del sufrimiento.

4.-La víctima sufre un severo sufrimiento emocional resultado de la conducta del demandado.

La pregunta, en Estados Unidos, es si en realidad se debe compensar el dolor y el sufrimiento. Si la respuesta es afirmativa, la siguiente pregunta es si en realidad todo dolor y sufrimiento es indemnizable. Qué tipo de dolor es lo suficientemente alto como para recibir una cantidad dineraria y qué tipo de dolor no necesita ser reparado.

En los Estados Unidos, las demandas por concepto de dolor y sufrimiento son las menos usuales debido la existencia de un alto número de mecanismos de compensación. Es trascendental, para este tema, tratar los llamados daños punitivos que ya han sido mencionamos con anterioridad.

Los daños punitivos vienen a ser la compensación por daños pero a modo de sanción contra el demandado.

Para que exista la compensación por daño punitivo, es necesario que la conducta del demandado cumpla uno de estos tres supuestos: que la conducta del demandado que produjo el daño sea calificada muy negligente, o sea un descuido total excesivo o sea una ofensa muy grande; pero la conducta no debe llegar a ser intencional.

La mera negligencia no entra dentro de la compensación por daño punitivo.

Los abogados prefieren demandar daños compensatorios y daños punitivos al tiempo, antes que demandar por compensaciones de dolor y sufrimiento. “Los jurados de las cortes de Estados Unidos, son los encargados de determinar las cuantías de estas reparaciones de daños; algunos consideran que esta cuantificación la deberían hacer los jueces y no los jurados”<sup>114</sup>.

Los jurados, al momento de compensar a la víctima por daños morales y materiales, en muchas ocasiones asocian estos daños entre en sí. Usan sus facultades discrecionales sin tener una guía que les ayude a tomar sus decisiones. Por este motivo, la jurisprudencia no es uniforme, trata daños similares de manera muy diferente al momento de realizar la cuantificación.

Esto lleva a que los abogados hagan recomendaciones al jurado sobre aspectos que deben tomar en cuenta para la determinación de la cuantía. Algunos consideran necesario proponer criterios que sirvan de guía para la cuantificación, así como imponer un límite para que la cuantificación no sea excesiva.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en ciertos casos (se hará mención de dos casos puntuales para ejemplificar cuales han sido los argumentos bajo los cuales se resolvió sobre la cuantificación de la indemnizaciones), ha decidido rebajar las cuantías excesivas y ha establecido criterios para la determinación de las cuantías por concepto de daños punitivos.

El debate que deriva de estas cuantificaciones es si éstas son inconstitucionales, o si las rebajas de la corte lo son, esto se debe a que muchos las consideran violatorias de las enmiendas ocho, nueve, diez y

---

<sup>114</sup> Sofía Macarena Pérez “Límites de la Cuantificación Judicial del Daño Moral en el Ecuador”, (Tesis de Grado Presentada como Requisito para la obtención del Título de Abogado, UniversidadSanFranciscodeQuito, 2009), 53.

catorce; esta última que trata sobre las garantías del debido proceso, el llamado “due process”, lo cual no será objeto de análisis en virtud de no ser el punto medular de la presente investigación.

Caso Miller vs. National Broadcasting Co.<sup>115</sup> este es un caso en el que se alegó imposición de estrés emocional. Se trata de un grupo de periodistas que acompañaban al Departamento de Bomberos de Los Ángeles, California, en una llamada de emergencia, el grupo de periodistas que acudió presenciaron un ataque cardíaco, a una persona que falleció ese instante; esa noche, la cadena de televisión NBC pasó al aire este suceso. La viuda del Sr. Miller, la persona que falleció, demandó a NBC por invasión a la privacidad y por imposición de estrés emocional. A su vez, en la demanda, se solicitaban los respectivos daños punitivos.

La defensa sostuvo que la invasión a la propiedad produce daño emocional, y, aunque no hubiere malicia o intención de causar daño al invadir la propiedad, ahí es cuando entra en juego la figura de imposición del estrés emocional. Se dijo que en efecto se produjo dolor, sufrimiento en el demandante, hasta se responsabilizó a la cadena televisiva NBC de los ataques de ansiedad de la hija del Sr. Miller provenientes a raíz de la muerte de su padre.

Se calculó una suma de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América por concepto de daños.

Esta figura es importante para el estudio ya que se asemeja a nuestro sistema en el sentido que no se necesita probar la intencionalidad de quien causa daño moral.

---

<sup>115</sup> Ibid., 57.

Caso Philip Morris vs. Williams:<sup>116</sup> la tabacalera Philip Morris fue demandada por la viuda de un señor que murió de cáncer. El jurado le dio a la viuda 79.5 millones de dólares por daños punitivos y 821,000 por daños materiales. El juez consideró que el jurado se excedió, hizo una rebaja a la suma de daños materiales hasta 521,000 USD, y disminuyó los daños punitivos hasta 32 millones de dólares.

La Corte de Apelaciones de Oregon reafirmó los 79.5 millones de dólares. Esto fue llevado a la Corte Suprema de los Estados Unidos y esta rechazó el argumento de Philip Morris de que los daños punitivos eran muy excesivos.

El argumento de Philip Morris era: estos daños punitivos fueron decididos según el deseo del jurado, este no tomó en cuenta que estaban confiscando propiedad del demandado, a su vez esto no cumplía con el debido proceso.

La constitución prohíbe sanciones excesivas en la enmienda octava de la constitución. (Véase el caso de Honda Motor vs. Oberg). La enmienda octava indica -No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas-. Esto significaría arbitrariedad y por ende una violación al debido proceso.

Al rechazar estos argumentos, la Corte Suprema de Oregon dijo que el propósito de los daños punitivos es sancionar; sancionar para que no vuelva a pasar y para que no se ponga en riesgo la integridad del resto de personas. A su vez, considera que los jurados están debidamente capacitados para determinar el daño y ver el grado de reprochabilidad de la conducta. Por este motivo no rebajaron la cuantía. La corte dijo que este caso tiene que ser tomado en cuenta para las personas de Oregon que sufran daños similares.

---

<sup>116</sup> *Ibíd.*

### 3.2. Francia

En las regiones del sur de “Francia”<sup>117</sup>, la introducción del Derecho Común fue más fácil y rápida porque aún estaba arraigada la tradición romana a diferencia de las regiones del norte donde resultó más difícil porque existía un Derecho consuetudinario bien desarrollado (“*Droit coutumier*”). A pesar de ello prevaleció la recepción y por consiguiente el derecho común en toda Francia.

La influencia del “Derecho Canónico”<sup>118</sup> fue fundamental para el desarrollo del derecho de daños y la filosofía resarcitoria que le caracteriza. La institución del derecho germánico antiguo “Wergeld” surge como la base para el restablecimiento del daño causado, aunque todavía con influencias pretéritas del Derecho romano, siendo su traducción más común el “rescate de la sangre”, como denominaron los alemanes “*Wergeld*”.

Durante la revolución francesa (1789) se trataban de emular muchos aspectos de la República Romana, tales como la adopción de un Derecho liberal codificado y basado en la razón.

En esa época se comienzan a redactar los códigos civiles para sustituir los antiguos textos de Derecho Común. Su fuente de inspiración fue el Derecho romano, ya que su visión racional del derecho era compatible con los preceptos de la tradición del iusnaturalismo racionalista.

En la práctica consuetudinaria se comienzan a ver cambios, el más pertinente al asunto que nos ocupa, la intervención de los reyes y príncipes

---

<sup>117</sup> Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño”, 92-93.

<sup>118</sup> Véase. Derecho Canónico. Acceso 6 de agosto 2017, en <http://www.derecho-canónico.com/2013/12/definicion-derecho-canónico.html>.

medievales que establecieron sanciones penales por daños a la persona y confundieron el carácter público y privado de la responsabilidad penal.

A pesar de que se mantuvo el castigo corporal como un remedio al agravio público ocasionado, se comenzó a imponer una pena monetaria a favor del agraviado o su familia, la cual era de carácter privado.

La aportación de Domat y Potuier en el desarrollo de los conceptos de delito y cuasi-delito, ajenos a todo tipo de penalidad, dentro del contexto del Derecho civil, resultaron determinantes para el nacimiento de la obligación, que a su vez establecía la necesidad de reparación.

Es en el Código Civil francés (llamado Código de Napoleón o Código Napoleónico) aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804 y todavía en vigor, creado por una comisión a la que le fue encomendada la recopilación de la tradición jurídica francesa, dio como resultado la promulgación del “Código Civil de Francia”<sup>119</sup> el 21 de marzo de 1804, durante el gobierno de Napoleón Bonaparte, en el que se regula lo relativo a una reparación indemnizatoria por el daño moral.

La jurisprudencia francesa ha establecido que “el daño moral, es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que se es víctima sin repercusión patrimonial”<sup>120</sup> aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales quien sufre el daño.

En otras legislaciones se admite la posibilidad de resarcir el daño moral, pero no con carácter general, sino limitado a los casos expresamente previstos.

---

<sup>119</sup> Véase Código Civil de Francia. Acceso 7 de agosto 2017, en [https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_Civil\\_de\\_Francia](https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia).

<sup>120</sup> Yessica Ivett Martínez Estupinian y Erlinda de los Ángeles Romero Ramírez “Indemnización por daño moral en los proceso de nulidad del matrimonio” (tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador, 2010) 49.

### **3.3. Colombia**

En cuanto a “Colombia”<sup>121</sup> al daño moral es considerado como el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

### **3.4. Ecuador**

El Doctor “Falconi”<sup>122</sup> señala que no existe daño moral si se comprueba que el bien es susceptible de ser reemplazado en especie o por su equivalente económico, en este caso no hay Daño Moral, pues no se ha atentado contra la honra, reputación o buen nombre de una persona, sea esta natural o jurídica, obviamente que en caso contrario procedería la acción por daño moral y perjuicios.

El legislador ecuatoriano al dictar la Ley 174 que regula al Daño Moral, en su considerando manifestaba expresamente, que las disposiciones del Título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil, trataría sobre las indemnizaciones relativas a los delitos y cuasidelitos, pero que estas versan únicamente sobre los casos de daños materiales causados a las personas, pero que en la realidad existían innumerables actos ilícitos que lesionan bienes morales, sin que estos se encuentren jurídicamente protegidos, que se encuentra publicada en el R.O. No. 779 del 4 de Julio de 1984.

---

<sup>121</sup> *Ibíd.* 54.

<sup>122</sup> Dr. José C. García Falconi, “la prueba del daño moral y como se fija el monto de la indemnización”. Acceso 8 de agosto 2017, en [www.derechoecuador.com/la-prueba-del-dano-moral-y-como-se-fija-el-monto-de-la-indemnizacion](http://www.derechoecuador.com/la-prueba-del-dano-moral-y-como-se-fija-el-monto-de-la-indemnizacion).



Por esta razón se dictó la “ley 171”<sup>123</sup> que regula al Daño Moral, que se encuentra publicada en el R.O. No. 779 del 4 de Julio de 1984.

La Ley 171 señala que exista Daño Moral, en los siguientes casos:

- a) Quienes manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación;
- b) Quienes causen lesiones;
- c) Quienes cometan violación, estupro o atentado al pudor;
- d) Quienes provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios;
- e) Quienes provoquen procesamientos injustificados;
- f) Quienes provoquen: angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La Ley 171 señala que sólo puede ser actor en esta clase de juicios, en forma exclusiva la víctima o su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad en caso de imposibilidad física de la víctima o sus derechos habientes en el caso de muerte de aquella.

Esta acción debe ser dirigida contra aquella persona que lícitamente, hubiere ocasionado; menoscabo en la honra, reputación o buen nombre de una

---

<sup>123</sup> En la interpretación teleológica o histórica, se observa que la intención del proponente del proyecto fue "llenar un vacío legal" mediante la incorporación de nuevas normas que amplíen el radio de acción de las indemnizaciones, circunscritas hasta aquél entonces a reparar los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral cuando existían lesiones contra la honra o el crédito de una persona. Es decir, que hasta 1984 si existía la posibilidad de reclamar indemnización por daños morales, pero se encontraba únicamente limitada a la reparación de la honra. Véase “El daño moral en la legislación ecuatoriana”. Acceso 9 de agosto 2017. [http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2\\_El\\_Daño\\_Moral\\_En\\_Legislacion\\_Ecuatoriana..pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2_El_Daño_Moral_En_Legislacion_Ecuatoriana..pdf).

persona, ya sea esta natural o jurídica. Debe señalarse de manera categórica, que el daño moral, es indemnizable en la legislación ecuatoriana desde el "4 de julio de 1984"<sup>124</sup>.

En esa clase de juicios, no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo imborrable; sino que debe procurarse que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destituido, así el criterio que el juez debe tener en cuenta para fijar el monto de la indemnización, es la extensión del mal sufrido, mas no lo es las facultades económicas del obligado a indemnizar; en doctrina se dice que es contrario a la ley estimar la fortuna del autor del daño, para aumentar o reducir la indemnización, como única condición en su determinación.

Para fijar el monto, hay que tener en cuenta la comisión de un acto o hecho ilícito que causa daño y que obliga a su reparación; la medida es la intensidad del daño y no la mayor o menor fortuna o culpabilidad del autor del mismo.

El daño moral por su naturaleza subjetiva, queda integrado a la estimación discrecional de los jueces de lo civil, conforme al mérito del proceso y a los principios de equidad, pues la valoración exacta del daño moral no existe, puesto que su medición material es francamente imposible y esto porque los bienes personales afectados no admiten una valoración propiamente tal o estricta, por eso se dice que la reparación es satisfice, pero no compensativa.

---

<sup>124</sup> El 27 de febrero de 1984 se envió al Presidente del Congreso Nacional el proyecto de "Ley sobre la reparación de daños morales". En la exposición de motivos podían leerse los siguientes criterios: -"Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido", [...]. Acceso 9 de agosto 2017. [http://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/1990/09/2\\_El\\_Danio\\_Moral\\_En\\_Legislacion\\_Ecuatoriana.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wpcontent/uploads/1990/09/2_El_Danio_Moral_En_Legislacion_Ecuatoriana.pdf).

### 3.5 Argentina

En materia de indemnización por daños morales, el ordenamiento jurídico argentino no provee expresamente los criterios para fijar la indemnización, razón por la cual entregan su determinación enteramente a la apreciación y criterio judicial. Una excepción a esta regla general puede encontrarse en materia de derecho laboral, donde las indemnizaciones legales se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto indemnizatorio, siempre que se encuentren las partes dentro del “supuesto legal”<sup>125</sup>.

Ante tal situación, se pueden identificar dentro de la doctrina cierta controversia al momento de fijar criterios para determinar la indemnización, y entre las distintas tendencias, podemos mencionar las siguientes:

a) La cuantificación del daño se encuentra íntimamente vinculada a los padecimientos sufridos por la víctima. En ese sentido, la reparación procura el restablecimiento de la situación anímica de la víctima mediante el equivalente del dinero que torna factible brindarle a ésta la posibilidad de compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas. Es decir, “el dolor con placer se paga”.

b) Otra de las teorías es la de la sanción ejemplar, la cual critica a la anterior por caer en un materialismo sin sentido. Establece que hay una diferencia radical entre la naturaleza del daño patrimonial y el moral, diferencia que debe reflejarse en una distinta cuantificación del daño. Por tanto, resulta de

---

<sup>125</sup> Eduardo Romero Lazcano, “El difícil cálculo del monto del daño moral”. Acceso 23 de agosto 2017. <https://www.lagaceta.com.ar/nota/274600/tribunales/dificil-calculo-monto-dano-moral.html>.

toda obviedad vincular la personalidad del victimario, la condición de su patrimonio y a la gravedad de la falta cometida al momento de determinar la cuantía, que no es otra cosa que una pena civil mediante el cual el ordenamiento reprueba la falta del ofensor.

c) Una última tesis, que podría ser considerada como mixta, se acerca a la teoría resarcitoria, pero señala que al momento de justificar el quantum de la indemnización, los jueces deberían tener presente su efecto disuasivo, sin que ello implique necesariamente concebirla como una pena privada.

En el sistema judicial, los jueces de las diferentes provincias, son los encargados de determinar las reparaciones de daño moral. Es así como gracias al principio de publicidad, pueden conocer los criterios establecidos por los otros jueces para poder establecer una indemnización justa y unificada. A pesar de esto, todavía es difícil afirmar que la publicación de precedentes ha llevado a una uniformidad y predictibilidad de los montos de las indemnizaciones. Pero, es importante resaltar que sí permite conocer los criterios de los jueces para saber sobre su “cuantificación en las indemnizaciones”.<sup>126</sup>

En tal sentido identificamos que se toman en cuenta criterios como edad de la víctima, capacitación, ocupación, grupo familiar, etc. Lógicamente hay que hacer diferencias en el criterio de cálculo de un juez a otro, y también en las decisiones de un mismo juez.

Asimismo en Argentina se toman en cuenta ciertos factores explicativos para los montos indemnizatorios. Se dice que en lo que son bases y parámetros computables para la cuantificación del daño moral, prevalece la prudencia

---

<sup>126</sup> Pérez, “Límites de la Cuantificación”, 49.

judicial que ayuda a analizar los factores objetivos y subjetivos como edad, sexo, profesión, etc.

En el derecho argentino, como ya se menciona con anterioridad la tendencia jurisprudencial generalizada en lo atinente al *quantum* por daño moral es que éste queda al prudente arbitrio del juez. Sin embargo, se establecido algunas pautas para fijarlo.

En este sentido, Juliana Leiva Méndez, en su tesis Criterios Jurisprudenciales para determinar la estimación del daño moral en sede penal, citando a Ghersi<sup>127</sup> indica que los magistrados argentinos han seguido los siguientes criterios:

La reparación del daño moral no tiene que guardar proporción con otros capítulos indemnizatorios, que inclusive pueden no concurrir... La valuación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde a los jueces establecer prudentemente el cuanto indemnizatorio tomando en cuenta su función resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión espiritual sufrida y el hecho generador de la responsabilidad, sin que quepa establecer ninguna relación forzosa entre el perjuicio material y moral... Para la determinación del daño moral debe valorarse la intensidad de la lesión física, la incertidumbre producida por la propia recuperación en un ámbito familiar, en el que el aporte de la víctima resulta de fundamental importancia y la congoja desencadenada por el hecho dañoso... Para fijar el monto indemnizatorio por daño moral es cierto que no existe un parámetro utilizable y que en definitiva, queda al prudente arbitrio judicial, que lo fijará de conformidad a las circunstancias de cada caso.

---

<sup>127</sup> Juliana Leiva Méndez et al., “Criterios Jurisprudenciales Para determinar La Estimación Del Daño Moral En Sede Penal” (Tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2010), 36.

El daño moral tiene naturaleza resarcitoria y para fijar su quantum no es menester recurrir inexorablemente a criterios puramente matemáticos, ni es necesaria una estricta correspondencia con otros rubros indemnizables, que incluso pueden no llegar a existir; sin embargo, la circunstancia de que, por la aplicación de tales principios, la estimación del monto no se encuentre sujeta a parámetros fijos, y sí, en cambio, a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares del caso y en la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos, no significa que por esas vías se logren beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos.

Los criterios según provincias y según salas son diferentes y no se ha logrado una unificación completa. Es verdad que realizando una tarifa para la determinar la cuantía de daño moral, se va a uniformar la jurisprudencia, esta solución es práctica pero injusta.

La jurisprudencia argentina, por lo general, toma en cuenta lo siguiente para la determinación del daño moral:<sup>128</sup>

La indemnización producto de un daño moral tiene carácter de resarcitorio, atiende a los sufrimientos de la víctima y hay que tener en cuenta la gravedad del ilícito cometido.

La indemnización queda al prudente arbitrio judicial.

Los jueces deben proceder de manera estricta para determinar la cuantía de la reparación de daño moral, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal. De lo contrario, la indemnización podría significar confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del demandante.

---

<sup>128</sup> Pérez, “Límites de la Cuantificación”, 51.

No es necesario, que la entidad del daño moral sea probada, siendo facultad judicial su determinación.

La determinación cuantitativa del daño moral no guarda relación con la cuantía de los daños materiales.

Si un tribunal no da razones ni fundamenta su monto indemnizatorio, este será objeto de revisión en la Corte por vía de absurdo.

De esta manera se garantiza el control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto por el juez.

### **3.6 España**

El sistema español considera con la misma importancia los perjuicios que producen daños de tipo material y los que producen daños de tipo moral, sin importar si provienen de una obligación contractual o extracontractual.

Como criterio general, las indemnizaciones de perjuicios se conceden como un todo que abarca en un mismo monto los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales, por lo cual es muy difícil saber cuál monto se refiere a la indemnización por daño patrimonial y cuál a la por daño moral.

No obstante, la particularidad de este sistema es que es el único país de la Unión Europea que posee un “baremo vinculante”<sup>129</sup> de responsabilidad civil. Esta incorporación se produjo a través de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 1995, la cual introdujo un Anexo llamado “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las

---

<sup>129</sup> En términos más prácticos, cuando se enuncia baremo vinculante, se refiere al conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar algo, y en éste caso particular, la responsabilidad civil. Incluso se puede decir que hace referencia a una tabla o cuadro en específico para determinar la cuantía de una eventual indemnización.

personas en accidentes de circulación”, que en realidad no es otra cosa que un baremo y a pesar de que ha sido objeto de variadas críticas y polémicas dentro de la doctrina, las sentencias del Tribunal Constitucional le han otorgado valor vinculante, manteniendo su constitucionalidad<sup>130</sup>

Para establecer la medida de la reparación del daño hay que acudir a las dos tesis enfrentadas. Por una parte Juliana Leiva Méndez en su obra Criterios Jurisprudenciales Para determinar la estimación del daño moral en sede pena citando a Santos (1959, p. 644): “...los partidarios de la tesis punitiva, para salvar este aspecto, han complementado las pautas ya establecidas con una tercera, que consiste en vincular el daño moral con el daño patrimonial. De este modo la reparación del daño moral guarda razonable proporción con el monto del daño material, es decir, patrimonial, reconocido”.<sup>131</sup>

En ese mismo sentido en dicha obra las autoras citando a Court (2003, p. 98) establecen que es verdad que poner atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el *quantum* indemnizatorio, y en este sentido manifiesta ampliamente que: ... atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado: sólo la culpa, negligencia o imprudencia o el dolo, es decir el ataque intencionado, deliberado del bien jurídico, pero no en los casos de responsabilidad atribuida por un factor objetivo, como el riesgo creado.

Resulta razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio apriorístico.

---

<sup>130</sup> Doris Pérez Retamal, Claudia Castillo Pinaud “Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia” (Tesis de licenciatura, Universidad de Santiago de Chile, 2012), 21.

<sup>131</sup> Leiva Méndez et al., “Criterios Jurisprudenciales”. 29.



La reparación del daño moral puede revestir y reviste comúnmente, el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. Entonces ¿Por qué excluir uno u otro, a la hora de medir, es decir de cuantificar el monto de la indemnización? La reparación cumple, entonces, una “función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima”<sup>132</sup> (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etc.) y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc.).

La reparación del daño moral, si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia española sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

En los supuestos de daños no patrimoniales, el sistema español ha utilizado el establecimiento de baremos indemnizatorios oficiales estos garantizan un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatorio al criterio de cada juez, en un terreno especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos.

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*, 30.

Los parámetros han sido concebidos tradicionalmente como una tabla o cuadro que permite de modo taxativo relacionar una lesión con un quantum indemnizatorio. Han sido utilizados pues como mecanismo meta jurídico de homogenización de decisiones judiciales.

Su objetivo principal es tasar la prueba de los daños a fin de reducir la dispersión de los montos indemnizatorios, limitando de este modo la competencia del poder judicial en el conocimiento y decisión de causas, y evitando la lotería judicial.

Este sistema de baremo establece un detallado régimen normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas o daños físicos ocasionados en los accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor.

Dicho método establece ciertos límites que operan acotando los razonamientos y cuantías para determinar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, a través de la aplicación generalizada de los criterios y tablas que propone al efecto.

El determinar así este tipo de daños particulares resulta muy relevante si se considera que es vinculante para los jueces, tanto en su apreciación como determinación, ya sea en procesos civiles o penales, siempre que se trate de las indemnizaciones de daños personales producidos por este tipo de accidentes. Sin embargo, si el baremo quiere ser utilizado en casos que exceden del ámbito de los accidentes producidos por circulación de vehículos a motor, la función es simplemente orientadora, pero en caso alguno vinculante. La doctrina española es unánime al afirmar que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la reparación integral del daño.

El principio de “reparación integral del daño”<sup>133</sup> es el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada.

Este hecho explica, además, la tendencia de la jurisprudencia a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado perjuicio social o el denominado perjuicio juvenil.

De esta forma se tiene que las indemnizaciones españolas son “difícilmente comparables”<sup>134</sup> por diversas razones:

En primer lugar en España se concede una suma indemnizatoria que comprende daño moral y daño psico-físico. No siendo un quantum individualizado.

El baremo establecido para la modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados en ambos casos se aplica a “todos los daños a las personas” sumando groseramente la indemnización por daño moral derivado de las lesiones corporales con la indemnización de los daños patrimoniales – el lucro cesante - lo cual no ocurre en ningún otro país.

---

<sup>133</sup> En efecto, entre esos principios que rigen la materia relativa a la reparación o resarcimiento de los daños y perjuicios, ocupa un lugar esencial y preeminente en la generalidad de los sistemas jurídicos el denominado principio de la reparación integral. Este principio, conocido también en su expresión latina «restitutio in integrum», se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal manera que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Acceso 27 de agosto de 2017. <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/principios-generales-reparacion-perjuicios-294151>.

<sup>134</sup> Leiva Méndez et al., “Criterios Jurisprudenciales Para determinar la Estimación Del Daño Moral En Sede Penal”. 31.

Tampoco existe en España la tradición de publicar periódicamente tablas sobre indemnizaciones concedidas por los tribunales (lo cual no conlleva que los Tribunales de modo interno las utilicen, pero no son públicas).

### **3.7 México**

El artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal establece en su segundo párrafo, tres hipótesis para la procedencia de la reclamación del pago o indemnización por daño moral, las cuales son: La primera, cuando se produzca un daño moral por un hecho u omisión ilícitos con independencia de que se haya causado daño material o no, por responsabilidad contractual o extracontractual, de manera que para que en esta hipótesis se produzca la obligación de reparar el daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual se requieren *tres elementos como son: “a) la existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona; b) que produzca una afectación a la persona en cualquiera de los bienes tutelados en el citado numeral; y, c) que exista una relación de causa-efecto entre el daño moral y el hecho u omisión ilícitos”*<sup>135</sup>, por lo que la ausencia de cualquiera de estos elementos impide que se genere la obligación resarcitoria. Esta hipótesis establece la acción autónoma de la reclamación del daño moral.

La segunda hipótesis consiste en que el obligado haya incurrido en responsabilidad objetiva prevista en el artículo 1913 del citado código, de modo que para su procedencia únicamente debe reclamarse la indemnización del daño moral simultáneamente a la reclamación de la responsabilidad civil objetiva, debiendo acreditar esta última para que la víctima tenga derecho en cualquiera de los bienes tutelados en el artículo

---

<sup>135</sup> Lucía Alejandra Mendoza Martínez, “*La acción civil del daño moral*” (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ISBN electrónico 001873373, 2014) 59-61.

1916 del ordenamiento invocado; y, 4) que exista una relación de causa-efecto entre el hecho u omisión ilícitos y el daño causado. De esta tesis derivan tres aspectos: a) la existencia de un hecho u omisión ilícita de una persona; b) que se produzca una afectación a la persona en los bienes tutelados como personalísimos, y c) que exista una relación causa-efecto entre el daño y el hecho u omisión ilícitos.

A la indemnización del daño moral, por lo que en este supuesto no debe acreditarse la ilicitud del hecho u omisión que ocasionó el daño ni la relación de causa-efecto entre el hecho y el daño causado, aunque sí debe demostrarse que se transgredió cualquiera de los bienes jurídicos tutelados por el referido artículo 1916.

La tercera hipótesis establece que para la procedencia de la reclamación del daño moral en contra del Estado cuando los servidores públicos causen un daño moral a una persona por hechos u omisiones ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, supuesto en el cual deben acreditarse cuatro elementos que son: 1) la existencia de un hecho u omisión ilícito; 2) que ese hecho realizado o la omisión se imputen a un servidor público en el ejercicio de sus funciones; 3) que produzca una afectación a determinada persona. Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se estableció por primera vez el concepto de daño moral en el artículo 1916<sup>136</sup> del Código Civil

---

<sup>136</sup> “El artículo 1916 del Código Civil Mexicano indica que "por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma se tienen los demás". De esta forma, el Código Civil de México consigna una tutela jurídica de los derechos personales. El modo mediante el cual se repara el daño es mediante una suma de dinero que el juez determinará tomando en cuenta "los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la víctima, así como las demás circunstancias del caso". Véase: “El daño moral en la legislación ecuatoriana”, en [http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2\\_El\\_Danio\\_Moral\\_En\\_La\\_Legislacion\\_Ecuatoriana..pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2_El_Danio_Moral_En_La_Legislacion_Ecuatoriana..pdf).

para el Distrito Federal, como la alteración profunda que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás, producida por un hecho, actividad, conducta o comportamiento ilícitos.

La mayoría de autores conciben el daño moral como la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor notable en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor, entre otros.

Sobre esa base, para que sea procedente la acción de daño moral, es menester que el actor demuestre los siguientes elementos: a) la existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes.

Conforme a la tesis anterior son requisitos para la procedencia de la acción: a) la existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca la afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que señala el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, y c) que haya una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño.

Al repasar el contenido de los párrafos anteriores se puede observar que es de esa forma como se aprecia una manera quizás no tan precisa, pero suficiente para conocer los lineamientos y directrices aplicados en la nación mexicana para buscar una oportuna y adecuada indemnización por daño moral.

## **CAPITULO IV**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL COMO FUENTE DE DAÑO MORAL**

Éste acápite contiene definiciones de conceptos como lo es responsabilidad, sus elementos, clasificación y características, así como su relación de causalidad como una fuente de obligaciones con las correspondientes consecuencias jurídicas que devienen de dicha relación. Lo anterior con el propósito de tener claridad de la definición de responsabilidad, y como ya se dijo, distinguir sus elementos, características y resultados de la relación de causalidad. Para ello, es importante retomar algunos aspectos de los inicios en cuanto la relación de causalidad aquí tantas veces mencionada. A ello se dedican las siguientes líneas.

En los primeros tiempos las personas establecieron la venganza como un castigo privado en contra de aquella persona que causaba el daño a otra; el agresor, es decir la persona que causa el daño, no contraía ningún tipo de deber jurídico frente al ofendido, simplemente quedaba a expensas de la venganza del ofendido o de su familia, aclarando que la venganza impartida por este era básicamente de ámbito personal. “Cabe mencionar que en épocas primitivas los clanes”<sup>137</sup> utilizaban la fuerza como medio de ataque y defensa para proteger a su grupo.

---

<sup>137</sup> Se le llama clan a aquel grupo o comunidad de individuos que poseen una ascendencia común, en la cual ostentan una importancia suprema los lazos familiares y la obediencia a la autoridad del jefe. En este sentido del término, al grupo lo unirá algún tipo de parentesco, de ascendencia y será precisamente este vínculo, un ancestro en común, por ejemplo, ya sea el mismo real o mitológico (tótem), el que importará y pesará por sobre todas las cosas.

Cuando una persona sufría un daño, ese daño no era considerado de ámbito personal sino que afectaba a todo el grupo, y las represalias se tomaban contra toda la otra tribu a la que pertenecía el ofensor.

Con el avance jurídico esta venganza por el daño sufrido se vuelve una limitación al devolver el daño en su equivalente o proporcional. Esta consideración se la dio con como principio de proporcionalidad de la sanción de acuerdo a la falta cometida, es decir, una indemnización que guarda relación con el daño causado, se conocía como ley del Talión y está presente en el Código de Hammurabi y las leyes de Manú, y se sintetiza en la frase que todos hemos escuchado: ojo por ojo, diente por diente.

Así por ejemplo en el Código de Hammurabi, se exigía que si una persona robaba un buey, oveja, o cerdo de un palacio o templo, pagara treinta veces lo robado, o si el robo se lo hacían a un hombre libre entonces debía pagar diez veces; o si se vendían artículos perdidos o robados el comprador podía cobrar doce veces el valor al vendedor; o por ejemplo si un mercante es engañado por su agente comercial quien le niega haber recibido la mercadería enviada, será indemnizado con seis veces el valor de los bienes. Con el avance del tiempo los romanos distinguieron los delitos públicos de los privados.

Las primeras leyes se promulgaban en contra del sacrilegio y la traición, el primero era castigado con una sanción fuerte que en la actualidad es una sanción penal.

El segundo estaba relacionado con las instituciones que tendían a transformar sus efectos corporales en patrimoniales, con la finalidad de que el Estado Romano empiece a separar el derecho sancionado (penal) del derecho civil (personal), para esto correlativamente se desarrolló el concepto



de responsabilidad civil, con la finalidad de indemnizar los perjuicios efectivamente causados.

#### **4.1. Definición de responsabilidad civil**

El término responsabilidad, viene del latín “responderé” que significa estar obligado, es decir que toda persona que asume una obligación es responsable por el incumplimiento del mismo. Entendiendo a la obligación como “el dar, hacer o no hacer” alguna cosa. Se puede decir que la responsabilidad civil, se puntualiza en reparar un daño como consecuencia de un hecho ilícito, es decir contraria a la ley.

Puede ser de manera dolosa si existe la intención de causar y provocar un daño; es culposa cuando por negligencia se produce el daño o acción en contra de una persona; o que por el incumplimiento de dar, hacer, o no hacer una cosa, no se cumpla con una obligación.

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental Define la Responsabilidad Civil como: “La Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Y añade que es la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello”<sup>138</sup>.

Francisco Saavedra, manifiesta que debe entenderse por responsabilidad civil “la prestación obligatoria puesta a cargo de un sujeto a consecuencias de un evento dañoso”<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup>Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 283.

<sup>139</sup>Francisco Saavedra Galleguillos, *La responsabilidad durante los tratos negociales previos*, (Lex Et Veritas. Vol. II. 2004, Santiago de Chile, Editora Metropolitana), 89.

Para Hugo Rosende Álvarez, la responsabilidad civil es “la obligación que pesa sobre una persona de colocar a quien se ha causado un daño por la violación de un deber jurídico en la misma situación en que éste se encontraría con anterioridad a dicho acto”<sup>140</sup>

Al buscar una definición más amplia, que abarque todos los elementos de la Figura, Yzquierdo Tolsada considera que “para que exista responsabilidad civil es necesaria la constatación de una acción u omisión, la cual tendrá relación con un daño mediante un nexo de causalidad.

Adicionalmente debe verificarse si se da el adecuado factor de atribución, que permitirá justificar la imputación del daño a un determinado patrimonio”<sup>141</sup>.

#### **4.1.1. Responsabilidad Civil Subjetiva**

Estas teorías sustentan que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se está en presencia de responsabilidad no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño.

Es así como para establecer la responsabilidad extracontractual basados en la teoría subjetiva o teoría clásica de la culpa, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: el daño, el actuar doloso o culposo del actor y la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador del daño.

---

<sup>140</sup> Reglero Campos, L., cita a Hugo Rosende Álvarez., *Tratado de responsabilidad Civil*, 3ª ed., (tomo I, Pamplona, Editorial Thompson Aranzadi, 2008), 52.

<sup>141</sup> Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, ( Madrid, Editorial Dykinson, 2001), 109.

Así, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se está en presencia de una responsabilidad la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo.

La tesis de la responsabilidad subjetiva es aquella proveniente de la acción humana; esto es considerar todos los elementos que participan de la conducta humana, en concreto la imputabilidad y culpabilidad del individuo en relación con el daño; si estos elementos no se dan en las personas, apreciaremos un hecho sin acción de responsabilidad civil y menos aún responsabilidad penal.

La responsabilidad civil subjetiva, obliga a examinar el grado de culpa en base a tres elementos: es antijurídica, la culpabilidad, y la causalidad entre la conducta y el daño (culposo).

De esta forma se puede determinar la causa del daño y la conducta se ligará con la obligación de reparar el daño; esto quiere decir, que no toda conducta necesariamente es antijurídica, pero puede ser apegada a ley, pero por desidia se provoca daño a terceras personas o daños colaterales. Con esto se puede determinar el caso fortuito o la fuerza mayor, que son eximentes de responsabilidad, ya que son ajenos a la voluntad del hombre y depende de la naturaleza o de las circunstancias.

La responsabilidad subjetiva tiene la presencia de algunos requisitos:

“Que la conducta del infractor sea ilícita, imputable y culposa. Lo imputable técnicamente significa atribuir a alguien la autoría de algo, luego de establecer la relación objetiva entre el resultado y el daño; esto es, el hecho de atribuirle a una persona una conducta y un resultado determinado.

Para estas apreciaciones se debe considerar la presencia de determinadas personas que no son imputables como son los menores de edad, los incapaces mentales, etc., por lo tanto no son culpables ni responsables; el culpable a su vez es la persona a quien se le atribuye la relación entre la voluntad y el hecho cometido<sup>142</sup>.

En este punto del derecho subjetivo es sancionable la conducta ilícita, es decir la violación del derecho vigente, y entonces una conducta contraria a la norma legal.

Lo que quiere decir es que para la responsabilidad subjetiva no importa la manifestación de la conducta de la persona ni la magnitud del daño provocado, sino más bien que una conducta dolosa puede generar un daño mínimo, y una conducta culposa puede generar un daño mayor.

Este tipo de responsabilidad lo analizaremos en el hecho dañoso y todos los elementos que participan en el proceso de su realización. Este análisis nos lleva a reflexionar que la “imputabilidad”<sup>143</sup> y la culpabilidad son factores vinculantes con el hecho; de provocación de un daño.

---

<sup>142</sup> Juan Diego Sigchos Vargas, “Inconvenientes de la persona jurídica para demandar el daño moral de acuerdo a la legislación civil ecuatoriana”, (Tesis previa a la obtención del Título de Abogado, Universidad Central de Ecuador Quito, 2014), 13.

<sup>143</sup> Véase, Milton Cairoli Martínez, “Imputabilidad”, en <http://poderjudicial.gub.uy/historico-de-noticias/140-articulos-explicativos/593-imputabilidad.html>. Imputar significa poner algo en la cuenta de alguien, o sea "poner a cargo, atribuir a un sujeto un hecho determinado para hacerlo sufrir sus consecuencias". Para que un sujeto pueda ser culpable de una infracción penal debe tener las facultades requeridas para poder ser motivado en sus actos por la norma. La existencia de la acción está unida al poder de motivación, que se puede definir como la propia expresión de su sentido. Quien carece de esta capacidad de culpabilidad, por ejemplo, por sufrir graves alteraciones psíquicas que lo llevan a no apreciar conscientemente el acto que cumple y a dirigirse según esa determinación, o por no tener una madurez suficiente porque es un menor de edad, no puede ser culpable y por tanto no puede ser penalmente responsable de sus actos, por más que ellos sean típicos y antijurídicos.

#### **4.1.2. Responsabilidad Civil Objetiva**

Algunos autores coinciden al manifestar que se debe reunir tres elementos o supuestos los cuales son 1) Resultado dañoso, sea material o moral, 2) Existencia del agravado y 3) Relación de causalidad entre el resultado dañoso y el titular del medio de riesgo.

Es decir que la responsabilidad civil objetiva es un tipo de responsabilidad que se produce con independencia de toda culpa de parte del responsable. Es entonces que la persona que provoca una acción con o sin el ánimo de causar daño, aunque no sea con intención, y que no pudo ser evitado, debe resarcirlo, pero esta persona tiene la responsabilidad de realizar la reparación del daño provocado, sin ser eximido de la responsabilidad civil o penal que acarree este daño. Como por ejemplo la responsabilidad civil objetiva del poseedor de un animal o el que se sirviese de él, es el único responsable de los perjuicios que este causare, aunque se le escape o extravíe.

Al contrario de lo que sucede con la teoría clásica de la culpa, los expositores de la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo como también se le conoce, afirman que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo.

Lo relevante para establecer una responsabilidad es la presencia del daño y la relación de causalidad entre el hecho o acción ejercida y el daño.

En tal sentido No es necesario analizar si quien realizó la acción lo hizo de una forma dolosa o negligente. De ese estudio no depende que se indemnice o no el perjuicio. Para indemnizar el perjuicio solo basta con demostrar la

realización de una acción o la omisión y el nexo de causalidad entre ese actuar o esa omisión y el daño.

## **4.2. Responsabilidad Contractual**

La responsabilidad contractual es la reparación de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de un contrato, o retraso en el cumplimiento, o en si del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada dentro de un contrato.

Ahora bien para que exista esta responsabilidad contractual, es necesaria la relación jurídica entre el autor del daño, la persona que sufre el daño, el perjuicio causado en relación a esa responsabilidad. “Hay dos clases de responsabilidad contractual: las primeras son las que representan la responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anteriormente celebrado; y, la segunda cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino se incumple una obligación derivada de un vínculo jurídico anterior”<sup>144</sup>.

Al referirse a esta responsabilidad, su preexistencia se basa de una relación obligatoria cuya contravención o incumplimiento obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados; todo ello producto de una obligación convenida libremente por las partes, es decir, que nace con el incumplimiento de una obligación creada por un contrato, por lo que se requiere la existencia de un daño provocado al acreedor producto del incumplimiento del deudor, siendo de obligación que el acreedor demuestre la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación contractual y el daño producido, lo que no deja duda que este tipo de responsabilidad surge de una relación expresa o tácita entre dos

---

<sup>144</sup> Vargas, “Inconvenientes de la persona jurídica”. 14.

personas y “procederá por el incumplimiento de alguna de las obligaciones propias de la relación pactada”<sup>145</sup>.

Por ello, ese incumplimiento debe realizarse con dolo, generando ese daño al acreedor, ya que en materia civil, el dolo por lo general debe probarse, aunque existen excepciones donde éste se presume conforme lo establece el Art.1330 CC, ni vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado, según el Art. 1329 CC, es así que el Art. 1316 CC, menciona que para que una persona se obligue a otra debe hacerse por un acto o declaración de voluntad, requiriéndose para ello, que sea legalmente capaz, que consienta esa obligación fuera de todo vicio como sea el error, fuerza o dolo, que recaiga sobre objeto lícito y que se tenga una causa lícita.

De ahí, entonces, que la responsabilidad contractual está originada en el incumplimiento de un contrato válido, o como sanción establecida en una cláusula penal dentro del propio contrato, precisamente para el caso de incumplimiento o demora en el mismo, ello en razón que las partes se obligan por el solo hecho de haber suscrito ese contrato y el no cumplimiento a una de ellas, ocasiona daños que da derecho a reclamar su indemnización.

La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato.- Consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el

---

<sup>145</sup> José Antonio Flores “La responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima”, (Trabajo de Investigación para obtener el Título de Maestro Judicial, Universidad de El Salvador, 2013), 30.

incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause.

Compagnicci de Caso<sup>146</sup> define a la responsabilidad contractual como la que se deriva de la infracción a un contrato que presupone la existencia de una obligación particular, concreta y en sentido estricto, contractual, es decir, convenida libremente por las partes contratantes, se requiere que esta obligación haya sido incumplida por la culpa del deudor, pero de forma voluntaria y consiente, es decir, que haya dolo, o al menos por falta de prevención o de diligencia en otras palabras que exista culpa

Bustamante Alsina, por su parte la define como “el deber jurídico de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado, esto como resultado de la falta de cumplimiento de alguna de las partes, a lo estipulado en una convención que previamente habían celebrado las partes”<sup>147</sup>. Es decir que es el resultado del no cumplimiento de una obligación, que tiene como fuente de origen un contrato

Para el doctor Guillermo Trigueros, “la responsabilidad contractual nace de la negligencia o descuido que el deudor ha tenido para cumplir con sus obligaciones. La falta de cuidado o diligencia necesarios para el cumplimiento de cada tipo de contrato”<sup>148</sup>.

En resumen la responsabilidad contractual, es la que se origina del incumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato y es por ella que

---

<sup>146</sup> Rubén H. Compagnicci de Caso, *Manual de Obligaciones*, (Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina 1967), 115.

<sup>147</sup> Jorge Bustamante Alcina, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, 5ª ed. (Editorial Reus, Buenos Aires, Argentina. 1986), 107.

<sup>148</sup> Guillermo H. Trigueros, *Teoría General de Las Obligaciones*, (Tomo I, Editorial Delgado, Universidad Dr. José Matías Delgado. San Salvador, El Salvador, 1990), 315.



nace la culpa contractual, lo que ocasiona a la parte que incumplió el deber de reparar el daño a través de una indemnización.

### **4.3. Responsabilidad extracontractual**

La responsabilidad contractual se refiere a los hechos meramente voluntarios, sin relación contractual, son conductas que se expresan a través de los hechos humanos que no necesariamente tiene efectos jurídicos determinados, pero que resultan dañosos para una determinada persona, y por lo tanto es susceptible de reparación del daño causado.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, ésta se encuentra configurada por los actos u omisiones que sin afectar un vínculo preexistente produce un daño generador de responsabilidad, la que recae sobre quien, fuera de toda relación contractual ha causado por su culpa o a través de la ejecución de una actividad riesgosa o creación de un riesgo social, un daño en la esfera jurídica de otro sujeto.

Lo que implica que esa responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino a raíz de la violación del deber de no dañar a otro.

Santos Briz expone que "la responsabilidad extracontractual es aquella que existe cuando una persona causa, ya sea por sí misma, o por medio de otra de la que responde, ya por una cosa de su propiedad o de que se sirve"<sup>149</sup>,

Es un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido.

---

<sup>149</sup> Jaime Santos Briz *La Responsabilidad Civil*, (Editorial Montecorvo, Séptima Edición, Madrid, España, 1993), 40.

Gonzales Poveda la puntualiza como “La responsabilidad que surge de un deber genérico de no dañar”<sup>150</sup> y, como efecto ocasiona una relación entre quien causa un daño y su víctima; también es entendida como el deber de resarcir los daños ocasionados a otros, por ser una conducta lesiva, antijurídica o contraria a derecho

Morán Sarmiento, citando a Chirori dice “que la culpa injuriosa extra contractual es de por sí fuente directa de la relación obligatoria del causante de la responsabilidad, y por consiguiente el ofendido debe establecer los términos de su razón por vía de injuria objetiva, la obligación de resarcir depende de la prueba directa de la injuria (objetiva o subjetiva).

Mientras tanto el caso de la culpa contractual no se impone tal gravamen al acreedor, puesto que el vínculo preexistente impone el cumplimiento según la naturaleza, y al no hacerlo el deudor está asumiendo la culpa, salvo su derecho a demostrar que en esto no le es imputable defecto alguno de la diligencia que se le impone”<sup>151</sup>.

Es decir, que en la culpa extracontractual el agraviado debe probar el daño estableciendo los términos del daño, mientras que en la culpa contractual, por haber un vínculo jurídico preexistente, ya se presume la culpa de no haber cumplido con una obligación contractual, y este a su vez deberá demostrar de ser el caso que no le es imputable alguna sanción.

Dos son las especies de responsabilidad extracontractual: la subjetiva y objetiva. La primera, se fundamenta en la culpa, la cual por ser un elemento psicológico, es de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intensión de

---

<sup>150</sup> Pedro Gonzales Poveda, *Tratado de Derecho Civil*, (Editorial Monterreal, Tomo III, Buenos Aires, Argentina, 115.

<sup>151</sup> Sigchos Vargas, “Inconvenientes de la persona jurídica”, 19.

dañar o en el obrar con negligencia o descuido; aquí la culpa es esencial y sin ella no hay responsabilidad.

La segunda, es la obligación de reparar el daño pecuniario causado por emplear cosas peligrosas, aun cuando se halla actuando lícitamente y sin culpa, esta responsabilidad no toma en cuenta la culpa, sino únicamente el elemento objetivo consistente en la comisión del daño al emplear cosas peligrosas.

Esta responsabilidad extracontractual, se desprende de los Arts. 2 y 245 de la Constitución de la República, que establecen la indemnización por daños de carácter moral o material, que se enlazan con el régimen de responsabilidad contractual regulado en los Arts. 2065 al 2085 CC y 1308 CC; así la primer disposición legal reza, que el que ha cometido un delito, cuasi delito o falta, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el hecho cometido.

Este último, refiere que las obligaciones nacen de los contratos, cuasicontratos, delitos o cuasidelitos, faltas y de la ley; disposiciones legales que son la base de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva o culpa aquiliana, la que se fundamenta como ya se dijo en la culpa, lo que implica que no basta que el individuo sufra un daño.

En otras palabras, la responsabilidad extracontractual, es aquella que existe cuando una persona, por sí misma, por medio de otra de la que responde, por una cosa de su propiedad o de que se sirve, causa o provoca un daño a otra persona, respecto a la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido, lo que se conoce dentro del Derecho Civil como delitos y cuasidelitos civiles.

Un caso de responsabilidad extracontractual, es el que puede surgir por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de actividades que crean riesgos a personas ajenas a la misma, así por ejemplos, la conducción de un automóvil, el desarrollo de una actividad industrial, la responsabilidad por daños causados por bienes propios, verbigracia, cuando se desprende un elemento de un edificio y causa lesiones a quien pasa por debajo; cuando alguien sufre un accidente por el mal estado del suelo.

#### **4.4. Diferencias entre responsabilidad civil contractual y extracontractual**

Existen algunas diferencias entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual; es así como encontramos una clasificación la cual ha sido propuesta por José Antonio Flores<sup>152</sup> en su tesis La responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima. Tomando en cuenta los siguientes elementos:

Según el nacimiento de la responsabilidad: en la responsabilidad contractual, su nacimiento se presenta por el incumplimiento dañoso de una obligación de un contrato o de una relación jurídica nacida antes del surgimiento del vínculo entre las partes. En cambio, la responsabilidad extracontractual, nace de la producción de un daño sin que exista una relación obligatoria, previa y determinada, es decir que se deriva por la ley o hechos ilícitos.

Según su estructura: la responsabilidad contractual es sustitutiva o anexa de la obligación preexistente; mientras la extracontractual surge como una nueva obligación entre dos sujetos que no tenían previamente un vínculo

---

<sup>152</sup> Flores, "La responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño", 49.

jurídico determinado que tuviera relación con el objeto del daño o sea, la infracción nace como un deber genérico de no causar daño a los demás.

**Daños Previsibles e Imprevisibles:** en la responsabilidad contractual todo descansa sobre la previsión de las ventajas que le procura el contrato, todo lo cual prevé su incumplimiento y las consecuencias que derivan del mismo con cuyo cargo a ellas.

En la responsabilidad extracontractual, el deudor responde no solo por los daños previsibles, sino también por los daños imprevisibles, esto debido a que la voluntad del actor del delito no puede ser un elemento suficiente para limitar su obligación.

**Carga de la prueba:** en la responsabilidad contractual, se genera una presunción iure et de iure de culpa en contra del deudor, a quien para exonerarse de la obligación de indemnizar debe probar, por lo que el acreedor debe demostrar la existencia del contrato y la ausencia del resultado pactado. En la extracontractual, la carga de la prueba pesa sobre la víctima, quien debe demostrar todos los elementos constitutivos de dicha responsabilidad.

**Liquidación anticipada de los daños y perjuicios:** en la responsabilidad contractual se aplica la denominada cláusula penal, la cual establece el monto mínimo de los daños y perjuicios proveniente del incumplimiento de una obligación, los cuales van a ser liquidados de una forma anticipada. Y ello se hace como una forma de garantizar el cumplimiento del contrato.

Esta cláusula penal solo puede existir si se trata de una responsabilidad contractual, ya que en el caso de la responsabilidad extracontractual, no existe un vínculo previo, por lo que no existe o puede existir un

incumplimiento de una obligación ni por supuesto una liquidación anticipada de daños y perjuicios de una obligación que no existe.

En cuanto a las cláusulas que modifican la responsabilidad: La responsabilidad civil contractual puede limitarse mediante una cláusula limitadora de responsabilidad, que se hacen constar en el mismo instrumento liberando de cualquier responsabilidad a una de las partes.

Lo que no sucede en la responsabilidad civil extracontractual, debido a que no existe contrato alguno.

En cuanto a su generación: la principal diferencia se refiere a como se genera o nace cada una de ellas, “la responsabilidad contractual se deriva de la infracción a un contrato o de una relación jurídica anterior al vínculo entre las partes, así mismo nos dice que la responsabilidad extracontractual surge de un deber genérico de no dañar”<sup>153</sup>, Morello reitera dicha diferencia cuando expone que la responsabilidad contractual presupone la existencia de una obligación particular, concreta y en sentido estricto, contractual, es decir, convenida libremente por las partes contratantes, se requiere que esta obligación haya sido incumplida por la culpa del deudor, pero de forma voluntaria y consiente, es decir, que haya dolo, y al menos por falta de prevención o de diligencia en otras palabras que exista culpa simple.

Asimismo, el autor supra citado, señala algunas diferencias:

La responsabilidad civil contractual se produce con el retraso o el incumplimiento de las cláusulas de un contrato. En cambio en materia

---

<sup>153</sup> Augusto Morello M., *Indemnización del Daño Contractual Teoría General del Incumplimiento*, (Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1967), 15.

extracontractual se da porque se ha violentado derechos extracontractuales entre las personas al no tener u contrato suscrito.

La responsabilidad extracontractual no se sustenta en ningún vínculo voluntario con el agraviado aunque genere daño, en cambio la responsabilidad contractual se sustenta en un vínculo jurídico determinado en un contrato.

En la responsabilidad contractual todo deudor debe comprobar su no incumplimiento o culpabilidad, en cambio en la extracontractual los hechos ilícitos van siempre en contra de alguna víctima.

En la responsabilidad contractual la obligación de indemnizar se produce cuando el deudor está en mora y no cancela o ha cancelado en proporción se deuda para con el acreedor, en la extracontractual surge la obligación de indemnizar a una persona cuando se ha producido el daño, siempre y cuando se lo demuestre por la vía judicial.

#### **4.5. Elementos de la responsabilidad civil**

Para que se origine la responsabilidad civil se necesitan de los siguientes presupuestos que son: a) Antijuricidad; b) Imputabilidad; c) Daño; y d) Relación de Causalidad entre el incumplimiento y el daño.

##### **4.5.1. Antijuricidad**

Este término se maneja como un sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión, por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato. Según Bustamante Alsina la antijuricidad “consiste en una infracción a la ley que causa daño a

otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio”<sup>154</sup>.

Lo que señala esto, es que a partir que el acto se considera ilícito y obligue a la reparación del perjuicio, éste deber ser causado de forma antijurídica, de manera ilícita; en concreto que sea culposo o doloso, o que el daño deba ser injusto, causado en iguales condiciones de imputabilidad.

Así, para Santos Briz “La antijuridicidad es la infracción de una norma, ya de la ley, de un contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios”<sup>155</sup>.

En conclusión, la antijuricidad en un principio es toda infracción ya sea de una norma, contrato o de una ley, que resulta del obrar humano de forma voluntaria, pero además también la creación de un riesgo y a la vez es un medio para delimitar, hasta donde llega la imputación de daños a una persona.

#### **4.5.2. Imputabilidad**

La imputabilidad es un concepto que tiene diferentes significados jurídicos, por una parte se utiliza para establecer si el sujeto demandado tiene suficiente discernimiento o capacidad para atribuírsele un resultado, lo que sería una imputabilidad de primer grado, aunque también lo entenderemos como el vínculo factico entre el hecho y su consecuencia, y es esto lo que sintetiza es la relación de causalidad (*imputatium facti*); por ultimo también se habla de imputabilidad moral, como un reproche al comportamiento, conocida como imputabilidad de segundo grado, ya sea por haber querido el

---

<sup>154</sup> Bustamante Alcina, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, 109.

<sup>155</sup> Jaime Santos Briz, *La Responsabilidad Civil*, Ed. Montecorvo, Séptima ed. (Madrid, España 1993), 30.



incumplimiento (dolo), o por omitir la diligencia necesaria (culpa) (imputatio iuris). Tres expresiones se utilizan como sinónimos, aun cuando no lo son: imputar, imputación e imputabilidad.

Según Carrara, es “poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien, o bien, atribuir un hecho a un sujeto”<sup>156</sup>, es lo que ocurre cuando alguien denuncia a una persona como autora de comportamiento ilícito. Imputación es una operación mental que consiste “en atribuir una determinada consecuencia a un hecho o situación condicionante”<sup>157</sup>.

En el sentido gramatical, es la calidad de lo imputable; en sentido jurídico, es una condición de la persona frente al derecho penal, de la cual se derivan determinadas consecuencias.

Bustamante Alcina define a la imputabilidad como “la aptitud o capacidad personal para comprender lo injusto o antijurídico del hecho y para dirigir la acción conforme a esa comprensión”<sup>158</sup>.

Esto implica, por una parte algo más que una simple capacidad intelectual de conocer, saber o entender y una simple capacidad de valorar el hecho como antijurídico, para actuar conforme a dicha valoración; a la vez que implica que la imputabilidad, se vincule con la personalidad psíquica del autor.

Ahora bien para que se dé la imputabilidad, se requiere de que se den ciertos factores de atribución y son estos los que constituyen el fundamento necesario para imputar responsabilidad. Estos factores de atribución son: La culpa, el dolo y el riesgo.

---

<sup>156</sup> Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, (Vol. I, Editorial Temis, Bogotá, 1956), 34.

<sup>157</sup> Alfonso Reyes Echandia, *Derecho Penal, Parte General*, (Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1974), 275.

<sup>158</sup> Bustamante Alcina, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*, 183.

### 4.5.3. El Daño

En una primera noción vulgar, De Cupis lo define como "detrimento o perjuicio, es decir alteración o anulación de una condición favorable"<sup>159</sup>. En una acepción jurídica, el daño puede ser considerado como un hecho jurídico productor de unos determinados derechos, el más importante de los cuales es el derecho al resarcimiento. Además, para que el daño sea jurídico tiene que existir una relación de alteridad entre la persona sobre la que recae y la que tiene la obligación de resarcir.

El autor Fernando Hiestrosa sostiene que el "daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja"<sup>160</sup>.

Entre los autores franceses que se han ocupado del tema, mientras "Mazeaud"<sup>161</sup> destaca como necesaria la nota de alteridad para que exista responsabilidad, "Josserand"<sup>162</sup> mantiene que, no es precisa la concurrencia de esta característica

Para Rojina Villegas el daño es "La pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de incumplimiento de una obligación"<sup>163</sup>. Es decir, que el daño es una condición sine qua non de la responsabilidad civil, pues evidentemente que para que exista la obligación, es necesario que se cause un daño.

---

<sup>159</sup> Adriano De Cupis, *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*, (Editorial Bosch, 1975), 7.

<sup>160</sup> Fernando Hiestrosa, *Obligaciones: Conferencias mimeografiadas*, (Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1955), 282.

<sup>161</sup> Henri Lalou, *Traite pratique de la responsabilité civile*, (7ª Ed., París 1962), 906.

<sup>162</sup> Luis de Gásperi, *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil*, (Buenos Aires 1950), 291 y s.

<sup>163</sup> *Ibid.*, 130.

Con el enfoque anterior, se dice que no hay responsabilidad civil sino hay daño causado, es decir que no se puede imponer la sanción resarcitoria, donde no hay daño que reparar; el daño se vuelve entonces un elemento del acto ilícito sin el cual no existe la responsabilidad civil.

Ahora bien ante todo es preciso tener presente la diferencia entre daños y perjuicios. Como es sabido, en el Derecho civil común se entiende por daño “el mal padecido por una persona o causado en una cosa a consecuencia de una lesión directa que recae sobre ella; y perjuicio es la ganancia o beneficio, cierto y positivo que ha dejado de obtenerse”<sup>164</sup>.

En la terminología usual, se puede hablar de daños materiales (que implican una disminución en el patrimonio) y de daños morales, aunque quizá fuese más acertado referirnos a daños que tienen un carácter patrimonial y daños que lo tienen extrapatrimonial.

“La doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del daño, caracterizándolo como el menos cabo que ha consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales ya en su propiedad o en su patrimonio”<sup>165</sup>. Creemos que el daño debe considerarse no en sí mismo, si no en su efecto y por tanto debe incluirse en su concepto la nota de responsabilidad.

La cual constituye el punto más importante que al derecho le toca reglamentar. Igualmente, el concepto del daño debe incluir la nota de antijuricidad, pues para que el daño sea indemnizable debe infringir una norma jurídica, ya que si se produce conforme a derecho no sería indemnizable.

---

<sup>164</sup> De Cupis, *Teoría y Práctica del Derecho Civil*, 17.

<sup>165</sup> Karl Larenz, *Derecho de daños* (Ed. revista de derecho privado, 1963), 106.

En concreto, el daño es el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya sea en sus bienes vitales naturales, en su propiedad o en su patrimonio y en consecuencia el que produjo dicho daño debe de repararlo; pero para que este daño sea indemnizable, debe de ser necesariamente probada su existencia.

Los daños se clasifican en: patrimonial, moral, resarcible, entre otras clasificaciones que se expondrán posteriormente.

#### **4.5.4. Relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño**

El daño cuya reparación se pretende, debe estar en relación causal adecuada con el hecho de la persona o de la cosa a las cuales se atribuye su producción. Tal como lo establece Bustamante es “La existencia de ese nexo de causalidad es necesario, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro o por la cosa de otro”<sup>166</sup>, debido a lo anterior es que la relación de causalidad es un elemento del acto ilícito y del incumplimiento contractual; que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva.

Y es este el factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar.

Es un elemento objetivo, porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa, al hablar de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto

---

<sup>166</sup> Bustamante Alcina, *Teoría general de la Responsabilidad Civil*. 183.

lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes. Así nos dice Martínez-Pereda que “La relación causal o nexo causal es la relación de causa a efecto entre uno y el otro, y que para que proceda la indemnización no basta que exista el nexo causal indicado, sino que además debe probarse el mismo”<sup>167</sup>.

Doctrinariamente la relación causal es una cuestión afín en los derechos civiles y penal, consecuentemente encontramos una dualidad de campos, aunque sean solamente relativas en primer lugar.

El problema de la causalidad es más importante en el derecho civil que en derecho penal y ello se debe a que juega en las relaciones civiles, un papel de primera importancia, porque el daño es la condición esencial de la responsabilidad civil y debe de constar de una manera concreta, mientras que la culpa aparece como una condición abstracta.

En el derecho civil el acto inicial puede verse afectado por la culpa de la víctima o por la intervención de tercero.

En cambio en el derecho penal, no atiende a la proporción causal del acto cometido por el agente; sino que atiende principalmente a la gravedad de la culpa.

En conclusión la relación causal es el vínculo necesario que debe de existir entre la persona que ha originado el daño y la conducta que ha generado el daño, a la cual se le reprocha el hecho; es necesaria la vinculación causal, para poder determinar de forma concreta la existencia

---

<sup>167</sup>José Manuel Martínez Pereda Rodríguez, *Tratado de Derecho Civil Teoría y Práctica Tomo III Derecho de Obligaciones*, (Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1952), 478.

## 4.6. La Culpa

En un sentido lato, la culpa puede significar el quebrantamiento de un deber jurídico, comprendiendo tanto la violación dolosa como la culposa propiamente dicha. Es en este sentido que han expresado Le Tourneau y Cadiet que “la culpa es una ‘noción proteiforme’ que comprende desde la simple negligencia hasta la culpa intencional”<sup>168</sup>.

Pero hay un concepto más estricto de culpa,: la culpa en el sentido de negligencia, descuido, imprudencia, desidia, falta de precaución, es decir, de daños cometidos sin intención, actuando con descuido, desidia, siendo esta una de las variadas acepciones de culpa.

Según un criterio que ha gozado de gran aceptación, la culpa se funda en no haber tomado medidas para evitar un daño que aparecía como previsible; en el derecho romano se decía: “culpa ese quo adeum quem diligente, provideri potuerit provisum non fuit”<sup>169</sup>.

Labbe, concreta la noción en “una falta de la prudencia, la atención, la vigilancia que el hombre debe observar en su conducta”<sup>170</sup>.

En palabras de De Cupis, “la culpa constituye un estado anímico que, con relación a un daño concreto, puede apelarse de reprobable; es un estado anímico deforme del que suele encontrarse en los individuos dispuestos a evitar los efectos perniciosos”<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Philippe Le Tourneau y otros, *Loïc, Droit de la responsabilité*, 2ª ed., (París, Francia, Editorial Dalloz, 1998), 12.

<sup>169</sup> Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, 60 - 61.

<sup>170</sup> Véase. Manuel Durán Trujillo, *Nociones de Responsabilidad Civil*, (Editorial Temis, Bogotá 1957), 89.

<sup>171</sup> De Cupis, *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil*, 185 – 186.

Para Planiol la culpa no existe si no en razón de una obligación que se viola, y así dice que “la culpa es el incumplimiento de una obligación preexistente”<sup>172</sup>.

En el concepto de los mas importante tratadistas contemporáneos, y admitida por nuestro más alto tribunal de justicia en varios fallos, la noción aceptada es la de los hermanos Henri y León Mazeaud, quienes al parecer perfeccionaron la de Geny al definirla así: “La culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obro el autor del daño”<sup>173</sup>.

Sin resolver por entero la dificultad, la definición trascrita tiene las ventajas sobre las demás de dar un criterio afortunado, una orientación sensata para investigar y saber cuándo hay culpa.

La definición en referencia, señala que la culpa es una noción puntualmente de hecho.

Es principalmente “la conducta equivocada de una persona que, de hecho, ha obrado de modo diferente a como habría obrado un tipo ideal o abstracto de comparación y, al hacerlo, ha quebrantado el interés de otros y la norma jurídica que la tutela”<sup>174</sup>.

*Don Luis Claro Solar refiriéndose al concepto de culpa dice. “el concepto jurídico de culpa es uno, sin que queda distinción según se le examine respecto del cumplimiento de una obligación contractual preexistente, o bien fuera de tal relación; e implica como razón de ser propia la falta de diligencia”*

---

<sup>172</sup> Marcel Planiol, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, (Tomo III, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, París, 1945), 123.

<sup>173</sup> Durán Trujillo, *Nociones de Responsabilidad Civil*. 89.

<sup>174</sup> Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, Parte Primera, (Vol. II, Editorial Temis, Bogotá, 1968), 71.

*o sea, dice: “o en la intención positiva de dañar que constituye el dolo, o en la falta de diligencia que constituye la culpa”<sup>175</sup>.*

*La ley no define la culpa, sino que por vía comparativa establece las diversas especies en su Art. 42 del Código Civil.*

*Es de considerar que la culpa es el elemento básico de la responsabilidad civil y esta no tiene existencia sin aquella, que son a manera de fuente y obligación, atributo y complemento una de otra. Indudablemente lo que caracteriza a la culpa es su carácter de no intencionalidad.*

#### **4.6.1 Elementos que caracterizan la culpa**

La culpa, como factor de atribución de responsabilidad, se caracteriza por dos elementos esenciales:

1. Ausencia de intención nociva o maléfica;
2. Omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prever o evitar un daño a otro.

El primero de los elementos, la ausencia de intención maléfica permite distinguir la culpa del dolo, que es una categoría más grave que ella. La omisión de la conducta debida, se configura tanto cuando no se hace lo que debió hacerse, como cuando se ejecutó lo que debió ser motivo de abstención, para impedir un resultado dañoso.

Pero, se halla implícito en el precepto que, además, deben darse otros dos caracteres esenciales:

---

<sup>175</sup> Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, (tomo II, Edit. Nascimento, Chile 1965), 97.



#### a. Imputabilidad

La culpa presupone la imputabilidad, esto es, “la capacidad para comprender, conocer y valorar las circunstancias fácticas en que el sujeto se encuentra y desenvuelve”<sup>176</sup>; ha contrario sensu, no puede calificarse de culpable a quien no es imputable.

#### b. Previsibilidad del resultado

Tampoco puede declararse culpable a quien no pudo prever los resultados de su actuación; por este motivo, culpa y previsibilidad del resultado son nociones que van juntas. La culpa siempre lleva implícito un defecto de conducta; es un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias: consiste o en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos u observar la conducta necesaria para evitarlo.

Allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe culpa ni responsabilidad; esta previsibilidad del resultado debe ser apreciada en concreto, de acuerdo a las circunstancias del dañador por lo que, como dice Reglero Campos, “para el juicio de previsibilidad es necesario atender a las circunstancias que concurren en el sujeto eventualmente responsable, fundamentalmente a su edad, fase de madurez, capacidad mental”<sup>177</sup>.

Para llenar el requisito de previsibilidad no se requiere que efectivamente se haya previsto el resultado antijurídico, pero sí que ello fuera exigible al autor del daño, es decir, que éste debiera haberlo previsto.

---

<sup>176</sup>Aída Kemelmajer de Carlucci et. al., *Los factores subjetivos de atribución*, en “Responsabilidad civil”, (Buenos Aires, Editorial Hammurabi 1997), 142.

<sup>177</sup> Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad Civil*, 191.

La diferencia entre culpa y dolo radica en que la imputación culposa se requiere apenas un conocimiento potencial, un conocimiento que se hubiera llegado a poseer si se hubiese actuado con la diligencia debida, mientras que el dolo presupone la actuación a sabiendas del daño que habrá de causarse

En la culpa no existe el propósito deliberado de incumplir o de dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto.

Para doctrina en general la culpa puede presentarse en tres formas distintas; como “negligencia”, por no haberse hecho o haberse hecho menos de lo debido, que exigiere la naturaleza de la obligación; como “imprudencia”, por haberse hecho lo que no correspondía, en un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuenta las consecuencias que de ello podían derivarse; o como “impericia”, si se desconoce o conocen mal la teoría y la práctica de una profesión, arte u oficio, que impongan obrar con previsión y diligencia con ajuste a las reglas y métodos pertinentes.

#### **4.7. Clasificación de la culpa según el artículo 42 del Código Civil**

El artículo establece una distinción que hace la Ley respecto a la existencia de tres especies de culpa o descuido, siendo estas:<sup>178</sup>

##### **4.7.1. Culpa Grave o lata**

Es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suele emplear en sus negocios propios.

---

<sup>178</sup> Código Civil de El Salvador. D.L. del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N° 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

La culpa lata o grave es la que impone menos responsabilidad al deudor, es aquella que exige al deudor el mínimo de cuidado, de atención, el que responde de la culpa lata deberá solamente abstenerse de ejecutar aquellos actos que sean de la naturaleza que pueda asimilarse a la intención positiva de inferir injuria o daño en la persona o propiedad de otra

#### **4.7.2. Culpa leve**

Es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, culpa o descuido, sin otra clasificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

La culpa leve constituye en el derecho la regla general, es la culpa de que ordinariamente responden los deudores, ella consiste en la falta de aquel cuidado o diligencia que la gente ordinariamente emplea en el manejo de sus negocios

La generalidad de las personas del común, tiene una pauta para determinar cuál es el cuidado que debe emplearse en el manejo de los negocios, ese tipo lo constituye el buen padre de familia que la ley considera un hombre juicioso y diligente.

El deudor que responde de la culpa leve está obligado a emplear el cumplimiento de la obligación ese cuidado mediano de la generalidad de la gente.

### **4.7.3. Culpa Levísima**

La culpa o descuido levísimo es como ya lo dice el Código Civil de El Salvador, la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importante.

El deudor responde de la culpa levísima es el que tiene mayor grado de responsabilidad en el derecho, porque así puede parecer paradoja que el deudor que responde de la culpa lata es el que tiene menos responsabilidad , igualmente puede parecer paradoja que el deudor que responde de la culpa lata levísima tenga mayor grado de responsabilidad; pero no es una paradoja, porque el deudor que responde de la culpa levísima debe emplear no solo el cuidado del que responde de la culpa leve, sino que además el cuidado esmerado que un hombre juicioso emplea en sus negocios importantes.

¿Cuál es la importancia de la clasificación del artículo 42 del código civil de El Salvador?

Su importancia radica para determinar de cual grado de culpa responde el deudor en los diversos contratos, según sea la utilidad que estos reportan a las partes. La ley creyendo interpretar la intención o voluntad de las partes ha hecho responder al deudor de cada una de estas especies de culpa, según que el contrato reporte utilidad al acreedor o solo al deudor, o a ambas partes.

De aquí que el artículo 1418 del Código Civil dispone en su inciso primero que “El deudor no es responsable sino de la culpa lata de los contratos por su naturaleza solo son útiles al acreedor, es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la

levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta benéfico”<sup>179</sup>.

Por ejemplo, el depósito que es un contrato que beneficia de ordinario por su naturaleza únicamente al acreedor, es una carga pesada para el depositario, que ni siquiera puede cobrar remuneración porque desde el momento mismo que lo hiciera el contrato degeneraría en otro distinto, tal como establece el artículo 1976 del Código Civil.

Es lógico, entonces, que el deudor responda de lo menos, y de aquí que solo responda de la culpa lata o grave, sin perjuicio de lo que dispongan las partes puedan estipular que el depositario como dice el artículo 1979 del Código Civil responda de toda especie de culpa. A falta de estipulación agrega en su inciso segundo responderá solamente de la culpa grave.

Si el contrato es beneficioso para ambas partes, si reporta utilidad para ambos contratantes el deudor responde de la culpa leve, es lo que pasa en el arrendamiento y en general en todo contrato en que haya utilidad para el deudor y para el acreedor.

Finalmente, si el deudor es el único que se beneficia del contrato, como sucede en el comodato, por ejemplo el deudor responde de la culpa levísima es decir tiene el máximo de responsabilidad.

El comodato es aquel contrato por el cual se entrega una cosa para el otro use o goce de ella tal como se establece en el artículo 1966 del código civil.

En este caso el papel del juez esta determinado en primero averiguar a quien le reporta utilidad el contrato, si el deudor ha empleado o no la diligencia o

---

<sup>179</sup> Ibid.

cuidado que le corresponda según la ley y si el estudio que haga el juez llega a la conclusión de que el deudor no ha empleado el cuidado a que está obligado por la naturaleza del contrato, tendrá que decir que el deudor ha violado su obligación que hay culpa, y que debe indemnizar los perjuicios

Es de tomar en consideración que estas reglas son de carácter supletoria de la voluntad de las partes y es tanto así que el artículo 1418 en su inciso final del Código Civil es claro al establecer que todo lo cual sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

#### **4.8. Consecuencias civiles de la responsabilidad civil**

Al suscitarse un hecho ilícito, el cual se describe, como toda conducta contraria al hecho, la cual conlleva un efecto jurídico, que impone al autor del acto, restablecer la situación a favor del agraviado, en base al daño padecido por el mismo, constituyendo un sanción de tipo indemnizatorio o resarcitorio que surge como respuesta a la vulneración un derecho jurídico tutelado.

##### **4.8.1 Indemnización de daños y perjuicios**

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental al referirse sobre los daños y perjuicios expresa lo siguiente:

“Constituye este concepto no de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño.

En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio, la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de

obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldo u honorarios, o la maquina rota a dejado de producir tal articulo”<sup>180</sup>.

De acuerdo a Luis Galeas, durante las épocas primitivas esta indemnización no se encontraba limitada, pues tenía la característica de ser desmedida, considerándose como una autentica venganza, ya que muchas veces poseía el carácter de aniliquilatoria ya que no era ejercida únicamente sobre el sujeto que ocasiono o realizo el acto, sino se la ejecutaba contra todo su clan o grupo social, constituyéndose una medida notablemente desproporcional.

Según “Ricardo Rabinovich”<sup>181</sup>, la primera restricción surgida en torno a la indemnización es la conocida Ley de Talión, la cual profesaba el ojo por ojo, diente por diente, principio que propone una limitación, y una compensación proporcional en base al daño padecido, lo que conlleva una indemnización más equilibrada y ciertamente más justa, aunque bastante primitiva, sin embargo resulta ser un avance para la acción indemnizatoria.

Expresa que con la evolución jurídica, y el desarrollo social se procede a abolir el concepto de venganza sea este proporcional o desmedido, surgiendo un nuevo criterio el cual propone como medio compensatorio del daño a favor de la víctima, el ofrecerle ciertos bienes o una suma económica, esta forma de indemnización fue conocida como “compositio”, sin embargo en sus inicios consistía únicamente en una opción, que de no producirse hacia efectiva la Ley del Talión.

El daño moral, atenta contra derechos extrapatrimoniales, los cuales serán objeto de su correspondiente análisis en lo posterior del capítulo, se recae

---

<sup>180</sup>Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, 89.

<sup>181</sup> Ricardo Rabinovich Berkman, *Historia del Derecho*, (Biblioteca, Facultad de Ciencias Economicas, Buenos Aires, 2004), 107.

en una debatida y polémica interrogante, como calcular racionalmente el resarcimiento por la vulneración de este tipo de daños, alrededor de la indemnización denotan varios criterios.

Algunos tratadistas sostienen que la acción indemnizatoria de daño moral, llega a constituir una indiscutible sanción con el carácter de una pena impuesta contra el agresor, otra corriente sostiene que la indemnización llega a ser considerada como un resarcimiento de naturaleza compensatoria a favor del ofendido, como consecuencia de los criterios expuestos surge una concepción mixta la cual propone funcionar las dos teorías, y en base aquella función declara que la acción indemnizatoria es del tipo

#### **4.8.2 Ejecución forzosa**

En el lenguaje jurídico se entiende por ejecución forzosa “la efectividad de una sentencia o fallo; en especial, cuando se toman los bienes de un deudor que no cumple voluntariamente para satisfacer a los acreedores mediante dicho mandamiento judicial, y tiene como finalidad la justa realización de un litigio en que se hace valer una pretensión insatisfecha”<sup>182</sup>.

Para Couture, “se entiende por ejecución forzosa el cumplimiento o satisfacción de una obligación cualquiera que sea la fuente de la que proceda ya sea contractual, legal o judicial”<sup>183</sup>.

“Con todo lo dicho, podemos compartir nuestra definición a partir de lo que nos expresa Moreno Catena, quien define a la ejecución forzosa como, el conjunto de “actuaciones que tienen como finalidad realizar por la fuerza lo

---

<sup>182</sup> Jaime Greif, *El proceso Visión y Desafíos*, (Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1993), 268.

<sup>183</sup> Eduardo Juan Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1958), 58.



ordenado en un título, que contiene un pronunciamiento de condena a una prestación, definitivo e irrevocable- sin perjuicio de los supuestos de ejecución provisional- y que solo puede proceder de una autoridad judicial”<sup>184</sup>.

A veces, “la declaración judicial del derecho en el caso concreto que se contiene en la sentencia es suficiente por sí misma para satisfacer el derecho a la tutela jurisdiccional. Tal ocurre con las sentencias meramente declarativas y constitutivas, en las que la mera declaración del derecho o la transformación operada en el mundo jurídico satisfacen *per se* la tutela jurídica solicitada, todo lo más pueden precisar de actos materiales que nada añaden a la sentencia que son constitutivos de lo que la doctrina denomina una *ejecución impropia*”<sup>185</sup>.

El proceso puede ser, atendiendo a la finalidad de la pretensión que lo origina, de conocimiento o de ejecución, en el proceso de conocimiento también conocido como procedimiento declarativo, en virtud de que la pretensión es una posibilidad, es indeterminada o controvertida, en tanto que el proceso de ejecución, la pretensión ya no es una posibilidad, sino que una realidad no es controvertida sino insatisfecha, debido a que no es indeterminada sino que determinada y concreta

Por lo antes expresado, puede afirmarse, que el proceso declarativo es aquel que tiene como objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes, en consecuencia tal finalidad

---

<sup>184</sup> Víctor Moreno Catena et. al., *Derecho Procesal Civil, Parte Especial*, (Editorial Tirant lo Blanch 2011), 390.

<sup>185</sup> Javier Laarena Beldarrain, et. al., *El proceso civil*, 2ª ed., (Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2005), 92.

incide en la estructura de ese proceso, que consta, fundamentalmente, de una etapa de índole informativa, en cuyo desarrollo las partes, según las reglas del contradictorio, procuran al juez el conocimiento de los hechos en que fundan sus pretensiones y defensas, proporcionándole, eventualmente, la prueba de los hechos controvertidos, y de una etapa en la cual, sobre la base de esos elementos de juicio, el juez individualiza, con respecto a la controversia del caso, alguna de las menciones contenidas en una norma general.

La sentencia es meramente declarativa o determinativa, el interés del vencedor queda satisfecho mediante el simple pronunciamiento de aquélla. Pero cuando se trata de una sentencia de condena, que, como tal, impone el cumplimiento de una prestación (de dar, de hacer o de no hacer), y ésta no es voluntariamente cumplida por el obligado, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que se lleve a cabo una ulterior actividad judicial encaminada a asegurar la integral satisfacción del interés del vencedor, esta actividad se desarrolla en el denominado *proceso de ejecución*, “el cual, frente a la hipótesis de incumplimiento de la sentencia por parte del vencido, no es más que un medio para que, por obra de los órganos judiciales del Estado, se sustituya la ejecución forzada a la ejecución voluntaria.

Desde este punto de vista resulta claro que el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución se hallan, en un mismo plano jurídico”<sup>186</sup>.

El proceso declarativo y el proceso de ejecución coinciden en que ambas tienen la esencial finalidad de procurar la plena tutela de los derechos del acreedor. Ambos representan, en otras palabras, distintos momentos o etapas dentro de la unidad del fenómeno jurisdiccional.

---

<sup>186</sup>Ibíd. 92

En esta línea de reflexiones, el proceso de ejecución podría definirse como aquel cuyo objeto consiste en hacer efectiva la sanción impuesta por una sentencia de condena.

Pero como también se hizo notar en su oportunidad que el proceso de ejecución puede agotar autónomamente el cometido de la función jurisdiccional, o sea que, en ciertos casos, es posible llevar a cabo la ejecución forzada sin que ella haya sido precedida por un proceso de conocimiento.

Tal es el supuesto de los títulos ejecutivos extrajudiciales, a los que la ley asigna efectos equivalentes a los de una sentencia de condena, regulando a su respecto un procedimiento autónomo, aunque sustancialmente análogo al que rige en materia de ejecución de sentencias. En algunas legislaciones existen dos clases de títulos ejecutivos extrajudiciales: los convencionales y los administrativos.

La ley, como arbitrio encaminado a resguardar en la forma más adecuada posible cierta clase de créditos, ha incluido en la primera categoría a determinados documentos que comprueban el reconocimiento, por parte del deudor, de una obligación *cierta y exigible* y que, en razón de las formalidades de que se hallan rodeados, cuentan con una presunción favorable respecto de la legitimidad del derecho del acreedor (instrumentos públicos o privados reconocidos, letras de cambio, pagarés, cheques, etc.).

Constituyen títulos ejecutivos administrativos ciertas constancias y certificaciones expedidas por la administración, de las cuales surge la existencia de una deuda exigible, y cuyo cobro por la vía ejecutiva obedece a la necesidad de simplificar los procedimientos tendientes a la más expedita recaudación de la renta pública

En la medida en que el título ejecutivo judicial (llamado también título ejecutorio) se halla representado por una sentencia que ha declarado la legitimidad del derecho del acreedor, es obvio que su certeza supera a la de los títulos ejecutivos extrajudiciales.

“En efecto mientras que el proceso de conocimiento posterior a la ejecución de sentencia sólo puede fundarse en hechos sobrevinientes al pronunciamiento de aquélla, por cuanto los anteriores se hallan a cubierto de toda discusión como consecuencia de la cosa juzgada, en el proceso de conocimiento posterior al juicio ejecutivo el deudor puede invocar, con las limitaciones que oportunamente se indicarán, cualquier hecho que acredite la inexistencia o la extinción del derecho del acreedor”<sup>187</sup>

Por lo tanto, la ejecución forzosa al referirse a la efectividad de una sentencia o fallo; -en éste caso la condena al pago de una cantidad determinada en concepto de indemnización por daño moral- y tiene como finalidad –como ya se dijo antes- hacer valer una pretensión insatisfecha (la reparación o indemnización pecuniaria del daño ocasionado).

---

<sup>187</sup> Lino Enrique Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed., (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003), 657 y 658.

## **CAPITULO V**

### **LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL, Y LOS CRITERIOS PARA CUANTIFICAR LA INDEMNIZACIÓN SEGÚN EL ART. 15 DE LA LEY DE REPARACION DEL DAÑO MORAL**

A continuación, se realiza un breve análisis sobre los medios idóneos para probar el daño moral, señalando como privilegiado, en este caso, la figura de la sana crítica y las reglas comunes reguladas en el Código Procesal Civil y Mercantil. Así también, lo relacionado en concreto con los criterios para determinar la cuantía de la indemnización estipulados en el artículo 15 de la Ley de reparación por daño moral.

#### **5.1. La prueba del daño moral**

Jaime Mauricio Campos Pérez, sostiene que “el perjuicio deberá acreditarse por la sola comisión del hecho antijurídico porque se trata de una prueba in re ipsa, es decir que surge inmediatamente de los hechos mismos”<sup>188</sup>; por consiguiente resulta innecesario probar la existencia a través de cualquier medio, ya que tratándose de de una lesión a los sentimientos del afectado, el íntimo compromiso de tal orden no es susceptible de demostración debido a que los hechos existen a la luz de la razón y la lógica.

Al constituir hechos exentos de prueba, el reclamante nada tiene que probar en orden a la existencia del daño moral; en todo caso será el responsable del hecho dañoso quien deberá acreditar la existencia de una situación objetiva

---

<sup>188</sup> Jaime Mauricio Campos Pérez, “Cuadernos de la Sala/Corte Suprema de Justicia”, (Sala de lo Contencioso Administrativo V.1, N°1, San Salvador, El Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, abril-junio 2004).

que excluya la posibilidad de un dolor moral; por lo que “al juez no corresponderá valorar ninguna clase de prueba para demostrar su padecimiento”<sup>189</sup>.

También es importante distinguir entre la existencia del daño moral y su extensión, porque a diferencia de la primera, la magnitud del daño deberá acreditarse al solo efecto de evaluar el monto indemnizatorio, según las circunstancias que rodean al caso en concreto.

Para ello, deberán probarse los diferentes ámbitos de impacto de la realidad temporal de la persona afectada, como la vida familiar que es el sustento y base para la socialización del ser humano

La indemnización por daño moral, aunque pretenda reparar la aflicción sufrida en el plano de la más alta significación humana puede prescindir del examen de los elementos objetivos, entre otras cosas deberán examinarse: la edad del damnificado, condiciones personales, situación familiar y la relación de la víctima y la tranquilidad como signos de convivencia, dado que los sentimientos son relaciones personales subjetivas únicas y autónomas.

## **5.2. Doctrina del daño moral evidente**

Para esta postura doctrinal, el daño moral no requiere ser acreditado en el proceso como elemento autónomo de la responsabilidad civil, bastando tan sólo la prueba del hecho ilícito fundante de la acción indemnizatoria del cual el juez pueda presumir su existencia.

El sistema del daño moral evidente prescinde de la acreditación de un hecho objetivo que haga exteriorizable su padecimiento, siendo necesario lograr la

---

<sup>189</sup> Ídem

convicción del sentenciador sobre la ocurrencia de ciertos hechos, en los que, según la regla de normalidad fácilmente constatable en la vida común u ordinaria, el perjuicio moral resulta consecuencia normal del hecho ilícito.

El juez apelará al normal desenvolvimiento de la dinámica de las cosas lo que le permitirá presumir daño moral una vez verificada su causa inmediata.

Los argumentos desarrollados para afirmar la existencia del daño moral evidente son de distinta naturaleza, siendo compatibles uno del otro en toda su extensión. Motivo por el que es importante, referirse a continuación a algunos de los argumentos más relevantes sobre éste tópico.

#### **5.2.1. El daño moral evidente y la prueba in re ipsa**

Para esta vertiente la misión del sentenciador será realizar una estimación y valoración de los factores que rodearon las circunstancias del hecho generador y la naturaleza de los intereses legítimos o derechos extrapatrimoniales conculcados, para de esa forma alcanzar el convencimiento acerca de la idoneidad del hecho dañoso para producir daño moral. En otras palabras, el perjuicio moral se demuestra por la sola concurrencia del acto u omisión dañosa, es decir, se trata de una prueba que surge inmediatamente de los hechos.

Mosset Iturraspe, señala al respecto que “en principio, el daño moral se prueba in re ipsa, vale decir se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante, (...) surge inmediatamente de los hechos ocurridos, sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios admitidos”<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Mosset Iturraspe, *La prueba en el proceso de daños*, 376 y 377.

Con todo, se puede observar que la labor del juez deja de ser marginal como en todo esquema dispositivo, teniendo un papel fundamental y crucial para el éxito de las pretensiones de las partes. Será él quien, con el criterio que ocuparía un hombre medio razonable, mediante un proceso de lógica deductiva, colegirá la existencia del daño moral a partir del establecimiento del hecho antijurídico, en forma general y abstracta, sin atender a las particularidades o singularidades de la víctima o victimario, a las que sólo recurrirá para enervar la existencia del perjuicio moral o para reafirmar su existencia jurídica.

### **5.2.2. El daño moral evidente y los hechos notorios**

Otra parte de la doctrina dentro de esta misma corriente, justifica la presunción del daño moral a través de la notoriedad de los efectos del hecho ilícito, especialmente cuando se está en presencia de daño a la persona, ya sea se produzca la muerte de la víctima, o lesiones físicas, psíquicas e incluso estéticas.

“En todos estos casos, y en otros en los que la alteración del bienestar sea notoria (delitos contra el honor, la honestidad o la libertad, etc.), rige la regla general que excluye la prueba de los hechos notorios, y por ende el daño moral se presume, eximiéndose al actor de la carga de demostrar lo que ha sufrido”<sup>191</sup>.

Las consecuencias inmediatas de la acción –daño moral- no necesitan demostración empírica alguna, por cuanto corresponden a hechos notorios, eventos lógicos que procesalmente no requieren de actividad probatoria, por ende, exentos de prueba.

---

<sup>191</sup> Gabriel Stiglitz y Ana Gandolfo, *Resarcimiento del daño moral civil, comercial y laboral*, (volumen 6 de Doctrina Jurisprudencia Temática, Editorial Juris 1999) 158.



Si bien es cierto esta noción del hecho notorio no difiere en términos sustanciales de la prueba in re ipsa, aquí no se pone el acento en la idoneidad del hecho, sino que en la notoriedad de las secuelas de la acción antijurídica.

### **5.2.3. El daño moral evidente y los hechos que excluyen su existencia**

La presunción de daño moral desarrollada en el acápite precedente no es absoluta y reconoce situaciones en las cuales el victimario puede exonerarse de su obligación indemnizatoria. Se trata de la prueba de alguna circunstancia objetiva que permita excluir, en el caso concreto, la existencia del daño moral, logrando la convicción del sentenciador de la existencia hechos excepcionales que no obedezcan al curso natural y ordinario de las cosas. Al autor del agravio sólo le cabe apelar a la ruptura de la cadena de consecuencias normales que se le imputa para enervar la acción indemnizatoria.

Ramón Daniel Pizarro señala que uno de los aspectos que se pueden computar para determinar la ausencia de daño moral son las llamadas circunstancias reveladoras con las cuales se puede establecer “la inexistencia de un interés espiritual conculcado, y de la consiguiente falta de detrimento subjetivo”<sup>192</sup>.

Estas circunstancias reveladoras no hacen que el hecho en que se funda la presunción de daño moral deje de ser idóneo o apto bajo circunstancias de normalidad, sino que la conducta específica del ofendido posterior a la acción antijurídica demuestra un estado del espíritu contrario a los efectos del daño moral. Quien después de la muerte de un ser querido participa de una fiesta

---

<sup>192</sup> Ramón Daniel Pizarro, *El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición*, 2ª ed., (Editorial Hammurabi, Buenos Aires de Argentina, 1996) 241.

o celebración no puede estar legitimado para demandar daño moral. El hecho objetivo o la circunstancia reveladora como elementos exculpatorios traen importantes consecuencias dentro de lo que podríamos denominar la dinámica subjetiva del Onus Probandi. El ofendido –originalmente beneficiado con la presunción de daño moral- será quien asuma la necesidad de probar que dicha circunstancia reveladora u objetiva no obedece a un estado incompatible o contrario a la producción del agravio moral, o bien, asumir la actividad lisa y llana de probar que ha sufrido daño moral.

### **5.3. Doctrina de la necesidad de prueba del daño moral**

En contraposición a la doctrina del daño moral evidente se ubica la tesis que postula la necesidad de la plena acreditación del daño moral para fines resarcitorios.

Para esta vertiente, no existen daños morales evidentes ni aún respecto de los afectados directos o inmediatos, y será quien pretenda obtener una indemnización fundada en el daño moral quien deberá establecer su existencia dentro del proceso de daños de acuerdo a las reglas generales sobre la prueba. La dogmática del derecho de daños ha sido una fiel defensora de esta doctrina. Sin embargo, no ha existido un desarrollo sistemático y acabado sobre el tema, examen que se ha caracterizado por la liviandad al momento de desplegar los argumentos para sustentar esta escuela.

El tratamiento marginal en la literatura y legislación nacional y la falta de un desarrollo que integre las distintas ramas del derecho que inciden en la problemática del daño moral, ha imposibilitado una reflexión profunda que sea capaz de influir en el criterio jurídico que se impone en las decisiones judiciales, cuya regla sobre la materia ha sido latamente desarrollada.

Dentro de los argumentos expuestos por la dogmática jurídica y por cierta parte mínima por cierto- de la jurisprudencia nacional, destacan puntos de común conexión que rescatan la necesidad de probar los elementos que estructuran la existencia de la responsabilidad civil, en especial, al daño moral como una especie o clase de daño.

### **5.3.1. Normas adjetivas aplicables a la prueba del daño moral**

Un tratamiento serio y adecuado sobre la problemática que estructura la prueba del daño moral reclama la integración e intervención de todos los elementos que pueden confluír en su acreditación. Las normas adjetivas, directamente aplicables al proceso de daños, orientan a pronunciarse sobre la solución expuesta por la doctrina, es decir, afirmar la plena acreditación del daño moral.

El estudio de la prueba se relaciona con la dogmática civil y procesal, ocupando una posición mixta o intermedia entre ambos extremos. Es así como caen bajo el ámbito del derecho civil las disposiciones relativas a la determinación de los medios probatorios, su admisibilidad, su valoración y el Onus Probandi, al paso que se preocupa el derecho procesal de todo lo que dice relación con la producción o modo externo de ofrecer y rendir las probanzas. Por ello el derecho de daños no puede ni debe escapar de la dogmática normativa procesal, que está llamada a ser un instrumento del derecho material que se reclama en el pleito, el cual debe estar ligado y, muchas veces sometido, al derecho procedimental.

La ficción de daño moral, o la llamada doctrina del daño moral evidente, como hemos expresado, presumen la existencia de uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, a partir de otro elemento de la misma, sin tener respaldo empírico procesal del cual el juez pueda sustentarse.

### **5.3.2. El Onus Probandi y la carga probatoria dinámica**

La decisión judicial requiere de la apreciación y valoración de circunstancias que no se encuentran a disposición del juez sino que de las partes del proceso o en poder de terceros ajenos al mismo. Esto determina que los litigantes deban asumir determinadas cargas dentro del proceso acordadas por el ordenamiento ex ante según sus pretensiones, dentro de las cuales –y quizás la más importante- se encuentra la carga de la prueba, también conocida como el Onus Probandi.

En sencillas palabras, se entiende por Onus Probandi o peso de la prueba “la necesidad en que se encuentra un litigante o interesado, de probar los hechos o actos que son el fundamento de su pretensión”<sup>193</sup>. Esta actividad de las partes no implica un deber de probar –necesidad jurídica- sino más bien una carga, tomando los litigantes sobre sí el riesgo de la prueba y asumiendo las consecuencias adversas propias del interés que conlleva la inactividad probatoria. La parte que no logra la convicción del sentenciador sobre un determinado hecho sobre el cual tenía que rendir prueba se expone a una virtual e inminente derrota en la litis.

Desde antiguo se ha venido intentando reglar adecuadamente el difícil tema de la carga de la prueba. Este ha constituido en nuestro derecho un principio invariable; las partes tienen la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar los resultados de la omisión de ese imperativo del propio interés. El actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que invocaba, y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que oponía a aquéllos.

---

<sup>193</sup> Daniel Peñailillo Arévalo, *La prueba sustantiva en materia civil*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002), 51.

Este derecho dogmático, excesivamente influido por la consideración del proceso como un combate judicial, no podía tener como correlato sino una férrea imposición del Onus Probandi en la cabeza de quién afirmaba un hecho. Así, el juez al decidir el conflicto a favor o contra del actor deberá preguntarse “a quién” le correspondía probar tal o cual hecho constitutivo, impeditivo o extintivo, para luego hacer caer sobre quien no logró su convicción los efectos de la insuficiencia o imperfección probatoria.

Hoy en día, la literatura y jurisprudencia de otras regiones reconoce en la tradicional figura de la carga de la prueba, un criterio flexible, adaptable a las exigencias de cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de los hechos alegados o rechazados por las partes, a la facilidad o dificultad en la producción de la prueba, etc.

Este cambio en la estructura rígida del Onus Probandi obedece al reconocimiento del proceso como un mecanismo cuyo objetivo final es la decisión justa del litigio a través de la verdad material, previa conciliación con el principio dispositivo, de igualdad de las partes y de aportación de prueba de parte.

La búsqueda de la verdad material en el proceso civil, ya no por el juez sino que por los litigantes, facilitan la labor de la judicatura profesional y, por añadidura, se amplían considerablemente las posibilidades que el Juzgador llegue a un grado de certeza o convicción moral mayor arribando a soluciones más justas.

Este elemento teleológico del proceso encontró para el cumplimiento de su objetivo a la denominada carga probatoria dinámica, que consiste en imponer el peso de la prueba a aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o

demandado. Así entendida, ésta puede recaer en el actor o en el demandado, según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes.

Para esta nueva nomenclatura y visión de la distribución de la carga probatoria, el Onus Probandi no depende solamente de la invocación de un hecho, ya sea constitutivo, impeditivo o extintivo de la pretensión, sino más bien se apela a la posibilidad de producir la prueba.

Esta desigualdad fáctica puede obedecer a diversas causas. Puede que la dinámica de los hechos del litigio determinen una natural condición de superioridad de una de las partes respecto de la otra, la cual se halla en mejores condiciones de acercar prueba al proceso; pueden existir razones de superioridad técnica, de prevalencia o la mejor aptitud probatoria de una de las partes. En fin, puede que la índole o complejidad del hecho a acreditar en la litis, determine la necesidad práctica de una de las partes de probar dicho hecho. Todas estas causas generan el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar.

El principio de igualdad requiere una verdadera materialización no sólo en el ámbito de la norma, sino que además en el plano ontológico, lo que implica conceder a las partes iguales derechos, posibilidades y cargas procesales, de manera que no quepan la existencia de privilegios o desventajas absolutas o relativas a favor de alguna de las partes. La carga probatoria dinámica no es más que una fiel representante de la materialización del principio de igualdad de los litigantes.

Al aplicar el principio de la carga probatoria dinámica al proceso de daños, especialmente cuando se reclama resarcimiento del perjuicio moral, debe concluirse que le corresponde al actor o demandante la carga de acreditar la

existencia de daño moral, cualquiera sea el hecho que lo genera, toda vez que se encuentra en mejores condiciones de producir y ofrecer al juez la prueba necesaria o indispensable.

Por el contrario, exigir del demandado actividad probatoria en torno a la no existencia de daño moral implica romper con el principio de igualdad, enfrentando a una de las partes a una carga en el hecho prácticamente imposible de satisfacer, por cuanto la prueba de los hechos relevadores o circunstancias objetivas exculpatorias, se encuentran en la mayoría de los casos en manos del otro litigante. Generalmente el demandado “no ha tenido vinculación alguna anterior con el actor y, en consecuencia, ignora las condiciones personales y familiares de éste, haciéndose materialmente imposible controvertir sus pretensiones, aunque los hechos en que éstas se apoyan carezcan de fundamento en la realidad”<sup>194</sup>.

Será el actor quien evidentemente se encuentra en mejor posición de producir prueba del agravio moral, tanto de la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo del cual era titular, como del agravio o menoscabo del mismo. La dinámica de los hechos del litigio determinen una natural condición de superioridad del actor por sobre el destinatario de su pretensión, cuya resistencia se vuelve inviable de exigirle la prueba.

Este escenario de la carga probatoria dinámica no resulta incompatible con los parámetros arraigados y conocidos por nuestra dogmática sobre la carga probatoria. El *Onus Probandi*, como hemos expuesto anteriormente, debe recaer siempre en el actor, misma solución que se llega por el camino de la carga probatoria dinámica. Sin embargo, las razones son heterogéneas. En este caso la aplicación de los parámetros de justicia, verdad material e

---

<sup>194</sup> Vergara Bezanilla, *Mercantilización del daño moral*, 72.

igualdad de las partes, exigen del actor la prueba de un hecho, que de acuerdo a la dinámica del litigio y su posición, está en mejores condiciones de producirlo.

Bermúdez, sostiene que la carga probatoria dinámica “es una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla”<sup>195</sup>.

Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.

Por su lado Tamayo, sostiene que “no se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real”<sup>196</sup>.

En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado; pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto.

---

<sup>195</sup> Martín Bermúdez, *El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad*, Revista Temas Jurídicos, N° 11, Colombia, (1997), 16.

<sup>196</sup> Javier Tamayo et al., *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*, (Medellín, Colombia, 1993), 91.



### **5.3.3 Carga de la prueba en la indemnización por daños morales**

La carga de la prueba, como figura propia del derecho procesal, es el principio en virtud del cual se obliga a una de las partes a probar determinados hechos y circunstancias cuya falta de acreditación conllevaría una decisión adversa a sus pretensiones.

La doctrina define la carga de la prueba, como la regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente. La carga de prueba consiste, además, en un imperativo de propio interés.

Esto significa que no es exigible (como si lo es una obligación), ni tampoco un deber (porque el interés es unilateral).

En la legislación salvadoreña, y en el caso específico de la carga de la prueba, en materia de indemnización por daños morales, en el Art. 11 únicamente se sostiene: “Quien exige la reparación por daño moral tiene la carga de la prueba”<sup>197</sup>.

### **5.4. Valoración de los elementos de prueba**

En el contexto general “la prueba en materia jurídica, es de suma importancia para el desarrollo del derecho, ya que no existe proceso judicial que no dependa estrictamente de la prueba, ni mucho menos una sentencia que establezca el derecho de las partes que no se sustente en prueba conocida y debatida dentro proceso”<sup>198</sup>, porque no puede existir una sentencia en

---

<sup>197</sup> Ley de reparación por el daño moral, D.L.N° 216, del 10 de diciembre de 2015, publicado en el D. O. N° 5, Tomo 410, del 8 de enero de 2016.

<sup>198</sup> Rosaura Esther Barrientos Corrales, Juez Suplente Primero Menor Penal, Irapuato, Guanajuato, México, “Correcta valoración de las pruebas”, en <http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/413.pdf>.

materia penal o civil que no fundamente sus considerandos en lo que es objetivamente veraz y a todas luces capaz de convencer sobre la inocencia o responsabilidad de un acusado o bien que el actor acreditó sus pretensiones.

Así, entonces, desde todos los tiempos la prueba tiene una gran importancia en la vida jurídica tal como nos lo hace saber la doctrina, así Davis Echandia sostenía que: “No se concebía una administración de justicia sin el soporte de una prueba”. Entonces, sin la prueba el Juez no podría tener un contacto con la realidad extraprocesal.

#### **5.4.1. Sana crítica**

Sostiene Devis Echandia que la “sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso”<sup>199</sup>.

Kielmanovich, establece que “las reglas de la sana crítica no constituyen normas jurídicas sino de lógica, vale decir, directivas señaladas al juez y de observancia necesaria en cuanto se ajustaría a ellas en sus juicios toda persona razonable”<sup>200</sup>.

La sana crítica “es la lógica basada en el derecho y auxiliada por la experiencia y la observación, que conduce al juez a discernir lo que es verdadero de lo que es falso”<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Davis Echandia, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Citado por Casimiro A Varela, *Valoración de la Prueba, procedimientos civil, comercial y penal*, 2ª ed., (Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2004), 157.

<sup>200</sup> Jorge L. Kielmanovich, *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 2ª ed., (Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina), 166.

<sup>201</sup> Ídem.

“Este sistema llamado de la apreciación de las pruebas según la sana crítica, en las llamadas normas de la sana crítica, se trata de que el juez juzgue de las pruebas que se refieren a los hechos según las reglas del correcto entendimiento humano”<sup>202</sup>.

Santis Melendo, lo define de la siguiente manera: “Es el sistema de la libre apreciación, en el que el Juez goza de una amplitud que le es negada en el otro. Para calificar este sistema las leyes de origen hispano lo designan como Sana Critica...”<sup>203</sup>.

Para Fornatti este sistema de valoración de la prueba no debe dejarse al libre arbitrio del Juez ya que afirma que: “Sana Critica, libre convicción o convicción sincera significan, es cierto que el magistrado no está sometido a ataduras o preconceptos legales que le fijen a priori el valor de la prueba, pero la apreciación que haga sobre este valor debe ser razonada o exteriorizada”<sup>204</sup>.

El maestro Couture plantea que la Sana Critica es: “una remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del Juez”<sup>205</sup>.

Se exige al juez que como hombre juzgue de un modo normal los hechos, que les atribuya significados y efectos similares a los que cualquier hombre normal atribuye a los hechos y sus manifestaciones. Allí se interfieren las reglas de la lógica con las normas de la experiencia, sumado a la psicología.

---

<sup>202</sup> Isidro Einar; *La Prueba en el Proceso Civil*, 2ª ed., (Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina), 102.

<sup>203</sup> Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 422.

<sup>204</sup> Víctor De Santo, *El Proceso Civil*, (Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1988), 275.

<sup>205</sup> Eduardo Couture. *Estudios de Derecho Procesal*, (Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1949), 274.

La Sana Crítica se debe diferenciar de la “intima convicción” porque esta última la puede tener cualquier persona (que puede formar parte de un jurado) que no posee los conocimientos técnicos para aplicar los elementos de la Sana Crítica: lógica, experiencia y psicología, sino que resolvería bajo sus creencias y como el nombre lo indica bajo sus convicciones.

Características. El sistema de la Sana Crítica está revestido de ciertas características, entre las que se destacan:

a) El juez debe examinar la prueba racionalmente con arreglo a las reglas de la lógica y de la experiencia.

b) La prueba debe haber sido practicada y aportada al proceso de acuerdo con las formalidades legales, ya que si esta es producida directa o indirectamente en menoscabo de derechos y garantías fundamentales, no surtirá efecto alguno (art.2 inciso 3° y 232 literal c CPCM,) la prueba como parte del proceso debe estar acorde al principio de legalidad art. 3 CPCM.

c) Examen integral de cada medio de prueba, entrelazado con los otros y examen en conjunto, tal como lo establece el art. 216 inciso 2° CPCM y 416 inciso 1° CPCM, tomando en cuenta elementos facticos y jurídicos del proceso, apegándose a las reglas de la sana crítica.

d) Que revista los elementos esenciales y que sean incorporados válidamente en el proceso, es decir, como fue la producción de la prueba con arreglo a la norma primaria y tratados internacionales art. 416 CPCM. De ahí se deriva, que la apreciación que hace el juez de la prueba, tampoco puede ser un acto de simple intuición, sino un proceso de razonamiento, fundado en la experiencia, en la lógica y en la psicología, y esa apreciación debe aparecer en el fallo debidamente motivada.

Pero sí para que ese razonamiento sea efectivo, en este sistema, es necesario que se trate de un juicio oral, en que las pruebas se reciban en audiencia y que se le propicie al juez un ambiente de cercanía con el medio de prueba (principio de inmediación de la prueba 216 y 416 CPCM), a efecto de formar en él, una convicción a través de la percepción que directamente él tenga con esos medios de prueba, es importante también, que los medios de prueba, no estén establecidos de una manera taxativa, sino que sea más abierto art. 330 CPCM, es decir un sistema de *numerus apertus* o listas abiertas, en el que se permita la inclusión de cualquier medio de prueba, siempre que no esté prohibido art. 316 CPCM.

Y que así mismo el juez tenga la facultad de practicar, algunas pruebas, siempre que sean con el objeto de esclarecer puntos, sobre los cuales ya se han aportado prueba, como ocurre con la prueba para mejor proveer, siempre que no se afecte la imparcialidad del juez.art. 7CPCM y el fallo este debidamente motivado.

Las características fundamentales de este sistema son: “la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento”.<sup>206</sup>

La Sana Critica en el proceso civil y mercantil salvadoreño se utiliza para valorar los siguientes medios de prueba:

#### a) Prueba Testimonial

---

<sup>206</sup> Eduardo M. Jaunchen, *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, (Ubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina), 48.

b) Prueba pericial

c) Declaración de parte

d) Reconocimiento Judicial

e) Medios de reproducción del sonido, voz, imagen.

La Prueba Documental se valorara según las reglas de la sana crítica sino se comprueba su autenticidad. (Art. 341 CPCM esto es la excepción ya que en principio debe valorarse con el sistema de la prueba o valor tasado).

Regulación constitucional. La base constitucional de todo proceso es el derecho a un juicio y este viene complementada por los siguientes elementos; entre los cuales esta, primero la Audiencia; la naturaleza del derecho consagrado en el inc. 1° del Art. 11 CN la Sala de lo Constitucional ha afirmado que “esta disposición constitucional establece lo que se conoce como derecho de audiencia” en primer lugar, por ser un derecho de contenido procesal, instituido como protección efectiva de los demás derechos de los gobernados; y, en segundo lugar, es un derecho relacionado indiscutiblemente con las restantes categorías jurídicas subjetivas protegibles constitucionalmente.

En cuanto al alcance de tal derecho este es una expresión omnicomprensiva con que se hacer referencia a las facultades, poderes y garantías que han de obligatoriamente observarse en un proceso tales como el principio de intermediación “art. 10 CPCM”<sup>207</sup>, principio de defensa y contradicción “art. 4

---

<sup>207</sup> El juez deberá presidir personalmente tanto la celebración de audiencias como la práctica de los medios probatorios, quedando expresamente prohibida la delegación de dicha presencia, so pena de nulidad insubsanable; excepto cuando la diligencia probatoria deba realizarse fuera de la circunscripción del tribunal, en cuyo caso el juez podrá encomendarla mediante comisión procesal, debiendo el juez delegado presidir la práctica de la misma.

CPCM<sup>208</sup>, principio de legalidad “art. 3 CPCM”<sup>209</sup> donde las formalidades previstas son imperativas.

En segundo lugar, el debido proceso también tiene implicaciones con respecto a la subjetividad de la Sana Crítica; así, el debido proceso sólo puede tener un contenido procesal y no material.

En ese sentido, el derecho constitucional al debido proceso únicamente puede considerarse desde el punto de vista procesal, con exclusión del punto de vista material, porque el mismo, dentro de un Estado de Derecho en el cual vive la independencia judicial a todo nivel jurisdiccional, rige sin vulneración al anterior principio si sólo se controla en relación a las garantías procesales y procedimentales de las personas, más no cuando se pretende llevar a las tierras materiales, y ser considerado como un mecanismo de control de la esfera discrecional que todo juzgador posee al momento de aplicar las leyes que sustenten sus decisiones.

En suma, el derecho constitucional al debido proceso, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, debe referirse exclusivamente a la observancia de la estructura básica que la misma Constitución prescribe para todo proceso o procedimiento, y no a la aplicación razonable, adecuada y justa de las leyes materiales, labor exclusiva del juzgador ordinario al momento de dictar sentencia en base a su discrecionalidad jurídica objetiva.

---

<sup>208</sup> El sujeto contra quien se dirija la pretensión tiene derecho a defenderse en el proceso, interviniendo en las actuaciones y articulando los medios de prueba pertinentes. En todo caso, cada parte tiene derecho a contar con la oportunidad de exponer su argumentación y rebatir la de la contraria, y sólo cuando expresamente lo disponga la ley podrán adoptarse decisiones sin oír previamente a una de las partes.

<sup>209</sup> Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal.

#### **5.4.1.1. Ventajas y desventajas de la sana crítica**

Dentro del marco de ventajas que brinda este sistema de valoración de la prueba, se pueden enunciar las siguientes:

- a) Implica libertad para que el Juez elija la conclusión más acorde con los elementos probatorios,
- b) Convierte al juez en una parte activa, un ente pensante que valora la prueba según la lógica y las reglas de la experiencia.
- c) La confianza de la población no tiene que ver con el sistema que se utilice ya que si se aplica la Sana Critica estarán jueces calificados para dirimir los conflictos
- d) El proceso conduce hacia la justicia a través del camino de la certeza del Juez que se ve reflejado en la “motivación de la sentencia”<sup>210</sup>.

En las diferentes artes, ciencias y demás experiencias que pueden tenerse en el plano físico en el que ser humano se desarrolla, existen cosas buenas, cosas malas, el bien y el mal, la luz y la oscuridad, ventajas y desventajas. Respecto del tópico en comento, se puede decir que la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba, tiene desventajas, de las que en éste documento únicamente se hará referencia a la siguiente:

- a) Puede dar paso al cometimiento de errores humanos al momento de argumentar la sentencia, llevando a la consecución de la presentación de “recursos contra la sentencia”<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> De Santo, *El Proceso Civil*, 611.

<sup>211</sup> *Ibid.*, 617.



Error, es una condición humana de la que, nadie está exento de padecer, y aún más, un juez que está constantemente sometido al conocimiento de innumerable cantidad de casos que sentenciar, es por eso que, dejar la valoración de la prueba, al arbitrio de la sana crítica del juez podría desencadenar en una sentencia que vulnere los derechos y garantías de una o varias partes procesales intervinientes, fundamentada en un argumento propio del juzgador.

#### **5.4.1.2. El sistema de la sana crítica razonada**

Este sistema de valoración de la prueba consiste que la ley, toma el control del arbitrario convencimiento de los tribunales en la apreciación libre de la prueba, y ha creado lo que la doctrina conoce con la denominación de un estándar jurídico; o un concepto límite saturado de contenido, cuyo desarrollo queda a cargo de la doctrina científica.

Por su parte Couture define las reglas de la sana crítica como "las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia".<sup>212</sup>

Explayándose en el tema nos enseña que las reglas de la sana crítica configuran una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción.

Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

---

<sup>212</sup> Fernando Jiménez Conde, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, (Salamanca, España: Ed. Universidad de Salamanca, 1978), 22.

Las reglas de la sana crítica son, para él ante todo, "las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de los casos.

El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.

Couture destaca la diferencia entre la sana crítica y la libre convicción pues este último es "aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizado por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos"<sup>213</sup>.

El juez no está obligado a apoyarse en hechos probados, sino también en circunstancias que le consten aun por su saber privado; y no es menester, tampoco, que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta en esos casos con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida.

---

<sup>213</sup> Hugo Pereira Anabalón, *Motivación y fundamentación de las sentencias y debido proceso*, (Gaceta Jurídica, N° 142, Santiago, Chile, 1992), 32.

#### **5.4.2. La sana crítica y la lógica**

Respecto de la relación entre la sana crítica y la lógica, Couture hace ver que las reglas de la sana crítica consisten en su sentido formal en una operación lógica.

Existen algunos principios de lógica que no podrán ser nunca desoídos por el juez. Así, nadie dudaría del error lógico de una sentencia en la cual se razonara de la siguiente manera: los testigos declaran que presenciaron un préstamo en monedas de oro; como las monedas de oro son iguales a las monedas de plata, condeno a devolver monedas de plata.

Evidentemente, está infringido el principio lógico de identidad, según el cual una cosa solo es igual a sí misma. Las monedas de oro solo son iguales a las monedas de oro, y no a las monedas de plata.

De la misma manera, habría error lógico en la sentencia que quebrantara el principio del tercero excluido, de falta de razón suficiente o el de contradicción. Pero es evidente que la corrección lógica no basta para convalidar la sentencia. La elaboración del juez puede ser correcta en su sentido lógico formal y la sentencia ser errónea. Por ejemplo, un fallo razona de la siguiente manera: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia, ha dicho la verdad.

El error lógico es manifiesto, pero desde el punto de vista jurídico la solución puede ser justa si el testigo realmente ha dicho la verdad. Pero puede ocurrir otra suposición inversa. Dice el juez: todos los testigos de este pueblo son mentirosos; este testigo es de este pueblo; en consecuencia es mentiroso. En este último supuesto los principios lógicos han sido respetados ya que el desenvolvimiento del silogismo ha sido correcto.

Pero la sentencia sería injusta si hubiera fallado una de las premisas: si todos los hombres del pueblo no fueran mentirosos, o si el testigo no fuera hombre de ese pueblo.

Igual importancia asigna a los principios de la lógica y a las reglas de la experiencia en la tarea de valoración de la prueba ya que el juez no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales.

#### **5.4.3. La sana crítica y las máximas de la experiencia**

La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida. Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar.

El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar.

Lo anterior, lleva a concluir que es necesario considerar en la valoración de la prueba, el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.

Aunado a ello la discrecionalidad del juez, al momento de valorar la prueba sometida a su conocimiento y oportunamente pronunciarse sobre el nivel de convicción al que ha llegado. Dichas pruebas deben ser atinentes al caso.

Las llamadas máximas de experiencia Couture las define como "normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie"<sup>214</sup>.

Para Friedrich Stein, a quien se debe la introducción en el derecho procesal del concepto máximas de experiencia, estas "son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"<sup>215</sup>.

Empero, cualquiera que sea el concepto que se dé sobre las máximas de la experiencia, es posible encontrar ciertos elementos que les son comunes y tales son, según un autor los siguientes:

1° Son juicios, esto es, valoraciones que no están referidas a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general. Tienen un valor propio e independiente, lo que permite darle a la valoración un carácter lógico.

2° Estos juicios tienen vida propia, se generan de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad, aflorando por el proceso inductivo del juez que los aplica.

3° No nacen ni fenecen con los hechos, sino que se prolongan más allá de los mismos, y van a tener validez para otros nuevos.

---

<sup>214</sup> Ibid.

<sup>215</sup> Ibid.

4° Son razones inductivas acreditadas en la regularidad o normalidad de la vida, y, por lo mismo, implican una regla, susceptible de ser utilizada por el juez para un hecho similar.

5° Las máximas carecen de universalidad. Están restringidas al medio físico en que actúa el juez, puesto que ellas nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia.

Finalmente, por sus propias características a las máximas de experiencia no les rige la prohibición común de no admitir otros hechos que los probados en el juicio.

### **5.5. Reparación económica y no económica del daño moral**

La indemnización es la suma de dinero que se paga como equivalente del daño sufrido por el damnificado en su patrimonio para dar satisfacción jurídica al perjuicio moral padecido.

Tiene naturaleza de obligación de valor y está sujeta en consecuencia al régimen normativo previsto para estas últimas.

Cuando se trata de daño patrimonial, el patrimonio del damnificado debe ser restablecido en términos cuantitativos al estado en que se hallaban antes del hecho generador del daño, lo cual realizaba en ese caso mediante la entrega de una suma de dinero, apta para eliminar los términos de razonabilidad económica y jurídica, las diferencias existen entre el estado que presenta aquel luego del hecho generador del menoscabo y el que tenía antes de ocurrir este último. Esa diferencia constituye, en principio, el daño resarcible.

Tratándose de daño moral, como se ha manifestado, la reparación económica cumple una función de corte satisfactoria.

Como regla a la hora de valorar y cuantificar el perjuicio patrimonial o moral proveniente de un ilícito contractual o el incumplimiento obligacional, se tiene en cuenta al damnificado concreto, y no a uno meramente hipotético. Ello impone ponderar el daño caso por caso, atendiendo a las particularidades que el mismo presenta en función del efecto damnificado, esto explica que este puede útilmente alegar la existencia de una relación especial que tenía sobre la cosa o bien jurídico dañado a raíz del hecho generador. De tal modo será una circunstancia computable en el caso de daño a una cosa, el hecho de haberla comprometido en venta a un precio muy ventajoso o haber tenido que reemplazarla con urgencia, pagando un precio superior al de plaza, por ejemplo para incumplir un contrato que requería del bien dañado para su ejecución, o el hecho de tener la cosa afectada a su actividad productiva.

“Tratándose de daño moral el principio de interés preside estrictamente la indemnización, habida cuenta de su carácter personal subjetivo, que pone acento en la espiritualidad del damnificado”<sup>216</sup>. Ello impone computar todas las circunstancias que conforme al curso normal y ordinario de las cosas puedan desechar la existencia de un daño de esa naturaleza.

La indemnización pecuniaria como forma idónea de reparar el daño moral.

La reparación moral ordinaria se realiza mediante el pago de una “indemnización pecuniaria”<sup>217</sup>, excepcionalmente inclusive de manera complementaria, puede alcanzarse a través de equivalentes no pecuniarios.

La reparación del daño moral debe realizarse con las medidas eficaces que

---

<sup>216</sup>Pizarro, *Daño moral, prevención, reparación y punición*, 410.

<sup>217</sup> Dicho pago debe realizarse mediante la entrega de una suma global, efectuada de una sola vez, con idoneidad para reparar la totalidad del perjuicio.

se estimen idóneas para tal fin, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. Las medidas de reparación deben incluir necesariamente, una indemnización de tipo económico que se determine justa para el resarcimiento del afectado (Art. 13 L.R.D.M.).

Esa necesidad imperativa y obligatoria, provoca que el daño moral en nuestra legislación salvadoreña, sea por imperio de ley de carácter económico. Es de acotar, que por la naturaleza jurídica no económica del daño moral, deberían o podrían existir otras formas de llevar a cabo su resarcimiento, pero por imperio de ley: la condena de carácter económica no es negociable.

#### **5.6. Criterios para cuantificar la indemnización según el art. 15 de la ley de reparación del daño moral**

El Art. 15 L.R.D.M., 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”<sup>218</sup>.

Del anterior artículo, se puede concluir que la ecuación para la determinación del monto, recae en los criterios de razonabilidad y equidad. La equidad, en términos jurídicos, consiste en que el juez ante el rigorismo de la ley va a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por el texto terminante de la ley, es justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva; es decir, aplicar la justicia del caso concreto.

---

<sup>218</sup> Ley de reparación por el daño moral, D.L.N° 216, del 10 de diciembre de 2015, publicado en el D. O. N° 5, Tomo 410, del 8 de enero de 2016.



La razonabilidad, en términos jurídicos, consiste en que las leyes establecen derechos y deberes, la resolución y aplicabilidad de las mismas deben ser acordes al espíritu de la norma, a la que no deben contradecir, pues son el medio que debe conducir a su plena vigencia y eficacia. La mayoría de la doctrina, reconoce que el ejercicio de la razonabilidad no es absoluto, y puede dar lugar a restricciones.

El control de constitucionalidad por parte de los jueces les da un poder amplio de apreciación que deberá aplicarse en cada caso concreto.

Los criterios rectores del referido artículo, están de gran manera sometidos a la discrecionalidad del juez. Como se sabe, teóricamente hablando, estos principios o términos jurídicos están impregnados de directrices muy sublimes o irreales. En la práctica jurídica, “dejar la determinación de la cuantía al criterio o arbitrio prudencial del juez, no es más que un acto que violentaría a la seguridad jurídica, pues será él quien verdaderamente determine la cuantificación”. Esto resulta ser más notorio, cuando se equipará con otros tipos de indemnizaciones, como lo es el lucro cesante o el daño emergente, donde sí puede perfectamente computarse y cuantificarse el daño a través de un peritaje.

Sin lugar a dudas, la única condición esencial que limitará la cuantía al juez en su labor intelectual, será el principio de congruencia consagrado en el Art. 218 del CPCM.; es decir, el juez en ningún caso podrá otorgar: más de lo pedido, distintito a lo pedido, o menos de lo pedido.

Al analizar este último supuesto (distintito a lo pedido), con la posibilidad de que el juez determine la cuantía de conformidad a la equidad o la razonabilidad es menor de lo solicitada por la parte demandante, existiría una clara confrontación entre ambos preceptos, pues el otorgar menos de lo

pedido por la parte actora de conformidad al CPCM es un claro motivo de apelación. Sin lugar a dudas este será un problema práctico que deberá ser resuelto por los tribunales de mayor jerarquía.

En conclusión, la cuantía no puede estar supeditada al criterio del juez, pues se ha visto en innumerables casos en la práctica jurídica (como en el área de familia) este tipo de situaciones provocan muchas veces arbitrariedades disfrazadas en -discrecionalidades judiciales-.

Por último, con respecto a las modalidades de pago, el Art. 17 ha establecido: “Cuando se ordene una indemnización económica, ésta ha de pagarse en moneda de curso legal. De manera excepcional, las partes podrán convenir que el monto de la indemnización sea pagado en especies de valor equivalente. Las partes podrán acordar actos de reparación o indemnizaciones de carácter simbólico. En ambos casos, el juez homologará estos acuerdos, si considera que se logra la reparación efectiva del daño moral”<sup>219</sup>.

### **5.6.1. Equidad y Razonabilidad**

Se entiende ante todo y sobre todo por equidad “aquel modo de dictar sentencias judiciales y resoluciones administrativas mediante un principio que toma en cuenta las singulares características del caso particular, de suerte que en vista de éstas se interprete y aplique con justicia la ley, la cual está siempre redactada en términos abstractos y generales”<sup>220</sup>.

Este es el sentido de la palabra equidad que ha suscitado especiales estudios y el que todavía en el presente requiere algunos esclarecimientos,

---

<sup>219</sup> *Ibíd.*

<sup>220</sup> Diccionario Jurídico: Equidad, en: <http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/3118-diccionario-juridico-equidad>.

en muchos sistemas jurídicos pues en este tema se ha incurrido en graves confusiones por algunos autores.

El autor italiano “Luigi Ferrajoli”<sup>221</sup>, en su libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, establece unos criterios básicos acerca de lo que es la equidad, mirando especialmente la función del juez. Dice Ferrajoli -cuando un juez toma conocimiento de un delito, aunque esté denotado por la ley de forma taxativa no se limita a aseverar o a negar, conforme a pruebas, a no pruebas o contrapruebas, la tesis que enuncia su comisión por parte de un sujeto culpable, valora también a los fines de la decisión sobre la medida y sobre la calidad de la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto ambiental en que se ha verificado-, con sus causas objetivas y sus motivos subjetivos, con la intensidad de la culpabilidad, en una palabra con las circunstancias específicas en las que el culpable ha actuado.

Aunque las tesis que describen estas circunstancias específicas suelen ser aserciones dotadas de referentes empíricos casi siempre es imposible predicar de ellas la verdad jurídica. La ley, en efecto, no prevé ni podría prever todas las infinitas connotaciones particulares que aumentan o atenúan la gravedad de los hechos por ellos denotados sino que todo lo más puede indicar sus criterios de valoración.

Tal como sucede con la Ley de Reparación por Daño Moral, específicamente en el artículo 15, en el que dentro de su texto señala –equidad- como criterio para valorar la cuantía de la eventual indemnización de carácter económico.

---

<sup>221</sup> Nacido en Florencia en 1940, obtiene en 1969 la habilitación en Filosofía del derecho con el trabajo titulado *Teoría axiomatizada del derecho. Parte general*. Entre 1970 y 2003 es profesor en la Università degli Studi di Camerino, impartiendo Filosofía del derecho y Teoría general del derecho, y donde, entre otros cargos, es director del Instituto de estudios histórico-jurídicos, filosóficos y políticos. A partir de 2003 enseña en la Università Roma Tre, de la que actualmente es profesor emérito de Filosofía del derecho. Véase *Luigi Ferrajoli*, en: <http://www.trotta.es/autores/luigi-ferrajoli/501/>.

Y agrega Ferrajoli: -Según una definición escolástica que se suele remontar a Aristóteles, la equidad es la justicia del caso concreto-. Más precisamente Aristóteles al analizar en "La ética nicomaquea"<sup>222</sup>, las relaciones de la legalidad y de la equidad con la justicia, escribió que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal.

La causa de ello, es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente sin ignorar que hay algún error.

La equidad serviría pues, para colmar la distancia entre la abstracción del supuesto típico legal y la concreción del caso juzgado. Tal es la naturaleza

---

<sup>222</sup> La *Ética a Nicómaco* es una obra de Aristóteles escrita en el siglo IV a. C. Este libro no fue escrito para su hijo Nicómaco como comúnmente se cree sino que recibió su nombre puesto que fue Nicómaco quien se tomó el trabajo de recopilar y organizar los escritos de Aristóteles con respecto a este libro, sobre la virtud y el carácter que tiene un papel importante en la ética aristotélica. Está compuesto por diez libros basados en notas sobre sus charlas en el Liceo. Es un análisis de la relación del carácter y la inteligencia con la felicidad. Es considerada una de las dos obras fundamentales en que posteriormente se basó la ética occidental, siendo la otra el mensaje bíblico judeocristiano. La "Ética a Nicómaco" de Aristóteles es el primer tratado sistemático sobre la ética. Platón había escrito el *Protágoras*, un diálogo sobre la virtud, y varias de sus otras obras contemplan la felicidad y la ética también, pero ninguna sistemáticamente. Otros filósofos contemporáneos a Aristóteles se mencionan en la presente obra, como por ejemplo Espeusipo y Eudoxio, de quien Aristóteles toma su definición de bien. Como Platón y Sócrates, Aristóteles sostiene que la virtud nos ayuda a buscar la felicidad y esa es la base de la ética. A diferencia de Platón y Sócrates, Aristóteles enseña que la virtud no viene directamente del conocimiento, sino que requiere el hábito, que la felicidad no es un estado sino una actividad, y que el placer no es la felicidad sino una consecuencia de la virtud, y especialmente que el hombre tiene un fin en sí que no es absorbido totalmente por los fines del Estado. Aquí está la clave de lectura de la ética de Aristóteles: la finalidad del acto humano. Prof.: Dra. Teodora Zamudio, Acceso 15 de diciembre 2017, en: <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/nicomano.htm>.

de lo equitativo, una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta.

Etimológicamente, razonabilidad o razonable “proviene del latín –rationabilis-, que significa arreglado, justo, conforme a razón. El diccionario de la Real Academia Española, establece que la razón es la facultad de discurrir. Con todos estos elementos puede decirse que, como primera idea, el examen de razonabilidad es todo aquello que nuestra sana facultad de discurrir nos indica que es justo”<sup>223</sup>.

La razonabilidad es una de esas nociones que van ganando terreno en el mundo jurídico, fruto de una conciencia cada vez más clara, de que la compleja realidad no se deja limitar fácilmente por el concepto acabado.

Los conceptos jurídicos indeterminados, entre los que se cita la razonabilidad, “son instrumentos legales que apelan a la prudencia judicial, poseedora de un amplio margen de discrecionalidad interpretativa, para que determine la correcta solución a la luz de las circunstancias del caso”<sup>224</sup>.

Así las cosas, el problema de la razonabilidad, aún a partir de los supuestos de la “teoría de la argumentación”<sup>225</sup>, no puede evitar extraer su carácter de tal desde un factor extra intersubjetivo; a saber, “esta misma dignidad fundante que se radica en todos los miembros del auditorio universal”<sup>226</sup>. Si

---

<sup>223</sup> Patricio Alejandro Maraniello, *El principio de razonabilidad y su regulación en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional*. Acceso 15 diciembre 2017, en: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-lostratados-internacionales-.pdf>.

<sup>224</sup> José Luis Bazán L. y Raúl Madrid R., *Racionalidad y razonabilidad en el derecho*, (Revista Chilena de Derecho, Vol. 18, NO 2, 1991), 179-180.

<sup>225</sup> Véase *Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios*. Acceso 15 de diciembre 2017, en: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria\\_de\\_la\\_argumentacion\\_juridica\\_alexey.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf).

<sup>226</sup> Bazán L., *Racionalidad y razonabilidad en el derecho*, 188.

se lleva este planteamiento más adelante, la razonabilidad del orador ante su auditorio termina derivando no de la adhesión de éste al argumento propuesto, sino más bien del descubrimiento a través de la retórica de una certeza oculta en la cualidad misma del auditorio, la cual ya no depende de la argumentación.

Como se mencionó en párrafos anteriores, la equidad y razonabilidad son dos principios conocidos para el derecho, y deben tenerse en consideración al momento de pronunciar una sentencia, con el fin de que aquella sea estimada como justa por las partes intervinientes en el proceso. Desde luego, es evidente que, una de las partes será la obligada a cumplir con dicha sentencia, lo que probablemente ocasionará una desmejora en su patrimonio y puede generará cierta disconformidad con el pronunciamiento judicial.

La jurisprudencia salvadoreña es amplia en relación a procesos en lo que se ha declarado el pago de una indemnización por daños y perjuicios, en el sitio web de la Corte Suprema de Justicia, -Centro de Documentación Judicial- pueden encontrarse los registros de sentencias de éste tipo.

Puntualmente, respecto de la aplicación del criterio de la equidad al momento de ponderar el monto indemnizatorio y pronunciar la eventual sentencia condenando al pago de la misma, se trae a colación algunos extractos de la sentencia con número de referencia “158-CAC-2017”<sup>227</sup>, pronunciada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que se enuncia lo siguiente: “... Finalmente, los daños morales reclamados en razón del duelo provocado a los demandantes por el accidente ocurrido y que fallecieron los jóvenes José Antonio M. C. y Rodrigo José C. M., el Tribunal de mérito estimó dicha pretensión, basándose en el art. 2 inc. 3º de la Constitución de

---

<sup>227</sup> Sentencia de Casación, Referencia: 158-CAC-2017 (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2017).

la República, art. 2 inc 1º de la Ley de Reparación por Daño Moral y jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional.

En tal sentido, la Cámara valoró la prueba pertinente y concluyó, que no es aceptable que las lesiones morales consecuencia de un accidente queden sin ser compensadas, a pesar del silencio normativo en cuanto a la atribución de responsabilidad por accidente aéreo, integró el derecho para resolver dicho problema, por lo que consideró como presupuesto para dicha responsabilidad, la existencia del accidente conforme el art. 17 del Convenio de Montreal, ratificado por El Salvador, el cual establece que existe accidente cuando del acervo probatorio se acredite la concurrencia de una relación de causalidad adecuada o eficiente, entre la lesión o el fallecimiento y la prestación de transporte aéreo, o como en el caso en particular, la prestación de un servicio de enseñanza aéreo.

Bajo dicha premisa sostuvo, que por la amplitud del Convenio, queda ilimitada la responsabilidad de la Sociedad demandada, siendo ella quien debe realizar la actividad probatoria tendiente a demostrar que el evento no se debió a su negligencia u omisión indebida, propia o de sus dependientes, o que el daño proviene de la actuación negligente de un tercero.

Sin embargo, advirtió, que dicho concepto de accidente le resta importancia a la hora de determinar la responsabilidad, que en realidad nace de la relación de causalidad entre el hecho de ir a bordo de la aeronave y el daño.

Finalmente, la Cámara de mérito tiene por acreditada la existencia del daño moral ocasionado a los demandantes, en virtud del duelo sufrido por el fallecimiento de sus hijos, y en cuanto a la reparación del daño, fijó su resarcimiento por vía de indemnización pecuniaria, conforme al principio de equidad en relación con el estado de perturbación anímica provocado por el

accidente aéreo, determinando la cantidad de “setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América” para cada uno de los demandantes por daños morales, al haberse probado el dolor que afrontaron por la pérdida de sus hijos, que es irreparable... [...]

[...] Seguidamente, se fundamentaron los daños morales, con base en el criterio expuesto por esta Sala, en la sentencia bajo referencia 57-CAC-2010 de las 11:00h del 20-V-11, el cual se mantiene, por cuanto este tipo de daños, debe valorarse en relación con el hecho dañoso, por lo que su ponderación debe motivarse lo suficiente, a efectos de conocer las razones que justifican la consecuencia del mismo. Aunado a lo anterior, se tiene como fundamento del daño moral, el art. 2 inc. 3º de la Constitución de la República, el cual también se ha relacionado en la sentencia de mérito, en relación con jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, que proporciona una concepción del daño moral.

En conclusión, esta Sala considera, que no procede casar la sentencia por el motivo invocado, ya que la existencia del accidente no fue controvertido; por otro lado, no se aplica el Convenio de Montreal como único fundamento de los daños morales, el cual, no fue estimado por la Cámara de mérito.

Como se puede observar de la lectura de algunos extractos de la citada sentencia, no existe mayor argumentación relativa al criterio de la equidad, simplemente, se espera que el juez aplique de una manera justa la ley y busque garantizar una reparación del daño ocasionado.

#### **5.6.2. Condiciones personales del afectado y del responsable**

Acerca de éste punto, hay algunas cosas que decir. En primer lugar, de la redacción del artículo, se entiende que el ánimo del legislador en éste



apartado se refirió a que al momento de fijar el monto de la cuantía en concepto de indemnización por daño moral, el juez debe tener en cuenta las condiciones personales del afectado y del responsable, dentro de las que podrían encausarse por ejemplo: edad, género, condición económica, salud mental, incluso el estado en que se encontraba el responsable al momento de la realización de aquel daño.

La edad, en términos pragmáticos, es el tiempo que ha vivido una persona, algunos animales, vegetales y ciertas cosas.

Pueden adicionársele otras concepciones, sin embargo la que se tomará en cuenta es la ut supra citada, pues tanto como el afectado y el responsable del daño ocasionado, pueden ser personas naturales o jurídicas, que la ley les confiere ciertos atributos y derechos fundamentales, de los que conforme a su edad –en el caso de las personas naturales- tendrán capacidad de goce y/o de ejercicio de sus derechos, -al respecto de las personas jurídicas éstas tendrán vida una vez hayan cumplimentado totalmente los requisitos para tener válidamente vida jurídica, y ser reconocida como tal- tal como ya lo regula el Código Civil en sus artículo 1316 y siguientes, relacionados a la capacidad como atributo de las personas.

Es dable decir, que hay muchos tópicos que rodean el término género, por aquello de la libertad de género, igualdad de derechos, etc. Dicho atributo de las personas, se refiere específicamente a la diferenciación entre un hombre y una mujer, es decir, femenino al tratarse de una mujer y masculino si se trata de un hombre, así nacidos.

Con los avances tecnológicos en la medicina, existen casos de personas que se someten a cambios de sexo, modificando de esa manera su género. Sin embargo, para la ley de reparación por daño moral no es exactamente ese el

punto medular cuando hace alusión a las condiciones personales del afectado o del responsable. Más bien, cuando se trata el término del género relacionado con ése apartado, es con el fin de identificar si en virtud del género existió algún aprovechamiento por considerarse uno superior del otro, ocasionando un daño de carácter moral.

De igual forma, en la actualidad, es de conocimiento popular que ocurren hechos de violencia, que su punto de origen es la conducta misógina de un hombre hacía una mujer, o viceversa.

En El Salvador las políticas criminales, están más orientadas a la regulación especial de la protección de las mujeres, debido a acervo cultural de su población, pues en su gran mayoría, según el lenguaje coloquial utilizado en la nación, se tiene una cultura –machista- donde el hombre siente que es un ser superior a la mujer.

El hombre, no está desprotegido, pues en el código penal se tipifican muchas conductas, que podrían ser exteriorizadas por una mujer y afectar un bien jurídico de un hombre, e incluso, ocasionarle un daño de carácter moral, el que podría ser reclamado una vez se haya resuelto sobre el ejercicio de la acción penal y civil correspondiente estimulada por la Fiscalía General de la República.

Por lo tanto, conforme a los argumentos anteriores, es procedente decir que el género del afectado y del responsable, es un elemento que debe tenerse en consideración al momento de ponderar el monto de la cuantía de la indemnización económica.

La condición económica del responsable, es de vital importancia para el juzgador, pues de ahí que, valorará la capacidad económica de pago que

tiene frente al daño ocasionado al afectado, y la gravedad del mismo, tópico que se tratará a continuación.

Al respecto del afectado, su condición económica, puede ser superior a la del responsable, pero el daño puede ser muy grave, por lo que como ya se dijo, tendrá que valorarse conforme a la sana crítica, el principio de proporcionalidad y otros elementos, al momento de fijar el monto de la indemnización.

¿Por qué referirse a la salud mental e incluso el estado en que se encontraba el responsable al momento de la realización de aquel daño? En primer lugar, el responsable del hecho dañoso, al momento de su realización pudo padecer de alguna patología que le impidiera diferenciar lo lícito de lo ilícito de su actuar, y del resultado dañoso que éste causaría, o simplemente, ese resultado fue ocasionado por una conducta autodestructiva o autorreferente del responsable –uso, “consumo o abuso de drogas lícitas e ilícitas”<sup>228</sup>.

Será del análisis de esas condiciones, íntimamente relacionado con la gravedad del hecho y la culpa del responsable que el juez ponderará la procedencia de la sanción. Será el siguiente apartado en el que se tratará a detalle al análisis para ponderar proporcionalmente la fijación de una eventual indemnización por daño moral.

### **5.6.3. Gravedad del hecho**

Al referirse a la gravedad del hecho, es lógico pensar en que se está tratando de una ponderación de una acción u omisión generadora de la afectación o daño a uno o varios derechos fundamentales y de ese resultado dañoso ocasionado.

---

<sup>228</sup> Véase la Ley reguladora de las actividades relativas a las drogas.

Consecuentemente, esto desencadena en la necesidad de realizar un análisis para establecer la proporción de una sanción frente al daño provocado; son los principios del derecho los que auxilian a los juzgadores y a cualquier otro profesional del derecho que pretenda realizar un análisis para justificar una sanción.

En ese sentido, en los siguientes párrafos, serán enunciados algunos postulados de mucha importancia, con el objetivo de brindar una mejor apreciación sobre la proporcionalidad de una eventual sanción frente a la gravedad del daño causado y la proporcionalidad de la ley respecto de la afectación fáctica como resultado sancionatorio o punible para el responsable de los daños.

Según el principio de proporcionalidad, la gravedad de la pena o de la medida de seguridad debe corresponderse con la gravedad del hecho cometido o con la peligrosidad del sujeto respectivamente.

Es obvio que tiene una gran vinculación con el principio de culpabilidad, no obstante en ningún caso la proporcionalidad puede sustituir a la culpabilidad con la que siempre concurre.

Los presupuestos sobre los que se asienta el principio de proporcionalidad son dos: "uno formal, constituido por el principio de legalidad, y otro material, que podemos denominar de justificación teleológica.

El primero exige que toda medida restrictiva de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Es un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero sí es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos.

“El segundo presupuesto, de justificación teleológica, es material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las injerencias del Estado los valores que trata de salvaguardar la autoridad actuante y que precisan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos”<sup>229</sup>. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de los derechos tienda a la consecución de fines legítimos.

Además el principio de prohibición de exceso requiere que las injerencias cumplan ciertos requisitos de diversa naturaleza. Un primer grupo está formado por los requisitos extrínsecos al contenido de las medidas. “Son los requisitos de judicialidad, que reclama en determinados casos la intervención de un órgano jurisdiccional en la adopción de la injerencia, y de motivación.

Los requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto, están constituidos por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, acuñados por la doctrina y la jurisprudencia alemanas”<sup>230</sup>.

Vistos algunos argumentos sobre el principio de proporcionalidad, del que se puede decir que es el que regula la sanación conforme a la gravedad del hecho, o en el caso en estudio, la gravedad del daño moral ocasionado al afectado.

Si bien es cierto, será el juez, quien con el conocimiento del daño, de la gravedad del mismo –puede que lo consiga por medio de la simple apreciación del afectado, o se requiera de la práctica de alguna pericia para

---

<sup>229</sup> Nicolás González Cuellar Serrano, *El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español*. Acceso 23 de diciembre 2017, en: <https://previa.uclm.es/area/procesal/Proporcionalidad.htm>.

<sup>230</sup> Ídem.

magnificar la entidad de del daño-, y con la observancia de algunos principios que rigen al derecho de manera genérica, determinará que tan gravosa fue aquella acción u omisión generadora del daño.

En El Salvador, se dice que la regulación sobre la reparación por el daño moral, es novedosa, y en la actualidad, tiene más de un año de haber entrado en vigor; sin embargo, el desconocimiento de la misma es tal, que existen profesionales en ciencias jurídicas que ignoran su existencia, situación que conlleva una ineficacia de la ley, o puede decirse, que se genera una inoperancia de la ley.

Esa situación vuelve difícil tanto para los estudiantes como para los profesionales del derecho encontrar vasta jurisprudencia, que sirva como fundamento de eventuales decisiones. Desde luego, ante tal situación, ya es de conocimiento de una gran mayoría, la posibilidad de una heterointegración de las normas jurídicas, siempre y cuando se respeten los principios que rigen al derecho, así como las garantías de las partes intervinientes en cada proceso en particular.

En ese sentido, a continuación, con el objeto de evidenciar como es realizado un análisis de raigambre constitucional, respecto del principio de proporcionalidad, en cuanto a la aplicación una ley frente a ciertos hechos, extraeré un extracto de la sentencia con número de referencia 105-2014 Inconstitucionalidad<sup>231</sup>, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la que se enuncia lo siguiente: [...].

La Constitución contiene, entre otros, los siguientes elementos: los valores y principios básicos de la comunidad política, establecidos en el preámbulo –la

---

<sup>231</sup> Sentencia de Casación, Referencia: 105-2014 Inconstitucionalidad, (El Salvador, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2017).

dignidad humana y la democracia— y en el art. 1 inc. 1° —la justicia, la seguridad jurídica y el bien común—; principios relativos a la actividad de los órganos del Estado; garantías institucionales (arts. 27 inc. 3°, 32 inc. 1° y 38 inc. 1° ord. 2°); normas que organizan a los poderes del Estado (arts. 86 inc. 2°, 88 y 121); derechos fundamentales (los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc. —art. 2 inc. 1°—), y las garantías constitucionales (el proceso de inconstitucionalidad, etc.). Si se parte de la premisa fundamental de que la Constitución en su conjunto posee valor jurídico, todos los elementos que la componen vinculan a sus destinatarios, aunque de modo diferente.

Los valores y principios básicos de la comunidad política, que son las normas de mayor abstracción, lejos de lo que pudiera pensarse, participan del valor normativo de la Constitución pues representan el fundamento material que debe orientar la interpretación, creación y aplicación de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico, inclusive de las normas constitucionales con un menor grado de abstracción.

En ese sentido, constituyen un límite material a la interpretación que en algunos casos podría provocar la declaración de inconstitucionalidad de una norma o de un acto estatal.

Los principios relativos a la actividad de los Órganos del Estado se subdividen en dos tipos: por un lado, existen principios que no requieren de desarrollo legislativo para tener plena eficacia (por ejemplo, los principios de igualdad, de presunción de inocencia y de legalidad —arts. 3 inc. 1°, 12 inc. 1° y 15 Cn. respectivamente—).

En estos casos, su normatividad radica en que, al igual que los valores y principios antes mencionados, son criterios que deben orientar la

interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico. Estos principios son menos abstractos que los anteriores y suelen operar en sectores específicos del ordenamiento jurídico – ej., en el ámbito penal o administrativo.

Por otra parte, existen principios que, aunque su nivel de concreción es superior al de los dos anteriores, sí requieren de desarrollo legislativo para obtener plena eficacia (ej., los arts. 37 inc. 2º, 53 inc. 1º parte final y 62 inc. 2º Cn.).

Una de las notas esenciales de las Constituciones de los Estados democráticos es el reconocimiento de los derechos fundamentales, los cuales son "facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución" (sentencia del 23-III-2001, Inc. 8-97).

Los derechos fundamentales constituyen límites a la actuación de los poderes públicos y, en algunos casos, de los particulares, con el correlativo derecho de los individuos de exigir su respeto, protección, garantía y promoción. Es más, por el derecho general de libertad (art. 8 Cn.), los individuos, contrariamente a lo que sucede con los funcionarios, tienen un amplio poder de actuación lícito desde el punto de vista constitucional, a pesar de que tal principio no esté concretamente definido.

Ahora bien, como sucede con los principios relativos a la actividad estatal, entre los derechos fundamentales cabe distinguir aquellos que no exigen



desarrollo legal para lograr plena eficacia de aquellos que sí lo imponen. Los primeros (por ejemplo, el derecho a la vida –art. 2 inc. 1° Cn.-), son directamente exigibles, es decir, en virtud exclusivamente de su previsión en la Constitución.

Los segundos comprenden, por un lado, aquellos derechos cuya exigencia de desarrollo deriva del texto constitucional (por ejemplo, la libertad de contratación –art. 23 frase 1ª Cn.-) [se considera que el inciso 2° y 3° Cn., “relativo al derecho al honor”<sup>232</sup>, a la intimidad, etc., a la indemnización conforme a la ley por daños de carácter moral, encajan dentro de aquellos derechos cuya exigencia deriva de desarrollo deriva del texto constitucional. De ahí, que viene la deuda de una ley especial que regularía la indemnización por daño moral], por lo que existe un mandato concreto al legislador para que actúe; pero a pesar de que su desarrollo legal es deseable –para delimitar las condiciones de su ejercicio–, son directamente exigibles si falta dicho desarrollo. Por otro lado, aquellos derechos cuya plena eficacia está condicionada por la escasez de recursos u otros factores empíricos –por ejemplo, los derechos a la educación, a la salud, etc. –, por lo que se hace necesaria la interposición del legislador para concretar su verdadero alcance.

En la sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006, se dijo que característica notable de los derechos fundamentales es que, tratándose de barreras frente al legislador, su plena eficacia está también necesitada de colaboración legislativa. En general, puede decirse que la mera presencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico trae inevitablemente consigo que

---

<sup>232</sup> Sobre el derecho al honor, en general: "el derecho al honor, en tanto aprecio y estima que una persona recibe en la sociedad en la que vive, es un derecho fundamental que afecta directamente a la dignidad de la persona", (Sentencia de la Sala de lo Constitucional con número de referencia 16-VI-99, Amp. 12-D-96).

muchas leyes incidan sobre ellos, regulando su ejercicio o restringiendo su contenido en determinados supuestos.

Así, los derechos fundamentales son a la vez límite frente a la ley y objeto de su regulación. Claro ejemplo de ello es la idea que el legislador no es una amenaza para los derechos fundamentales, sino más bien su garantía mediante la reserva de ley y la determinación normativa. Frente a la vinculación negativa de la ley a los derechos fundamentales, en tanto que estos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada vinculación positiva que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales.

Esta vinculación positiva dirigida al legislador se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales pues, en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por él.

En efecto, es un punto común en la doctrina que los derechos fundamentales están dotados, de validez jurídica y que uno de los efectos de dicha validez consiste en que el legislador está vinculado por su contenido, por lo que debe ser respetado por las leyes que los desarrollen. La observancia de los derechos fundamentales está garantizada por el sistema de control de constitucionalidad. Pero, el control de la observancia legislativa de los derechos fundamentales tropieza con ostensibles dificultades cuando estos derechos no aparecen determinados por completo en el texto de la Constitución.

Cada vez que se plantean aspectos normativos cuya solución no puede extraerse categóricamente del texto de la Constitución se suscitan

incertidumbres interpretativas que deben ser disipadas siempre que los derechos fundamentales hayan de ser aplicados para tomar decisiones.

Las normas que consagran derechos fundamentales desempeñan el papel central en el control de constitucionalidad de las leyes que los desarrollan. En este tipo de control se trata de establecer si las leyes que intervienen en el ámbito de los derechos están viciadas de inconstitucionalidad. “Desde el punto de vista formal, la respuesta a esta interrogante depende de si la ley ha cumplido todas las exigencias de competencia y, de procedimiento prescritas por la Constitución, y en el plano material, de si la ley vulnera el derecho fundamental en el que interviene.

La atribución del carácter de intervención en un derecho fundamental a la ley que constituye el objeto de control constitucional es, en efecto, un presupuesto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o una posición que pueda adscribirse al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental debe ser considerada como una limitación a ese derecho.

La idea de afectación negativa tiene una extensión destacable pues comprende todo tipo de desventajas que una norma pueda producir en un derecho, tales como suprimir, eliminar, impedir o dificultar su ejercicio.

Para que se produzca esa desventaja es necesario que entre la norma legal y la afectación del elemento fundamental del derecho medie un nexo de causalidad o de idoneidad negativa –jurídica o fáctica–.

En otros términos, es pertinente que la norma sea idónea para suprimir o eliminar jurídicamente la posición o elemento esencial en el derecho afectado –afectación normativa–, o bien que sea idónea para impedir o dificultar el

ejercicio de las acciones que habilita el derecho o menoscabar el estatus de las propiedades o situaciones pertenecientes a él –afectación fáctica–. Una disposición guarda una relación de causalidad negativa con el derecho fundamental si conduce a un estado de cosas en que la realización del derecho fundamental se ve disminuida, en relación con el estado de cosas que existía antes de la norma que le afecta.

De lo anterior, es que la ley de reparación por daño moral, al tener por objeto el establecimiento de las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por daños morales, reconocido en el inciso tercero del artículo dos de la Constitución, viene a tutelar ciertos bienes jurídicos intangibles, pero que, por su naturaleza son jurídicamente relevantes y requieren una ley especial que garantice una fácil aplicación de la misma sin equívocos.

A pesar de los vacíos con los que cuenta ésta ley, es precisa al señalar que quien sea el responsable por un daño de carácter moral ocasionado a otra persona que resulte afectada del mismo, deberá indemnizar –con dinero- al afectado, de forma proporcional a la magnitud del daño.

#### **5.6.4. Culpa**

Si bien la culpabilidad es interpretada en la ciencia jurídica moderna de diversas maneras, hay una opinión común sobre que “su esencia consiste íntegramente en una relación psíquica con algo determinado o en la posibilidad de una relación así”<sup>233</sup>. La cuestión de si la meta de la relación psíquica es algo jurídico o algo real, puede quedar por ahora abierta.

---

<sup>233</sup> Frank Reinhard, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, (Colección Maestros del derecho penal, N° 1, Editorial B de F, Editor Julio Cesar Faira, Montevideo, Uruguay, ISBN: 987-95572-9-8, 2002) 25-26.

Tampoco importa por el momento si la propia relación psíquica debe ser considerada como una voluntad o como una representación mental. Lo principal es la limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna. “En este sentido Loffer define la culpabilidad como el conjunto de relaciones penalmente relevantes de la interioridad de una persona y un resultado social dañoso de su acción”<sup>234</sup>.

De la manera que sea, la doctrina dominante en éste tema, encuentra en la escancia de la culpabilidad una relación psíquica del autor con algo que está fuera de su personalidad. De la misma manera existe gran coincidencia acerca de la relación que media entre el concepto de culpabilidad, por un lado, y los conceptos de dolo, culpa por el otro. Aquel es considerado como un concepto genérico, y éstos últimos como conceptos de especie.

Como se puede observar, de lo colegido en los párrafos anteriores en conjunto con lo explicitado en capítulos anteriores, y conforme a la Ley de reparación por daño moral, la culpa es un elemento que debe valorarse al momento de fijar la cuantía de la indemnización para reparar el daño ocasionado.

Si bien es cierto, que existe una escueta redacción en la misma ley con relación al modo de probar la culpabilidad del responsable, debe establecerse que la persona a quien se le impondrá la sanción, es la persona responsable; es como al hablar en términos de materia penal, es decir, tiene que probarse –en un primer momento, de manera indiciaria- la probabilidad positiva de participación del mismo en un ilícito.

Por tanto, es menester del juzgador que, al tener por establecidos ciertos hechos que ocasionaron un daño de carácter moral a la persona afectada,

---

<sup>234</sup> *Ibid.*, 27.

condenar al responsable y que, de esa forma sea reparado el daño ocasionado.

### **5.7. Prescripción de la acción por daño moral**

La prescripción<sup>235</sup> consiste en la formalización y concretización de una situación fáctica (de hecho) por el paso del tiempo, lo que produce como consecuencia jurídica: la adquisición o la extinción de una obligación.

Esto quiere decir, que el derecho a desarrollar una determinada acción puede extinguirse cuando pasa una cierta cantidad de tiempo, y se produce la prescripción. Los motivos que delimitan las causales de prescripción deben estar previamente establecidos en ley. La prescripción puede ser adquisitiva o extintiva.

En el caso que nos ocupa, se define únicamente la prescripción extintiva de acciones judiciales, que consiste en la manera que previamente establecida por ley, por el cual se extingue la acción ligada a un derecho subjetivo de contenido jurídico y protegido o resguardado por el derecho, producto de la inactividad de la víctima por el tiempo que señala la ley.

De conformidad al Art. 18 Ley Reparación por Daño Moral, ha establecido que: La acción de reclamo por daño moral prescribirá en cinco años, contados a partir del último acto de ejecución de la conducta ilícita que lo produjo. La acción de liquidación de la indemnización prescribirá en tres años. El plazo de la prescripción no correrá mientras la víctima del daño moral sea menor de edad.

---

<sup>235</sup> Según lo contempla el artículo 2231 del Código Civil y define dicho artículo a la prescripción como: "...un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales".

En los casos de funcionarios y empleados públicos responsables, y siempre que el daño moral haya sido producido en ejercicio de su función pública, el plazo de prescripción comenzará a contarse desde la finalización de su vinculación con el Estado.

El plazo de prescripción para extinguir acciones judiciales en el derecho civil es de diez años para las acciones ejecutivas y veinte para las acciones ordinarias, sin embargo para las acciones mercantiles el plazo se acorta, así el artículo 995 del Código de Comercio establece que para las acciones mercantiles las prescripciones van desde los seis meses hasta los cinco años, dependiendo el tipo de contrato mercantil que se pretende alegar la prescripción extintiva o liberatoria.

## **CAPITULO VI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **6.1. CONCLUSIONES**

Finalmente, analizados en su conjunto todos los temas que rodean el tema principal de investigación, pueden realizarse las siguientes conclusiones:

La responsabilidad extracontractual, se caracteriza no solo por la ausencia de una relación jurídica previa, sino también, por el comportamiento de un modo lesivo o dañoso hacia los demás.

Cuando los hechos acusados hayan sido probados en el proceso, dará paso al oportuno ejercicio de la acción reparadora.

Los medios probatorios estipulados en el Código Procesal Civil y Mercantil, son los medios supletoriamente sugeridos por la ley de reparación por daño moral, pues dicha ley no los regula ni desarrolla en su contenido.

La prueba en su conjunto se valora conforme a las reglas de la sana crítica; sin embargo, hay medios probatorios que ya el Código Procesal Civil y Mercantil, les otorga su valor probatorio.

La acción reparadora por daño moral se tramita conforme a las reglas del proceso declarativo común del Código Procesal Civil y Mercantil.

Para cuantificar el monto de la indemnización, se toman en consideración todas las pruebas en su conjunto, observando los criterios que regula el artículo 15 de la Ley de reparación por daño moral.



## **6.2. RECOMENDACIONES**

Vistos los impedimentos, limitantes y obstáculos atravesados en el estudio de la temática principal, el análisis de los criterios de valoración de la prueba para fijar una cuantía justa como indemnización por daño moral, se estima pertinente realizar las siguientes recomendaciones:

Ante la técnica legislativa utilizada en la redacción de la ley, debería realizarse una interpretación autentica o un trabajo encaminado al comento de la misma para brindar de esa manera una mejor orientación a los estudiantes y profesionales del derecho.

Por lo tanto, permitir que una ley novedosa, que tutela derechos fundamentales de las personas tenga el empuje e importancia que merece, y pasar de otra ley ineficaz, a una ley viva, novedosa garantista de los derechos que tutela.

Adicionar a la Ley de Reparación del daño moral un artículo que defina y diferencie el daño psicológico con el moral.

Establecer en el artículo 15 de la Ley de Reparación del daño moral, criterios más precisos para evitar caer en el abuso por parte de los jueces al momento de cuantificar los daños morales.

Crear en las casas de estudios superiores universitarios, una materia en la que se eduque al estudiante sobre los derechos fundamentales que pueden sufrir una afectación de carácter moral y los mecanismos legales para proteger los mismos, en virtud que en El Salvador, por el nivel cultural, condiciones sociales, económicas, políticas, es muy común que tales derechos se vean afectados una y otra vez en diferentes estratos sociales.

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes bibliográficas

**Bazán L., José Luis y Raúl Madrid R.** *Racionalidad y razonabilidad en el derecho.* Revista Chilena de Derecho. Volumen 18, N° 2. 1991.

**Bustamante Alcina, Jorge.** *Teoría general de la Responsabilidad Civil.* Quinta Edición. Editorial Reus. Buenos Aires. Argentina. 1986.

**Campos Pérez, Jaime Mauricio.** *Cuadernos de la Sala/Corte Suprema de Justicia.* Sala de lo Contencioso Administrativo V.1. N°1. San Salvador. El Salvador. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. Abril-junio 2004.

**Carrara, Francesco.** *Programa de Derecho Criminal.* Vol. I. Editorial Temis. Bogotá. 1956.

**Claro Solar, Luis.** *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* Tomo II. Edit. Nascimento, Chile. 1965.

**Compagnicci de Caso, Rubén H.** *Manual de Obligaciones.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De palma. Buenos Aires. Argentina 1967.

**Couture, Eduardo Juan.** *Fundamentos del derecho procesal civil.* 3ª Edición. Editorial De palma. Buenos Aires. 1958.

**Couture Eduardo.** *Estudios de Derecho Procesal.* Tomo II Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1949.

**De Gásperi, Luis.** *Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil.* Buenos Aires 1950.

- De Cupis, Adriano.** *Teoría y Práctica del Derecho Civil.* Milano. 1961.
- De Cupis, Adriano.** *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil.* 1ra edic., Barcelona. Editorial Bosch, 1970.
- De Cupis, Adriano.** *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil.* Editorial Bosch.1975.
- De Santo, Víctor.** *El Proceso Civil. Tomo II.* Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 1988.
- Diez Picazo, Luis** Sistema de Derecho Civil. Vol. II, 6ta edic., Madrid, Editorial Tecnos, 1992.
- Durán Trujillo, Manuel.** *Nociones de Responsabilidad Civil.* Editorial Temis. Bogotá 1957.
- Echandia, Davis.** *Teoría General de la Prueba Judicial, Valoración de la Prueba, procedimientos civil, comercial y penal.* Segunda Edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- Einar, Isidro.** *La Prueba en el Proceso Civil.* Segunda Edición Actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina.
- Greif, Jaime.** *El proceso Visión y Desafíos.* 1ª Ed. Editorial Fundación de Cultura Universitaria Uruguay 1993.
- Hinestrosa, Fernando.** *Obligaciones: Conferencias mimeografiadas.* Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1955.
- Herrera L, María Carolina y Laura García M.** *El concepto de los daños punitivos o punitive damages.* Revista estudios socio jurídico. Enero. 2003.

**Iturraspe, Mosset.** *La prueba en el proceso de daños.* Derecho de Daños. Tercera Parte. Ediciones La Rocca. Buenos Aires. 1996.

**Jaunchen, Eduardo M.** *Tratado de la Prueba en Materia Penal.* Ubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina.

**Jiménez Conde, Fernando.** *La apreciación de la prueba legal y su impugnación.* Salamanca, España: Ed. Universidad de Salamanca. 1978.

**Kielmanovich, Jorge L.** *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios.* Segunda Edición actualizada. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. Argentina.

**Larena Beldarrain, Javier.** *El proceso civil.* 2ª Ed. revisada y actualizada. Editorial DYKINSON, S.L. Madrid. 2005.

**Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel.** *Tratado de Derecho Civil Teoría y Práctica Tomo III Derecho de Obligaciones.* Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Argentina. 1952.

**Mendoza Martínez, Lucía Alejandra.** *La acción civil del daño moral.* Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. ISBN electrónico 001873373, 2014.

**Morello, Augusto Mario.** *Indemnización del Daño Contractual Teoría General del Incumplimiento.* Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1967.

**Mosset Iturraspe, Jorge.** *Responsabilidad por daños.* 1º ed., Buenos Aires. Editorial. Ediar, 1971.

**Mosset Iturraspe, Jorge.** *Responsabilidad por Daños: tomo IV El Daño Moral*, EDIAR, Buenos Aires Argentina. 1986.

**Moreno Catena, Víctor.** *Derecho Procesal Civil. Parte Especial.* Editorial Tirant lo Blanch 2011.

**Palacio, Lino Enrique.** *Manual de Derecho Procesal Civil.* Decimoséptima Edición Actualizada, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003.

**Palacio, Lino Enrique.** *Manual de derecho procesal civil.* 17ª Ed., editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2003.

**Planiol, Marcel.** *Tratado Elemental de Derecho Civil.* Tomo III. Librería General de Derecho y Jurisprudencia. París. 1945.

**Pereira Anabalón, Hugo.** *Motivación y fundamentación de las sentencias y debido proceso.* Gaceta Jurídica N° 142. Santiago. Chile. (s. e.) 1992.

**Peñailillo Arévalo, Daniel.** *La prueba sustantiva en materia civil.* Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición. Santiago. 2002.

**Pizarro, Ramón Daniel.** *El Daño Moral. Prevención, Reparación y Punición.* Editorial Hammurab. Buenos Aires de Argentina. 1996.

**Pizarro, Ramón Daniel.** *Daño moral, prevención, reparación, punición.* 2ª Edición. Editorial Hammurabi, SVL. Buenos Aires. 2004.

**Rabinovich Berkman, Ricardo.** *Historia del Derecho.* Biblioteca, Facultad de Ciencias Económicas, Buenos Aires. 2004.

**Reyes Echandia, Alfonso.** *Derecho Penal. Parte General.* Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. 1974.

**Reglero Campos, Fernando.** *Tratado de responsabilidad Civil.* Tomo I. 3ª Ed. Pamplona. Editorial Thompson Aranzadi. 2008.

**Reinhard, Frank.** *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Colección Maestros del derecho penal. N° 1. Editorial B de F. Editor Julio Cesar Faira. Montevideo. Uruguay. ISBN: 987-95572-9-8, 2002.

**Santos Bris, Jaime.** *La Responsabilidad Civil.* Editorial Montecorvo. Séptima Edición. Madrid. España 1993.

**Saavedra Galleguillos, Francisco.** *La responsabilidad durante los tratos negociales previos.* Lex Et Veritas. Vol. II. Santiago de Chile. Editora Metropolitana. 2004.

**Stiglitz, Gabriel y Gandolfo, Ana.** *Resarcimiento del daño moral civil comercial y laboral.* Volumen 6 de Doctrina y Jurisprudencia Temática. Editorial Juris 1999.

**Tamayo Javier.** Et al. *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud.* Medellín. Colombia. 1ª Edición. 1993.

**Trigueros, Guillermo H.** *Teoría General de Las Obligaciones.* Tomo I. Editorial Delgado. Universidad Dr. José Matías Delgado. San Salvador. El Salvador. 1990.

**Yzquierdo Tolsada, Mariano.** *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.* 1ª edición. Madrid. Editorial Dykinson. 2001.

**Zannoni, Eduardo.** *El daño en la responsabilidad civil.* Editorial Astrea. 2ª edición, 1987.

**Zavala de González, Matilde.** *Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral.* J.A. 1.985-I-795.

### **Tesis de grado**

**Brito González, Manuel Sebastián.** *El Daño Moral y Los Criterios Para La Determinación De Su Indemnización.* Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador. 2013.

**Brugman Mercado, Harry.** *Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano.* Tesis de doctorado, Universidad de Valladolid. España. 2015.

**Damarchi Salinas, María Victoria.** *La Persona Jurídica Como Sujeto Activo De La Acción De Indemnización De Daño Mora.* Tesis de licenciatura. Universidad de Chile. Santiago de Chile. 2014.

**Flores, José Antonio.** *La responsabilidad civil en abstracto dentro del proceso penal salvadoreño y su incidencia en la víctima.* Trabajo de Investigación para obtener el Título de Maestro Judicial. Universidad de El Salvador. 2013.

**Leiva Méndez, Juliana y Alexa Méndez Castillo.** *Criterios Jurisprudenciales para determinar la estimación del daño moral en sede penal.* Tesis de licenciatura. Universidad de Costa Rica. 2010.

**Martínez Ramos, Carlos Geovany Wilber Ernesto y Ayala Mejía.** *Reparación del daño provocado entre los cónyuges.* Tesis de licenciatura. Universidad Francisco Gavidia. 2004.

**Martínez Estupinian, Yessica Ivett y Erlinda de los Ángeles Romero Ramírez,** *Indemnización por daño moral en los procesos de nulidad del matrimonio.* Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2010.

**Pérez, Sofía Macarena.** *Límites de la Cuantificación Judicial del Daño Moral en el Ecuador.* Tesis de Grado Presentada como Requisito para la obtención del Título de Abogado. Universidad San Francisco de Quito. 2009.

**Pérez Retamal, Doris y Claudia Castillo Pinaud.** *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia.* Tesis de licenciatura, Universidad de Santiago de Chile, 2012

**Ponce Ostolaza, Melissa Angélica.** *Fundamentos para la exigencia de Responsabilidad Civil Extracontractual de las Personas Jurídicas, como consecuencia de un Daño Moral.* Tesis de grado. Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo-Perú 2016.

**Rivas Mejía, Amanda Jaquelin.** Gracia María Rodríguez Serrano y Carolina Amalia Salinas Rubio. *La indemnización de daños morales a la madre del hijo no reconocido, en la zona metropolitana de san salvador durante los años 2005 – 2008.* Tesis de Licenciatura, Universidad de El Salvador. 2009.

**Sigchos Vargas, Juan Diego.** *Inconvenientes de la persona jurídica para demandar el daño moral de acuerdo a la legislación civil ecuatoriana.* Tesis previa a la obtención del Título de Abogado. Universidad Central de Ecuador Quito. 2014.

**Urbina Paz, Apolonio.** *Procedencia y valuación del daño moral en los procesos de nulidad del matrimonio y declaración judicial de paternidad en los años 2000-2007.* Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador. 2008.



## **Fuentes legislativas**

Código Civil de El Salvador. D.L. del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N° 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

Código Civil de Francia. Última Edición, 29 de septiembre de 2017.

[https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo\\_Civil\\_de\\_Francia](https://es.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_Civil_de_Francia).

Código Penal de El Salvador. Decreto No.1030. Diario Oficial No.105. Tomo No.335. Fecha Emisión 26/04/1997. Fecha Publicación: 10/06/1997.

Constitución de la Republica de El Salvador. El Salvador. Asamblea Constituyente de El Salvador.1983.

Ley de reparación por daño moral. D.L. N° 216, del 10 de diciembre de 2015, publicado en el D. O. N° 5, Tomo 410, del 8 de enero de 2016.

Ley procesal de familia. D.L. N° 133, del 14 de septiembre de 1994, publicado en el D. O. N° 173, tomo 324, del 20 de septiembre de 1994.

## **Fuentes jurisprudenciales**

Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad referencia: 53-2012(El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015).

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Casación, Referencia: 158-CAC-2017 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Casación, Referencia: 105-2014 Inconstitucionalidad, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

## **Revistas**

**Bermúdez, Martín.** *El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad.* Revista Temas Jurídicos. N° 11. Colombia. 1997  
Montevideo. Uruguay. ISBN: 987-95572-9-8, 2002.

**Vergara Bezanilla, José Pablo.** *Mercantilización del daño moral, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°1. Año 2000.*

## **Diccionarios**

**Cabanellas de Torres, Guillermo.** Diccionario Jurídico Elemental. Ed. Heliasta S.R.L. Undécima edición. 2000.

**Osorio, Manuel.** Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, España. 1997.

**Ossorio, Manuel.** Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas. Edición Electrónica, Datascan S.A., Guatemala, C.A. 2006.

## **Fuentes electrónicas**

Barrientos Corrales, Rosaura Esther, Juez Suplente Primero Menor Penal, Irapuato, Guanajuato, México. “Correcta valoración de las pruebas”.

<http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/413.pdf>.

Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. “Análisis y funciones de la responsabilidad civil: impacto en la víctima y en la sociedad”.

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=679](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=679)

Benítez Guevara, María Imelda, Ana Rebeca Córdova Rodríguez y Jorge Adalberto Rodríguez Portillo. "Resarcimiento Del Daño Moral Dentro Del Ordenamiento Jurídico De La República De El Salvador". Tesis de licenciatura, Universidad de El Salvador. 1999.

<http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/f8d2a0b5ee4651a386256d44006c123c/4f31948004aaf65e0625795700559b8d?OpenDocument>.

Blog de Traducción Jurídica. "En qué consiste el Tort".

<http://traduccionjuridica.es/en-que-consiste-el-tort/>.

Cuellar Serrano, Nicolás González. "El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español".

<https://previa.uclm.es/area/procesal/Proporcionalidad.html>.

Diccionario Jurídico. "Equidad".

<http://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/3118-diccionario-juridico-equidad>.

Enciclopedia jurídica. "Cuantía". Edición 2014.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/cuant%C3%ADa/cuant%C3%ADa.htm>.

Enciclopedia jurídica. "Jurado". Edición 2014.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jurado/jurado.htm>.

Enciclopedia jurídica. Jurisprudencia. Edición 2014.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/jurisprudencia/jurisprudencia.htm>.

García Falconi, José C. “La prueba del daño moral y como se fija el monto de la indemnización”.

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/la-prueba-del-daNo-moral-y-somo-se-fija-el-monto-de-la-indemnizacion>.

García Matamoros, Laura Victoria y María Carolina Herrera Lozano. “El concepto de los daños punitivos o punitive damages”.

[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-05792003000100006](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792003000100006)

Gómez Pomar, Fernando. “El daño moral”.

[http://www.indret.com/pdf/006\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf).

Gorra, Daniel G. “Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios”.

[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria\\_de\\_la\\_argumentacion\\_juridica\\_alexey.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf).

Maraniello, Patricio Alejandro. “El principio de razonabilidad y su regulación en los Tratados internacionales con jerarquía constitucional”.

<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/Principio-de-razonabilidad-en-los-tratados-internacionales-.pdf>.

Noboa Bejarano, Ricardo. "El daño moral en la legislación ecuatoriana".

[http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2\\_El\\_Danio\\_Moral\\_En\\_Legislacion\\_Ecuatoriana..pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2_El_Danio_Moral_En_Legislacion_Ecuatoriana..pdf).

Romero Lazcano, "El difícil cálculo del monto del daño moral".

<https://www.lagaceta.com.ar/nota/274600/tribunales/dificil-calculo-monto-dano-moral.html>.

Richards, Edward P. III. "Elementos de la imposición intencional de angustia emocional". <http://biotech.law.lsu.edu/Courses/tortsF01/IIEM.htm>

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, México, Junio de 2004. 1431.

<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/181/181345.pdf>

Zamudio, Teodora. "Ética a Nicómaco, resumen".

<http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/nicomano.htm>.