

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO



TEMA DE INVESTIGACIÓN
LIMITES Y ALCANCES DEL DERECHO A RECLAMO POR DAÑO MORAL
OCASIONADO A PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS, EN EL MARCO DE LA
LEY DE REPARACIÓN POR DAÑO MORAL

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAESTRA EN DERECHO PRIVADO

PRESENTADO POR:
LICDA. CONCEPCIÓN MAURICIO

DOCENTE ASESOR:
MSC. WILMER HUMBERTO MARIN SANCHEZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DEL 2021

AUTORIDADES UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSc. Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

PhD. Raúl Ernesto Azcúnaga LÓPEZ

VICERRECTOR ACADEMICO

Ing. Juan Rosa Quintanilla

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Ing. Francisco Antonio Alarcón Sandoval

SECRETARIO GENERAL

AUTORIDADES

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. Edgardo Herrera Medrano Pacheco

VICEDECANO

Dr. José Miguel Vásquez

DIRECTOR DE UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a Dios por bendecir mi vida, por guiarme a lo largo de mi existencia, ser el apoyo y fortaleza en aquellos momentos de dificultad y de debilidad.

Gracias a mis familiares y amigas por ser los principales promotores de mis sueños, por confiar y creer en mis expectativas, por los consejos, valores y principios que me han inculcado.

Agradecimientos a mi asesor, por haber compartido sus conocimientos a lo largo de la preparación.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	3
CAPÍTULO I: EVOLUCION Y DESARROLLO HISTORICO DEL DAÑO MORAL, SUS CATEGORIZACIONES Y ANTECEDENTES.....	4
1.1. Antecedentes históricos	4
1.1.1. Los Daños en Roma (Republica e Imperio).....	4
1.1.2. La ley de las doce tablas	5
1.1.3. Ley Aquila	5
1.1.4 El Imperio de Justiniano	6
1.2. La regulación del daño moral en los países de Europa del siglo XVIII y XIX.	7
1.3. El Daño moral en el derecho contemporáneo Iberoamericano	9
1.4. Antecedentes de la Investigación de referencia actual.	11
1.4.1. Aplicación del proceso de reparación por daño moral, en el ejercicio del derecho a informar.	11
1.4.2. La garantía de indemnización de daños morales por los medios de comunicación en materia de responsabilidad civil en El Salvador.....	12
1.4.3. Tesis extranjeras.....	15
1.4.4. Libros	17
1.4.4.1. La Acción Civil del daño moral.....	17
1.4.4.2. Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual.....	18
1.5. Formulaciones doctrinarias que categorizan el daño moral.....	19
1.5.1. Generalidad de daños.....	20
1.5.2. Daño patrimonial y daño no patrimonial	21
1.5.3. Noción y concepción de daño moral atendiendo a criterios negativos y positivos.	21
1.5.4. Daños personales y daños morales	22
1.5.5. Fundamento del Daño Moral	23
1.5.5.1. Los derechos de la personalidad como fundamento del daño moral	24
1.5.5.2. Derechos humanos como fundamento del daño moral	25
1.5.5.3. Reparación por daño moral.....	26
1.6. Antecedentes De La Regulación Del Daño Moral En El Salvador	28
1.6.1. Antecedentes jurídicos	28
1.7. Antecedente Constitucional	28
1.7.1. Constitución de la Republica	28
1.7.2. Código Civil.....	29
1.7.3. Código Penal.....	30
1.7.4. Código de Familia.....	30
1.7.5. Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia (LEPINA).....	31
1.8. Antecedentes Convencionales Internacionales	32
1.8.1 Tratados y convenios internacionales	32
1.8.2. Convención Americana de Derechos Humanos.	32
1.8.3. Declaración Universal de Derechos Humanos	32
1.8.4. Convención sobre los Derechos del Niño.....	33

1.8.5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer	33
CAPÍTULO 2: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION A LA PERSONA POR DAÑO MORAL.....	34
2.1. Introducción	34
2.1.1 Fase Primera de los Derechos Humanos.....	35
2.1.2. Derechos de Segunda Generación	36
2.1.3. Derechos de Tercera Generación	36
2.1.4. Derechos de Cuarta Generación.....	37
2.1.5. Derechos Convencionales.....	37
2.1.5.1. Principio de Libertad.....	38
2.1.5.2. Principio de Dignidad Humana.....	38
2.1.5.3. Principio de Igualdad	39
2.2. Derechos Fundamentales de la Persona.....	41
2.2.1. Los Derechos Individuales.....	42
2.2.1.1. El derecho a la vida.....	43
2.2.1.2. Derecho a la Integridad Física	44
2.2.1.3 Derecho y Protección a la Integridad Moral	46
2.2.1.4. El derecho a la Imagen Personal	46
2.2.2. Los Derechos de la Personalidad	47
2.2.2.1. Bienes Protegidos de la personalidad	49
2.3. Consecuencias por daño Moral a Derechos Constitucionales	54
2.3.1. Características generales.....	55
2.3.2. Protección de derechos Fundamentales en caso de confrontación	56
2.3.3. Conflictos entre normas constitucionales supuestos, postulados de Robert Alexy.....	57
2.3.4.1. Reglas para la ponderación o del juicio de proporcionalidad	60
CAPÍTULO 3: LEGITIMACION DEL DERECHO AL RECLAMO POR DAÑO MORAL CAUSADO A LA PERSONA FISICA Y JURIDICA, EN EL MARCO DE LA LEY DE REPARACION POR DAÑO MORAL.....	64
3.1. Responsabilidad civil y daño moral.....	64
3.1.1. Responsabilidad civil.....	64
3.1.1.1. La Responsabilidad civil contractual y extra contractual	65
3.1.2. Elementos de la responsabilidad civil.....	66
3.1.2.1. El Hecho.....	66
3.1.2.2. El Nexo Causal	66
3.1.2.3. El Daño	68
3.1.2.4. La Culpa.....	69
3.1.2.5. EL Dolo.....	70
3.1.2.6. Elementos que caracterizan la Culpa	71
3.2. El daño moral a las personas, su reparación e indemnización conforme a la ley de reparación por daño moral.....	72
3.2.1. El Objeto de Ley de Reparación por Daño Moral	72
3.2.2. Acciones que causan daño moral y su reparación	74

3.2.2.1. Definición de daño moral.....	74
3.2.2.2. La responsabilidad objetiva	75
3.2.2.3. Responsabilidad subjetiva.....	76
3.2.2.4. Teorías que erigen sobre el daño moral	76
3.2.3. Causas de reparación por daño moral	77
3.2.3.1. Acto voluntario	77
3.2.3.2. Actos Ilícitos	78
3.2.3.3. La afectación a los Derechos Humanos	79
3.2.3.4. Exceso al Límite de la Buena Fe.....	79
3.2.3.5. Las Imputaciones injuriosas en contra de una persona.....	80
3.2.3.6. Afectación Al Proyecto de Vida	80
3.2.4 Personas titulares o legitimadas del derecho a reclamo por causa de daño moral	81
3.2.4.1. En cuanto a las Personas físicas.....	82
3.2.4.2. En cuanto a las Personas Jurídicas con Ánimo de Lucro.....	83
3.2.4.3. Cesión o Transmisión del Derecho al reclamo por Daño Moral	85
3.2.4.4. Personas con legitimación activa para reclamar indemnización por daño moral	86
3.2.5. Responsables u obligados a reparar el daño moral ocasionado	88
3.2.5.1. Principio de Reparación Integral del Daño.....	89
3.2.6. Regulación del proceso para el reclamo de reparación por daño moral	90
3.2.6.1. Carga de la prueba	91
3.2.6.2 Medios de Prueba.....	91
3.2.6.3. La Reparación por daño moral: naturaleza jurídica.....	92
3.2.6.4. Otras formas de reparación del daño moral	93
3.2.6.5. Criterios para Fijar la Indemnización	94
CAPÍTULO 4 LÍMITES Y ALCANCES DEL DERECHO AL RECLAMO POR DAÑO MORAL DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS	95
4.1. Personas de Derecho Público Principales Características	95
4.1.1. Jurisprudencia Sobre la Protección a la Persona jurídica de Derecho Privado en razón de la Protección de Intereses del Individuo	96
4.1.2..... Jurisprudencia Sobre Personas Jurídicas de Derecho Público son Titulares de Derechos Constitucionales no Fundamentales.....	97
4.1.3. Derechos Tutelados de la Persona Jurídica.....	97
4.2. Derechos de los que no pueden ser Titulares las Personas Jurídicas de Derecho Privado.....	98
4.3. Atributos Comunes de las personas Físicas y Jurídicas.....	99
4.3.1. Atributos de la Persona natural	99
4.3.2. Atributos de la persona jurídica	99
4.3.2.1. El Nombre	100
4.3.2.2. Domicilio	100
4.3.2.3. Nacionalidad	100
4.3.2.4. Honor	101
4.3.2.5. Capacidad.....	101

4.3.2.6. Responsabilidad	102
4.3.2.7. Aspecto penal.....	102
4.4. Límites y Alcances de las Personas Naturales y Jurídicas Para el Reclamo de Daño Moral	103
4.4.1. Límites o Alcances de la Persona Física o Moral.....	103
4.4.2. Alcances del Derecho al Reclamo de Daño Moral por la Persona Jurídica.....	103
4.4.2.1. La aplicación de la teoría tridimensional del derecho	105
4.4.2.2. Nociones de la Regulación del Daño Moral en Argentina	105
4.5. La prueba del daño en el ordenamiento jurídico unificado Argentino	107
4.6. El deber Legal de prevenir el daño	108
4.6.1. La reparación del perjuicio	109
4.6.2. Resarcimiento o indemnización de consecuencias patrimoniales	110
4.6.3. Indemnización o resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales.....	113
4.6.4 Estimación del Daño Moral a la Persona Jurídica en la Jurisprudencia Argentina	113
4.7. Segundo precedente En La Jurisprudencia Argentina	114
CONCLUSIONES.....	116
RECOMENDACIONES	119
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	120

LISTA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Integridad física de la personas.....	52
Ilustración 2: Integridad espiritual de la persona.....	53

INTRODUCCIÓN

El presente documento, constituye el trabajo de investigación que se realiza, denominado: “Límites y alcances del Derecho al Reclamo por Daño Moral Ocasionado a la Persona Natural y Jurídica en el marco de la ley de Reparación por daño moral”, en cumplimiento del requisito de graduación de la Maestría en Derecho Privado, contenido en el instructivo de trabajo de Postgrado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

En ese sentido, se tratará de una investigación dogmática jurídica, desde la perspectiva del paradigma cualitativo, la cual se centra en la protección y derechos de dos personas: la natural o física y la persona jurídica o colectiva, y se tratará de identificar los límites o alcances que pueden tener para el derecho a reclamo por daño moral injusto sufrido en su perjuicio, que se viene a materializar en la indemnización, con fines de buscar una reparación por el perjuicio sufrido.

En el capítulo uno se conocerá, que la existencia del Daño Moral ha estado presente desde hace mucho tiempo, comenzando por las culturas primeras en civilización, y que también llegaron a tener un sistema jurídico de codificación; pero en la Legislación nacional en derecho privado, no cuenta con una regulación muy antigua, existiendo algunas normas dispersas, y se fortaleció en el medio por la jurisprudencia, antes de la ley de la materia.

En el capítulo dos se tratará de la protección de los derechos individuales de la persona desde la Constitución, en la regulación de los derechos fundamentales, y tener la comprensión de los bienes derivados de esos susceptibles de daño moral y su protección, así como también los derechos humanos regulados en la norma internacional, que comprenden los bienes jurídicos que al ser lesionados están legitimados para reclamar el derecho reconocido en el inc. Tercero del art. 2 de la carta magna cuando establece el derecho a la indemnización, se hace un reconocimiento doctrinal de las causas que configuran el daño de repercusiones extra patrimoniales y patrimoniales, y las razones que amparan a las personas jurídicas de ser personas susceptibles de ser reconocidas por los derechos humanos y de carácter fundamental.

En el capítulo tres, nos referimos a la Responsabilidad civil por ser su fuente el daño; luego nos basamos en los postulados de la ley, de Reparación por Daño Moral, que contiene el objeto de misma, la forma en cómo se define el daño moral en la legislación, la protección a la persona natural y jurídica, y las causas por las cuales pueden ser lesionadas en sus derechos, se incorporará el daño al proyecto de vida, que es novedoso, y amplía el campo de protección a la persona hasta sus últimos días en caso de ser frustrado su plan de vida; pues en Derecho Privado no estaba esa regulación.

Asimismo encontramos las formas de legitimación para el reclamo del daño moral que será siempre la persona física o colectiva, que se sufra un daño injusto y antijurídico, causado por otro, quien tiene la obligación de repararlo, ya sea por una indemnización económica, o por medio de otras medidas, con el fin de buscar el resarcimiento, conforme al Principio de Reparación Integral y las medidas aplicables, se conoce que la ley habilita para reclamar el daño moral no solamente al afectado directamente, sino también a quien el dueño del derecho lo ceda o lo transmita por causa de muerte, la acción del derecho es autónoma, y se permiten todos los medios de prueba lícitos para alcanzar justicia.

El último o cuarto capítulo, que trata sobre los alcances o límites que pueden tener las personas naturales y jurídicas para que se les reconozca el derecho al reclamo, sus derechos comunes y diferentes, y la pauta de los alcances que marca la jurisprudencia para la persona jurídica o moral que dependiendo del interés o los fines que se afecten a la persona de sus fundadores esta puede llegar a ser protegida en los rubros de derechos fundamentales y derechos humanos; encontrándose que los límites para los derechos al reclamo de la persona moral únicamente se los regula impone la ley de la materia. Se cita como encajar el problema conforme a la Teoría tridimensional del derecho, para fundamentar las pretensiones de la acción.

Tenemos un referente del tratamiento del daño Moral en Argentina, del cual se extraen y exponen las partes más relevantes, Luego llegamos a las conclusiones y recomendaciones sobre los puntos más sobresalientes.

“LÍMITES Y ALCANCES DEL DERECHO A RECLAMO POR DAÑO MORAL
OCASIONADO A PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS, EN EL MARCO DE LA LEY
DE REPARACIÓN POR DAÑO MORAL”

POR

Concepción Mauricio

RESUMEN

En la presente investigación jurídica, se presenta desarrollo del trabajo presentado que se realiza, denominado: “Límites y Alcances del Derecho al Reclamo por daño moral ocasionado a la persona natural y jurídica en el marco de la ley de Reparación por daño moral”.

Se inicia exponiendo los antecedentes históricos de la evolución del daño moral, tomando como punto de partida la legislación contenida en el Derecho Romano, para conocer los alcances en la norma y su forma de regulación, pues desde esas épocas se comenzó a tener regulación de la acción civil, y sirve de fuentes del derecho público y privado; y se configura el delito civil.

Tomando en cuenta las diferentes etapas que fueron manifestaciones de las diferentes coyunturas propias de cada sociedad, que demandan proteger los derechos del ser humano, para vivir en libertad con derechos individuales y sociales, que revolucionan el estado de Derecho para diferentes países del mundo. Partiendo de los derechos fundamentales de protección a la persona llegamos a tener un estado que tiene como prioridad a la persona y procura su protección y bienestar, hasta en sus derechos intangibles o extrapatrimoniales.

Se tiene una Regulación Propia del daño moral en el derecho interno, y se hace una revisión en lo atinente al daño moral de la Doctrina y jurisprudencia, que amplía los postulados de nuestra legislación, en cuanto a los derechos que se protegen a la persona individual y jurídica les permiten mayores alcances para buscar justicia por sus afectaciones, regulándose una acción autónoma.

Se tiene un proceso propio y medidas de reparación por daño moral, así como los elementos que conforman cada tipo de daños, los bienes jurídicos relevantes que conforman el patrimonio moral, son los bienes inmateriales de la persona, y para ser tal debe ser un daño jurídico que afectos los derechos fundamentales de la persona, sea persona natural o jurídica.

Luego se tienen las condiciones que permiten a la persona jurídica superar los límites impuestos por la ley, para ser signataria de protección de derechos fundamentales y derechos humanos, siempre con límites en relación a las facultades a la persona natural, con las ventajas que la ley hace regulaciones enunciativas, y no taxativas en los supuestos de daño moral.

También tenemos nociones de la regulación del Daño Resarcible en Argentina, que es un referente para nuestra legislación, hasta llegar a las conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

EVOLUCION Y DESARROLLO HISTORICO DEL DAÑO MORAL, SUS CATEGORIZACIONES Y ANTECEDENTES

1.1. Antecedentes históricos

Para tener un referente histórico del surgimiento de lo que se conoce como daño moral, es necesario avocarnos a los orígenes de sus manifestaciones históricas, ya que el hombre en sus diferentes culturas y formas de relacionarse siempre le han surgido conflictos de daño moral y sus diferentes formas de reparación, consecuentemente con el transcurso del tiempo su reconocimiento también ha variado, lo que se encuentra a través del presente recorrido.

1.1.1. Los Daños en Roma (Republica e Imperio)

Se inicia directamente con el derecho romano porque difícilmente puede retrocederse a culturas tan antiguas donde las raíces del concepto de derecho no se relacionan más que con la materialidad de existir leyes, y no con instituciones jurídicas específicas como antecedente, y resultaría fútil en tanto constituirían argumentos genéricos sobre el derecho remoto, que por el solo hecho de intuirse coactivo, se presume que también es lógico y sistematizado, cuando en la realidad el derecho mesopotámico, babilónico, y griego estaba lejos de asemejarse con lo que hoy se conoce como derecho.

No puede asegurarse exactamente la fecha en que se fundó la ciudad de Roma; pero es indudable que creció paulatinamente en el transcurso del siglo VIII¹. En cuanto al derecho atañe, el desarrollo del derecho romano data desde la fundación de Roma hasta la muerte del Emperador Justiniano. Durante ese periodo se puede distinguir cuatro etapas notables basados en atención a los rasgos políticos² que prevalecieron durante los mismos. Estos son:

- i. La Monarquía
- ii. La Republica
- iii. El Principado
- iv. El Dominado

Se delega el estudio del sistema de derecho predominante a la historia, puesto que subraya un modelo de derecho arcaico, que poco o nada aporta a nuestra temática, en cambio el sistema de derecho que dominó la Roma como república durante los años 510 al 508 a.c³, cuando caen las monarquías que fueron sustituidas por repúblicas aristocráticas, a fines de los siglos VI en que cayeron vencidas por los nobles, los Patricios, como allí se llamaban.

¹ Arturo Rosenberg, “Historia de la Republica Romana”, *Revista de Occidente*, (1921): 2-4.

² Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015),35. Aunque sobre estas divisiones no hay consenso entre los tratadistas, algunos refieren a estos periodos en atención al sistema jurídico adoptado.

³ *Ibidem*, 40.

Por último, también en el resto de Lacio, los Reyes fueron sustituidos por presidentes de República, anualmente renovados⁴. En ese periodo, el sistema de derecho predominante se caracterizó por que la costumbre constituyó la base de la vida jurídica del pueblo, los mores o sistemas de reglas adoptadas mediante la costumbre de los antepasados sirvieron como punto de partida para el desarrollo de importantes legislaciones escritas que cambiarían el sistema legal y promovieron uno de los mayores adelantos de su tiempo “la interpretación judicial” por parte de especialistas del derecho que no estaban directamente vinculados con el Colegio de Pontífices.

Las legislaciones más relevantes en este periodo que despuntan en el período republicano son la Ley de las XII Tablas y la Ley Aquilia.

1.1.2. La ley de las doce tablas

Constituye el texto jurídico, de esa época, más completo y trascendente, “*fonsomnis publici privatique iuris*” es decir, fuente de todo el derecho público y privado, llegó a nombrarla así Tito Livio⁵ y nunca fue derogada, aun cuando la mayoría de sus preceptos dejaron de tener aplicación precisa.

Algunos especialistas en derecho romano especifican esta época como el origen de la responsabilidad civil, ya que se comienza a realizar una distinción fundamental en el antecedente de los delitos de acción pública o criminal, que era castigado con penas corporales o pecuniarias a favor del fisco o aerarium y delitos de naturaleza privada como antecedente de los delitos de acción privada, denominados delicta o maleficia⁶, que estaban compuestos por acciones delictivas menos graves que se podían ejercitar sólo a instancia de la parte agraviada, tal y como sucede en la actualidad y se sancionaban con penas pecuniarias.

Más que concebir el delito como un concepto general, los romanos tipificaron como delitos civiles varios supuestos, creando pequeñas figuras, tales como el *iniuria*, el *furtum* y el *damnum iniuriatum*⁷, donde se reconocía a las víctimas el derecho a instar una reclamación.

Otro caso interesante era el contenido en la tabla número XII sosteniendo: casos en que es lícita la toma de prenda, responsabilidad de los dueños por hurtos o daños cometidos por esclavos; indemnizaciones debidas por quien ha obtenido sin razón la posesión de una cosa y por quien ha consagrado al culto una cosa en litigio⁸; el principio de que la ley posterior deroga la anterior.

1.1.3. Ley Aquila

La Ley *Aquila* constituyó la legislación romana de mayor trascendencia en materia de derecho privado a las XII Tablas. Esta legislación es la que sirvió de base a Pandencistas y civilistas modernos en la elaboración de la teoría de la responsabilidad extracontractual y, en su época, sirvió a los romanos de parámetro para reglamentar la figura de delito civil de daño, el nombre de esta

⁴ Arturo Rosenberg, “*Historia de la Republica Romana*”, *Revista de Occidente*, Madrid España (1921): 10.

⁵ Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I*. (México, Red Tercer Milenio, 2012), 76.

⁶ Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015) ,46.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I*. (México, Red Tercer Milenio, 2012), 76.

ley se debía al nombre del magistrado que la propuso⁹ ante la *comitia centurias*¹⁰, una especie de institución democrática.

En términos generales, la ley reconocía la posibilidad de reparación pecuniaria por los atentados que causaran perjuicio al patrimonio, se niega el posible resarcimiento de los perjuicios de naturaleza moral. Pareciera que el lento desarrollo en la valoración del ser humano en forma integral ha sido en gran parte por el beneficio que las sociedades obtenían para sí, con la explotación que se le ejercía a la población pues se permitían todo tipo de menoscabo por medio de los abusos de poder o mando que en su contra ejercían sin reclamo o derecho alguno.

El motivo tras esta posición es que en la Roma de la antigüedad las cosas, los esclavos y los animales eran considerados objetos dentro del comercio de los hombres y constituían parte del patrimonio¹¹. Es evidente que las personas esclavas eran consideradas y valoradas dentro del sistema económico utilizándolos como mercancía dentro de las diversas formas de explotación, llegando a existir clases entre ellos los públicos y privados.

Esto es más una valoración de las condiciones culturales, y del intelecto humano producto de la conciencia colectiva, la identidad del hombre de hace más de dos mil años era una apreciación de los entes, o de los objetos que lo rodean, a esto externo es a lo que le daba valor¹², por ello poco importaba el interior del sujeto, de ahí que no se concebía la valoración de los bienes inmateriales o del cuerpo del hombre libre, negándose también cualquier tipo de intento por valorar los daños morales, según como lo conceptualizamos en la actualidad.

1.1.4 El Imperio de Justiniano

Justiniano I el Grande, fue emperador de los romanos a partir del año 527¹³ hasta su muerte. En sus manos, el Imperio Bizantino logró estabilidad y si bien la estrategia militar no es una característica de su reinado, se le reconocen grandes avances en el plano jurídico, como la codificación bajo un cuerpo normativo denominado el *Corpus Iuris Civilis*.¹⁴

Justiniano instauró su gobierno tras la caída del último emperador romano de Occidente Rómulo Augusto en el año 476¹⁵, dentro del largo periodo de transición entre el imperio Romano y la Edad Media, durante el cual se completa o recopila el derecho anteriormente disperso que se denominaba, “*Corpus Iuris Civilis*” que es parte del *Ius Commune* medieval. En este cuerpo se

⁹ Ibidem, 43.

¹⁰ Arturo Rosenberg, “*Historia de la Republica Romana*”, *Revista de Occidente*, Madrid España (1921): 32. En los Estados de la antigüedad, el ciudadano ejercía, generalmente, su derecho electoral directamente en una gran asamblea. Así también sucedía en Roma.

¹¹ Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015), 52.

¹² Ávila-Fuenmayor, “*El concepto de poder de Michel Foucault*”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, (2006), <https://www.redalyc.org/pdf/993/99318557005.pdf>, Claro este desde un punto de vista filosófico o lo que Foucault llamaba episteme de la razón humana.

¹³ Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I*. (México, Red Tercer Milenio, 2012), 57.

¹⁴ Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015), 69.

¹⁵ Mariana Moranchel Pocaterra, “*Compendio de Derecho Romano*”, (tesis de grado, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2017), 33.

separa en las leyes (escritas) del ius (derecho procedente de todas las otras fuentes) dicho documento está compuesto por cuatro partes el codex¹⁶, digesta¹⁷, instituciones¹⁸ y novelas¹⁹.

En lo que al tema de daño se refiere, se modificó el concepto existente, aunque permaneció dejando intacto uno de los conceptos que pervive hasta nuestros días referido a la existencia del “nexo causal”, se acuñó el concepto de responsabilidad Aquiliana, mediante la cual se adjudicaban controversias en el ámbito penal y en el civil al amparo de la lex Aquilia. A pesar de que algunos clasificaban el término iniuria dentro del derecho privado y no público. En esta época se experimenta su aplicación en ambos regímenes, civil o criminal.²⁰

En síntesis, en el derecho romano si se reconocían los daños pero de manera parcial derivando de responsabilidad extracontractual, venían regulados por la Lex Aquilia a través de *damnum iniuria datum*, la cual puede ser definida como la lesión o destrucción de la cosa ajena realizada con dolo o culpa²¹, esta ley hacía referencia a los daños patrimoniales, establecido a cargo del dañador la obligación de repararlos y es cierto, así mismo, que dentro de estos daños patrimoniales se incluían los causados al dominus como consecuencia de ataques contra sus esclavos pues estos últimos también integraban el patrimonio del titular, como un bien más al igual que los animales.

Abandonado el discurso sobre uno de los antecedentes más grandes del derecho civil, siendo la Republica Romana y el Imperio Romano llegamos a un punto en el que conviene explicar el antecedente del derecho a la reparación por daño moral.

1.2. La regulación del daño moral en los países de Europa del siglo XVIII y XIX.

Durante el siglo dieciocho se intentó abandonar la idea del derecho consuetudinario, y adoptar la idea del derecho escrito como principal fuente del derecho. Los juristas civilistas concibieron la idea del código.

¹⁶ Mariana Moranchel Pocaterra, “Compendio de Derecho Romano”, (tesis de grado, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2017), 34. En febrero de 528 a través de la constitución *haecquaeneceario* Justiniano ordeno que se integraran una comisión de diez jurisconsultos, que copilaron las leyes contenidas en los códigos Gregorianos...

¹⁷ *Ibidem*, 34. Con la expedición de la constitución *Deo auctore* del 530, Justiniano autorizó a Triboniano para nombrar a una comisión a fin de realizar una selección de textos de los juristas clásicos con el objeto de adecuarlos a la realidad social del siglo VI, evitando eventuales contradicciones y antinomias.

¹⁸ *Ibidem*, 34. Publicadas en 533 d.C. a través de la constitución *Imperatoriam Maiestatem*. Se inspiran en el texto de Gayo, especialmente las Instituciones. Asimismo, contenía fragmentos de obras de Marciano, Florentino, Paula y Ulpiano.

¹⁹ *Ibidem*, 35. En el año de 565 se publicaron las *Novellae Constitutiones*, también conocidas como *Novellae*, compuesto de las constituciones imperiales promulgadas por el propio Justiniano que las expidió con posterioridad a la publicación del *Codex repetitaepraelationis* del 534 d.C.

²⁰ Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I*. (México, Red Tercer Milenio, 2012), 60. Entre las tendencias del derecho Justiniano se encontrar: un notable clasismo con tendencia de conservar y sistematizar la jurisprudencia esto se logra con “Digesto”.

²¹ Maita María Naveira Zarra, “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 92.

La codificación marca el comienzo del tercer periodo del desarrollo del sistema jurídico civilista²². Después de afianzada la segunda etapa de la evolución del sistema, esto es, habiendo sido aceptados el marco, vocabulario y métodos del ius-comune en toda Europa continental elaborado según la *communis opinio doctorum*²³, se produjeron en Europa los cambios intelectuales y políticos que llevaron a desarrollar más plenamente la idea del Estado nación, completándola con una nueva visión del ciudadano (individuos racionales y responsables).

En Francia: a partir de 1789 se trata de emular en algunos aspectos la legislación de los últimos días de la República Romana: i) adoptando el derecho liberal; ii) que estuviera codificado o copilado en un solo cuerpo; y que estuviere basado en la razón²⁴, dado que hasta ese punto el derecho estuvo basado en dogmas religiosos.

Sin embargo, el Código Napoleónico fue denominado como el Código de la propiedad o de los bienes, ya que se dio énfasis a las posesiones o titularidades patrimoniales del individuo dejando a un lado la protección de sus derechos fundamentales y los bienes que se encuentran atados a su persona, es decir daba preponderancia a los derechos patrimoniales²⁵ y no a los derechos personalísimos, por ello era imposible concebir la idea del daño moral.

Este código fue como el modelo tipo para estos países y también para los de Latinoamérica, con la gran ventaja que regulaba la propiedad como el gran patrimonio que era esa especie de seguridad para los habitantes, y además tenía sus regulaciones mixtas en diferentes ramas del derecho, pero con mayor regulación de orden civil, el cual ha sido un valioso aporte.

En Inglaterra: la estructura del derecho inglés es diferente al derecho francés, tiene un antecedente común en el derecho romano, pero, con la diferencia que en el derecho inglés no existen ni se cuenta con la división entre derecho público y derecho privado, ni existen categorías iguales a la francesa, en un primer plano se habla de la distinción entre Common Law²⁶ y Equity²⁷, así como derecho sustantivo y derecho adjetivo.

Otra diferencia es la existente entre el derecho civil y Common Law, esta distinción es para diferenciar dos grandes familias jurídicas del derecho, correspondientes entre el Civil Law, para designar la familia europea continental, o sea, la familia Romano–canónica, que descende del derecho romano.

²² Louis Perret, *Ciencia del derecho durante el siglo XX*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Numero 198, 1998), 643. Se refiere a que anteriormente hubo un primer periodo con el sistema de derecho romano, y un segundo periodo con un sistema y derecho medieval.

²³ Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I*. (México, Red Tercer Milenio, 2012), 56. La opinión o parecer común a los doctores, que llegó a tener fuerza de ley durante el imperio de la constitución de Teodosio...

²⁴ Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015), 93. A este fenómeno de idealización de la razón humana, durante este periodo posterior a la revolución francesa es lo.

²⁵ *Ibidem*, 95.

²⁶ Marta Morineau Duarte, *Introducción al Common Law*, (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004), 15. Está basado en el derecho común propio de las costumbres locales, pero al mismo tiempo en la práctica de los tribunales que administren justicia en lo que nosotros conocemos como el precedente judicial.

²⁷ Maita María Naveira Zarra, “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 17.

Lo anterior en contraste con la que se originó en Inglaterra, a partir de Common Law, que no es una rama del derecho inglés sino toda una familia jurídica²⁸, que incluye otros sistemas jurídicos o derechos nacionales.

Surge en Inglaterra una acción para entender las reclamaciones en daños y perjuicios es la llamada *trover*, mediante esta acción se requiere a una persona que ha desposeído a otra de sus bienes, aunque trata reclamos por obligaciones contractuales.

Existieron otras acciones nacidas a mitad del siglo XVIII, donde comienzan a surgir casos donde se aplican estas causas de acción no solo a supuestos donde hay culpa sino a aquellos donde se imputa negligencia, todo basado en la ausencia de previsibilidad.²⁹

Por supuesto seguía sin concebirse la idea de los derechos personalísimos, no fue sino hasta la Constitución de Weimar que se perdió esta tesis tradicionalista de dar preponderancia a los derechos patrimoniales.

Dicha constitución vino a dar un giro de modernización al estado y a los derechos sociales de la nación, en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales, mejorando el campo de los derechos fundamentales que ya las leyes europeas habían marcado.

Este es un aporte legal que sin lugar a dudas ha permeado desde sus tiempos la cultura jurídica de los pueblos latinoamericanos

1.3. El Daño moral en el derecho contemporáneo Iberoamericano

En este acápite se utiliza el concepto Iberoamérica, haciendo referencia a los territorios de habla Iberorromances, esto debido a que el derecho y el desarrollo de conceptos pende más fuertemente del lenguaje que de otras expresiones humanas³⁰, por ello es más factible realizar comparaciones entre lenguas que compartan una raíz común, con legislaciones cercanas solo geográficamente.

El mayor problema en el tema de daño moral viene dado por la ausencia de tradición romana³¹ sobre el mismo, dado que los romanos sancionaban la contumelia de sus pares, que era una ofensa consistente en una manifestación del desprecio de la personalidad, se manifiesta en impedir u obstaculizar el extraer los frutos o provechos al propietario, tiene connotación material,

²⁸ Nuria González Martín, Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau Tomo I Derecho romano, Historia del derecho, (Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 2. El vocablo familia jurídica remite a un conjunto de sistemas jurídicos, mientras que un sistema jurídico se refiere al derecho nacional de un estado, es decir mientras que el sistema jurídico se limita a un estado, la familia jurídica sobre pasa las fronteras de las naciones.

²⁹ Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015),112.

³⁰ José Ávila-Fuenmayor, “El concepto de poder de Michel Foucault”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, (2006), <https://www.redalyc.org/pdf/993/99318557005.pdf>. Para comprender la conexión entre el lenguaje y los objetos, o entre el lenguaje y el desarrollo de los campos del pensamiento científico, véase Michel Foucault, *Las palabras y las cosas*.

³¹ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Iberoamérica*, (Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006), 20.

que no compensa de ninguna manera una frustración o decepción emocional o espiritual por dicha privación, sino el efecto del aprovechamiento material.

En la América latina vemos el caso de Argentina en la cual se concebía el daño moral como daño a los sentimientos, ello inspirado en la tradición de países como Italia y Francia³², donde predominaba la relación del daño moral con *pretium doloris*, es decir cómo una concepción de angustia, la aflicción física o espiritual.

Otro caso relevante por las cercanías con el Código Civil Salvadoreño, sería el caso de Chile, que en el Código Civil de Andrés Bello únicamente alude al concepto de daño en el artículo 1556, indicando categorías específicas para el daño material como al lucro cesante y el daño emergente.

Por ello en Chile el mayor reconocimiento de daño moral ha sido jurisprudencial, dado que, al momento de elaborar el Código, es que el concepto de daño moral no existía, no estuvo en la mente de Bello ni en lo legisladores del Código Civil Francés³³.

De lo anterior derivaba el rechazo a la reparación de daño moral, pues los operadores jurídicos daban una interpretación restrictiva al artículo 1556 del Código Civil Chileno, que se refería únicamente al daño emergente y al lucro cesante.

La consecuencia del daño patrimonial podía ser la base que los juristas y litigantes chilenos tenían para hacer valer el derecho al reconocimiento de daño moral, pero al parecer no fue considerado ni siquiera como una acción accesoria derivada de una acción principal correspondiente a una materia distinta de la civil.

Situación que, siendo categorías propias del daño material, excluían de su interpretación la existencia del daño moral en sede contractual.³⁴ El reconocimiento del daño moral llegaría hasta que se aprobó en Chile la Ley de Accidentes del Trabajo y la Ley de Protección al Consumidor, en 1968 y 1997 respectivamente.³⁵

El giro jurisprudencial se produjo de un modo muy notable, pues se pasó de desconocer por esta el daño moral en la jurisprudencia chilena y en la doctrina científica, hasta su plena aceptación mediante una simple reinterpretación del supuesto de consecuencia jurídica contenido en el artículo 2314 del Código Civil de ese país, que menciona “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”, o su equivalente máxima latina *alterum non laedere*.³⁶

³² Ibidem, 21.

³³ Carmen Domínguez, “*El daño moral en el derecho chileno: panorama General*”, *Revista de la Universidad Católica de Chile*, Chile (2006): 692.

³⁴ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Ibero América*, (Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006), 75.

³⁵ Gisela María Pérez Fuentes, *El Daño Moral en Ibero América*, (Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006), 76, Esto se debía a que el contrato de trabajo es un contrato “único en su género” dicha especialidad dio la pauta para introducir nuevas teorías sobre el daño. Gisela María Pérez Fuentes.

³⁶ Carmen Domínguez, “*El daño moral en el derecho chileno: panorama General*”, *Revista de la Universidad Católica de Chile*, Chile (2006): 693.

1.4. Antecedentes de la Investigación de referencia actual.

En el presente se han preferido investigaciones de especial contenido sobre daño moral, muy vinculadas en su mayoría a la persona natural y que de alguna forma se refieren también el daño moral a la persona jurídica, en virtud que el daño moral surge originalmente pensando en la persona física, que conforman antecedentes indirectos sobre la investigación, pero será por medio de los estudios anteriores que se tendrá un parámetro de la profundidad o acotamiento sobre el tema y a la vez servirá para nutrir los conocimientos, ya que tienen elementos vinculantes o enfoques similares previos, así también, por medio del reconocimiento histórico se encuentran las bases para el problema de investigación a través del tiempo; se enriquecerá con el fundamento doctrinario y jurisprudencial.

Durante el desarrollo se obtienen datos que sustentan el presente, se observa que no existe diversidad de estudios sobre el derecho al reclamo de reparación por daño moral, pero si sobre el daño moral como fuente del derecho a reclamo como institución jurídica y de la indemnización que es el componente material del reclamo para la reparación, en particular se advierte que hay pocos aportes investigativos que de forma específica traten sobre el derecho de reclamo de daño moral por parte de las personas naturales y jurídicas, lo cual motiva el estudio del tema en desarrollo y proponer nueva visión para el tratamiento de alternativas de solución a conflictos de tal naturaleza, ya que los estudios aludidos desarrollan aspectos particulares, pero a la vez relacionados a este trabajo.

Sobre el tema de daño moral se han tomado en cuenta las investigaciones realizadas por diferentes autores y especialmente las que contienen sustentos y aportes en la legislación nacional, y extranjeras tomando en cuenta las que más contenido aportan. Entre las cuales podremos mencionar:

1.4.1. Aplicación del proceso de reparación por daño moral, en el ejercicio del derecho a informar.

En particular en esta investigación de grado, los investigadores se encargaron de exponer tanto un problema jurídico, pero en relación a un problema social, para el caso el abuso del poder periodístico en el ejercicio del derecho a informar.³⁷

Inician su investigación dando un clásico recorrido por la evolución de la institución jurídica del daño moral, lo relevante de ello es lo concordante en el primer reconocimiento que se da en el daño moral en El Salvador es un reconocimiento Constitucional el cual proviene desde la Constitución de 1950 en cuyo artículo 163 expresaba: “Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión.” Se establece la Indemnización, conforme a la Ley, por daño de carácter moral”.

Dando continuidad de igual forma fue regulado en la Constitución de 1962 en el Artículo 163; es así como el daño moral seguía siendo visto desde la perspectiva del Legislador sin mayor relevancia, no obstante, lo anterior, en 1983 el Legislador tomó a bien darle un sentido de

³⁷ Raquel Eugenia Aldana Salavería, Xiomara del Carmen Cruz Cruz, Monge de Peña Karina Jazmín, “Aplicación del proceso de reparación por daño moral, en el ejercicio del derecho a informar” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2018), 146.

importancia mayor al reconocerlo en el artículo 2 inc. 3°, siendo del texto siguiente: “la indemnización al daño moral conforme a la ley”. Y teniendo antecedente fundamental el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

De lo cual se denota la remarcación de la jurisprudencia reciente en su marco histórico específicamente cuando la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, emitió una Sentencia el día 23 de enero de 2015 con referencia 53-2012 la cual basándose en el párrafo que dice el derecho a la indemnización por daños morales debe garantizarse “conforme a la ley”, en el entendido que esta debería ser emitida por la Asamblea Legislativa según lo prescriben los arts. 121 y 131 Ord. 5° Cn. A su entender, dicha expresión entraña un mandato al legislador, esto es, una obligación de emitir un cuerpo jurídico adecuado que establezca el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

En función de lo anterior, se hace referencia a la eficacia directa de la Constitución y a la inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, citó extractos jurisprudenciales de las resoluciones de 26-XII-2004 y 25-VIII-2009, Incs. 37- 2004 y 8- 2008 –admisión e improcedencia respectivamente-, con el propósito de argumentar que el art. 2 inc. 3° de la Constitución es una norma “pragmática” y de “cumplimiento no discrecional” para la Asamblea Legislativa. A su juicio se trató de un “mandato de imperativo cumplimiento”, pues no expresó a favor del citado órgano una conducta facultativa para regular o no las indemnizaciones por daños morales. Y manifestó inconstitucionalidad por omisión, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 2 inc 3° de la Constitución, al no haber emitido la normativa que determine las condiciones bajo las cuales se deberá materializar el derecho a la indemnización por daños morales.

1.4.2. La garantía de indemnización de daños morales por los medios de comunicación en materia de responsabilidad civil en El Salvador.

La investigación que se cita, se centra en la posibilidad de demandar a un medio de comunicación por daños morales ante el tenor literal de los artículos 2 inciso cuarto y quinto de la Ley de Reparación por Daño Moral, en pocas palabras se centra en qué medida los daños morales se encuentran justificados por la libertad periodística.³⁸

A primera vista pareciera que su problemática no guarda relación con el problema de nuestra investigación, pero dentro de su marco doctrinario levemente menciona el tema del titular del derecho, que es objeto principal de nuestra investigación, sobre lo cual menciona: “Es necesario aclarar, que el derecho a la reparación por daños morales es personalísimo. Los derechos personalísimos o de la personalidad, son aquellos que están íntimamente unidos a la persona humana, que nacen y son inherentes a ella, y no pueden separarse en toda su existencia, a riesgo de perderla o denigrarla.

Están estrechamente vinculados a los atributos de la personalidad; están fuera de la esfera del comercio por imperio de ley. No tienen contenido económico, pero cuando alguien los daña o se los priva a su titular, éste o sus herederos tienen derecho a que se fije por ello una compensación

³⁸ Ángel Alexander Avilés Ramos, Josué Daniel Barahona Portillo, Herrera Alvarado Karla Celina, “La garantía de indemnización de daños morales por los medios de comunicación en materia de responsabilidad civil en El Salvador”, (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2017), 178.

dineraria. Así el derecho a la vida es el derecho personalísimo más importante, ya que sin este derecho sería imposible tener los demás. Cada vida tiene un valor moral incalculable para cada uno, o para sus familiares y amigos; es decir, el valor de una persona es casi una tarea imposible, pues la vida no puede comprarse ni venderse.

Sin embargo, cuando alguien fallece por causas no naturales, sus familiares tienen derecho a cobrar una indemnización, de quien ocasionó el daño fijado prudencialmente por el juez. Esos “derechos personales”, no exteriores sino interiores al hombre, son los que hoy se conoce como derechos personalísimos. De lo anterior se puede concluir, que la cesión de derecho litigioso queda prohibida por esta disposición legal, pues por ser inherente a la persona, no es transmisible. En ese orden de ideas, de conformidad al Art. 5 de referida ley, 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...y las personas jurídicas si afecta su crédito o su reputación comercial o social”.

Ahora como es de esperarse los investigadores notaron una contradicción dentro de la ley en la concepción del daño moral y el derecho al reclamo como derecho personalísimo y la posibilidad de cederlo o transmitirlo, identificaron la contradicción intra-sistematica, pero fueron incapaces de exponerla adecuadamente. Así mencionan: “De conformidad al art. 6 LRDM el derecho de reclamar reparación por daños morales puede perfectamente cederse o transmitirse por causa de muerte. Es necesario aclarar, que el referido artículo confunde la terminología cesión con transmisión, como se sabe, la cesión es un acto entre vivos, de manera que no es posible que se ceda por causa de muerte, solamente se transmite. En conclusión, la terminología está mal empleada. Además, en la ley especial de reparación por daño moral existe una contradicción, pues en un primer momento manifiesta que este tipo de derecho es personalísimo, luego manifiesta expresamente que se puede ceder o transmitir, asimismo no se deja claro si esa será una limitación en las facultades de ejercer su derecho al reclamo por parte de la persona jurídica por su naturaleza misma”.

Como se sabe, los derechos personalísimos no son transmisibles ni tampoco es posible cederlos, por la naturaleza de los mismos. Por ejemplo, los derechos a la vida, a la integridad, que por ser personalísimos no puede ser transmisibles.

En conclusión, existe una diferencia que es una limitante para la persona jurídica en relación a la persona natural visto en la referida ley.

En conclusión, identificaron el problema erróneamente, interpretaron un error legislativo en confundir los términos de cesión con trasmisión, cuando la conjunción “o” es de carácter alternativa, y no indicando que se trate de palabras sinónimas; de ahí que, entre cesión y transmisión, la diferencia con la presente investigación radica en la posibilidad de identificar el problema correctamente, y ofrecer dos posibles soluciones.

Un segundo aspecto que vale la pena resaltar es el tema de la cuantificación del daño cuando este debe medirse en dinero, los investigadores dan en tono discursivo posterior a la transcripción literal del artículo 15 de la Ley de Reparación por Daño Moral, así mencionan: “se puede concluir que la ecuación para la determinación del monto recae en los criterios de razonabilidad y equidad.

- i. 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.
- ii. 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”.

Por supuesto cuando se habla de cuantificación, se habla de un proceso de juicio mental lógico que se relaciona con la valoración de la prueba, en este caso se coincide con la aseveración realizada por los investigadores en relación al control de constitucionalidad por parte de los jueces, el cual les da un poder amplio de apreciación que deberá aplicarse en cada caso concreto y tomando en cuenta la clase de persona que lo reclame.

El presente estudio se incluye en este apartado, por considerar que tiene aportes valiosos ya que se trata del derecho a indemnización a la persona jurídica, considerada ésta como sujeto sensible a perjuicio por daño moral, y el legislador ha tenido una visión diferente para valorarla facultándole a reclamar reparos por detrimentos morales.

Sostienen que la Indemnización por daños morales por su carácter extrapatrimonial tiene como objetivo mitigar las pérdidas sufridas por la víctima, como medida compensatoria del perjuicio injustamente causado, pretendiendo aliviar su dolor y sufrimiento, o consecuencias negativas.

Para los autores, la imposición de la indemnización tiene un doble objetivo aparte del antes indicado que es el compensatorio, también está el de disciplinar con incidencia a nivel social, tiene un componente educativo, con el fin de frenar la recurrencia de los infractores, sin hacer énfasis en el enriquecimiento sin causa, lo que influye para disuadir conductas dañosas de terceros.

Citan la función resarcitoria de la reparación que se materializa con la figura de la indemnización, que tiene como finalidad de reconstitución de lo lesionado, la cual no se hará necesariamente de manera específica, es decir mediante la reintegración en su identidad y puntualidad de la situación alterada, sino también mediante una forma equivalente es decir mediante el pago de una suma de dinero.

La función reparatoria del derecho de daños lo plantea como que el deber del agresor no es la reconstitución del agravio, sino un deber satisfactor o reparatorio de los daños inmateriales infringidos (atentados contra el honor, nombre, reputación, imagen, entre otros).

Sostienen que se puede llegar a afirmar que la reparación pecuniaria puede llegar a ser considerada patrimonial como medio empleado, más no en el fin que persigue. En resumen, la doctrina otorga una compensación material para lo inmaterial.

1.4.3. Tesis extranjeras

La investigación parte de un análisis histórico como paradigma común y como fracción del derecho romano, lo que es comprensible si se toma en cuenta que Roma legó a las civilizaciones modernas grandes aportaciones en el entorno social, religioso y legal, por lo que se mira la historia romana como punto de referencia cuando se estudia el desarrollo del Estado, el desarrollo intelectual y la proliferación del pensamiento jurídico tuvo gran importancia en las jurisdicciones de corte civil por todo el mundo. Las obras de mayor relevancia, preservadas bajo el mandato de Justiniano, ponen de manifiesto la clara definición del concepto de derecho que tenían los romanos³⁹.

Así pues, por ejemplo, comienzan las Instituciones de Justiniano, que da aportaciones al derecho de daños, pero desde las bases para la consideración del derecho moderno como tal, mas no de una perspectiva de daños como la que tenemos hoy en día, esto debido en parte no a la posibilidad de abstracción jurídica, sino al desarrollo de las ciencias humanas, como la psicológica, o la sociología que en ese momento el conocimiento de la ciencia aún estaba en pañales; sin embargo avances como el concepto general de daño o «damnum», en principio, contempla las ofensas causadas a otro con impacto patrimonial. Bajo la Ley de las XII Tablas se recogían supuestos específicos que constituían daños, basados en la vivencia cotidiana, sin que se estructurara una definición general aplicable a todos los casos.

Más tarde con la aprobación de la *lex Aquilia* se provee uniformidad a la legislación relacionada con los daños y se considera este delito como el ilícito que se configuraba cuando se destruía o se deterioraba una cosa ajena. La aportación de la jurisprudencia y los dictámenes pretorios fueron de gran importancia para conocer el alcance de la acción *damnum iniuria datum*. Para Ulpiano, los casos donde procedía el *damnum iniuria datum* se encontraban presentes los daños patrimoniales, así como aquellas ofensas a la dignidad del *pater familias*.

En la misma línea toca temas en relación al desarrollo del derecho francés norteamericano pero en la intención de alejarnos de estas consideraciones meramente históricas y adentrarnos en la funcionalidad de los sistemas jurídicos, se resalta en su marco doctrinario sobre las consideraciones el derecho francés cuando menciona que con la aprobación de la Ley del 5 de julio de 1985, artículo 31, los franceses confirmaron la clasificación de los daños morales basada en: (1) la porción de la indemnización otorgada con carácter personal; (2) los sufrimientos físicos y morales; y, (3) los daños estéticos y del placer (“d’agrément”).

El sistema de clasificación de daños morales francés es el más estructurado y completo que se ha adoptado en Europa continental. Utilizamos dichas clasificaciones para compararlas con los desarrollos jurisprudenciales y legislativos en las demás jurisdicciones estudiadas, incluyendo la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, la cual carece de un sistema de referencia propio.

También resalta una diferenciación entre el sistema jurídico francés y el sistema jurídico puertorriqueño que se centra sobre la valoración de la distinción del daño cuando dice: “que la

³⁹ Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015), 640.

distinción basada en la duración del daño es propia del sistema francés y no hay referencias de una estructura similar en España y Puerto Rico. La duración del perjuicio en las víctimas es tomada en consideración, pero usualmente en las determinaciones jurisprudenciales no se le adjudica un apellido al daño para reflejar si es de carácter transitorio o permanente”.

Realiza un listado de los tipos de daños en base a su duración, refiriéndose a los temporales, los permanentes y los evolutivos; i) respecto de los temporales menciona Déficit funcional temporero; Sufrimientos acaecidos; Daños Estéticos Temporeros; ii) entre los permanentes menciona, Déficit funcional permanente, Daño moral de amenidad, Daño estético permanente, Daño moral sexual, Daño por incapacidad de contraer nupcias, Daño excepcional permanente; iii) Dentro de los daños morales evolutivos menciona: Daño específico de contaminación; iv) daños morales de víctimas indirectas, daño por ausencia, daño por pérdida de afecto.

Así mismo se resalta que ha especificado los sistemas de valoración en cada uno de los puntos de la tesis, describiendo el sistema de valoración norteamericano como hemos visto a lo largo de este trabajo, en el cual uno de los mayores escollos en el Derecho común norteamericano es la falta de guías o referencias estándares para la valoración de daños no económicos y daños punitivos. Sin embargo, como se señala anteriormente sí existen ciertos parámetros establecidos jurisprudencialmente para asegurarse que las compensaciones por daños punitivos no violen derechos constitucionales.

No obstante, las mismas funcionan en relación a una proporción establecida tomando como base la adjudicación realizada sobre los daños compensatorios. A esos efectos, si la valoración de los daños compensatorios, ya sean pecuniarios o no pecuniarios, es desacertada, la adjudicación de daños punitivos, utilizando la proporción recomendada por los tribunales estará mal estimada.

El fundamento común de la legislación española, estadounidense, y puertorriqueña es el derecho romano, por ello los artículos que se relacionan con la responsabilidad civil extracontractual son tan generales que permiten la inclusión de los daños morales como una nueva categoría del daño. La jurisprudencia de los países estudiados ha sido fundamental en el desarrollo de la figura del daño moral y la interpretación de la norma legal general que sustenta.

Un denominador común son las etapas que ha tenido que recorrer el derecho de reparación de daños que en las legislaciones Norte Americana, puertorriqueña y francesa, ha sido la misma:

La primera: destacada por una negativa total a reparar el daño basándose en el principio filosófico que sostiene que el ser humano no es susceptible de valoración económica por ser fundamentales y de primer rango los derechos que le protegen.

La segunda etapa: aún presente en algunos países y Estados de la nación norteamericana, es que se reconoce la existencia de los daños morales, pero sólo se compensan cuando tienen un impacto en el patrimonio del agraviado o el cuerpo humano y se puede hacer una clara distinción de las categorías de daños morales resarcibles.

La tercera etapa de evolución, es en la que se encuentran España, Francia y Puerto Rico donde no solo se reconocen los daños morales, sino que se establecen mecanismos resarcitorios

para indemnizar a las víctimas del daño moral y se trata de buscar aliviar las consecuencias de los perjuicios directamente relacionados al evento dañoso.

1.4.4. Libros

1.4.4.1. La Acción Civil del daño moral.

Se elige este libro como cita de antecedente debido a dos motivos el primero es que trata de una perspectiva reciente la temática, el segundo es que se trata de una legislatura latinoamericana, en estas latitudes el derecho debe adaptarse la cultura y perspectivas latinas del sistema jurídico, por ello la diferenciación de las indemnizaciones millonarias en los Estados Unidos de América por un accidente sanitario en relación con la comida, a las indemnizaciones paupérrimas que se dan en nuestro país por un accidente de tránsito donde se puede perder la vida, por ellos los sistemas jurídicos obedecen a una realidad fáctica.⁴⁰

Entre los puntos más relevantes de la investigación resalta el fundamento que se le da al daño moral mediante los derechos de la personalidad, expresando que:

- i. Estos derechos, como todo cuerpo normativo, son ideales de convivencia armónica y de desarrollo personal; a su vez, estas cualidades personales “garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales”
- ii. Los derechos de la personalidad como atributos o cualidades más próximos a la persona, lo cual creemos adecuado, porque la ley no puede ser muy laxa en el sentido de proteger a cuanto sentimiento o estado psíquico se le antoje al sujeto, sino que deben considerarse a los que verdaderamente y en forma inmediata lesionen esas cualidades o atributos, y que de cierta forma impidan al sujeto desarrollar sus potencialidades al verse disminuido en sus derechos íntimos.

los derechos de la personalidad son bienes de naturaleza extrapatrimonial o también denominados bienes o derechos morales, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, es decir, un largo catálogo de supuestos que no se pueden reponer, porque no circulan en el tráfico jurídico.

Se señala entre las características de los derechos de la personalidad que los mismos son: Erga, Limitados, Derechos subjetivos privados, Derechos innatos, inherentes y esenciales, Intrasmisibles, irrenunciables e inembargables.

Uno de los aspectos que más se relacionan con la investigación es el quantum de la indemnización como efecto de la reparación por Daño Moral sobre ellos se señalan los siguientes aspectos de relevancia: i) “debe ponderarse, por sobre todas las cosas, su carácter reparador, la gravedad del hecho y los padecimientos soportados por el afectado; ii) el monto dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo sobre todo al principio de equidad, porque tampoco se trata que la parte demandada sufra un demérito considerable en sus bienes, sino

⁴⁰ Lucia Alejandra Mendoza Martínez, “La Acción Civil del daño moral, Instituto de investigaciones jurídicas” (tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2014), 162.

únicamente cubrir los perjuicios agravados; iii) propone un modelo estructural para tener una posibilidad de “medir” al daño moral, el cual primeramente deberá ser evaluado por un licenciado en psicología, mientras que el daño psicológico será evaluado por un médico psiquiatra, y posteriormente se empleará el modelo que a continuación se explica.

Sobre este último punto es que se brinda una estructura general de quantum con tres variantes, de la siguiente manera: “a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica o, a determinados periodos de vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia o de identidad, y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas, todo esto sin duda lo efectuará el perito psicológico; de manera tal que la valoración económica de la lesión moral estará a cargo de distintos profesionales en materia de salud, física y psicológica o psiquiátrica, dependiendo del bien moral transgredido”.

1.4.4.2. Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual.

Se elige este libro como antecedente debido a que doctrinariamente se trata de uno de los libros más completos en materia de daño moral, inicialmente de la investigación se debe destacar la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, la refiere principalmente los daños que dan lugar a responsabilidad civil, la distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales es, sin lugar a dudas, la que ha lanzado mayor relevancia teórica y práctica.⁴¹

Así se pone de manifiesto el hecho de que todos los autores que abordan el tema de la responsabilidad civil de forma más o menos general aluden a la susodicha distinción, al tiempo que muchos de ellos evitan entrar en consideraciones sobre otro tipo de clasificaciones, como la relativa a los daños presentes y futuros o a los directos e indirectos, y cuando se deciden a tratarlas lo suelen hacer de forma meramente superficial.

También dicha autora hace referencia a una evolución histórica, donde resume el reconocimiento secundario de los daños extra patrimoniales, cuando dice: donde se considera la reparación por equivalente se admite sin problemas en relación con los daños patrimoniales, mientras que su admisión con respecto a los extra patrimoniales fue el resultado de una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime, sigue suscitando cuestiones, como la relativa al modo de proceder a su valoración.

La razón de ese inicial rechazo de la reparación pecuniaria de los perjuicios no patrimoniales se basaba en la circunstancia de que, frente a los perjuicios materiales, que son susceptibles de una valoración objetiva sobre la base de criterios de mercado, los daños extra patrimoniales escapan a una valoración directa, ya que los intereses afectados no son, en principio y directamente, traducibles a términos pecuniarios.

De ahí que hayan de buscarse criterios adecuados que hagan posible en cada caso la fijación de la indemnización respectiva, búsqueda que no está exenta de problemas y de discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, Todo lo cual constituye un motivo más para que dicha clasificación de los daños y perjuicios acapare la atención de los autores.

⁴¹ Maita María Naveira Zarra, “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 352.

Especial relevancia adquiere las consideraciones sobre el concepto de daño moral, haciendo recaer el daño sobre un interés humano no económico y jurídicamente protegido, lo caracterizan como aquél que no es susceptible de equivalencia o valoración pecuniaria. Destaca en tal sentido la definición que de perjuicio moral, donde el autor remite a una concepción francesa del daño moral, alegando que “aquél que no se traduce en una pérdida de dinero, porque atenta contra un derecho extrapatrimonial y en principio ” como “aquéllos cuya valoración en dinero no tiene la base equivalencia que caracteriza a los patrimoniales, por afectar precisamente a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria ” por ultimo menciona la lesión a cualquiera de los intereses que se integran en la esfera jurídica personal o extrapatrimonial de los individuos será constitutiva de un daño o perjuicio de naturaleza extrapatrimonial ”.

La referida autora admite la posibilidad de daño moral a raíz de la muerte, y continúa exponiendo la posibilidad de heredar la acción por daño moral, planteando la idea que entre el hecho lesivo y el resultado de muerte existe siempre, por fugaz que sea, un momento apto para que pueda nacer a favor de la víctima un derecho a la reparación del daño moral que la propia pérdida de su vida le causa. Pero la razón que ampara el nacimiento de tal derecho, a nuestro juicio, va más allá del mero hecho de que el evento lesivo sea causa y la muerte.

Continúa a manera conclusiva de su discurso sobre la transmisión del derecho cuando dice que el derecho a la vida es personalísimo y cuando la vida termina, con él termina el dolor que su violación supone. Por esta razón, se entiende que no cabe la transmisión a los herederos del difunto del derecho a reclamar la reparación de un daño que, por recaer sobre un interés inherente a la víctima, sólo a ésta le pertenecía.

1.5. Formulaciones doctrinarias que categorizan el daño moral

Categorizar el daño moral ha surgido sobre diferentes teorías, que han sido y posiblemente lo seguirá siendo una situación jurídica muy debatida y polémica considerando que está íntimamente ligado a los derechos de la persona y de la personalidad, ya que la sociedad es muy cambiante y surgen cambios sociales drásticos, que están vinculados al actuar humano, por lo que hay diferentes enfoques doctrinales sobre ello, teniendo relevancia los de posición negativa y los de categoría positiva.

En este sentido encontramos los diferentes elementos que mayoritariamente componen el daño moral como una construcción teórica que ha evolucionado constantemente y consecuentemente el derecho al reclamo que se formaliza en una indemnización por daño moral, cuando el derecho de reclamo es incoado por una persona natural o jurídica como titular en la legislación salvadoreña.

Desde la perspectiva de los teóricos del derecho en los distintos campos nos permiten conocer las formas como se ha venido categorizando el daño hasta ir perfeccionando los elementos y argumentos que se deben tener en cuenta para cada situación.

Se citan en una especie de adaptación del teorema de Euclides aplicado a las ciencias sociales, se partirá de la división del problema en elementos descomponiéndolo en problemas más

simples: i) el daño moral, y su diferenciación del daño material; ii) los derechos protegidos a las personas; y iii) la indemnización como medio de reparación del daño moral.

1.5.1. Generalidad de daños

Cuando se habla de daño debe comprenderse que hablamos del daño en materia civil. Cualquier concepto general de daños que puede darse no es absolutamente preciso, pues su precisión dependerá del campo del derecho al que se haga referencia cuando se emplee el concepto, aunque en la doctrina suele definirse como: todo menoscabo a los derechos producto de una acción injusta⁴², o como lo menciona la jurisprudencia nacional “Daño da la idea de ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionados a una persona, ya en sí misma, ya en sus sentimientos o sus bienes materiales”.⁴³

La razón por la cual las anteriores definiciones son tan amplias se debe a la inmensa cantidad de formas que existen para causar daños, y un concepto de daños debe poder abarcarlos todos, en lo que se refiere al derecho privado, dado que también existen daños en materia penal (artículo 381 Código Penal), pero su consecuencia jurídica inmediata es una pena; en cambio la consecuencia jurídica inmediata en materia civil es la reparación del daño (artículo 1427 Código Civil).

El daño, legal y doctrinariamente se divide en atención a la naturaleza de los bienes o derechos que se hayan lesionado en dos tipos, que son patrimoniales y morales, según que el perjudicado los sufra en su patrimonio o en su persona, respectivamente, y es en atención a dicha clasificación que se puede dar otra definición de daños “El daño es una lesión a un interés jurídico patrimonial o extra patrimonial (espiritual) ajeno que provoca, respectivamente, consecuencias de carácter patrimonial o extrapatrimonial (espiritual).

En este sentido, “interés” es la posibilidad de que una persona pueda ver satisfecha alguna necesidad mediante un bien determinado y bien”⁴⁴ todo aquello que pueda satisfacer una necesidad humana.

El daño debe ser cierto, realmente existente, lo que excluye los puramente hipotéticos o eventuales, ya que pueden producirse o no⁴⁵, no se hace mayor énfasis en los requisitos para la reparación del daño dado que se tratan en un apartado especial.

El daño indemnizable o reparable no sólo puede ser actual sino futuro, cuando surgirá con posterioridad según racional certidumbre. Por ejemplo, de una lesión corporal se diagnostica que en un tiempo por venir nacerán secuelas que habrán de ser corregidas. Y aquí los Tribunales suelen dejar abierta la ejecución de sentencia, en lugar de fijar como indemnización una cantidad determinada; se condena al responsable al pago de cuantos gastos de curación se hayan irrogado o puedan irrogarse, lo que indudablemente lleva a ejecuciones continuas de la misma sentencia⁴⁶.

⁴² Luis Diez Picazo, Sistema de Derecho Civil Volumen II, (Editorial Tecnos, Madrid-España, 1992), 228.

⁴³ Sala de lo Civil, San Salvador, Sentencia con Referencia: 1675 S.S, del 28 de mayo de 2004.

⁴⁴ Carlos Calvo Costa, Daño Resarcible (Hammurabi, Buenos Aires, 2005), 488.

⁴⁵ Luis Diez Picazo, Sistema de Derecho Civil Volumen II, (Editorial Tecnos, Madrid-España, 1992), 600.

⁴⁶ Ibidem. 600.

1.5.2. Daño patrimonial y daño no patrimonial

Anteriormente se ha acotado que existe una tipología generalmente aceptada entre el daño en atención a la naturaleza de los derechos afectados, esto no siempre fue así pues a los teóricos del derecho que estaban anclados en una larga tradición de pensamiento jurídico basado en el derecho romano no podían concebir tal idea⁴⁷, al contrario fue el resultado de una compleja evolución doctrinal y jurisprudencial y, aunque aceptada hoy de modo prácticamente unánime, sigue suscitando cuestiones, como la relativa al modo de proceder a su valoración.

La razón de ese inicial rechazo de la reparación pecuniaria de los perjuicios no patrimoniales se basaba en la circunstancia de que, frente a los perjuicios materiales, que son susceptibles de una valoración objetiva sobre la base de criterios de mercado, los daños extrapatrimoniales escapan a una valoración directa, ya que los intereses afectados no son, en principio y directamente, traducibles a términos pecuniarios.

De ahí que hayan de buscarse criterios adecuados que hagan posible en cada caso la fijación de la indemnización respectiva, búsqueda que no está exenta de problemas y de discrepancias doctrinales y jurisprudenciales.⁴⁸

Teniendo presente que, de acuerdo con la concepción de los daños que aquí hemos defendido, los mismos recaen sobre intereses humanos jurídicamente tutelados, es posible clasificarlos en función del tipo de interés sobre el que recaen, de manera tal que serán daños patrimoniales aquéllos que afecten a intereses de tal naturaleza⁴⁹, ejemplo de estos son los que comúnmente serían provocados en el incumplimiento de obligaciones contractuales, que afectan directamente el patrimonio como la obligación del comprador de pagar el precio, o del vendedor de entregar la cosa, en los contratos de compraventa.

Mientras que los daños no patrimoniales serán, por oposición, los que recaigan sobre intereses inmateriales del sujeto, como los producidos por la infamia que surge a raíz del cometimiento de calumnias o difamaciones, pero también los provocados por un error médico en una cirugía que deje una secuela estética, recordando que no toda lesión al cuerpo genera automáticamente un delito.

1.5.3. Noción y concepción de daño moral atendiendo a criterios negativos y positivos.

No existe un consenso claro en la doctrina respecto a los elementos que engloban la definición de daño moral, y suelen utilizarse en algunos países términos que son tratados como sinónimos respecto a dicha clase de daños, como el daño no patrimonial, o el daño extramatrimonial, o el daño personal; lo cual es un error, el daño no patrimonial es una clasificación del daño en atención a los intereses o derechos lesionados por la acción humana. El daño se clasificaba entre patrimoniales y no patrimoniales.

⁴⁷ Samantha Gabriela López Guardiola, *Derecho Romano I* (Red Tercer Milenio, México, 2012), 60.

⁴⁸ Maita María Naveira Zarra, “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 52. A ello agregaría que, en el caso de nuestro país, de recia tradición ius positivista el Código Civil no tenía disposición expresa que reconociera los daños de carácter extra patrimonial, esto debido a que tuvo una influencia increíble en el código civil chileno que tampoco los reconocía.

⁴⁹ *Ibidem*. 53.

Dentro de estos últimos, se encuentra una sub clasificación entre daños personales y daños morales, estos últimos se definen como: “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”.⁵⁰

Cuando se define el daño moral puede atender a una descripción positiva o negativa⁵¹, la negativa atiende a una expresión directa de su clasificación como daño no patrimonial, partiendo del supuesto que los daños patrimoniales recaían sobre intereses patrimoniales del perjudicado y son, por ello, susceptibles de valoración económica, por tanto, todo lo que se refiere a los daños no patrimoniales son los que afectan a intereses de difícil valoración económica y, en principio, no ofrecen la base más adecuada para su valoración en dinero.

Sin embargo, su versión inversa son posiciones doctrinales que defienden una concepción positiva del daño moral, la postura más acertada sería optar por la noción más estricta de daño moral, restringiendo tal noción al perjuicio psicológico derivado de la lesión a un bien de la personalidad⁵², tal y como la definición que se dio al inicio que pertenece a esta vertiente positiva para describir el daño moral.

1.5.4. Daños personales y daños morales

La anterior definición fue la dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia provista para el caso “Bulacion Versus Argentina, en el año 2003” más allá de las consideraciones particulares sobre la relación fáctica, “la masacre de una familia”, se resalta que la Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de sufrimiento, miedo, ansiedad, y humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad, inseguridad, frustración, e impotencia.⁵³

La anterior definición corresponde al concepto de daño moral propiamente tal y no al concepto de daño personal, dado que este último, se centra en los derechos de la personalidad describiéndose como: integridad física o moral, al honor, la honra, la libertad, libertad sexual, y otros, es decir, a los denominados bienes de la personalidad.

En tanto que conceptúa el daño moral como aquellos daños que se refieren a la esfera psíquica del sujeto, esto es, a sus sentimientos, afecciones, intranquilidad y similares que resultan lesionados a causa del hecho dañoso.⁵⁴

⁵⁰ Julio Joe Rojas Báez, La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos, (Estados Unidos, Amérián University International Law Review, 2010), 109.

⁵¹ María Dolores Moreno Marín, “El daño moral causado a las personas jurídicas”, (Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Universidad de Córdoba, España, 2016), 16.

⁵² Ibidem. 16.

⁵³ Julio Joe Rojas Báez, La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos, (Estados Unidos, Amérián University International Law Review, 2010), 109.

⁵⁴ Maita María Naveira Zarra, “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 82.

Esta clasificación ha sido muy exhaustiva respecto de los derechos que contempla que son objeto de lesión, y es una de las más representativas que corresponde a una cultura jurídica más avanzada ya que se dio debido a una conveniencia pedológica para efectos de la indemnización en Italia.

Posteriormente se trasladó la clasificación a la legislación española⁵⁵ donde se replanteó la cuestión en torno a la clasificación distinguiendo entre daños corporales y daños morales, cuando en realidad la clasificación atiende al fundamento adoptado para otorgar la indemnización o reparación.⁵⁶

A diferencia de estos países europeos que optaron por una sub clasificación de los daños extrapatrimoniales, la actual Ley de Reparación por Daño Moral en su artículo 2 da una definición de daño moral, porque la misma ha optado por una descripción negativa, que parte de la clasificación principal entre daños patrimoniales y no patrimoniales, cuando dice: “Se entenderá por daño moral cualquier agravio derivado de una acción u omisión ilícita que afecte o vulnere un derecho extrapatrimonial de la persona.”

1.5.5. Fundamento del Daño Moral

La dificultad encontrada para brindar una definición de lo que debe comprenderse por daño moral, obedece a una diversidad terminológica no sencillamente anecdótica (a manera de recuento de las concepciones tenidas del concepto desde el siglo pasado) pasando por una serie de concepciones que inundan cada sistema jurídico operante en cada país, pero la definición sin duda atiende al contenido, y el contenido de una institución jurídica viene dada por su fundamento, lo que varía según el sistema de valores imperante en cada país para generar una legislación, así en los sistemas de herencia romano-germánica España, Chile, Argentina, México⁵⁷ o El Salvador, se le denomina “daño moral”, y siguiendo la nomenclatura francesa que en contraposición al daño material también coloca el moral.

En cambio, Italia, le denomina daño no patrimonial, en Alemania sería el daño inmaterial o daño no pecuniario (pecuniary loss⁵⁸). Ahora cada definición comprende un supuesto más amplio en tanto más contenido protector tenga el daño moral para su indemnización, es decir su fundamento, y esto no ha cambiado para nuestro país.

No puede decirse con certeza cuál debe ser el fundamento del daño moral, pues no existe consenso doctrinario del fundamento del daño moral, sin embargo, generalmente se acepta que son

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Fusades, “La inminente y compleja tarea de regular el daño moral en El Salvador: aspectos a tener en cuenta”, *Revista de Estudios legales de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social*, Numero 175: 2015, 4. Existe algún consenso doctrinario de que el fundamento del daño moral son los derechos de la personalidad o los derechos humanos, Estos derechos merecen extensos estudios, pero diremos aquí que son poderes otorgados a las personas que les permiten proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades.

⁵⁷ Carmen Domínguez Hidalgo, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 25 número 1, Chile, 1998: 40.

⁵⁸ Ibidem

los derechos de la personalidad.⁵⁹ Estos derechos merecen extensos estudios, pero la naturaleza de la investigación exige que no se desvaríe a tales orbitas, por lo que diremos preliminarmente que son poderes otorgados a las personas que les permiten proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades.

Ahora la Ley de Reparación por Daño moral, establece en su artículo 3, literal a), “se tendrán como causas para la reparación del daño moral...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” Ante ello debe darse una descripción de que constituyen ambos derechos, lo que se describe a continuación:

1.5.5.1. Los derechos de la personalidad como fundamento del daño moral

Los derechos de la personalidad “son aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad. Constituyen un núcleo fundamental”⁶⁰; además estos derechos no pueden encontrarse dentro de los sujetos que integran la relación jurídica, es decir ni en el sujeto titular ni en el sujeto obligado, “sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico”⁶¹, ejemplo de estos derechos son el honor, la intimidad, el patrimonio, la identidad, entre otros que también son patrimonio de las personas jurídicas.

Una crítica que puede hacerse al daño moral como menoscabo a los derechos de la personalidad, o como una “modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir” debe necesariamente indemnizarse, ha sido producto de la propia sensibilidad ante el dolor ajeno, que dicha lesión pone de manifiesto, pues la reparación se concede por una valoración que desde su origen está basada en una perspectiva emocional, se indemniza por el solo quebranto de los referidos atributos de la personalidad, con independencia de si produzcan o no una repercusión física o psíquica⁶², o es que acaso se puede dudar de que la muerte de un hijo produzca dolor al padre.

Los derechos de la personalidad presentan ciertas características, de las que se puede resaltar seis: 1) frente a todos, todos están obligados a respetarlos y se puede ejercer la acción protectora o resarcitoria contra cualquiera que los afecte; 2) limitados, dado que el ejercicio de cualquier derecho tiene límites claros, aun los que tienen clara índole individual como el patrimonio, pues este está limitado por su función social; 3) subjetivos privados, son lo contrario a los derechos subjetivos públicos que están plasmados en la constitución; 4) innatos, inherentes y esenciales: son innatos porque se originan o nacen de la propia naturaleza humana o de la personalidad jurídica; inherentes por que los titulares del derecho no puede separarse del mismo y, esenciales, porque son condiciones mínimas del desarrollo humano; 5) intransmisibles,

⁵⁹ Fusades, “La inminente y compleja tarea de regular el daño moral en El Salvador: aspectos a tener en cuenta”, *Revista de Estudios legales de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social*, Numero 175: 2015, 3-4.

⁶⁰ Lucia Alejandra Mendoza Martínez, “La Acción Civil del daño moral”, Instituto de investigaciones jurídicas (tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 25.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Carmen Domínguez Hidalgo, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 25 número 1, Chile, 1998: 42.

irrenunciables e inembargables; 6) bienes morales no patrimoniales⁶³, no pueden traducirse en un valor pecuniario, es decir en dinero.

1.5.5.2. Derechos humanos como fundamento del daño moral

Hablar de derechos humanos conllevaría adentrarnos en uno de los campos más bastos del derecho y que más relevancia ha cobrado durante las últimas décadas, y como es sabido el tema de derechos humanos puede abordarse desde varias ciencias, y no solamente desde la jurídica.

Así, una definición de derechos humanos que no obedezca a los campos de los saberes parciales con los que puede ser estudiado, como lo es la politología, la antropología, o la sociología, sería la siguiente: “son derechos humanos aquellos derechos⁶⁴ morales/ jurídicos que corresponde inevitablemente a todos⁶⁵ los seres humanos en cuanto dotados de estatus⁶⁶ de persona”, una clásica definición utilizada en la ciencia jurídica podría ser, “Los Derechos Humanos son un conjunto de libertades públicas que tienen los seres humanos, sin distinción de ninguna índole, que les permite luchar por alcanzar su fin trascendente en armonía de su dignidad, innata, con la de las otras personas, bajo el reconocimiento del Derecho y con el respeto del poder político.”⁶⁷

Para concluir y no perderse en la incógnita de a qué viene tanto andamio conceptual para el fundamento de daño moral, o qué importancia tiene resaltar cual es el fundamento del daño moral que debe aceptarse, se aclara que si se opta por fundamentar el daño moral en los derechos de la personalidad esto significaría admitir el daño moral en las personas naturales y jurídicas, pues las personas jurídicas cuentan con algunos aunque no todos los derechos de la personalidad⁶⁸, contrario a lo que sucede con los derechos humanos pues estos solo son para las personas naturales, y no para personas colectivas construidas mediante una ficción jurídica, pero si se opta por fundar el daño moral en los derechos humanos, se excluye de los mismos a las personas jurídicas, y se sustenta en una base mucho más efectiva que los derechos de la personalidad, pues estos últimos tienen como requisito constar por escrito⁶⁹; en cambio los derechos humanos no necesitan estar positivizados, en ningún texto legal para ser plenamente efectivos.

⁶³ Lucia Alejandra Mendoza Martínez, *La Acción Civil del daño moral*, Instituto de investigaciones jurídicas (tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2014), 28-29. Estas seis características pueden variar, o ser desarrolladas con mayor rigor extendiéndose y sub dividiendo cada una, su explicación mediante seis características esenciales no dependiendo de una concepción ius-filosófica, sino de una conveniencia metodológica para su comprensión.

⁶⁴ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, (Argentina, Editorial Astrea, 1989), 12. Cualquier expectativa positiva de prestación o negativa de no lesión,

⁶⁵ *Ibidem*, Compréndase como categoría de igualdad o principio de no discriminación,

⁶⁶ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1983). Este status o condición del sujeto al ser recocado por el estado, claro paradigma de ello es el artículo 1 de la Constitución de la República.

⁶⁷ Francisco Escobar Pacheco, “Jurisprudencia Constitucional en la nueva Constitución política del Estado”. *Revista constitucional*, No. 112, Vol. I, (2009): 24.

⁶⁸ Eduardo de la Parra Trujillo, “Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales” (España, Universidad Iberoamericana, 2001), 156.

⁶⁹ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, (Argentina, Editorial Astrea, 1989), 16. A ello le agrega Nino “hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos”.

Por lo tanto, derechos que sean producto de la evolución de la realidad social quedarían ya adoptados por la amplia cobertura de los derechos, humanos tal es el caso del derecho a un medio ambiente sano, o el derecho al agua.

1.5.5.3. Reparación por daño moral

Establecida la responsabilidad por un daño moral, se genera la obligación de repararlo, y esta consecuencia jurídica es lo que dota de sentido a todo el recorrido de la relación doctrinal de situaciones y fundamentos que se explicaron anteriormente, por lo que se hace preciso proceder al examen de la consecuencia o efecto que se deriva de la operatividad de esta institución jurídica, consecuencia o efecto que se concreta, a tenor de lo prescrito en las leyes positivas, de las que nace la obligación de reparar el daño moral, las cuales son: el artículo 2 de la Constitución, Art. 2080 del Código Civil, artículo 2 inciso segundo, 3 y 7 de la Ley de Reparación por daño Moral.

No se pretende llegar a la discusión estéril sobre si debe o no indemnizarse el daño moral⁷⁰, dicha discusión está superada dado a que en nuestro país se ha emitido una ley, la cuestión ahora es como debe hacerse, que pautas o principios deben seguirse para su indemnización; al respecto existen principios que operan a un nivel jurídico continental, sobre los cuales la doctrina apoya mayoritariamente los siguientes:

1. Principio de reparación integral: se dirige a lograr la más perfecta equivalencia entre los daños padecidos y la indemnización obtenida por el perjudicado, de manera tal que éste quede colocado en una situación los más cerca a aquella situación jurídica en la que se encontraría si el hecho nunca hubiera existido.⁷¹
2. Principio de apreciación subjetiva o concreta de la medida de reparación: cuando se debe establecer una medida de la reparación, es necesario considerar dos criterios diferentes: un criterio objetivo⁷², que se basa en que la medida de la reparación se satisface con la compensación, y un criterio subjetivo que está orientado a garantizar la reparación o resarcimiento de los perjuicios inmateriales o ambos por medio del goce o restablecimiento que se persigue a través de la medida que se aplique a efecto de reparar las consecuencias que la infracción le produjo ya pueden ser medidas de restitución o rehabilitación según lo amerite el caso ya que debe tomarse en cuenta las condiciones personas y sociales de la víctima antes de ocurrir el acto dañoso y posterior a ello, entre otras.
3. Principio Resarcible: Otro elemento integrante de la reparación integral es la valoración del daño para que sea resarcible, tomando en cuenta la medida del daño, para cuando llegue

⁷⁰ Borda Guillermo, *Tratado de derecho civil obligaciones* (Argentina, Abeledo Perrot, 1998), 172. Los argumentos principales son los siguientes: a) Es inmoral poner un precio al dolor, especular con los sentimientos, exigir el pago en dinero contante y sonante de sufrimientos o agravios que están más allá de toda consideración económica; la vida de los tribunales demuestra casos repugnantes de personas que pretenden lucrar con la muerte de la madre o de un hijo; b) Implica un enriquecimiento sin causa en favor del agraviado, que no ha sufrido perjuicio alguno en su patrimonio; c) El perjuicio moral no es mensurable del punto de vista económico. ¿Cuánto vale el dolor que sufre un padre por la muerte del hijo, cuánto el dolor físico que ocasiona una herida?

⁷¹ Maita María Naveira Zarra, "Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual" (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 161-172.

⁷² *Ibidem*, 161-172.

el momento del ⁷³ acuerdo transaccional o que el juzgador dictará la sentencia respecto a la responsabilidad, ya que en el transcurso de ocurrencia del hecho antijurídico y la fijación de la medida reparatoria en el fallo, pueden ocurrir variaciones, en las consecuencias del perjuicio tanto intrínsecas como extrínsecas del daño.

Para ello es que surgieron las reglas de valoración por la posible modificación del daño y no llegar a un resarcimiento injusto tanto para la víctima como para el responsable de la indemnización.⁷⁴ Dichas modificaciones deben guardar relación causal entre el acto del daño y el momento de su juzgamiento final.

En forma de conclusión y por los aportes antes relacionados en atención a los doctrinarios más recientes con estudios analíticos en la materia de daño moral, se trae a cuenta el aporte expuesto por el Argentino Alejandro Alberto Fiorenza, con el tema “El daño Resarcible” entre lo que menciona llama la atención la parte que cita: que en efecto se ha dicho que “la doctrina tradicional entiende que el daño se configura con la lesión a un derecho subjetivo patrimonial, generando daño patrimonial o extrapatrimonial generando daño moral.

Por lo cual para esa doctrina únicamente “habrá daño cuando se lesione un derecho subjetivo del damnificado, entendido este como la atribución o prerrogativa que tiene el sujeto de exigir de otro o de otros una determinada conducta para satisfacción de un interés jurídicamente tutelado”⁷⁵

Sintetizan los seguidores de esta teoría que el daño no puede ser concebido como la lesión a un interés cualquiera, de hecho, sino que este debe ser jurídico, es decir que debe encontrarse expresamente tutelado por la ley. Descartando así la posibilidad de reclamar si el interés no está plasmado en una norma jurídica.

La simple lesión a un bien no es daño en sentido jurídico, sino en sentido naturalístico; si el bien sobre el cual recae la lesión física no satisface un interés humano, no existe daño jurídico. Consideramos que esta posición se pondera como muy estricta o taxativa dicha concepción, pero siempre que se fundamente como un daño que lesione un derecho humano o un interés jurídicamente tutelado, como derecho fundamental, ya sea en perjuicio de la persona natural o jurídica, será suficiente para tener por legitimado el derecho para buscar la protección judicial en una acción autónoma de daño moral, y sin que se tenga el perjuicio que se busca un beneficio injusto o enriquecimiento económico deliberado.

Con esta posición se comparte, aunque la Ley de Reparación por Daño Moral, no lo regula en forma expresa, pero están los principios constitucionales que son de cumplimiento obligatorio para justificar el derecho lesionado, la indemnización por daño moral, ya que hoy en día en materia de daños se le da relevancia a la persona y no al sujeto causante del agravio o ilícito civil de daño moral. Con este nuevo paradigma es que se tratará el daño moral tanto en la persona natural como

⁷³ Ibidem, 161-178.

⁷⁴ Maita María Naveira Zarra, “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 161-179.

⁷⁵ Silvina del Carmen Furlotti Moretti, “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. *Revista el Derecho*, N°14.362. (2020), 1.

jurídica, de lo cual carecía la legislación nacional en materia de derecho privado como se verá más adelante.⁷⁶

1.6. Antecedentes De La Regulación Del Daño Moral En El Salvador

1.6.1. Antecedentes jurídicos

El Estado de derecho implica un orden en que todos los miembros de una sociedad se sometan a determinadas leyes⁷⁷, incluidos los gobernantes que intervienen en la creación de dichas leyes, para ello deben someterse a una ley suprema o Constitución.

Precisamente este apartado trata de ese orden que es jurídico normativo, haciendo una relación de todas las disposiciones legales que regulan la indemnización por daño moral, y no solo de la actual Ley de Reparación por Daño Moral, y por motivos de orden debe partirse de la Constitución, y continuarse con la legislación nacional, y por ultimo mencionar los tratados internacionales, que incluso antes de la vigencia de la Ley de Reparación Por Daño Moral, ya reconocía la existencia del daño moral y su indemnización, mediante sentencias emitidas por distintos tribunales internacionales.⁷⁸

1.7. Antecedente Constitucional

1.7.1. Constitución de la Republica

Como toda investigación jurídico normativa debemos partir de una premisa constitucional, para nuestro caso es en el artículo 2 Constitución que dispone: “Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”; de ello pueden plantearse al menos cuatro dudas, que por su complejidad y profundidad, solo se pueden escasamente plantear y responder tres: ¿Por qué desea el legislador constituyente ordenar la protección del daño moral?; ¿Qué ha querido el constituyente que se comprenda por daño moral?; aclarado ello cabe preguntarse, ¿por qué delega esta función a “la Ley” y si la actual ley que lo regula ¿recoge los parámetros dados por la constitución?.

Lo anterior comprende mucho más de lo que puede sintetizarse para este tipo de investigación, sin embargo, se procede a dar las siguientes respuestas: el motivo tras la protección del daño moral, es la finalidad de las normas jurídicas en el ámbito constitucional, que se entienden orientadas a la realización de la convivencia nacional y la construcción de una sociedad más justa.⁷⁹

Por ello ante la existencia de la lesión o vulneración de una serie de derechos que no son estrictamente materiales, o que cuyo menoscabo no puede ser dirigido contra un objeto físico, es decir muebles o inmuebles, sino contra estados o valores esenciales de la vida humana que son por naturaleza inteligibles, como el honor, la dignidad, o la auto imagen, por ello tuvo a bien el

⁷⁶ Carmen Domínguez, “El daño moral en el derecho chileno: panorama General”. *Revista de la Universidad Católica de Chile, Chile*, (2006): 693.

⁷⁷ Weber. Max Weber, *Economía y Sociedad*, (Fondo de Cultura Económica, España, 2002) 41-42. Este concepto ha sido sometido a variaciones, pero aún no se pierde las nociones dadas por un clásico de la sociología como

⁷⁸ Ley de Reparación por Daño Moral, (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1983) esto sería la sentencia provista en el caso de “La Masacre del Mozote” en 2012 tres años antes de la aprobación de la donde se condenó al estado de El Salvador al pago de daños inmateriales.

⁷⁹ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de EL Salvador, 1983). Dicha finalidad se encuentra plasmada en el preámbulo de la Constitución.

constituyente verse influenciado por una corriente de pensamiento más humanista que cimentó las bases para reconocer este tipo de daños.

Los parámetros de lo que el constituyente ha querido que se comprenda por daño moral no pueden extraerse del fragmento del texto antes citado, sino del conjunto de valores constitucionales, que se traducen en normas jurídicas y en un determinado fundamento constitucional⁸⁰, que mediante los caracteres de supremacía constitucional⁸¹ y fuerza normativa de la constitución⁸², deben hacerse valer mediante una interpretación íntegra de la misma y solo mediante ese mecanismo interpretativo es que puede extraerse el concepto de daño moral que en la Constitución como ley suprema ha querido reconocerse.

El motivo tras la delegación a la ley secundaria, es porque no es posible en un cuerpo con limitado número de mandatos generales y derechos fundamentales, entrar a definir plenamente un concepto que debe desarrollarse ampliamente como institución jurídica dentro de la legislación, y es la Asamblea Legislativa como órgano constitucionalmente establecido la encargada de proveer a la sociedad del adecuado marco jurídico, con un margen de acción que le permite escoger el contenido de las leyes, entre el número de alternativas y opciones válidas constitucionalmente⁸³, a esto es a lo que se le llama legislar.

1.7.2. Código Civil

Nuestro Código Civil, en su Libro IV, título primero determina que las obligaciones nacen de los “contratos, de los cuasi contratos y de los delitos y cuasi delitos”, de manera indirecta reconoce que las obligaciones pueden nacer de los hechos, pues los delitos son hechos jurídicos, al hablar de delitos y cuasi delitos nos remite indirectamente a esta fuente de la obligación que según el artículo 2065 de dicho cuerpo normativo es un hecho ilícito cometido con dolo, y que según el título XXXV que en su artículo 2080 establece: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”⁸⁴, determina que por “todo daño” sin diferenciación alguna sobre si es material o inmaterial a diferencia de otros artículos, por lo que es por dicha frase por la que puede determinarse que por delitos y cuasi delitos si existe indemnización por daño moral dentro del Código Civil, esto abre la puerta únicamente a la indemnización por daño moral de tipo extracontractual.

Para este tema de estudio, hacer referencia a la nulidad implícita que es regulada en materia civil en el art. 1316 del Código Civil Salvadoreño⁸⁵ pues establece los requisitos para que todo acto o declaración de voluntad sean válidos, los cuales son: capacidad, consentimiento libre de vicio, objeto lícito y causa lícita. En cuanto a los vicios que puede adolecer el consentimiento, se establecen en el art. 1322 CC los que pueden ser error, fuerza y dolo; a partir del art. 1323 al 1326

⁸⁰ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 53-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 23 de enero del 2015).

⁸¹ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 18-2001 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 14 de octubre del 2015).

⁸² Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 18-2001 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 14 de octubre del 2015).

⁸³ Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia, sentencia marcada con referencia: 104-2015, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 25 de noviembre de 2015).

⁸⁴ Código Civil D.L del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N. ° 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

⁸⁵ Código Civil D.L del 23 de agosto de 1859, publicado en el D.O. N. ° 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

CC, se desarrollan cada uno de los vicios en el consentimiento, estos actos al ejecutarse en contra, también pueden causar daño moral al que los sufre y le asiste el derecho a reclamar indemnización, incluso contra el Estado cuando quien interviene es un funcionario público.

1.7.3. Código Penal

En materia penal, se establece la responsabilidad Civil por daño moral, siempre y cuando exista condena por el ilícito penal, pero siempre que dentro del proceso se haya alegado y probado la misma, así como su cuantificación, o monto económico en que se debe satisfacer al que se debe o tiene la calidad de víctima, lo importante es que se prevé para la persona que sufre el perjuicio material, que tiene derecho a ser reconocido en el daño inmaterial y la ley le establece la reparación moral por la afectación sufrida como consecuencia, la cual se debe ser cumplida por parte del imputado.

Dicho Artículo al tenor dice:

Art. 115 del Código Penal vigente⁸⁶, Consecuencias Civiles, 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 los daños materiales y morales.

1.7.4. Código de Familia

El derecho de familia es un referente básico de nuestra legislación que en materia de reparación de daño moral existe, desde el enfoque de los principios filosóficos, reconoce la unidad de la familia, la igualdad de derechos de los hijos y de la mujer, puesto que está inspirado por una corriente renovadora que ha sido impulsada por factores sociales de la realidad cultural. “Se ha afirmado que las normas del Derecho de familia tienen carácter moral, pues en ningún otro campo influyen como en este la religión, la costumbre, y la moral.

De la ética, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia, apropiándose y transformándolos en derecho de familia. En base a la filosofía del derecho de familia el Estado interviene para fortalecer los vínculos, garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar mejor el organismo familiar y dirigirlo a la consecución de sus fines.⁸⁷

Concretamente el derecho a la indemnización por daños morales se encuentra presente en el Código de Familia en los siguientes casos:

En el caso del artículo 63 ordinal 5, al referirse a los bienes de propiedad privada de cada cónyuge en el régimen de comunicad diferida, cita como de propiedad exclusiva de cada cónyuge la indemnización por daños morales que le son abonados, por lo que dichas indemnizaciones no pueden ser objeto de repartición al disolverse el régimen.

⁸⁶ Código Penal de El Salvador, Decreto N° 1030, Diario Oficial N° 105 Tomo 335, fecha de Emisión 26/04/1997, Fecha de Publicación 10/06/1997.

⁸⁷ Comisión coordinadora para el sector de justicia. Documento base y exposición de motivos del Código de Familia. 1° Ed. (El Salvador, Unidad Técnica Ejecutora U.T.E, 1994) 294.

Dicho artículo al tenor dice:

“Son de propiedad exclusiva de cada cónyuge los bienes siguientes: 5o) Las indemnizaciones por daños morales o materiales inferidos en su persona o en sus bienes propios”

En el caso del artículo 122, donde concede el derecho a los declarados convivientes a reclamar las indemnizaciones por daños “morales y materiales”, que hubiere sufrido a consecuencia de la muerte de la persona que ha estado unida extra-matrimonialmente conforme lo indica el art. 118 de dicho cuerpo normativo.

Dicho artículo al tenor dice:

“En caso de muerte, el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por los daños morales y materiales que hubiere sufrido.”

En los casos de nulidad del matrimonio según el artículo 97, en la que una vez declarada la nulidad y esta fuere provocada por uno de los contrayentes, lógico es que cause cierto dolor o resentimiento, y aun que se frustre un determinado plan de vida, en similar aunque no idéntica redacción, lo señala el Código Civil Español⁸⁸, que establece “quien cuando en la relación anulada, el cónyuge que de buena fe ha contado el matrimonio tendrá derecho a indemnización”.

Dicho artículo al tenor dice:

“El contrayente que resultare culpable de la nulidad del matrimonio, será responsable de los daños materiales o morales que hubiere sufrido el contrayente de buena fe”. Así mismo se ha determinado en el art. 150 inc 2°, el derecho a una indemnización por daño moral y material a favor de la madre y el hijo, la cual es pagadera por el padre; aunque hay un vacío en cuanto a reconocer tal derecho al padre en caso contrario, sobre la cual no existe regulación en dicho cuerpo normativo, en la que se regule el derecho a una indemnización de carácter moral a favor del hombre en caso de perjuicio a sus intereses.

Dicho artículo al tenor dice:

“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.”

1.7.5. Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia (LEPINA)

Los niños y niñas son personas completamente dependientes y sujetos de derechos, que no puede continuar rigiéndose por leyes que regulen relaciones jurídicas de carácter privado como el Código Civil- y que se adecuen a esta tutela reforzada, cuestión que ya no es posible con el Código de Familia, por ello y en virtud del Artículo 34 de la Constitución es que existe esta ley especial, y no resulta extraño que la misma regule temas como el Daño Moral.

Es así que dentro de la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, en su título segundo, del capítulo primero, dentro del supuesto de protección al maltrato en su artículo 38⁸⁹

⁸⁸ Código Civil, España, Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en la gaceta, número 206, de 25-07-1889. Entrada en vigencia 16-08-1889.

⁸⁹ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, (El Salvador: Decreto Legislativo número 839, 2009).

dispone de la manera siguiente: “Se entiende por maltrato, toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado, cualesquiera que sean los medios utilizados.”

Tomando en cuenta que la Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia, se aprobó cinco años antes de la entrada en vigencia que la nueva Ley de Reparación por Daño Moral, por lo que debe reconocerse su novedosidad al incluir en su descripción de maltrato más que los daños materiales, siendo de gran utilidad para deducir en los casos de abandono, o de pérdida de la autoridad parental, responsabilidad por daño moral causados a los menores, bajo una ley y en una jurisdicción especializada en este campo especial del Derecho de Familia, por lo que en los casos de maltrato a un niño, niña y adolescente que encaje dentro del ámbito de protección de la ley, deberá regirse por la Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia y no por la Ley de Reparación por Daño Moral, según el artículo 21 de esta última.

1.8. Antecedentes Convencionales Internacionales

1.8.1 Tratados y convenios internacionales

En este apartado debe mencionarse los instrumentos internacionales que contienen disposiciones que regulan en materia de daño moral, para efectos de responsabilidad internacional, y para efectos de responsabilidad frente a particulares, remarcando que según nuestra Constitución al celebrar un convenio este se vuelve Ley de la República, al respecto el art. 144 CN reconoce que: “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados u Organismos Internacionales se convierte en ley de la República”; recordando que cuando se interprete un tratado dentro de la presente investigación, se estará realizando bajo los métodos y técnicas previstos en la Convención de Viena, y en aplicación de los principios jurídicos que rigen en materia internacional, y no bajo los métodos y principios que rigen en la ley nacional.

1.8.2. Convención Americana de Derechos Humanos.

Por la naturaleza misma de los derechos humanos, como derechos morales, debe intuirse que su reconocimiento es base para fundamentar la indemnización por Daño Moral, por ello no resulta extraño encontrarlos con disipaciones que hagan mención de indemnizaciones por daños inmateriales, cambiando el paradigma legislativo, así también alcanza el campo de la Jurisprudencia al fundamentarse en el Derecho Internacional, especialmente en el diseño de las medidas de reparación en cohesión a lo previsto en el Art. 63.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, lo que mueve a considerar que dicho alcance es el fruto del esfuerzo realizado por un largo tiempo por los diferentes sectores involucrados directa e indirectamente.

1.8.3. Declaración Universal de Derechos Humanos

Al igual que el instrumento anterior este revierte de vital importancia, surgido en el margen de la pos-guerra, venía revestido por toda aquella corriente de pensamiento ius-humanista, que dio la pauta para la creación de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁰, en su art. 1 que dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” con relación al art. 7 DUDH, que establece: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a

⁹⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos (El Salvador: Decreto Legislativo número 27, 1979).

igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”; y el art. 2 Declaración Universal de Derechos Humanos determina que toda persona tiene los derechos y libertades establecidos en la Declaración sin distinción de sexo, en razón de esto se puede relacionar con el derecho que tiene todo individuo sin distinción alguna a ser indemnizado por daño moral⁹¹.

1.8.4. Convención sobre los Derechos del Niño

Establece que el niño o niña necesita protección y cuidados especiales, debido a su falta de madurez física y desarrollo psicológico, incluso la debida protección legal, desde el momento de la concepción como al nacer. En relación con el problema investigado se encuentran las disposiciones de los arts. 7 y 8 Convención sobre los Derechos del Niño⁹², referente a los derechos del niño desde su nacimiento, entre ellos: al nombre, a la nacionalidad, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos; del mismo modo existe la obligación de los Estados de respetar el derecho del niño para preservar su identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.⁹³

En especial se hace mención que el artículo 8.4 de la referida Convención establece que: “Los Estados Parte asegurarán que todos los niños víctimas de los delitos enunciados en el presente Protocolo tengan acceso a procedimientos adecuados para obtener sin discriminación de las personas legalmente responsables, reparación por los daños sufridos.” no haciendo distinción de daños materiales o inmateriales, por lo que se entiende que se reconoce la reparación por ambos.

1.8.5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

La legislación sobre protección de los derechos de la mujer contiene bastos actos que producen daño y son una base robusta para el caso en estudio, así encontramos la normativa internacional.

La denominada “Convención de Belem Do Pará⁹⁴, en su art. 7 literal G establece: “Los Estados partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente, “literal g) establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”. Observándose que la Convención no hace referencia a si reconocer la reparación de daño material o moral, por lo que en aplicación del principio pro homine, debe dársele máxima eficacia al derecho de reparación por el daño, reconociendo la reparación de ambos tipos de daño.

⁹¹ Art. 2 DUDH Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

⁹² Convención sobre los Derechos del niño (El Salvador: Decreto Legislativo N°. 487, 1990).

⁹³ Ibidem. Art. 8 Convención sobre los Derechos del niño. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

⁹⁴ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer denominada Convención de Belem Do Para (El Salvador: Acuerdo No 747, 1995).

CAPÍTULO 2

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE PROTECCION A LA PERSONA POR DAÑO MORAL

2.1. Introducción

Al hablar del derecho a reparación por daño moral, necesariamente hay que remitirnos a la Constitución de la República, ya que esta contiene el marco regulatorio de los derechos fundamentales relativos a la persona, y dentro de su tutela se encuentra tal derecho, hablar de derechos fundamentales es un tema metajurídico, el cual forma parte de un conjunto de derechos y garantías diseñadas para la tutela integral del sujeto en sociedad, por lo que para alcanzar el mandato de protección se relaciona con la política, y otras ciencias por lo que se tiene que ver desde la óptica jurídica, tanto en las instituciones que lo crean, como a las normas que se derivan de la misma.

Por ello es que partiremos refiriéndonos a los derechos fundamentales, pero como estos son derechos positivados, emanados de los derechos humanos que emergen exclusivamente para la persona humana, que se desarrollan dentro de un estado organizado.

Como sabemos nuestra sociedad se rige por un Estado democrático de derecho, el cual llegó a consolidarse con posterioridad a diferentes luchas y movimientos que demandaban condiciones para una vida mejor, es así que hoy en día tenemos un sistema organizado de derecho, el cual se materializa por medio de una constitución⁹⁵ donde se regulan principios y derechos para la protección de sus ciudadanos, el cual ha llegado a establecer un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico, teniéndose impregnado también del contenido de los derechos humanos, que son regulaciones de corte internacional con los límites de no contradicción de la norma interna, por lo que es importante referirnos un poco a la protección que se relaciona a favor de la persona y sus derechos.

En este nuevo paradigma es que se enmarca la Constitución de la República de El Salvador, del año de 1983, en ella se reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado y está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común, con el afán de disponer de la justicia social, por estar considerado como parte fundamental de la sociedad, y previendo su desarrollo en forma individual, familiar, colectiva y económica, estableciendo también la obligación del Estado de darle protección, y previendo la naturaleza vulnerable que tiene de la vida en sociedad.

Consecuentemente este cambio de paradigma jerarquiza la posición del individuo con base a los derechos de la dignidad humana⁹⁶ entre sus pares y del poder estatal mismo, en el ejercicio de sus derechos y libertades, como ya se dijo este sistema organizado del Estado en relación de los derechos y garantías fundamentales, es el resultado producto de fuertes y constantes luchas y movimientos sociales, que se han vivido en el mundo, y se ha gestado una cultura de los derechos humanos, para vivir una vida diferente, con calidad de ser humano y lo que le sustenta y rodea, por lo que vale la pena citar algunos de los movimientos sociales o fases históricas que han

⁹⁵ Decreto N°38 del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N°234, de fecha 16 de diciembre, y entro en vigencia hasta el 20 de diciembre ambas de fecha de 1983.

⁹⁶ Gonzalo Aguilar Cavallo, "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?", *Revista Scielo*, nueva serie, año XLIII, núm. 127, (2010):15-71.

formado las bases de lo que nos permite estar dentro de un mundo que ha transformado a las políticas sociales entre ella tenemos:

2.1.1 Fase Primera de los Derechos Humanos

Para llegar a tener el reconocimiento y el goce de lo que hoy conocemos como el respeto de los derechos fundamentales, se han combatido previamente drásticas revoluciones, habiéndose marcado como el vértice de las mismas en el ciclo generacional del surgimiento de las luchas entre la burguesía y el Estado Absolutista, así también se tiene el lema de la Revolución Francesa, igualdad, libertad y fraternidad, del siglo XVIII, en estos tres principios. Basados en el derecho de la libertad, y en el iusnaturalismo que se han esquematizado como los derechos de Primera Generación.

Derechos que son buscados y conquistados con la revolución, pero en contraposición del pasado rompiendo las prácticas sociales e institucionales sin fomentar la doble dimensión del privilegio y el particularismo, estando a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos naturales e individuales y la soberanía de la nación.⁹⁷

Por tales avances es que la Revolución Francesa, marca un punto importante de partida para la consideración de los derechos fundamentales, la cual se caracteriza por que el individuo se convierte en el centro como sujeto único de derechos dentro del ordenamiento jurídico, y esto es por la influencia de la doctrina individualista y por otra parte está el estatalismo, que consiste en que el estado es la condición para la creación de los derechos y libertades de los individuos.

Con tal revolución se logran los mejores beneficios de la época a favor del pueblo, por alcanzar la afirmación de los derechos individuales, por consolidarse los derechos naturales del individuo y la soberanía de la nación, ya que además se consolida la autoridad soberana del legislador, quien con el instrumento de la ley se regulan los derechos individuales y a la vez quien por el mismo instrumento no puede lesionar tales derechos y libertades reconocidos.

Encontrándose plasmada la representación y unidad del pueblo a través de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789”⁹⁸, la misma en su preámbulo expresa el sentir o el clamor del pueblo al asentar que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de los hombres son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”, asimismo dice que tales derechos son naturales, inalienables y sagrados en un explícito reconocimiento de la concepción iusnaturalista.

Estos derechos de la primera etapa se integran por las libertades públicas, que durante el periodo clásico del liberalismo imponían al Estado la obligación de “dejar hacer dejar pasar”. Los Derechos de Primera generación.

⁹⁷ Fiovaranti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, (España: Trotta, 1996), 59.

⁹⁸ Willman Ruperto Duran Ribera, La Protección de los derechos fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional, Revista Scielo, v. 8, n. 2, (2002):177-194. La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789.

2.1.2. Derechos de Segunda Generación

Esta generación se trata de los Derechos Económicos, sociales y culturales, que transforman el Estado social y democrático de Derecho, durante el período posterior a la segunda guerra mundial, se adquieren un conjunto de garantías que son los llamados “Derechos Asistenciales” desde 1946 en adelante, lo que se va plasmando en las constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de los derechos humanos.

Con dichas luchas se alcanzan significativos instrumentos que buscan asegurar condiciones de vida dignos para los pueblos y sus habitantes, que todos tengan acceso adecuado a los bienes materiales y culturales basados en los valores de igualdad y solidaridad, surgiendo la transformación de un Estado Liberal al Estado Social de Derecho, se adquieren los derechos económicos, sociales y culturales, y transforman el Estado social y democrático de derecho⁹⁹.

Con estos cambios se van modificando las corrientes de pensamientos y políticas del nuevo orden estatal, que conducen a nuevas concepciones de los derechos humanos y conllevan estos derechos de segunda generación a la búsqueda de mejores condiciones de vida dignos y acceso adecuado a los bienes materiales conforme a los valores de igualdad y solidaridad, obteniendo cambios trascendentales para todos.¹⁰⁰

2.1.3. Derechos de Tercera Generación

En esta Etapa se tiene un instrumento importante y representativo de los cambios fundamentales se cuenta con la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948), en su considerando primero enfatiza “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Prescribe en su art. 1º que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los Derechos Humanos de Tercera Generación, estos derechos están apareciendo en el último tercio del siglo XX, y se trata de los Derechos de los Pueblos, Derechos Solidarios o Derechos Colectivos de toda la humanidad, en los cuales se tiene derechos a un medio ambiente sano o libre de contaminación; El derecho al Desarrollo, el derecho a la Paz.¹⁰¹

Estos derechos se diferencian de los anteriores en tanto que persiguen garantías para la humanidad considerada globalmente, se promueve la dignidad de la especie humana, y la solidaridad se integra en todos los actores con el Estado, los individuos y otros entes públicos y privados.

Estas etapas son importantes en virtud que estos derechos han venido evolucionando y han sido consagrados en esencialmente por el derecho Internacional Público en forma sistemática en diferentes tratados, Convenios y conferencias en la década de los setenta del siglo XX.

⁹⁹ Humberto Nogueira Alcalá, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, 1º Ed. (México: Universidad Autónoma de México, 2018), 4.

¹⁰⁰ Ibidem. 4.

¹⁰¹ Unión Interparlamentaria, *Derechos humanos*, (Estados Unidos: Naciones Unidas, 2016), 7.

2.1.4. Derechos de Cuarta Generación

Estos derechos se van encontrando en la medida que va evolucionando la sociedad misma y su desarrollo en áreas no muy comunes, se refieren a los derechos Fundamentales que van en relación a las derivaciones de la globalización en los nuevos contextos plurales, están en dirección a la persona en una dimensión mayor que la individual o grupal.

Son catalogados como aquellos derechos que tiene que ver con la biotecnología, la bioética y la ingeniería genética, que tratan situaciones ético-jurídicas relativas a la génesis, al desarrollo, a la conservación y al fin de la vida humana.¹⁰²

2.1.5. Derechos Convencionales

El derecho convencional tiene su influencia en el derecho interno, a través de los tratados, acuerdos y convenios que han surgido del seno de la norma internacional, e incorporados por medio del proceso de aprobación y ratificación, regulado en el art. 144 de la Constitución, ya que en Latinoamérica relativamente no existieron luchas drásticas que combatir o regímenes que derribar, pero sí pudo existir un tipo de lucha interna posterior a la independencia, y con la influencia del precedente de las conquistas extranjeras, como un tipo de transculturación, surge en el año de 1969 la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica¹⁰³, documento importante en el que se plasman los derechos humanos en beneficio de los pueblos de la región.

Así también se cuenta con la norma Internacional del año 1988, El Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”¹⁰⁴. Este instrumento se crea como adicional a la convención Americana de los Derechos Humanos antes mencionada, en este se contiene como objetivo el de reafirmar el propósito que se tenga un continente para vivir fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.¹⁰⁵

Como consecuencia de su ratificación los estados parte de la región se debían alinear con la obligación de adoptar las medidas que fueren necesarias para lograr progresivamente en las legislaciones internas el cumplimiento de las medidas convencionales, con tales medidas se pretende erradicar las prácticas tradicionales nocivas en las conductas de los Estados y sus gobernados puesto que no se pueden negar los derechos de dignidad del ser humano sobre la base de la tradición y la cultura entre otros.

El compromiso radica en que los estados parte debían de manera necesaria establecer medidas legislativas para contemplar disposiciones en el derecho interno para contemplar los

¹⁰² Ana Isabel Gómez Córdoba, “Principios éticos y jurídicos” (Costa Rica, Universidad Javeriana, 2010), 1-15 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25049.pdf>

¹⁰³ Organización de los Estados Americanos, “Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica” (Costa Rica, OEA, 2021), 1-25.

<https://www.pddh.gob.sv/portal/wp-content/uploads/2017/09/Convencion-Americana-Sobre-Derechos-Humanos.pdf>

¹⁰⁴ Protocolo de San Salvador, “Decreto legislativo No 320 del 30 de marzo de 1995, Publicado en el Diario Oficial No 82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995” (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1995).

¹⁰⁵ Protocolo Adicional de San Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1988), Art. 2. Del protocolo Adicional de San Salvador, decretado el 17 de noviembre de 1988.

derechos mencionados en sus 22 artículos, siendo estos parámetros los contemplados en los cambios significativos en las legislaciones constitucionales y secundarias de los países latinoamericanos, de los cuales hasta hoy en día se continúan esforzando para ajustarse a los cambios sociales y climáticos que se transforman por un mundo globalizado constantemente, adecuándose las medidas necesarias para lograr los objetivos propuestos.

Si bien es cierto no está dentro del objetivo de este apartado el estudio de la historia de los derechos humanos o derechos fundamentales, se ha hecho necesario dar un breve recorrido por el pasado, para estar en contexto de la importancia que siempre ha tenido la protección de la persona y sus derechos como tal, y que las consecuencias de sus vulneraciones, dieron un giro de tal magnitud que marcaron cambios sustanciales en la vida política de los Estados, las formas de gobierno y de administración para sus gobernados, con un trato diferente para los ciudadanos y sus bienes de los cuales se pueden gozar en forma diferente a los momento de la inexistencia de estos importantes instrumentos, que si bien no son los únicos, pero si los más representativos y por ello se mencionan.

Por lo que es necesario referirnos a los derechos humanos, pero enfocados a los principios normativos que los sitúan como el núcleo de los mismos, limitándonos a los valores que los informan, siendo que por lo valioso que contienen los citaremos, ya que radican en la dignidad humana, la libertad y la igualdad, siendo estos últimos los normativos básicos de los derechos humanos y así brevemente los citaremos.

2.1.5.1. Principio de Libertad

Dentro del marco de la doctrina universal de los derechos humanos, el Derecho o Principio de la Libertad, es esencial, ya que garantiza al ser humano el pleno ejercicio del derecho a decidir con autonomía su comportamiento de acción, sin restricciones o injerencias ajenas y a la propia persona, y sin lesionar los derechos de los demás. Con libertad para ejercer todos los derechos reconocidos a favor de la persona, como la libertad de los derechos económicos, sociales, políticos, religiosos, salud, educación, sufragio, expresión, comunicación, los inherentes a la persona humana sin otras limitaciones que las establecidas por razones de interés social.

La libertad, se estima como el paradigma de los derechos humanos de la persona, o derechos del hombre como indistintamente se les dan en llamar, pero en este se aglutinan los demás derechos, ya que los resumen como el “igual derecho de todos los hombres a ser libres”¹⁰⁶. Como plena autonomía de la voluntad, como derecho que tienen los seres humanos para hacer todo cuanto no este explícitamente prohibido.

La libertad en el iusnaturalismo moderno, es entendida como la poseída por el hombre en forma natural, en su estado de naturaleza, contrariamente concebida la libertad en la sociedad civil después de instituirse el Estado y el Derecho.¹⁰⁷

2.1.5.2. Principio de Dignidad Humana

La dignidad es el valor fundamental del aspecto individual del hombre como persona, y en el que parecen sustentarse la mayor parte de las declaraciones. La dignidad de la persona es el

¹⁰⁶ Cristina Fuertes Planas Aleix, “Principios y caracteres normativos de los derechos humanos”, *Revista de comunicación de la SEECI*, año XVIII (33), 44-58. (2014): 2.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

fundamento de su autodeterminación, ya que le da el derecho a que sea un ser libre, en base a su razón humana y no se encuentra predeterminado por otra naturaleza, ese valor en sí mismo es la que le da derecho a ser respetada, por su calidad de ser valioso.¹⁰⁸

La persona en si posee un valor que le confiere dignidad y un respeto hacia los demás y al mismo tiempo respeto de los demás hacia ella, tal respeto implica no limitar al otro, como auto limitarse a sí mismo en las intervenciones sobre el otro¹⁰⁹, es decir que el respeto y la dignidad están sustentado uno en el otro. A lo antes relacionado se le agrega lo que expone Eusebio Fernández, “dice que la dignidad, además de lo más valioso, de lo que no tiene precio, de lo que exige respeto inmediato, se interpretará también, como derecho a tener derecho”.¹¹⁰

2.1.5.3. Principio de Igualdad

El Principio de Igualdad, consiste en una directiva que requiere y se reconoce un trato igual a las personas, o un trato diferenciado si existieran diferencias relevantes, así como la seguridad de una participación equitativa de los recursos y de los bienes¹¹¹ y al mismo tiempo sostiene que esas diferencias se vean compensadas, aminoradas y probablemente totalmente suprimidas por la sociedad y el Estado, sin que estos fines resulten supeditados a ningún tipo de discriminaciones.

La igualdad consiste en una misma posición y una misma condición de todos, ante leyes idénticas para ante todos los ciudadanos, con los mismos derechos y garantías, tutelados por una sola e imparcial administración de justicia y un mismo tratamiento por parte de todos los organismos de la sociedad y del Estado. La Igualdad también se entiende como igualdad de oportunidades, ya como el derecho garantizado.

Todos los ciudadanos tienen derecho a desarrollar libremente sus aptitudes y capacidades sin interferencias ni impedimentos indebidos, como la obligación que tienen la sociedad y el estado de brindar bienes públicos y los derechos que sirven para su protección, y que puedan acceder libremente a las oportunidades, en los llamados derechos económicas, sociales y culturales.¹¹²

En este contexto que se ha hecho referencia al goce de los derechos humanos por parte de la persona que entre ellos además está la libertad de disponer del derecho de asociación, o sea de integrarse o ser miembro de una asociación, como el de sindicatos, para alcanzar los fines de su desarrollo y en base a los derechos consagrados en la declaración del Protocolo Adicional del Pacto de San José, el contenido del Art. 8. 1° tal disposición otorga titularidad de derechos a los sindicatos, las federaciones y las confederaciones.

Según la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos partiendo de ese postulado y con el pensamiento de la extensión de los derechos fundamentales hacia las personas jurídicas o morales son titulares de derechos humanos, en razón de dar una mayor vigencia a los

¹⁰⁸ Georgina Alicia Flores Madrigal, “Derecho a la Protección de la vida e Integridad física” (México: Universidad Autónoma de México, 2014), 148.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Eusebio Fernández, “Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita”, Madrid Instituto Bartolomé de las Casas”, (España: Editorial Dykinson, 2001) 13.

¹¹¹ Rodolfo, Vásquez, “Una Lectura Liberal Igualitaria, (México: Centro de Estudios de Actualización, 2017) 5.

¹¹² Rodolfo Vásquez, *Una Lectura Liberal Igualitaria, Instituto de Investigaciones Jurídicas* (México, Universidad Autónoma de México, 2017), 5.

derechos fundamentales de las personas que las constituyen¹¹³, o sea a las personales naturales sus creadoras, y la extensión de sus derechos está vinculada a su razón social básicamente.

Es considerado ese derecho a favor de las personas jurídicas en base al ejercicio de los derechos de libertad de asociación y libertad de empresa, que en su concepto se relacionan con otros derechos humanos y que, aunque podría considerarse que son primordialmente ejercidos por personas físicas, se incide en la persona jurídica como tal.¹¹⁴

Los derechos humanos como derechos inherentes a la naturaleza humana, es el basamento con los cuales el hombre libremente puede vivir y desarrollarse íntegramente como persona en sociedad, ya que “concretan la exigencia de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas”.¹¹⁵

Por su parte Robert Alexy, sostiene que “los derechos humanos son normas para la esfera de acción ya que solo pueden desenvolver su pleno vigor cuando se les garantiza a través de normas de derecho positivo debido a que deben organizarse, conocerse y ejecutarse”.¹¹⁶

Positivando los derechos humanos, que son el marco fundamental de protección como deber del Estado, enunciados en un texto constitucional como norma suprema, que es de donde se parte hoy en día al referirnos a los derechos de la persona o de la personalidad y sus libertades, así como de sus deberes que más adelante se mencionan, es donde tiene su asidero legal el derecho a ser indemnizado por un daño sufrido en la integridad personal.

Debe entenderse básicamente que al hablar de derechos humanos nos estamos refiriendo a los derechos fundamentales así catalogados en la Constitución como norma con supremacía.

Uno de los derechos imperantes en la constitución hacia la persona es el de la Libertad, ya sea que se exprese en forma individual o colectiva para todos los ciudadanos en sus diferentes manifestaciones de disponer conforme a la ley, pero dentro de un marco de regulación que impone límites a efecto de que el ejercicio de la libertad de unos no afecte los derechos de otros o se ejerza con abuso del mismo, para que exista el equilibrio en las relaciones de sociedad, previendo parámetros de igualdad coexistentes con el desarrollo armónico de fraternidad y solidaridad de los miembros del grupo a que pertenece.

Asimismo para proteger su personalidad, reconociéndole como sujeto de derechos y garantías fundamentales, entendiendo su ámbito de protección, en su integridad física y moral hasta en sus bienes intangibles, así como también que en caso de ser abusado o lesionado en uno de sus derechos patrimoniales, o extrapatrimoniales, encontramos que establece la indemnización por lesión a sus derechos conforme a la ley, consecuentemente crea para ello la legislación necesaria y pertinente, así como los organismos e instancias para su integración, bienestar y desarrollo social, económico y cultural, con esto se plantea una protección integral, ya sea persona natural o jurídica.

¹¹³ David Andrés, Murillo Cruz, “La Protección de los Derechos Humanos de las personas jurídicas en los sistemas regionales europeo e interamericano”. *Revista Jurídica Primera Instancia*, Numero 2, (2014): 101.

¹¹⁴ *Ibidem*. 108.

¹¹⁵ Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales* (España: Grupo Anaya, 2005), 46.

¹¹⁶ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, 3° Reimpresión (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001), 94.

2.2. Derechos Fundamentales de la Persona

Se inicia directamente con lo plasmado en la Constitución Nacional, ya que es el sustento básico que deviene del orden jurídico del Estado, de donde se despliegan los derechos y garantías fundamentales de la persona, como derechos individuales, de los que gozan los individuos, y como son principios constitucionales por su característica de ser abstractos es necesario delimitar o relacionar lo que los expertos expresan, así se puede citar:

Al reconocido profesor Pérez Luño, que estima “se puede entender que derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el orden jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.¹¹⁷

También encontramos importante, lo que expresa sobre los derechos fundamentales Luigi Ferrajoli, para el son “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”.¹¹⁸

En este contexto es pertinente citar la construcción que la Constitución decreta con el propósito de dar una protección integral a la persona humana, y desarrollar someramente lo que se comprende en su orden el contenido del primer artículo así:

Art. 1 de la Constitución que dice:

El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

Asimismo, reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Visto el contenido anterior de la Carta Magna, es oportuno mencionar como es entendido desde la óptica de la filosofía jurídica que se comprende como persona, el termino persona se consagra como el ser humano dotado de racionalidad, que realiza un fin moral que trasciende la esfera material, mientras en el campo jurídico persona es el sujeto de derecho o el sujeto de una relación jurídica.¹¹⁹

Constitucionalmente es que se fija la génesis de la protección de los derechos de la persona, y destina la creación de las distintas normas en ramas especiales para la regulación integral de la persona humana y a través de ellas se consideran determinadas conductas como obligaciones

¹¹⁷ Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales* (España: Grupo Anaya, 2005), 46.

¹¹⁸ Luigi Ferrajoli, “Derechos y Garantías” (España: Trotta, 1997) 37.

¹¹⁹ Paulo Cesar Do Amaral, “Derechos de Personalidad en las Relaciones Laboral y Daño Moral” (Tesis Doctoral, Universidad Buros, Brasil, 2014), 87.

prohibidas o permitidas¹²⁰, para el caso equivale a categorías protegidas por el ordenamiento jurídico, que excede el alcance de los derechos subjetivos, su evolución supera la tradicional noción de que solo los derechos subjetivos son susceptibles de tutela, y se redimensiona pasando a proteger otras situaciones jurídicas que son básicas para su existencia, no se limita a los clásicos derechos subjetivos que según la ley fundamental son derechos.

Asimismo, para ampliar el panorama de lo que se comprende en la protección de derechos fundamentales es que de ello sostiene su posición el brasileño Alfonso da Silva, con la conceptualización de derechos fundamentales como las situaciones jurídicas (objetivas y subjetivas) definidas en el Derecho positivo, en favor de la dignidad, igualdad y libertad de la persona humana. Serían los derechos que nacen y se fundamentan en el principio de soberanía popular.¹²¹

Al hacer referencia a los derechos fundamentales implícitamente se están caracterizando comúnmente los derechos humanos, ya que al estar referidos al ser humano se consolidan sus fines e intereses con los también llamados derechos esenciales, que son ese conjunto de derechos que giran alrededor de la persona humana que están creados y desarrollados para la consecución de los fines del Estado.

En este sentido es también importante citar lo que para algunos tratadistas es considerado los derechos del hombre así encontramos que: "son aquellos derechos fundamentales de la persona humana, consideradas tanto en su aspecto individual como comunitario, que corresponde a éste en razón de su propia naturaleza (de esencia a un mismo tiempo corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común."¹²²

Sobre esto se conoce que, la comisión redactora de la Constitución y por estimar a la persona humana como el fin del estado, es en relación a que el estado no se agota en sí mismo, sino que es creación de la actividad humana que trasciende para su propio beneficio.

2.2.1. Los Derechos Individuales

Así también tenemos dentro del estamento constitucional que se regulan los derechos individuales en el artículo 2 inciso primero que dice:

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.

¹²⁰ Georgina Alicia Flores Madrigal, "Derecho a la Protección de la vida e Integridad física" (México: Universidad Autónoma de México, 2014), 148.

¹²¹ José Alfonso Da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª, (Brasil: Malheiros, 2005) 178. Traducido por José Alfonso Da Silva.

¹²² José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo 1, Vol. II, (España: Reus, 1984), 13-14

Esta además preguntarse, porque comienza el legislador constitucional, a decretar que toda persona tiene derecho a la vida, porque es a partir desde la concepción que se tienen derechos, y el valor vida es el más elemental para cada individuo, pues de ella depende que se puedan gozar los otros derechos relacionados.

También es importante que el legislador constituyente haya asentado que “toda persona” tiene los derechos establecidos, ya que es a partir de este inciso primero del artículo dos que se tiene el asidero legal para considerar a la persona jurídica o moral, con derechos para una existencia ideal o jurídica y a la vez con derechos por daño moral, es decir la persona jurídica de derecho privado, ya que existe también la persona jurídica de carácter público o estatal, pero para el presente trabajo nos referiremos a las primera relacionada.

Este artículo antes citado, es de suma importancia para los gobernados, viniendo sus postulados desde la constitución misma, pues se posiciona al individuo en una condición máxima para tener una vida plena, por lo que antes de entrar a considerar las premisas decretadas, citaremos a un conocedor, quien en forma sencilla los describe, el autor Santiago Nino, los “derechos Individuales”: son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, no por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombre. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)¹²³.

2.2.1.1. El derecho a la vida

La ponderación que tiene el derecho a la vida o el bien jurídico vida es innegable, al ser constitucionalmente proclamado como imperativo fundamental de la convivencia social, la protección a la vida¹²⁴, es y debe ser inagotable, porque no puede darse una valoración última ya sea a nivel legal, doctrinal o jurisprudencial, dentro de un marco que sostiene la dignidad ligado al derecho vida, y que así continúe en la medida que la sociedad sigue evolucionando y la interculturización trae el surgimiento de nuevos derechos, serán cambiantes los paradigmas de valoración de este sustancial derecho, e irán en relación a cada contemporaneidad, y en relación a ello hay que recordar los derechos de las diferentes generaciones que han sido enunciados y es tarea de todos defender los atributos conferidos y contenidos en los derechos reconocidos.

Según Francisco Puy, “El derecho a la vida se asienta en la conciencia personal, de que la vida es el presupuesto absoluto de la propia existencia, y por lo tanto, el presupuesto o condición sine qua non, si puede seguir actuando, pensando, siendo”.¹²⁵

¹²³ Nino, Carlos, *Introducción al Análisis Del Derecho* (Argentina: Astrea, 1980). 417.

¹²⁴ Paulo Cesar Do Amaral, “Derechos de Personalidad en las Relaciones Laboral y Daño Moral” (Tesis Doctoral, Universidad Buros, 2014), 60.

¹²⁵ Francisco Puy, *Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida, Persona y Derecho, Pamplona*, (España: Universidad de Navarra, 1975), 95.

En el contexto también es valioso tener la visión de aquellas lesiones que infringidas a la persona, revisten tal entidad, que transforman el resto de la vida de quienes las padecen y, es probable que cambien la vida de las personas que les rodean.¹²⁶

El derecho a la vida ocupa una posición de primacía, como bien mayor en la esfera natural y también en la esfera jurídica, precisamente porque todos los demás derechos gravitan en torno al mismo como consecuencia de su existencia y son respetados. (Incluso, también aquellos otros derechos constituidos o adquiridos durante el curso de la vida, como el derecho a la honra, el derecho a la imagen y el derecho moral de autor entre otros.¹²⁷

En concordancia con lo anterior es importante en este punto enfocar en que consiste el derecho a una vida digna, y cuáles son las herramientas jurídicas con que cuenta el Estado para proporcionar los mecanismos o condiciones para la conservación, defensa y protección a los distintos derechos que se integran para una vida plena, dirigidos a la protección de la integridad física y moral, a la libertad, seguridad y trabajo.

Para la búsqueda de la protección de los derechos, también se hace creando instituciones para evitar la violación de los derechos fundamentales que circundan la vida de la persona y las condiciones que crean para alcanzar los propósitos de realización, siendo el primero de ellos la autonomía o la posibilidad de elegir un plan de vida, para desarrollarse de acuerdo a su determinación; asimismo la existencia de condiciones físicas que le permitan a la persona establecer su autonomía y un tercer elemento la no renuncia a los principios de integridad física e integridad moral.

Alcanzar la realización del ideal de ese derecho depende de la ecuación Estado y persona, el primero crea las condiciones de aseguramiento y la persona permitiéndose diseñar un plan vital y determinarse según sus condiciones y vivir sin humillaciones, y en caso que sus pares traten de violar sus libertades recurrir a la protección que en diversas formas el Estado le proporciona.

Tomando como base que el Estado se obliga desde la Constitución a generar todo un sistema o parte del aparato estatal para dar protección para vida digna de la persona, se tiene prioritariamente la dignidad como valor absoluto e irremplazable, se protege a que disfrute de una vida digna la cual consiste en que no se permite que pueda ser transgredida porque significaría un detrimento, que trasciende a la familia, y por su supuesto a la familia humana.

2.2.1.2. Derecho a la Integridad Física

Dentro de la democracia estos derechos están muy bien planeados, este derecho se refiere a la integridad del cuerpo y de la mente, que se compone de una parte física y la parte interna es relacionada a mantener la integridad física y la lucidez mental, oponiéndose a cualquier atentado que intente lesionarlas, al derecho acompañar al ser humano desde la concepción hasta la muerte.¹²⁸

¹²⁶ Georgina Alicia Flores Madrigal, *Derecho a la Protección de la vida e Integridad física* (México: Universidad Autónoma de México, 2014), 142.

¹²⁷ Carlos Alberto Bittar, "Protección de los derechos de la personalidad y los derechos de autor en la actividad empresarial. San Pablo": *Revista dos Tribunais*, (1993): 77.

¹²⁸ *Ibidem*, 76.

El autor ya antes citado Bittar, se refiere a que el bien jurídico protegido es la integridad física e intelectual, ya que con ello se protegen las dotes naturales y las dotes adquiridas por las personas, tanto físicas como mentales. Por ello se condenan los atentados al físico, a la salud, y a la mente, rechazando social e individualmente lesiones causadas a la normalidad funcional del cuerpo humano, bajo las diversas perspectivas anatómica, fisiológica y mental.¹²⁹

El Estado está obligado a mantener a las personas en condiciones buenas de salud de forma integral, es decir al ofrecer la protección jurídica, el Derecho pretende evitar que la persona padezca sufrimiento físico, así como también detrimento a la salud o perturbación de las facultades mentales, ya que nadie puede limitar el goce de los derechos fundamentales a otro en condición de iguales, surgiendo para ello el sistema sancionatorio en los ámbitos civil, penal y otras áreas, así como se ve también en el ámbito internacional, y sujeto al tipo de tipificación con factores de agravantes o atenuantes según sea el caso, ya que el único que está habilitado para limitar tales derechos es el legislador ordinario según el art.172 inc. 1° Cn. Lo dicho es importante en relación al presente trabajo como se tratará en el siguiente capítulo.

Otro derecho que está inmerso a los antes citados y no menos importante y siempre debe estar presente en la defensa de la personalidad es el que se le reconoce al cuerpo en función de ser el instrumento a través del cual la persona realiza su misión en el mundo. El cuerpo en sí mismo representa a la persona, su función es la unión entre el elemento espiritual (alma) y el elemento material (cuerpo), y en su conjunto ejerce la función natural de permitir la vida terrenal.¹³⁰

Asimismo, dentro del derecho físico encontramos en relación a la integridad corpórea en este derecho se prevé las lesiones leves o graves¹³¹ y una variedad de actos regulados en la legislación penal, que están ligados a aquellas conductas que pueden causar lesión del cuerpo o de la salud. Este derecho de la integridad corpórea no es para ser comprendido en orientación del cuerpo.

En tal sentido es que el hombre no puede disponer de su integridad corpórea, en consecuencia, no se puede someter a mutilaciones o vejaciones ya que no dispone del cuerpo, es decir que tiene derecho a la integridad corpórea, pero no del derecho al cuerpo.¹³²

También es importante citar en este contexto lo que sostiene Diniz, por una parte, se protege la integridad física o sea los derechos sobre el propio cuerpo este vivo o muerto, en posición de defensa del poder de disposición, excepto que sea de forma gratuita y para fines científicos o terapéuticos, debiendo no lesionar o afectar la vida del donador y no esté contra las buenas costumbres.¹³³

¹²⁹ Ibidem. 77

¹³⁰ Ibidem. 83.

¹³¹ Ricardo Antonio Bittar Hajel Filh, "Los desafíos de los derechos humanos en América Latina: Homenaje a Antonio Gomes Moreira Maués" (Brasil: Dantas 2001), 106-158. Traducido por Ricardo Antonio Bittar Hajel Filh.

¹³² Ibidem.

¹³³ María Helena Diniz, *Curso de Derecho Civil, brasileño*, 22 Ed 29ª (Sao Paulo: Saravia, 2007), 200-350. <https://direitouninovest.files.wordpress.com/2016/03/maria-helena-diniz-curso-de-direito-civil-brasileiro-vol-1-teoria-geral-do-direito-civil-2012.pdf>

En esa orientación tenemos que, como derecho fundamental que es, se protege la inviolabilidad del cuerpo humano, su protección persigue que nadie sea sometido en forma obligatoria a tratamiento o procedimiento médico que ponga en riesgo su vida, por eso siempre se tiene información documentada sobre su estado de salud, y de ser algún proceso necesario deberá ser con previo consentimiento del propio titular del bien o de su pariente o representante, para darle a conocer la necesidad y si este autoriza consentimiento para el proceso o terapia del paciente, sea previa la autorización o en el momento, de lo contrario se estaría en presencia de algún tipo de infracción de orden penal o civil.

2.2.1.3 Derecho y Protección a la Integridad Moral

Los derechos de la Integridad moral se conforman por el derecho a la imagen, y el recato, la dignidad humana se considera un presupuesto del sistema político y jurídico, en tanto que todo ser humano es digno, que nunca debe considerársele cosa ya que el por su existencia misma tiene dignidad, la cual es dada por el imperativo lógico de la posibilidad de la convivencia humana pacífica.

Nos enmarcaremos, con lo que hasta hoy nos ha presentado la legislación y la doctrina ha permitido que se lea y se aplique con mente nueva en las diferentes etapas, la interpretación y argumentación para la defensa y protección de los derechos fundamentales de la persona, lo que se podría vincular a los derechos personalísimos por ser intrínsecos o inherentes de su ser como tal, es posible citar los siguientes.

2.2.1.4. El derecho a la Imagen Personal

Según algunos autores los derechos de la integridad moral se despliegan de las partes mismas que componen los derechos de la personalidad, se pueden comprender los bienes que en su conjunto conforman a la persona, y tenemos el derecho a la imagen. La palabra imagen proviene del latín *imago*, *imaginis*, que significa la figura, representación o semejanza y apariencia de una cosa. En lo pertinente se refiere a la figura de una persona¹³⁴.

La imagen personal es la apariencia física de cada uno, la que puede ser capturada en un dibujo, pintura, escultura, fotografía y video, y una vez captada puede ser reproducida, publicada y divulgada por y para diversos medios, ya sea para volantes o periódicos impresos, hasta filmaciones y fotografías que se pueden transmitir por televisión, cine, video, correo electrónicos e internet. Los medios electrónicos sobre todo facilitan captar y distribuir nuestra imagen, volviéndonos vulnerables, lo cual hace que cobre relevancia el derecho a la propia imagen con independencia de otros derechos. El presente es un derecho de la personalidad y por ende un derecho subjetivo con una vertiente positiva.

En cuanto a la imagen se debe a que una persona no puede ser expuestas sin su consentimiento previo excepto que así lo ubique su condición de notoriedad, o como si se tratase de una persona pública, como condicionante del cargo que desempeñe, las exigencias coyunturales

¹³⁴ Elvia lucía Flores Avalos, “Derecho a la Imagen y responsabilidad civil”, (México: Universidad Autónoma de México, 2014), 371.

de la política o de justicia, o por finalidades científicas o por causa de reproducción de la imagen haya sido tomada en lugares públicos o se trate de un hecho de interés social¹³⁵.

2.2.2. Los Derechos de la Personalidad

Los derechos de la personalidad están muy enlazados con los demás derechos fundamentales, se caracterizan esencialmente por perseguir la satisfacción de las necesidades más intrínsecas de las personas, especialmente en estrecha vinculación al principio de dignidad humana.

Según el tratadista Castán Tobeñas, sostiene que los derechos de la personalidad “son aquellas facultades concretas de que está revestido todo el que tiene personalidad. Constituyen un núcleo fundamental”.¹³⁶

Agrega el autor antes mencionado, que el objeto de dichos derechos se encuentra en “los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre individualizados por el ordenamiento jurídico¹³⁷, es decir que para él no se encuentran ni en la persona titular ni en los demás sujetos pasivos u obligados a respetarlos.

Así también está la opinión de Ferrara, para él los derechos de la personalidad dentro de un cuerpo normativo son ideales de convivencia armónica y de desarrollo personal, asimismo estas cualidades personales “garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales”¹³⁸, entendiéndolo a la vez que con todas las prerrogativas del goce también se incluye el de no permitir ser atropellados o entorpecidos el derecho al ejercicio de los mismos, por lo que está inmerso el deber de protegerse aún de sí mismo y de los terceros, pudiendo hacer uso para lograrlo de los mecanismos o recursos que la constitución y la ley otorgan para tales propósitos.

Dicho lo anterior se toma en cuenta la consideración que se tiene en la comprensión jurídica de persona, ésta abarca o comprende tanto a la persona humana como a la persona jurídica o moral, esta última por ficción legal goza de atributos, dentro del marco de los derechos de la personalidad¹³⁹, los cuales serán en forma diferente o un poco más limitados por su propia naturaleza, así también en relación a los derechos de las personas como en deberes de los regulados en razón y relación de la persona física.

Por otra parte, está la concepción de Alberto Pacheco, que concuerda con los anteriores, pero concibe los derechos de la personalidad como aquellos que “corresponden a determinadas cualidades o atributos físicos o morales de la persona humana”¹⁴⁰. Asimismo, los considera como facultad “de actuar de parte del sujeto que tiene a que se le reconozcan los instrumentos jurídicos necesarios para poder preservar sus atributos esenciales, que son el contenido propio de los

¹³⁵ Carlos Alberto Bittar, “Protección de los derechos de la personalidad y los derechos de autor en la actividad empresarial. San Pablo”: *Revista dos Tribunais*, (1993): 104.

¹³⁶ José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo 1, Vol. II, (España: Reus, 1984), 15.

¹³⁷ *Ibidem*. 18.

¹³⁸ Francisco Ferrara, “Tratado de derecho civil italiano”, trad. De José Castán Tobeñas, Atheneum, 1921, p.389.

¹³⁹ Instituto de Investigaciones; “Derechos de Personalidad Jurídicas”, (2021), www.juridicas.unam.mx

¹⁴⁰ Alberto, Pacheco Escobedo, “La Persona en el Derecho Civil Mexicano”, 2° ed., México, Panorama, 1991, p. 54.

derechos de la personalidad”¹⁴¹ considerándolos como derechos subjetivos y peculiares y bienes morales.¹⁴², todos los derechos están reconocidos a la persona como ente no exclusivamente estático en la sociedad sino dinámico.

Para el autor que sostiene la concepción antes citada, esos llamados derechos, atributos o bienes, de la personalidad emanan de la persona misma y se encargan de defender la propia personalidad, tanto de sí misma y frente a los demás. De ahí los bienes o derechos más próximos de la persona son los que conforman la materia de los derechos de la personalidad¹⁴³.

Las posturas o concepciones que exteriorizan las antes dichas, sobre los derechos o atributos de la personalidad, están vinculados a la persona con varios propósitos, al realce de su ser, en relación de su existencia física y espiritual, dotándole de valores con un posicionamiento de importancia que este tiene en la existencia de sí mismo y del Estado, como institución suprema, que van creciendo cada vez con la visión de mejorar esa construcción ideal en el desarrollo de la sociedad, con roles principales en la búsqueda de una sociedad donde se garanticen muchos otros valores dentro del orden jurídico. Se trata de un conjunto de bienes sui generis del individuo que se conjugan entre sí y conforman las manifestaciones de la personalidad del sujeto propiamente tal.

En este orden de pensamientos, encontramos lo que para Elvia Flores son los derechos de la personalidad, ella los considera “derechos subjetivos privados, con doble faceta: la primera implica la autodeterminación y protección, y la segunda la facultad que tiene la persona para demandar la acción de reparación de los daños que haya sufrido, todo ello recae sobre los bienes inmateriales más preciados para una persona como su vida, su honor, libertad, vida privada, entre otros”.¹⁴⁴

Este punto es muy importante dentro del marco del presente trabajo, ya que está orientado a conocer cuáles son los bienes jurídicos relevantes que son susceptibles de afectación o derechos fundamentales, de la persona, que una vez hayan sufrido violación o perjuicio, revisten la calidad de bienes morales, que tengan la fuerza normativa para poder ser reconocidos judicialmente y se alcance su reparación por daño moral, como lo que menciona la autora ya que el legislador prevé las consecuencias para el agresor y busca una forma de satisfacción para la víctima, pues la ley de la materia no los concretiza y los deja enunciados.

Asimismo, es de suma importancia citar el postulado que hace Elena Vicente Domingo, pues para ella, los derechos de la personalidad son bienes de naturaleza extrapatrimonial o también denominados bienes o derechos morales, tales como el honor, el dolor, la integridad corporal, la tristeza, la muerte de un ser querido, es decir señala una diversidad de supuestos que no se pueden reponer, porque no circulan en el tráfico jurídico.¹⁴⁵

¹⁴¹ Ibidem. 62.

¹⁴² Ibidem. 60.

¹⁴³ Ibidem. 57.

¹⁴⁴ Elvia Lucía Flores Avalos, *Responsabilidad Civil Derivada de Practicas Genéticas* (México, Universidad Autónoma de México, 2011), 88.

¹⁴⁵ Luis Fernando Reglero Campos, *Lecciones de Responsabilidad civil* (España: Aranzadi Thomson Reuters, 2013), 79-80.

Por otra parte, y para evitar la idea de patrimonio sobre los bienes de la personalidad, se decanta por describir a los derechos de la personalidad como bienes morales, no patrimoniales, entendiéndose por “bien” como todo aquello que le proporciona un valor positivo y, por ello estimable¹⁴⁶.

Esta última aportación se relaciona mucho con lo que es conocido como el *pretium doloris*, que se refiere a las circunstancias, o situaciones que confluyen en los sentimientos de la persona que le hacen modificar su estado de ánimo, físico, psíquico y emocional, hasta que pueden causarle un detrimento en la salud, en su persona y su personalidad, ya sea por acciones directas o indirectas que le causan dolor, a causa de haber sido víctima de un daño, injusto que no tiene la obligación de soportarlo, pero la ley ya prevé su solución.

Desde el punto de vista jurídico la personalidad es el fundamento estable y perenne de la persona, de su manera de ser y expresarse que la individualiza de otro ser semejante¹⁴⁷. En este sentido personalidad y derechos de la personalidad son conceptos indivisibles puesto que ambos términos se refieren a la persona y su conducta.

Los elementos indivisibles de la personalidad y la persona humana se encuentran en lo físico, psíquico, y moral, encontrándose revelados en la dignidad humana la expresión que engloba los anteriores elementos mencionados.

2.2.2.1. Bienes Protegidos de la personalidad

Derecho al honor, a la Intimidad Personal y propia imagen

La importancia de la protección jurídica de los derechos individuales o fundamentales, radica en que su finalidad es que funcionen como barreras establecidas por la constitución, por el accionar del poder público, en beneficio de los gobernados, esencialmente se despliega en forma integral sobre los bienes de los que se forma la esfera de la persona.

Encontramos como bien que se protege la intimidad, es muy básico en cuanto a la seguridad que debe ofrecer el Estado para su libre circulación en sociedad. El derecho a la intimidad, por disposición y según la línea de pensamiento seguida por Scalvini y Leyva, puede ser configurado como aquel que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias, ni intromisiones que puedan provenir de las autoridades o de terceros, entre tanta dicha conducta no ofenda al orden público, a la moral y a las buenas costumbres, ni perjudique los derechos de los demás.¹⁴⁸

Sobre las circunstancias que pueden embarazar u obstáculos que pueden surgir, sobre ello, Carbonell identifica dos tipos de amenazas contra la intimidad que sería la intrusión a un espacio o zona propia, y el conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos

¹⁴⁶ Luciana Alejandra Mendoza Martínez, “La Acción Civil Del Daño” (tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 85.

¹⁴⁷ Paulo Cesar Do Amaral, “Derechos de personalidad en las Relaciones laboral y daño moral”. (Tesis Doctoral, Universidad de Burgos, 2014), 88.

¹⁴⁸ Elva Scalvini y Claudio Leyva, “Las medidas precautorias y la tutela efectiva de derecho a la intimidad”, Derecho a la información, habeas data e Internet” (Argentina: Ediciones la Roca, 2002), 238.

a la vida privada de una persona. Puede decirse en consecuencia de una intimidad “territorial” y de una intimidad “informativa”, que también puede llamarse confidencialidad.¹⁴⁹

Como derecho fundamental la vida privada merece respeto, teniendo como objeto la protección contra intromisiones ilegítimas en ese espacio.¹⁵⁰

La esfera de protección sobre la intimidad para algunos doctrinarios se refiere a un espacio privado intocable e íntimo o “ámbito de la intimidad”, sobre el cual no sería posible injerencias externas en virtud de que se trata de información que no es de interés de la sociedad por no afectar ni impactar a la misma, ni a los derechos de los demás, por tratarse de aspectos personalísimos o familiares, por lo que el uso indebido o abusivo de esa información daría lugar a acciones discriminatorias frente a las cuales la persona quedaría en estado de indefensión.¹⁵¹

El tipo de información que realmente podría afectar a toda persona en un momento determinado se puede clasificar como susceptible o sensible, y tiene su asidero y se agrupa la misma sobre el origen familiar, social y racial, las convicciones o preferencias políticas, las creencias y filiaciones religiosas, las preferencias y prácticas sexuales, las cuales por su naturaleza pertenecen a la propia concepción del individuo por lo que solo él tiene el derecho y dominio de con quien quiere compartir dicha información.

Lo antes citado es considerado el núcleo de la intimidad y la única manera en que se puede obtener, compartir o divulgar dicha información, sería bajo circunstancias especiales de interés o impacto social, y mediando orden judicial como condición para su sustracción o divulgación de forma excepcional y con debida restricción de no ser almacenada en bases de datos de acceso públicos o para cualquier persona.¹⁵²

Se supone que la protección de la vida íntima o privada radica en el reconocimiento de que, no es suficiente proteger los derechos tradicionales como el derecho a la vida, sino que también es importante remover los obstáculos para disfrutar de una vida plena, sin intromisiones y sin obstáculos de cualquier clase.¹⁵³

Dentro de este contexto, en el complejo derecho a la privacidad, se abarcan dos aspectos:

° Derecho de reserva o confidencialidad: que tiene por finalidad la protección de la difusión y revelación de los datos pertenecientes a la vida privada.

° El respeto a la vida privada: que tiene como objeto la protección contra intromisiones ilegítimas en ese espacio.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Miguel Carbonell Sánchez, “Los Derechos Fundamentales en México” (México: UNAM, 2005), 2.

¹⁵⁰ Marcia Muñoz de Alba y Alberto Cano Valle, “Derechos de las personas con Síndrome de Inmune deficiencia adquirida”, (México: Cámara de Diputado-UNAM, 2002), 38.

¹⁵¹ Lucía Alejandra Mendoza Martínez, “La Acción Civil del daño moral, Instituto de investigaciones jurídicas” (tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2014), 74.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ María Carmen Macías Vásquez, “Protección de la Persona y Derechos Fundamentales” (México: Universidad Autónoma de México, 2003), 72.

¹⁵⁴ Marcia Muñoz de Alba y Alberto Cano Valle, “Derechos de las personas con Síndrome de Inmune deficiencia adquirida”, (México: Universidad Autónoma de México, 2002), 39.

Como ya se ha dejado relacionado en el desarrollo anterior vemos que, sobre los derechos fundamentales, se tienen diferentes aportes y de diferente calidad, pero se encuentra un propósito armónico en la importancia de la tutela de la persona como un todo, y de ella en forma fraccionada y la importancia también en las diferentes fracciones que lo componen, en torno a la profundidad del estudio de los mismos.

Sobre los derechos antes mencionados hay distintas clasificaciones y denominaciones, en las que se encuentran con basto nivel de importancia, tanto para el tópico como para lo que se quiere impregnar en la presente tesis, que por supuesto no será un tema agotado, y dentro de los diferentes aportes se quiere citar por su contenido relevante sobre los derechos de la personalidad que, se individualiza a lo que se pueden llamar derechos personalísimos y que por la esfera en que se encuentran repercuten a lo que da en llamar daño moral y es el que seguidamente se menciona.

La doctora Elvia flores¹⁵⁵, en su destacado trabajo que ha sido catalogado, como la evolución propia de todo producto intelectual y de la ciencia del derecho, se destaca la clasificación de los derechos fundamentales de la personalidad que ella hace, en dos grupos: los derivados de la integridad física de la persona y los emanados de la integridad espiritual de las personas.

Considerando la autora a los derechos de disposición voluntaria y no voluntaria de las partes del cuerpo humano, de los líquidos y de los fluidos, así como la disposición absoluta de la vida humana, en los supuestos de suicidio, eutanasia, salud procreacional e intervenciones quirúrgicas según el diagrama siguiente:

¹⁵⁵ Elvia Lucía Flores Avalos, *Responsabilidad civil derivada de prácticas genéticas* (México: UNAM-Porrúa, 2011), 107-108.

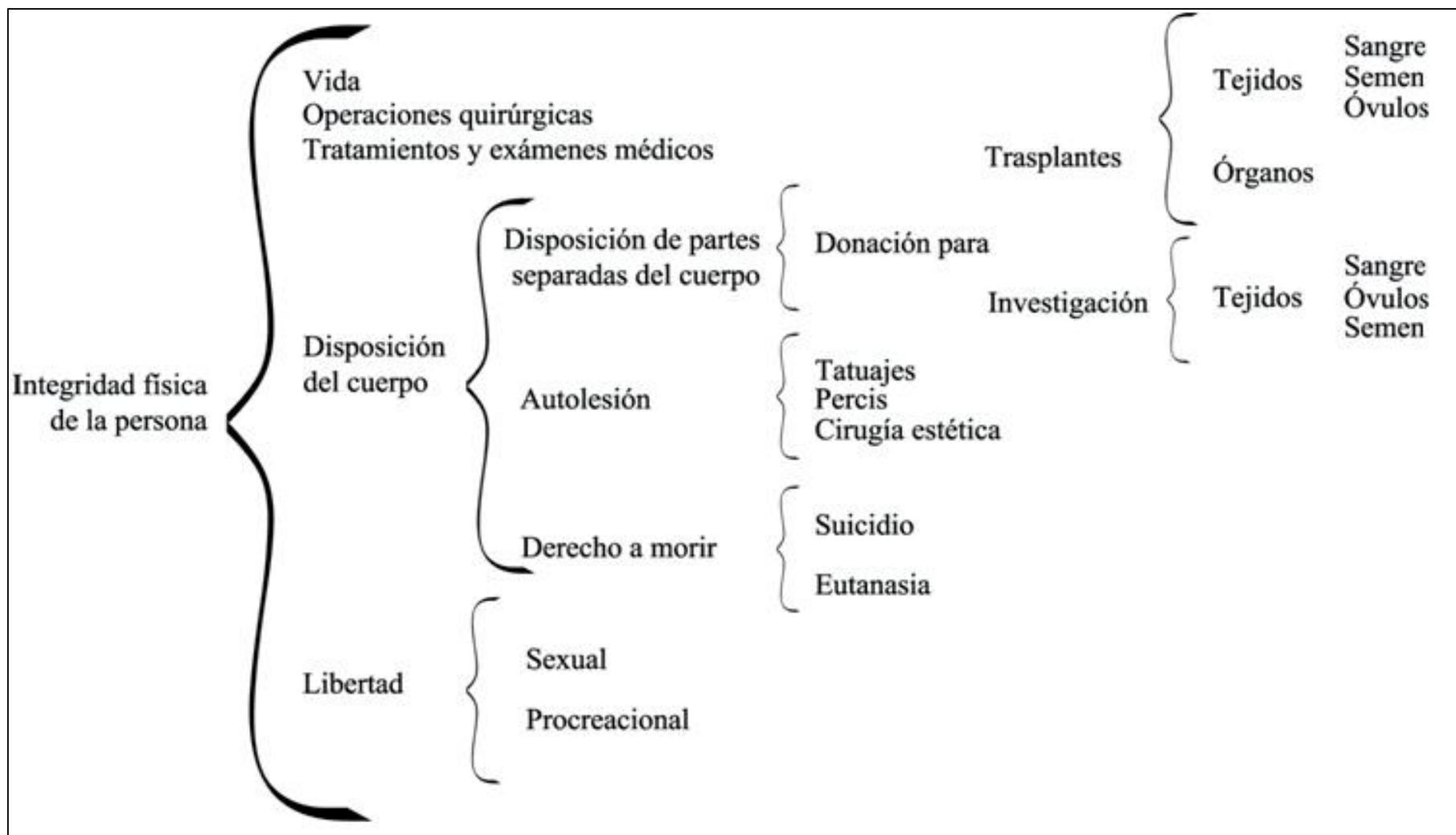


Ilustración 1: Integridad física de la personas

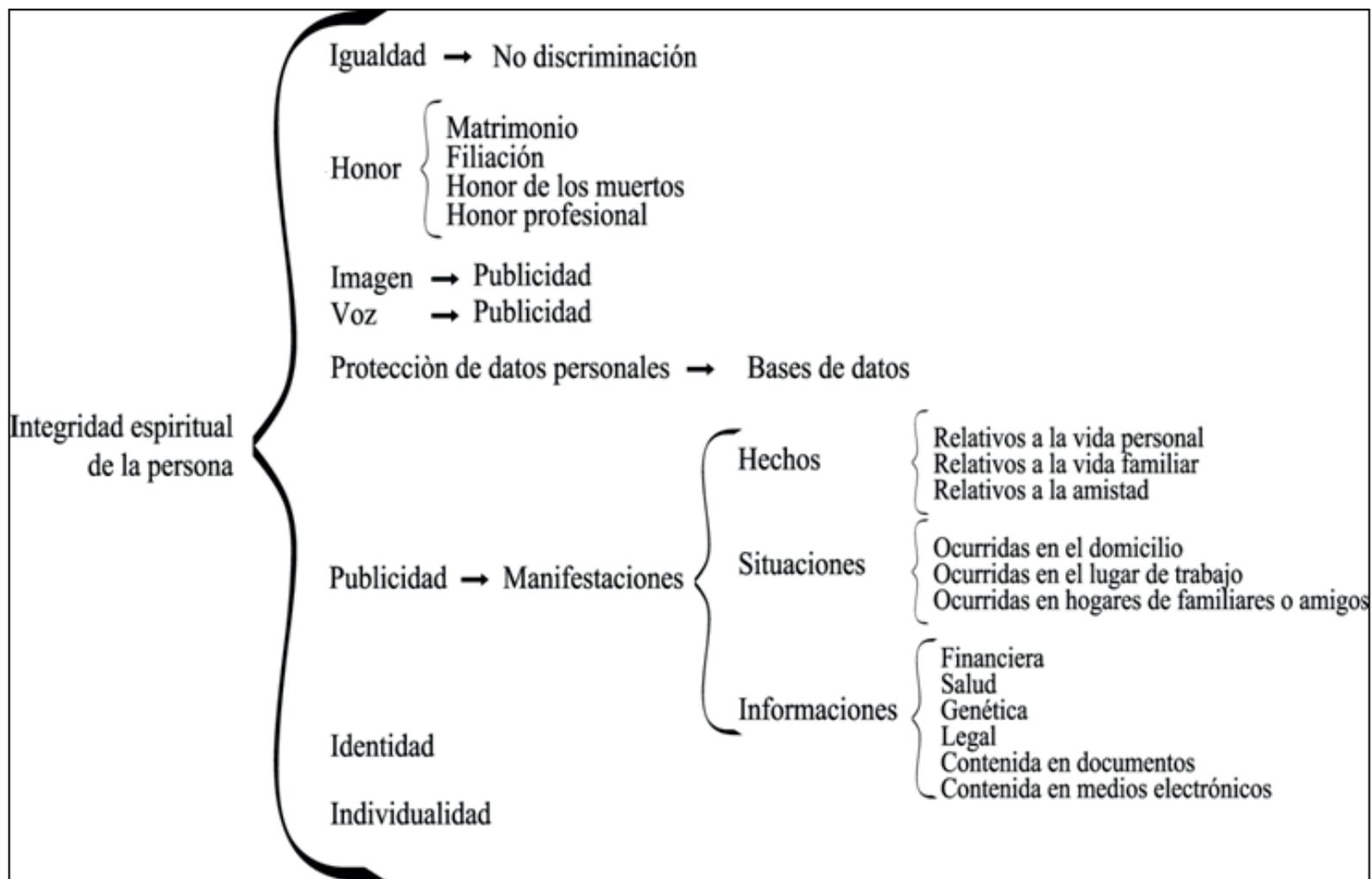


Ilustración 2: Integridad espiritual de la persona

En la segunda gráfica, la profesional en comento, Doctora Flores profundiza en tutelar la integridad espiritual de las personas a través de los distintos bienes o manifestaciones como el honor, la imagen, la protección de datos personales, por actos, hechos, e informaciones, que, de abusar de dichos derechos de la persona, se estaría causando un perjuicio a su titular y consecuentemente se entra al campo de lo ilícito porque se tratara de infracciones contrarias al derecho.¹⁵⁶

Con este aporte se pone de manifiesto o bajo la lupa el surgimiento un poco reciente de una nueva generación de derechos jurídicamente protegidos, que no obstante siempre han existido no se les había dado la visión y valoración para considerárseles dignos de tutela. Se puede decir a manera de conclusión, aunque no es un tema acotado, que se trata de derechos autónomos, pero con su propia sustantividad y relatividad a los demás derechos en tanto y en cuanto que si se afecta uno de ellos conlleva también la vulneración de los demás derechos.

2.3. Consecuencias por daño Moral a Derechos Constitucionales

Como ya se mencionó antes la importancia y consecuente valor y respeto a los derechos fundamentales de todas las personas, que el Estado protege, está inmerso en su mandato, que en caso de vulneración de los mismos, se regula el Régimen de responsabilidad, que atañe al causante del daño ocasionado, que puede ser un particular, la colectividad o El Estado, pero para el caso de estudio se trata de Derecho privado y excepcionalmente puede citarse al Estado como responsable, en virtud que se trata de plasmar que existe el derecho constitucional a indemnización por daños de carácter moral, como proceso autónomo de reparación.

En la doctrina existen de forma dominante, en el campo de la Responsabilidad dos ámbitos de responsabilidad civil, el del incumplimiento contractual (responsabilidad contractual) y el del acto ilícito (responsabilidad extracontractual)¹⁵⁷, que para el caso será tomando en cuenta el daño antijurídico por tratarse de la afectación de derechos constitucionales. El daño ha sido definido, como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio.¹⁵⁸

Esta responsabilidad funciona como un mecanismo de protección del administrado frente a la actividad pública y de entre sus pares, que dentro del desempeño normal y legítimo de sus actividades puede ocasionar daños morales o patrimoniales, por acción u omisión resultando una conducta culposa e ilícita, estableciéndose una mayor garantía jurídica a la esfera patrimonial de los particulares, regulado en el Inc. 3° del art. 2 Cn., como ya se relacionó anteriormente, y de la cual se tratara ampliamente más adelante.

Así también se regula la Responsabilidad del Estado cuando las infracciones han sido cometidas por funcionarios, según lo estipulado en el Art. 245 Cn., Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o

¹⁵⁶ Elvia Lucía Flores Avalos, *Responsabilidad civil derivada de prácticas genéticas* (México: UNAM-Porrúa, 2011), 107-108.

¹⁵⁷ Jorge, Bustamante Alsina, *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Argentina: Editorial Abeledo-Perrot, 1997), 107.

¹⁵⁸ Karl Larenz, "Derecho de obligaciones", tomo I, (España: Ediciones Olejnik, 1959), 193.

morales que causare a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución.

El Estado ha diseñado dentro de su régimen constitucional una obligación jurídica de responder, por todos aquellos perjuicios antijurídicos que se causan tanto por parte del Estado como de los particulares por acción u omisión, estas disposiciones antes citadas, son la garantía para las personas que por imperio de la ley se le indemnice la vulneración a su integridad o en su patrimonio, buscando una reparación por los daños sufridos.

Para la eficacia del reclamo se deben cumplir requisitos de procedibilidad para establecer la imputación de la responsabilidad, se requieren los elementos del daño antijurídico y la imputabilidad, dentro del proceso será que se determine la valoración tanto de la antijuridicidad del daño y en consecuencia el juicio de imputabilidad, que le acredite un título jurídico al juzgador para que legitime su decisión, sobre la responsabilidad por acción u omisión y su consecuente condena por reparación e indemnización.

2.3.1. Características generales.

Entre las características que reviste la norma jurídica, es que contiene la generalidad y coercitividad, en su contexto los derechos de la personalidad serán válidos erga omnes, es decir que son legítimos frente a todos, y frente a cualquier ataque o intromisión a su titular y ellos, dando mérito a que se pueda ejercitar una acción protectora y en su caso resarcitoria justa y adecuada.

Limitados

Los derechos o bienes de la personalidad son limitados, no son absolutos, porque la persona titular no puede disponer de su cuerpo para beneficio o perjuicio de otro, no está facultada para abusar de sus potencialidades, o sea el derecho de disposición o explotación no es absoluto, contrario al principio *ius in se ipsum* o derecho sobre sí mismo. En este sentido el orden jurídico protege al mismo individuo de sí, ya que una total libertad de dichos bienes afectaría en forma inmediata al género humano, y consecuentemente el orden social.

Derechos subjetivos privados

Contrario a los derechos públicos que se encuentran tutelados en la norma suprema y donde los particulares gozan de protección con la acción constitucional correspondiente, los derechos de la personalidad tutelan a los sujetos de derecho en sus relaciones de coordinación; resultan privados, porque regulan la intromisión de las personas en relaciones privadas y en condiciones de igualdad.

Derechos innatos, inherentes y esenciales

Los derechos de la personalidad se consideran innatos en cuanto emergen de la propia naturaleza del ser humano y excepcionalmente en las personas jurídicas, según el derecho de que se trate; son inherentes, porque las personas no pueden despojarse de ellos, y resultan esenciales debido a la misma fuente de la cual derivan, pues permiten el amplio desarrollo de las capacidades personales.

Intransmisibles, irrenunciables e inembargables

Se trata de una intransmisibilidad total de esos bienes inherentes a la persona, porque la explotación o contratación de determinadas proyecciones físicas o psíquicas será parcial, pero no de la universalidad de dichas cualidades.

Los derechos de la personalidad resultan irrenunciables porque aunque el individuo lo quiera, se encuentra impedido para declinar sus atributos a otros; son inembargables, en tanto que estos bienes no están en el comercio, ya que únicamente las cosas del comercio son susceptibles de embargo; mientras que estos atributos, aunque alguno de ellos pueda ser objeto de contrato, la persona misma es quien les da vida, fuerza e identidad, y sin la figura personal de los sujetos de derechos estos atributos carecen de significado.

Bienes morales, no patrimoniales por su naturaleza contrario sensu de los bienes materiales, estos bienes no son estimables en dinero, y debido a que su fuente la tenemos en la ética se les denomina bienes espirituales no patrimoniales o bienes morales.

2.3.2. Protección de derechos Fundamentales en caso de confrontación

Como ya se relacionó antes, que dentro del estado democrático de derecho, existen límites para el ejercicio de las libertades públicas y son de orden interno, asimismo existen limitaciones en el orden externo en el ejercicio de derechos o libertades, debido a conflictos entre derechos diferentes, y por tratarse de los derechos de toda persona, podemos citar como los internos por tratarse de los derechos a la intimidad y vida privada, que están tutelados en diferentes ordenamientos jurídicos.

En virtud del contenido de la norma se tratará en la distinción entre principios y reglas, será pertinente referirnos a los derechos fundamentales y de la personalidad entre otros, abordando las limitaciones que en caso de confrontación de derechos ya en el panorama doctrinal o que trascienden al orden judicial orden externo, es comprender la forma de cómo se tratara en caso de existir colisión entre estos derechos protegidos por principios o por reglas.

El contenido de los derechos que conforman la función de las libertades es basto y amplio, lo que implica que algunas veces para alcanzar el goce de uno de ellos, trae como consecuencia la confrontación directa o indirecta con otros derechos que tiene el mismo nivel jerárquico en la que todos gozan de igualdad, en el ordenamiento jurídico constitucional, y estaríamos frente a lo que se le conoce como colisión de derechos, para lo cual la jurisprudencia ha recurrido a la doctrina en busca de emitir las mejores soluciones, y se basa en los postulados de la doctrina dominante.

Al respecto para tratar de armonizar la solución, y tomando en cuenta la jurisprudencia nacional, por lo que citaremos la que está basada en el pensamiento de la doctrina que en Alemania robusteció la jurisprudencia y se trata de la expuesta por el reconocido autor Robert Alexy¹⁵⁹, quien se refiere a ello tomando en cuenta que hay un nexo entre su teoría y el modelo de Estado constitucional contemporáneo, y estando impregnado de valores y derechos fundamentales, por lo que se estima relevante basarnos en su postulado para tratar la problemática de conflictos entre derechos que conlleve al mejor resultado para el presente trabajo.

¹⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 68.

Comenzaremos citando lo que expone este famoso autor en su teoría de los derechos fundamentales, entendiéndose como se sostiene que los principios admiten gradualidad en su aplicación, en relación al caso concreto, en la que corresponde al Juzgador de forma razonada, al presentarse o existir colisión entre principios, para considerar cual aplicara en mayor medida, para esto dicho doctrinario desarrolla la “Ley de ponderación” la que es relativa o corresponde con el principio de proporcionalidad, indicando que, “...cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.¹⁶⁰

Si bien es cierto su obra es extensa en contenido, nos referiremos a lo básico en el contexto de la temática en comento, y se trata de conocer, de qué forma debe enfocarse el problema, cuando se trata de situaciones que atañen al conjunto de normas materiales que protegen valores y concepciones de justicia que rigen en la sociedad, que para el caso reconoce la libertad de expresión y también el derecho al honor, la libertad de información y el derecho a la intimidad, el valor de la libertad y a la vez el de la igualdad.

Así, también se reconoce el derecho a la tutela judicial, a la seguridad jurídica, ante tales situaciones en qué se debe enfocar el juzgador para no emitir una decisión injusta o violatoria de derechos humanos o derechos fundamentales, porque al parecer se ha dejado mucho poder en manos de los intérpretes, dice el autor sobre derechos aparentemente contrapuestos, aunque en abstracto no se percibe, siendo estos de igual importancia de valor, por su naturaleza de ser derechos fundamentales, radicando los mismos en una norma expresa o ley fundamental como es nuestra constitución; también se pueden encontrar regulados derechos fundamentales en normas no adscritas a la constitución.¹⁶¹

2.3.3. Conflictos entre normas constitucionales supuestos, postulados de Robert Alexy

Para el desarrollo de este importante punto nos basamos y partimos en los postulados de este autor, en tanto que su pensamiento tiende a plasmar la conexión entre derechos y valores, y su teoría eminentemente jurídica y general, y bajo este postulado se va a ilustrar como lo sugiere el autor Alexy, un supuesto de los múltiples que pueden surgir, y para resolver un caso es que citaremos los parámetros en que se sustenta su teoría para las eventuales circunstancias de contradicción que pueden confluir en los supuestos que se den como de los casos concretos que se pueden plantear de la siguiente forma:

- a) Cuando en el juzgamiento de una norma, medida o decisión pública se confrontan el bien o valor protegido en la constitución por (P1) y otro bien o valor constitucional que resulta afectado o limitado por la misma (P2). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el Juez Constitucional examina la constitucionalidad de una ley; o cuando el Juez ordinario enjuicia un reglamento o un acto administrativo así también cuando examina la constitucionalidad de la ley aplicable a un caso que debe resolver.
- b) Cuando en el enjuiciamiento de una conducta particular se confronta el derecho constitucional que ampara esa conducta (PI) y otro bien o derecho constitucional que

¹⁶⁰ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 161.

¹⁶¹ *Ibidem.* 70.

resulta afectado o limitado por ella (P2). Así, por ejemplo, cuando a propósito de un juicio por injurias se confronta el derecho a expresarse libremente de la persona cuya conducta se enjuicia (PI) y el derecho al honor de la persona injuriada (P2).

Las causas o supuestos de confrontación acorde al trabajo de investigación es que trataremos los referidos a los derechos de la personalidad, no obstante, los hay en diferentes campos. Así, por ejemplo, cabe una colisión entre el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, frente a la libertad de expresión e información; la libertad personal y la libertad de expresión entre particulares; o entre el derecho de intimidad y el orden público; la estabilidad económica y la libertad de empresa; o entre la vida y la libertad del titular de la misma, estos figuran entre los diferentes casos que se pueden citar para ilustrar.

Existe todo un catálogo de derechos humanos y fundamentales mayor a los antes mencionados aunque considerados individualmente la mayoría de esas normas constitucionales son como cualquier otra norma, pues no establecen ni la forma ni el grado de satisfacción, pero cuando entran en conflicto operan como los principios, no citando la caracterización de los principios frente a las reglas, limitándonos a citar especialmente las diferentes formas de resolver los conflictos ya que en su mayoría depende del contexto de posibilidades, cuando estos conflicto se producen entre las reglas y cuando se producen entre principios.

La diferencia puede representarse de la siguiente forma: cuando dos reglas entran en conflicto se dice que eso significa que una de ellas no es válida, o bien opera como excepción permanente a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial puede triunfar uno sobre el otro o puede ceder en parte.¹⁶²

Vale la pena agregar que estos postulados pueden estar considerados como parte integral de la sana crítica en virtud que surgen en el proceso, llegan a ser objeto de valoración en el procedimiento y serán partes fundamentales de la decisión final.

Efectivamente, cuando existe un conflicto entre normas constitucionales que propician soluciones distintas y contrastantes, para el caso de que se trata el litigio resuelto en la sentencia 91-2007¹⁶³, por ejemplo, entre la tutela del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Art. 2 Inc. 2°, 3 Inc. 1° Cn. y 144 Cn. El Principio de igualdad en la formulación de la ley, por el uso abusivo del derecho a la libertad de expresión e información, regulados en el

¹⁶² Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, 3° Reimpresión (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001),81. En esta obra esta es una de las caracterizaciones que el autor menciona en este punto.

¹⁶³ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 91-2007 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, del 24 de septiembre de 2010). Con la presente sentencia de Inconstitucionalidad del Art. 191 inciso 3° del código Penal, en la que se alegó la exclusión absoluta de la responsabilidad penal para una categoría de sujetos, ya que no es idónea para fomentar el fin que se persigue el de garantizar las libertades de expresión e información; es por medio de este caso que se pretende ir explicando la aplicación que el Tribunal constitucional hace aunque sea a grandes rasgos de la Teoría de la ponderación para casos de colisión o afectación de derechos, y es uno de los precedentes jurisprudenciales y que es muy significativo en el presente trabajo de tesis.

art. 6 Cn, y desarrollados en el art. 191 Inc. 2 y 3 del Código Penal¹⁶⁴ que regula un tipo de despenalización de conductas que agreden otros derechos Constitucionales, en este caso no puede resolverse de acuerdo con los criterios tradicionales de resolución de conflictos o antinomias (es decir, mediante la declaración de invalidez de una de ellas o considerando que una constituye una excepción permanente a la otra), pues la constitución no establece un sistema de prioridad absolutas entre ellas.

La doctrina sostiene que todas ellas gozan, del mismo tipo de “dignidad constitucional”¹⁶⁵ y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a costa de un sacrificio desproporcionado de las otras, hay que hacer una valoración también de la equidad de las circunstancias para llegar a un buen resultado.

Para el caso las normas por ser constitucionales son válidas igualmente, en consecuencia, cuando entran en conflicto o colisión se configuran como principios; propiamente, llamados mandatos de optimización, en tanto y en cuanto a, que como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en función de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Como consecuencia de su rango, las colisiones entre esas normas se resuelven mediante un juicio de ponderación, que el tribunal o el juzgador debe hacer al momento de considerarlas, o como la doctrina lo estima es una manera de evaluar el peso equivalente a la importancia de cada una de ellas, en el caso que se escruta tratando de buscar y emitir una solución armonizadora; o sea un remedio de control que sea una solución que, en definitiva, optimice su realización en ese supuesto.

El autor lo que pretende que se busque, en algunos casos lo que la ponderación trae consigo, la conducción a adoptar una solución realmente armonizadora o conciliadora de los intereses, normas o principios en tensión, lo que en Alemania se le conoce como una *praktische kondordanz*¹⁶⁶, que es como se le llama en un país con un desarrollo avanzado del constitucionalismo moderno.

Retomando el caso ejemplo enunciado, el juez examinador del problema objeto de demanda, que violenta el derecho a la intimidad y sus consecuentes derechos, dispone de tres posibilidades de decisión: 1) confirmar el acto de ley decretado; 2) declarar la procedencia de la inconstitucionalidad de la ley en los Incisos 2° y 3° del art. 191 C. Pn., en los términos solicitados; o 3) establecer unas condiciones de ejercicio del derecho de la libertad de expresión e información, que intente preservar al mismo tiempo el derecho fundamental y la protección del derecho a la intimidad y conexos.

¹⁶⁴ Código Penal de la República de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983). Emitido por Decreto Legislativo n° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, Publicado en el Diario Oficial n° 105 tomo n° 33, de fecha 10-VI- 1997, y reformado por D. L. N° 499, de 28-X-2004, publicado en el D.O N°217, tomo n° 365, de 22XI-2004.

¹⁶⁵ Marina Gascón Abellán, *La Interpretación Constitucional, en Normativas y Comentarios sobre Derecho Constitucional Salvadoreño*, (El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia UTE, 2013), 248.

¹⁶⁶ *Ibidem*. 248.

En el aspecto práctico se trata de establecer por medio del juicio de ponderación resolver las cuestiones relativas a la constitucionalidad de la ley, y no es totalmente cierto que en la mayoría de casos o supuestos la solución que se busca o se dicte, será armonizadora o conciliadora, ya que no siempre será posible, y el resultado de la ponderación se inclinara necesariamente en otorgar preferencia o declinar a favor de uno de los principios en pugna.

Por tales circunstancias es que se debe razonar las propias circunstancias que rodean el caso y es basándose y aplicándose como medio, la ponderación que se va dando valor decisivo al Principio Constitucional que en el caso de juzgamiento en concreto tenga un peso mayor, y que viene a ser el más susceptible respecto del interés o persona que lo ejerce (en la mayoría de casos o tipos de personas).

Fundamentarse en los postulados de la ponderación es lo esencial al observar los valores en conflicto, ya que es la herramienta para la búsqueda de una solución armonizadora, pero no siempre se dará una respuesta válida, en relación de la importancia de los principios, basados en los respectivos intereses del caso concreto, sino que da las pautas del orden de preferencia, y a la vez estimula la argumentación moral, o sobre todo caso es un tipo de argumentación abierta a valoraciones, que pueden ir cambiando o evolucionando con el tiempo, por lo que es una operación notablemente discrecional.

Por sus fortalezas suele aludirse a la ponderación como juicio de razonabilidad, pero también por ello no significa, como pretenden algunos que se considere que conduce a posicionarse en una tarea esencialmente arbitraria y sin sujeción a reglas, propias de cada ordenamiento jurídico dentro de un marco democrático, pues cabe la posibilidad de ensayar algunos métodos para resolver estos propios conflictos.

También se basa en los precedentes, emitidos por vía jurisprudencial o doctrinal, en las que ya se han podido crear condiciones de prioridad en abstracto y es resultado de la práctica, conociendo bajo qué condiciones un principio prevalece sobre otro, prioridades prima facie (reglas coherentes sobre la carga de la argumentación: como puede citarse por ejemplo, “la libertad de información prevalece en principio sobre el derecho al honor, pero tiene sus excepciones, como sería cuando se trate de persona particular o una figura pública¹⁶⁷”) y estructuras de ponderación que deben ser exigencias de necesidad, adecuación y proporcionalidad, de cualquier norma de que se trate la medida restrictiva de un principio, que correlativamente se van fijando a partir de la idea de mandato de optimización, sin embargo por ello no anula la discrecionalidad de la decisión.

2.3.4.1. Reglas para la ponderación o del juicio de proporcionalidad

Como todo lo que del autor se relaciona es de especial importancia, y del contenido podemos decir la enseñanza que en su obra se plasma, se tienen las estructuras de ponderación, pues señalan las reglas o directrices que disciplinan todo juicio de ponderación y que son pautas básicas en nuestro medio judicial y han ido consolidándose en la praxis judicial. La ponderación es una institución teórica, que sirve como una guía de orientación dirigida para adoptar una decisión a efecto de resolver el supuesto en marcha de un litigio cuando se plantee un conflicto

¹⁶⁷ Sala de lo Constitucional, “Sentencia de Inconstitucionalidad”, Referencia: 227-2000 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2000).

entre principios. Para afrontar el problema en conflicto o colisión que es sometido a decisión, es procedente que primero se construirá una regla de precedencia condicionada, es decir una regla que establece las condiciones y requisitos en que un principio precede al otro, y después hay que formular la decisión propiamente dicha, vinculando esas condiciones a las consecuencias jurídicas del principio que tiene preferencia.

Luego se tiene, la construcción de esa regla y la adopción de la decisión subsiguiente, ha de ajustarse a una estructura de ponderación que implica cosas distintas según que el conflicto de principios responda al enjuiciamiento de una norma o medida pública o al enjuiciamiento de una conducta particular.

En el primer caso, es decir, cuando el conflicto se plantee entre, por un lado, el principio o norma constitucional que pretendidamente constituye el fin o la razón de ser de esa limitación (típicamente, el caso de normas o medidas públicas que afecta derechos fundamentales), la estructura de la ponderación implica el principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el segundo caso, cuando se plantea el conflicto de la forma que entre, por un lado, el derecho constitucional que avala la conducta del particular y, por otro lado, el derecho, bien o valor constitucional afectado por esa conducta del particular y, por otro lado, el derecho, bien o valor constitucional afectado por esa conducta, la estructura de la ponderación implica tan solo el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de los principios en juego, de acuerdo con las posibilidades fácticas del caso, o sea con las medias posibles para la satisfacción de los principios en el caso.

El subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto expresa la pretensión, también contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas del caso, que se determinan fundamentalmente por los principios que juegan en sentido contrario.

Se tiene que hacer un esquema mental, para realizar el examen de la legitimidad de una norma o medida limitadora sometida a control paso a paso de la forma siguiente:

- i. Fin Legítimo: El presente consiste en una relación de medio a fin, se trata de analizar si la norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin y la medida es gratuita, o si resulta ilegítimo desde la perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los termino de comparación.
- ii. Idoneidad o adecuación: La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente

que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que, si afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. En suma, no se puede afectar o limitar un derecho si con ello no se gana nada¹⁶⁸. Finalmente, conviene observar que el subprincipio de idoneidad representa un criterio negativo que permite determinar que medios no son idóneos; su función no consiste pues en fijar lo idóneo sino en excluir lo no idóneo¹⁶⁹.

- iii. Necesidad de la norma o medida limitadora examinada: En este apartado ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que, si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna. Es decir, si se quiere que de dos medios igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental o principio afectado. Por lo demás, también el subprincipio de necesidad es coincidente con el óptimo de Pareto al existir un medio más benigno que otro e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra.

Y una última consideración. El análisis de la idoneidad y la necesidad requiere hacer juicios de pronóstico sobre si tal medida será o no idónea o más benigna que otra para la consecución de un fin, por lo que no siempre resulta fácil. Así, puede resultar que no haya un conocimiento sólidamente fundado sobre la idoneidad o no de la medida restrictiva examinada, o sobre si esa medida resultara más o menos benigna que las otras medidas alternativas. Este supuesto, al que Alexy denomina el problema del margen de acción epistémico, empuja a ser deferente con el legislador: si no hay conocimientos científicamente fundados que claramente orienten los exámenes de idoneidad y de necesidad, entonces hay que reconocer la competencia del legislador para decidir con qué medios restringir los derechos fundamentales.

Test de proporcionalidad: En sentido estricto, que encierra el núcleo de la ponderación, aplicable esta vez tanto al enjuiciamiento de normas y medidas públicas como al enjuiciamiento de conductas de los particulares. Este requisito consiste en acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora (o con la conducta de un particular) examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida (o conducta) se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional. Alexy lo formula así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos. Primero hay que

¹⁶⁸ Robert Alexy, *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales* (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002), 68. como lo indica el propio autor, esta idea es sustancialmente coincidente con el óptimo de Pareto: una posición (la del principio afectado) puede ser mejorada sin que la otra (la del principio perseguido por la medida limitadora empeore, como se sabe esta es una fórmula que pertenece a otra ciencia, de un estudio especializado y el la utiliza para ilustrar los fines que se persiguen, como es ganar.

¹⁶⁹ Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos humanos*, 3^o Reimpresión (Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001), 28.

definir el grado de no satisfacción o de afectación de un principio; es decir, hay que definir la intensidad de la intervención en el principio.

Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; o lo que es valorar la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Y finalmente hay que decidir si la importancia de las razones para la intervención justifica la intensidad de la intervención. Es evidentemente que en algunos casos resultara relativamente fácil medir estas “intensidades” y grados de “importancia”, pero en otros la cuestión resultara difícil o discutible. Los denominados derechos individuales del hombre o derechos fundamentales de la persona, surgen como barreras establecidas de rango constitucional que se relacionan a las limitantes del accionar del poder público, que está orientado a favorecer a los gobernados, siendo su propósito jurídico-político de tales derechos se está garantizando todo tipo de intervención arbitraria del Estado, en beneficio de un mínimo de libertad de la persona sobre la cual a la vez el Estado tiene el deber de protegerlo para que alcance su realización.

Estas garantías constitucionales son las herramientas técnicas jurídicos de orden procesal que están orientadas a la reintegración del orden constitucional, cuando surjan circunstancias de desconocimiento, violación o es inminente su transgresión.

CAPÍTULO 3

LEGITIMACION DEL DERECHO AL RECLAMO POR DAÑO MORAL CAUSADO A LA PERSONA FISICA Y JURIDICA, EN EL MARCO DE LA LEY DE REPARACION POR DAÑO MORAL

3.1. Responsabilidad civil y daño moral

En nuestro país en cumplimiento a lo establecido en el Inciso tercero del artículo dos de la Constitución Salvadoreña, se decreta recientemente por tener alrededor de media década, la Ley de Reparación por Daño Moral, con la que se reivindica la salvaguarda de los derechos fundamentales y la dignidad de las personas naturales y jurídicas o morales, en materia de derecho privado, alcanzando además en cualquier otro contexto del derecho por acto ilícito, planteando las condiciones para el reclamo del derecho a la indemnización de cualquier persona que resulte agraviada por el ilícito de daño moral y que no tenga la obligación de soportarlo.

Para el desarrollo de este capitulado, será basándonos en el articulado de la ley de Reparación por Daño moral, que viene a replantear los paradigmas sobre el daño moral y su reparación, los supuestos que enuncia y los derechos que protege, tratando de hacer un breve análisis del Daño moral según nuestra legislación de la materia, la jurisprudencia, también conocer el alcance que se pretende con la despenalización de otras figuras, a efecto de que las víctimas obtengan algún tipo de indemnización o reparación por el daño sufrido y no fomentar la cultura de la impunidad.

Para abordar el instituto del daño moral, es necesario referirnos primero, a la responsabilidad civil, y conocer sus elementos, asimismo conocer sobre las fuentes de las obligaciones, entre ellas el acto ilícito, y luego citar el estudio del daño como elemento del resarcimiento, conocer un poco de las corrientes del daño moral, en lo general, por su interrelación, ya que lo delimita la obligación de indemnizar.

Para tener una comprensión de la Responsabilidad es necesario citar algunos aportes doctrinarios de destacados juristas, así llegaremos a conocer cómo se trata en los diferentes sistemas la responsabilidad y ver como se trata la responsabilidad moral y la jurídica, la imputabilidad, el acto antijurídico.

3.1.1. Responsabilidad civil

Para el autor Jorge Adame, la palabra “responsabilidad” deriva del verbo “responder”¹⁷⁰, lo expone como primer supuesto, que la responsabilidad ocurre cuando una persona, dueña de sus acciones, ha de dar cuentas a otras personas por el incumplimiento de sus deberes y las consecuencias que tiene de ello. Como segundo supuesto dicho autor sostiene que la responsabilidad en sentido estricto significa “la necesidad de dar cuentas a otro por el incumplimiento de los propios deberes”.¹⁷¹

¹⁷⁰ Jorge Adame Goddard, *Filosofía social para juristas*, (México, McGraw-Hill, 1998), 121.

¹⁷¹ *Ibidem*.

En cambio, el autor, Trigo Represas, le denomina o califica de responsabilidad jurídica, y consiste en “la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al ordenamiento jurídico”.¹⁷²

Responsabilidad civil, se denomina a la obligación que tiene una persona de reparar los daños y perjuicios causados a otra, como consecuencia de una acción u omisión propia¹⁷³ o de un tercero por el que deba responder.¹⁷⁴

En este punto se cita que la Responsabilidad civil, en una forma general, es conocida y llamada como la obligación de satisfacer cualquier daño o perjuicio, siendo de esta manera que cuando nos referimos a ella estamos indicando la calidad que se predica respecto de un sujeto que se reputa responsable, de forma tal que éste debe responder ya sea por sus propios actos o eventualmente, por los actos de otros, como representante o guardador, de las cosas que le pertenecen o por las cosas que tiene bajo su cuidado.

De conformidad con lo anterior, la responsabilidad en sí misma no es un concepto “autónomo, sino un término complementario de una noción previa más profunda: la del deber u obligación”¹⁷⁵; de esta forma la responsabilidad nos lleva a decir que sobre alguien recae la obligación o el deber de reparar los perjuicios causados, de tal forma que por sí sola y sin asociarla a un sujeto a quien pueda atribuírsele carece de sentido.

Ésta se concreta en un vínculo directo, o indirecto según el caso, entre dos sujetos, el causante del daño, o el llamado a responder por él y el titular del menoscabo sufrido. La responsabilidad civil tiene un carácter esencialmente reparador¹⁷⁶, y pretende el equilibrio patrimonial de los involucrados.

3.1.1.1. La Responsabilidad civil contractual y extra contractual

Al hablar de la responsabilidad, esta tiene su raíz en las conductas humanas, que generan acciones que producen resultados, ya sea por acción u omisión, es decir se trata de sujetos de derecho, que son entidades interactivas que integran un sistema de participación social, regida bajo patrones de libertad, autonomía y responsabilidad; Los individuos son responsables por las acciones libres en sus causas. Al respecto necesariamente hay que referirnos a algunas de las voces más representativas en la materia de Responsabilidad Civil, que estima 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.¹⁷⁷

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual, la primera o sea la Contractual, se genera cuando una de las partes en un contrato, realice acciones contrarias a los

¹⁷² Félix A Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, (Argentina: Damages, 2004), 902.

¹⁷³ Elena Vicente Domingo, “El daño: Lecciones de responsabilidad civil” (España: Universidad de Burgos, 2002), 71.

¹⁷⁴ *Ibidem.* 71.

¹⁷⁵ Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo I. 1ª Edición, 1ª Reimpresión (Argentina: La ley, 2005) 2.

¹⁷⁶ Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*. Tercera Edición, (Colombia: Editorial Temis, 1981), 24

¹⁷⁷ Luis Diez Picaso, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 6ta. Edic. (España: Editorial Tecnos, 1992), 591.

deberes convenidos en el contrato, por lo que se exige que exista una relación jurídica previa. En cuanto a la responsabilidad extra contractual, o Aquiliana, es la idea de la producción de un daño a otra persona por el genérico deber de no abstenerse de un comportamiento lesivo de los demás¹⁷⁸.

Es decir que, en el campo jurídico, y a un nivel más profundo, la responsabilidad civil es la Obligación de indemnizar cualquier daño que se haya causado a otro, por el incumplimiento de una obligación previamente acordada, o por el incumplimiento de un deber legal, como es el deber general de prudencia o el deber de no causarle daño a otros. Esta responsabilidad supone la existencia de un daño, ya sea porque el daño se concreta en un sujeto determinado o en la sociedad en general.

3.1.2. Elementos de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil, independientemente de la institución en que se enmarque su naturaleza, se caracteriza por reunir como elementos el hecho, el nexo causal, el daño y, dependiendo de la norma en que sustenta, la culpa, elementos que se caracterizan generalmente como se relacionan a continuación.

3.1.2.1. El Hecho

Se hace referencia a la transformación de una realidad anterior¹⁷⁹ y esta transformación puede ser el resultado de una conducta –sea por acción o por omisión- del hombre o por el uso o tenencia de las cosas animadas o inanimadas, que por la intervención del hombre o por sí mismas han convertido esa situación, anterior y se han materializado en un resultado dañoso.

El hecho, no es suficiente para hablar de responsabilidad civil, y entonces es necesario retomarlo con el resultado dañoso para que adquiera relevancia dentro del ámbito jurídico.

Algunos expertos de la doctrina de la materia, consideran que es necesario calificar el hecho dañoso como “ilícito”, ya que es a partir del hecho ilícito es que nace la responsabilidad civil, y entiéndase por éste “cuando una persona con su acción u omisión realiza conductas que están previamente prohibidas por el orden jurídico”.¹⁸⁰

Realmente el carácter de ilícito, no parece ser una calidad necesaria en el hecho, lo importante es verificar que el hecho que se concreta en un resultado dañoso no sea contrario al ordenamiento y esto no implica una prohibición expresa del mismo; así, podemos encontrar hechos que, sin estar propiamente prohibidos, repercuten en un resultado dañoso cuyo titular (agraviado, persona natural o moral) no está obligado a sufrirlo.

3.1.2.2. El Nexo Causal

La Causa es el antecedente lógico por medio del cual se ha producido un efecto, es aquella razón que ha llevado a la producción del resultado dañoso.

¹⁷⁸ Sala de lo Civil, sentencia definitiva 1584-2004, (El Salvador; Corte Suprema, 2004).

¹⁷⁹ Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, *Responsabilidad civil extracontractual*. Undécima edición. (Colombia: Editorial Temis S.A, 2003), 18.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

El nexa causal es la relación necesaria, tiene relación de coexistencia, como ocurre con la causa y su efecto, que debe existir entre el hecho y el daño; éste puede resultar de un hecho dañoso o de varios hechos dañosos según el caso.

En algunas ocasiones este nexa causal está ligado a la culpa, cuando ésta es considerada el sustento material del nexa de causalidad, pero esta causalidad en sí, se refiere a un fenómeno rigurosamente objetivo, que no entra, en absoluto, en el ámbito de la psicología y de la mente del hombre¹⁸¹, toda vez que se trata precisamente de una relación causa efecto, independientemente de que se analice a partir del hecho y el daño o a partir de la culpa y el daño.

Se habla que existe en la actualidad, una distinción a la que es necesario aludir: la causalidad jurídica y la causalidad física, ya que puede darse el caso en que, a pesar de no existir causalidad física, sí exista causalidad jurídica y en el caso contrario, puede ocurrir un evento donde existe causalidad física y no causalidad jurídica.

Causalidad física será aquella que permite establecer el vínculo o esa relación material que responde a las leyes de la naturaleza y que trata de establecer si un daño es consecuencia de un hecho anterior.¹⁸²

La causalidad jurídica, siendo independiente de la causalidad física, hace referencia a la causa del daño que tiene relevancia jurídica¹⁸³, y nace al momento en que el derecho retoma para sí el vínculo que existe entre el hecho y el daño. De esta forma, la causalidad jurídica permitirá establecer un vínculo, directo o no, entre el presunto responsable y el daño que se le pretende atribuir, toda vez que ese hecho dañoso se encontraba dentro del ámbito de protección de la esfera jurídica del causante, sea por imposición de la Ley o por una dirección de su voluntad.

El nexa causal puede ser simple o complejo. Cuando hablamos de un nexa causal simple estamos refiriéndonos a un solo vínculo de relación entre el hecho y el daño, como ocurre en los casos de responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio.

El nexa causal se puede volver complejo y será así comprendido, cuando hay más de una relación entre el hecho y el daño. Entre los supuestos se pueden citar, que se encuentran entre ellos los siguientes:

- Puede darse el caso de que un solo hecho ocasione varios daños consecuenciales unos de otros.
- Un hecho puede dar lugar a otro hecho, y este último hecho será el que ocasione, en principio, el resultado dañoso.
- Varios hechos, consecutivos unos de otros, pueden llevar a un solo resultado dañoso.

¹⁸¹ Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*. Tercera Edición, (Colombia: Editorial Temis, 1981), 407

¹⁸² Roberto Vásquez Ferreyra, *Responsabilidad por daños (elementos)* (Argentina: Ediciones Depalma, 1993). 220

¹⁸³ *Ibidem*.

De conformidad con los supuestos anteriores existe, en materia del nexo causal, algunas teorías que pretenden acercarse o determinar cuál es la condición, entre varias posibles, que constituye la causa de determinado daño.

3.1.2.3. El Daño

El Daño es sinónimo de “detrimento, menoscabo, dolor o molestia que afecta a alguien”¹⁸⁴. El ser humano, en sus relaciones con los demás, constantemente está expuesto a dañar o a ser dañado;

Sobre esto, MAITA NAVEIRA ZARRA, señala que: “En el lenguaje común hablamos de daño o de su sinónimo perjuicio, para referirnos a todo tipo de consecuencia nociva o perjudicial, que afecta a las personas o a las cosas, ya tenga su origen en una conducta humana, en un comportamiento animal o en un fenómeno de la naturaleza”¹⁸⁵. El daño engendra e instiga a la responsabilidad extracontractual; genera el deber de responder y condiciona su alcance¹⁸⁶.

El Daño, se enmarca como el tercer elemento que se requiere para poder hablar de responsabilidad civil en general.

Tomando en cuenta que puede ser a partir de la cronología temporal, el daño es el último elemento en aparecer como consecuencia del hecho dañoso, pero, analizando el daño desde “el punto de vista metodológico, el daño es el primer elemento, que pone en marcha el problema de la responsabilidad civil del sujeto activo, y comienza a plantearse cuando existe un daño causado”¹⁸⁷. Si no existe daño y a pesar de que se reúnan los demás elementos de la responsabilidad, no hay lugar a la reclamación de perjuicios.

Cuando se habla del daño, se orienta al perjuicio, se está haciendo referencia a una pérdida o un menoscabo en la esfera patrimonial y moral o ambas, por el cual, quien lo ha sufrido sea persona física o moral, pretende la reclamación del perjuicio. De esta forma tenemos que, el daño es “la diferencia, perjudicial para la víctima, entre una situación antes de sufrir el hecho dañoso y después del mismo”.¹⁸⁸

A partir del daño se estructura toda la reparación integral, de consecuencias que pretende la responsabilidad civil, y de esta forma se les ha clasificado entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales, y dentro de ellos se encuentran en diferentes legislaciones otras variadas divisiones a las que no es necesario referirnos en este momento.

¹⁸⁴ Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva, El daño como elemento esencial de la responsabilidad civil (Chile: Jurídica de Chile, 2005). 41-43

¹⁸⁵ Maita María Naveira Zarra, *El evento dañoso, Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, 2ª edic., (España: Editorial Barcelona, 2004), 41.

¹⁸⁶ Sala de lo Civil, *sentencia definitiva 1216-2001*, de las once horas del dieciocho de diciembre de dos mil uno. En la responsabilidad extracontractual, el solo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a la persona, implica para el damnificado una afectación a sus sentimientos que resulta notorio; así surge la tesis de que el daño moral no requiere prueba, pues se demuestra por sí solo con la verificación de la titularidad del derecho lesionado en cabeza del reclamante y la omisión antijurídica del demandado.

¹⁸⁷ Félix A Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, (Argentina: Damages, 2004), 393.

¹⁸⁸ Jorge Peirano Facio, *Responsabilidad extracontractual*. Tercera Edición, (Colombia: Editorial Temis, 1981), 361

Ahora, el daño se caracteriza por estar vinculado en forma causal con el hecho generador, debe ser cierto, personal y aunque no es una posición que regule la ley, hay quienes consideran que no debe estar justificado.¹⁸⁹

La certeza es un elemento del daño supone una apreciación del perjuicio que en forma cierta, se ha ocasionado sobre la persona, de quien pretende su reclamación, debe haber una certidumbre o una probabilidad suficiente de la ocurrencia del mismo, independientemente de que sea pasada, presente o futura.

De esta forma, aquellos daños que no son susceptibles de producirse en el futuro o cuya producción son apenas probable no ameritan reclamación alguna en la medida que ello equivaldría a enriquecer sin causa a la víctima.¹⁹⁰

El carácter personal del daño, supone que solo quien ha sufrido el menoscabo puede pretender la acción para buscar su reparación, sea porque es un daño directo en relación con el hecho lesivo o sea porque es un daño de rebote o consecuencial del daño directo sufrido.

El carácter personal del daño pretende justificarse que donde no hay un interés legítimo dañado o lesionado, no hay derecho de acción para pedir la reparación, lo cual se verá como en la doctrina y en la ley se regula un criterio amplio para buscar la acción de reparación o indemnización, no cierra las posibilidades que sobre el carácter personal del daño se pueden plantear.

Referirse a un daño que no debe estar justificado, nos lleva a concluir que, el daño que esté justificado, es un daño que la víctima estaría en principio obligada a tolerar.¹⁹¹

De lo anteriormente dicho, el daño sólo adquiere relevancia cuando se basa en el carácter ilícito que se relaciona sobre el hecho dañoso, pero el carácter ilícito del hecho se vuelve una cualidad necesaria del mismo, debe ser un daño a bienes jurídicos relevantes; lo importante es verificar si el hecho que se concreta en un resultado dañoso es contrario al ordenamiento y entonces cabe la posibilidad de que se produzca un daño que a pesar de estar justificado, genere consecuencias patrimoniales sobre el agente.

3.1.2.4. La Culpa

Todo comportamiento lesivo trae como consecuencia la culpa, como elemento básico, y sobre este tema de la culpa, se encuentra abstractamente, en palabras de DIEZ-PICAZO, expresa que “allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe culpa ni responsabilidad”¹⁹², lo cual no puede ser totalmente cierto.

¹⁸⁹ Félix A Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, (Argentina: Damages, 2004),416.

¹⁹⁰ Ibidem. 413.

¹⁹¹ Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo I. 1ª Edición, 1ª Reimpresión (Argentina: La ley, 2005), 416.

¹⁹² Luis Diez Picazo, *Sistema de Derecho Civil Volumen II*, (Editorial Tecnos, Madrid-España, 1992), 361

La culpa, como elemento de la responsabilidad, hay quienes lo ubican como elemento subjetivo, como elemento esencial, lo cierto es que puede presentarse o no y por esto algunos doctrinarios, le cuestionan su importancia dentro de los elementos que es necesario reunir para hablar de responsabilidad civil.

Lo que se refiere a la culpa implica un juicio de reproche sobre la conducta del sujeto, y este juicio se corresponde con un factor subjetivo por medio del cual se establece un nexo causal entre el hecho y la conducta de la persona, a quien se le atribuye su realización; es un calificativo a la conducta o el hecho por medio del cual se ha transformado una realidad anterior, y con ello se llega a concluir que se trata de un elemento psicológico que supone una relación interna del sujeto que comete el hecho dañoso.

La culpa en materia civil y tomándola desde un sentido amplio, tanto el dolo como la culpa –que en materia penal suele diferenciarse, sea porque se actuó de forma intencional y con el fin de causar el daño (conocer y querer el resultado dañoso) o porque a pesar de no querer el resultado, no se tomaron las medidas y precauciones necesarias para evitarlo.

Este elemento se configura de los comportamientos por acción y por omisión que representan la violación de una obligación previamente acordada o de un deber legal, sea porque el sujeto activo actuó con la intención de causar el daño, de forma negligente, imprudente o sin la pericia requerida.

En la esfera de la responsabilidad extracontractual, se aprecia, la voluntad del autor, si a este se le puede atribuir el daño causado, por un acto realizado con su voluntad, o si lo hizo por no tener el debido cuidado sobre las personas o cosas que están en su custodia.

3.1.2.5. EL Dolo

Se define como la intención deliberada de causar daño a otro. Esta acepción de dolo¹⁹³ cabe tanto para el ámbito contractual como extracontractual, aunque en el primero se señala que basta la intención deliberada de incumplir, retrasarse en el cumplimiento o cumplir mal para que se entienda configurado el factor de dolo.

Es importante traer a cuenta lo que por su parte aporta, CONCEPCION RODRIGUEZ¹⁹⁴, desde su punto de vista, es necesaria una definición específica cuando se trata de dolo civil, entendiéndolo como la infracción consciente y voluntaria de un deber jurídico, aunque sea aquel genérico que impide causar daño a otro, y en relación con el daño, el dolo presupone el conocimiento de su producción, al menos probable, como consecuencia de la acción querida.

¹⁹³ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 1346-2001, de las catorce horas del veinticuatro de julio de dos mil uno. La buena fe tiene como ideas opuestas: la mala fe, el dolo, el engaño, el fraude, la infidelidad, la mala intención, la malicia, la violencia, términos que también emplea el Código Civil para expresar lo contrario a la buena fe.

¹⁹⁴ José Luis Concepción Rodríguez, *Derecho de daños*. 2da edic. (España: Editorial Bosch. 1999), 66. Para esta autora, es preponderante la existencia del daño, al momento de intentar cualquier tipo de acción, por ello, afirma que está mal, el uso de la institución de la responsabilidad civil, siendo más adecuado para ello, denominarla Derecho de Daños.

3.1.2.6. Elementos que caracterizan la Culpa

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; a contrario sensu, no puede calificarse de culpable a quien no es imputable¹⁹⁵. La culpa requiere indispensablemente la imputabilidad del autor.¹⁹⁶

Previsibilidad del resultado

La previsibilidad tiene que ver con los juicios mentales del sujeto activo, por lo que 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 la precaución u observar la conducta necesaria para evitarlo.

En la doctrina y jurisprudencia en algún momento se ha dicho que Allí donde no existe previsibilidad del resultado dañoso, no existe culpa ni responsabilidad¹⁹⁷; 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”.¹⁹⁸

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.

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.¹⁹⁹

En la culpa, no existe el propósito deliberado de incumplir o de dañar. Se daña imlemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la

¹⁹⁵ Aída Kemelmajer De Carlucci, *Los factores subjetivos de atribución*, en “Responsabilidad civil”, 1ra edic, (España: Editorial Hammurabi 1997),142. Concepto de culpabilidad íntimamente ligado a la culpabilidad del delito penal, en donde se debe atender a la capacidad delictual de la persona como parte del juicio de desvalor jurídico.

¹⁹⁶ Ibidem. 142. Se enfatiza, que existen hechos en los que se puede imputar a un individuo, pero este no será el responsable de resarcir el daño, pues corresponde a la persona que representa.

¹⁹⁷ Luis Diez Picazo, *Sistema de Derecho Civil Volumen II*, (Editorial Tecnos, Madrid-España, 1992), 361. En un fallo se indicó que la previsibilidad del hecho constituye un elemento esencial para distinguir el caso fortuito de la culpa: en la culpa pudo ser previsto y evitado.

¹⁹⁸ Luis Fernando Reglero Campos, *Lecciones de Responsabilidad civil* (España: Aranzadi Thomson Reuters, 2013), 191. El juicio de previsibilidad recae en la situación del que realizó el daño, si este, se encontraba en la capacidad de prever que se daría ese resultado y en todo caso también puede recaer en el responsable, si este podría haber evitado que se diera el hecho dañoso.

¹⁹⁹ Marcelo Lópe Mesa, *Responsabilidad civil de los profesionales*, 1ra Edic, (Chile: Editorial Lexis Nexis, 2005) 135.

prestación o el acto. Para la 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.²⁰⁰

Lo antes citado se ha querido dejar plasmado a efecto de poder tener una comprensión general de las complicaciones en que puede enmarcarse una conducta humana, realizada por cualquier circunstancia, que puede llegar a encajar en los presupuestos de tipicidad imputable a daños morales, siendo, el caso propio para el presente estudio las acciones que causen Daño Moral, que este es producto de la construcción jurisprudencial y doctrinal, que aun con el paso del tiempo no deja atrás las complejidades para su configuración, pero que en nuestra sociedad ya se tiene un marco regulatorio propio que ampara el derecho de reclamo a indemnización a las personas naturales y jurídicas que sean víctimas de daño moral, por acción u omisión, el cual citaremos en seguida.

3.2. El daño moral a las personas, su reparación e indemnización conforme a la ley de reparación por daño moral

Conforme a la ley de Reparación por Daño Moral, nuestro sistema legal positivo, cambia en nuestra legislación y en beneficio de la sociedad, los paradigmas de protección y la vía para el reclamo, para toda persona que por alguna relación cae en el estatus de ser víctimas del ilícito de daño moral, así como también se regulan los derechos para las cuales la víctima directa o un tercero que puede estar legitimado para ejercer la acción respectiva, será en el desarrollo del contenido de la presente ley, que se encuentran regulaciones sobre las causas del daño moral, los titulares del derecho y algunos aspectos de índole procesal que serán citados ; en ese sentido, es importante conocer el objeto de la ley para comprender el desarrollo de sus demás disposiciones.

Comenzamos citando lo que se reconoce y establece en marco legal moderno nuestro así:

3.2.1. El Objeto de Ley de Reparación por Daño Moral

El objeto de la ley, según el art. 1 LRDM es: “(...) *Establecer las condiciones para ejercer el derecho a la indemnización por daños morales, reconocido en el inciso tercero del artículo dos de la Constitución.*”, acá como ya se relacionó anteriormente se vincula garantizar la reparación por indemnización, en relación al agravio al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, todo lo relacionado en cuanto a los derechos de la personalidad, como bienes jurídicos relevantes por ser los derechos fundamentales de la persona, los que están caracterizados en el capítulo anterior, ya que se busca de forma integral la protección y reparación por estar fijado el interés en la persona de la víctima, y no del agresor, y la parte agraviada puede ser persona física o jurídica.

²⁰⁰ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, 1ra Ed. (Argentina: Editar, 1971), 69. La culpa, normalmente se trata de encasillar por la doctrina con el cuasidelito, pues existen autores que enmarcan el dolo al delito.

Como lo señala Daniel Pizarro, como uno de los grandes pensadores de la materia “*La reparación del daño moral, se erige en una de las grandes conquistas del moderno Derecho de daños*”²⁰¹, en ese sentido, la actual legislación en comento por mandato constitucional regula la indemnización como una forma de buscar reparar el daño moral.

Con esta disposición, también se busca imponer límites y consecuencias a las personas en sus relaciones, y a su vez una protección integral para las mismas, en sus relaciones en sociedad y se tiene un proceso que sea de acceso a las víctimas de daño moral, pero existen elementos para su configuración y para el reclamo, puede acudir a la legislación civil para obtener una tutela judicial efectiva.

La regulación del daño moral es de lo más reciente en el ámbito legislativo nacional, que rompe los paradigmas tradicionales del daño, o mejor dicho supera las formas tradicionales de regular los ilícitos civiles del daño moral, aunque con connotaciones especiales en cuanto a las personas y sus derechos, porque regula el daño moral a favor de la persona jurídica o moral, como víctima del mismo, así también en sus bienes e intereses, que se protegen.

En este contexto es importante traer a mención a los destacados e icónicos precursores del daño moral, los hermanos Mazeaud²⁰² definen al daño moral como aquel que “constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea, no pecuniario”, es evidente que los autores lo delimitaron en relación al daño patrimonial.

En los doctrinarios modernos, encontramos que la apreciación del daño moral reúne otros elementos que son propios del ser humano, pero que además buscan darle otras satisfacciones o beneficios, que al ser afectados estaremos en presencia de una lesión traducido en: El dolor, la congoja, la pesadumbre física o espiritual, las afrentas y todos los sufrimientos de la víctima del daño son disposiciones particulares del espíritu, que perturban su fuero íntimo. Los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que se suelen denominar derechos de la personalidad o extra patrimoniales.²⁰³

Al respecto la jurisprudencia nacional fue dando aportes también, antes de la creación de LRDM, Los daños morales o extra patrimoniales afectan los bienes o derechos que no poseen naturaleza patrimonial y que por ello no pueden ser reparados en sentido estricto²⁰⁴.

²⁰¹ Ramón Daniel Pizarro, *Daño moral, prevención, reparación, punición*, 2.a ed. (Argentina: Hammurabi, 2004). 93.

²⁰² Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil. la responsabilidad civil, los cuasicontratos*, vol. II, parte 2a., (Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960), 56-68.

²⁰³ Ricardo Ángel Yagüez, “Tratado de responsabilidad civil”, 1ra Edic., (Chile: editorial Noa, 1998), 675. Por ejemplo, partidos políticos, que buscan dañar la imagen del candidato de otro partido político, a partir de atribuirle rasgos no socialmente aceptados, lo que se está produciendo es un daño moral, pues no puede ser cuantificable patrimonialmente y se está afectando un derecho personalísimo, como lo es la imagen.

²⁰⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, sentencia definitiva 52-A-2005, de las once horas con quince minutos del veintidós de agosto de dos mil seis. por su naturaleza personal, sólo puede ser reclamado por quien lo ha padecido, lo anterior implica que en la mayoría de los casos interviene aquel directamente afectado; excepcionalmente el indirectamente dañado; además es de contenido extraeconómico, o sea, que se constituye como una parte de la concepción genérica de la reparación del daño.

Por otra parte, encontramos que, para Rafael García, considera que el daño no patrimonial o moral “es la lesión o menoscabo de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho”²⁰⁵. Compartimos este criterio porque el autor en su estimación incluye que el menoscabo afecta la esfera jurídica del sujeto de derechos, exactamente para que exista la obligación de reparar e indemnizar, se tratara de un daño jurídico, con afectación a la persona, que es la que estada dotada de derechos y obligaciones, facultada por la ley para reclamar el derecho afectado o perjuicio sufrido, para el caso del tema se trata de la persona natural o física y de la persona jurídica o moral como veremos más adelante.

Las definiciones y caracterizaciones del daño moral son muy variados y creemos con certeza que lo seguirán siendo, en la medida que evoluciona el desarrollo de la sociedad, pero mientras la ley regule su protección habrá seguridad jurídica, en cualquier ámbito de la vida en que se produzcan.

3.2.2. Acciones que causan daño moral y su reparación

En la siguiente disposición se regulan las acciones que se ejecutan y que tienen la característica inequívoca de que pueden causar perjuicios, y se establecen los supuestos:

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.

3.2.2.1. Definición de daño moral

En la presente disposición, encontramos que es la misma norma jurídica que define que se entiende por daño moral, y a la vez conlleva los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, en tal sentido, vale la pena citar y agregar la concepción de Guillermo Borda, quien sostiene que, el daño moral genera la consecuencia de “no poder gozar de ciertos disfrutes que la vida normal proporciona”²⁰⁶, como consecuencias trae como padecimiento, en cuanto a que con el daño moral se le impide a la víctima, seguir desarrollándose con normalidad, y crea un nuevo entorno de vida, que interrumpe el desarrollo ideal de su proyecto de vida.²⁰⁷

Como ya se mencionó antes, este tipo de agravio o daño moral, para que traiga aparejada la obligación de reparar, debe tratarse de un daño jurídico, es decir que afecta derechos relevantes de la persona y de naturaleza constitucional. En este contexto todo daño trae como consecuencia una responsabilidad y para ello debe ser por acto ajeno a la víctima, y en la jurisprudencia nacional

²⁰⁵ Rafael García López, *Responsabilidad por daño moral, doctrina y jurisprudencia* (España: José María Bosch Editor, 1990), 78-79.

²⁰⁶ Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil-Obligaciones, Tomo I* (Buenos Aires, Argentina: Abelado-Perrot, 1998). 144.

²⁰⁷ Roxana Jiménez Vargas- Machuca, “Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática”, *Revista de derecho Themis*, (2005): 277, de esa misma forma lo reconoce Roxana Jiménez, quien define el daño moral como: “categoría opuesta al daño material y en modo alguno relacionado con la moralidad, esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo cual incluye el tradicional pretium doloris y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y proyecto de vida”

señala que: El daño engendra e instiga a la responsabilidad extracontractual; genera el deber de responder y condiciona su alcance.²⁰⁸

Vale la pena asentar en este tópico para una mejor comprensión de la norma, lo que expresa el señor Trigo Represas, sobre la responsabilidad jurídica, para el consiste en “la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al ordenamiento jurídico”²⁰⁹. El autor concibe que la responsabilidad surge del acto o hecho ilícito, englobando tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual.

Existen diversas denominaciones que hacen referencia a los diferentes derechos que pueden ser reparados por daño moral, en tal sentido al hablar de derechos extrapatrimoniales se entiende que están inmersos los derechos de la personalidad, también denominados personalísimos, los cuales son definidos por la doctrina como: “*Los derechos que, buscan generar una indemnización una obligación jurídica concreta en favor de quien haya sufrido una vulneración a los bienes protegidos por tales derechos*”.²¹⁰

De lo anterior se puede decir que es suficiente teniendo como presupuesto básico la existencia de un daño al bien jurídico de otro, causado por una conducta ilícita o negligente, para que la responsabilidad civil se convierta en la obligación de reparar o resarcir el daño sea moral o de otra índole.

3.2.2.2. La responsabilidad objetiva

La responsabilidad objetiva²¹¹, prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido, basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho simple y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad, pero para el tema debe revestir las connotaciones del hecho jurídico.

²⁰⁸ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 1216-2001, de las once horas del dieciocho de diciembre de dos mil uno. En la responsabilidad extracontractual, el solo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a la persona, implica para el damnificado una afectación a sus sentimientos que resulta notorio; así surge la tesis de que el daño moral no requiere prueba, pues se demuestra por sí solo con la verificación de la titularidad del derecho lesionado en cabeza del reclamante y la omisión antijurídica del demandado.

²⁰⁹ Félix A Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, (Argentina: Damages, 2004),902.

²¹⁰ Mario Álvarez Ledesma, *Acerca del concepto de derechos humanos* (México, D.F.: McGraw-Hill, 1998). 110.

²¹¹ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 1210-2003, de las nueve horas y treinta minutos del doce de febrero de dos mil tres. La responsabilidad civil ha venido variando con el paso del tiempo, pasando desde una responsabilidad por culpa hasta una responsabilidad objetiva, constituyendo un proceso evolutivo, obedeciendo a las necesidades de dar soluciones a las exigencias de cada momento histórico, a pesar de esta evolución, los diferentes sistemas de responsabilidad civil coexisten, pero adaptándose a los tiempos modernos.

El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva²¹². Este tipo de responsabilidad o sea la objetiva, se fundamenta en el riesgo.

3.2.2.3. Responsabilidad subjetiva

En la actualidad se estima la evolución de la doctrina señalando que la protección gira alrededor del acto dañoso; que se aleja de los tipos, diluyéndose los distinguos entre responsabilidad contractual y extracontractual, antijuridicidad material y formal; que surge el principio favor victimare; y que evoluciona hacia un rubro restaurativo sustentado en la teoría de la reparación.

La obligación de reparar se convierte así en la consecuencia de un deber de no dañar o de restablecer la situación modificada como consecuencia del acto ilícito cometido (statu quo ante).

3.2.2.4. Teorías que erigen sobre el daño moral

Sobre el debatido tema de reconocer la existencia jurídica del derecho de daño moral ha dado a los juristas y doctrinarios de cada época la evocación de diferentes expresiones de sus pensamientos en cuanto a la consideración de ser objeto de responsabilidad civil, su tratamiento como fuente de las obligaciones, sobre esta consideración se encuentran diversas teorías, pero para el presente citaremos las que robustecen el contenido de la ley en comentario y que es el fundamento del tema de investigación.

Básicamente, se puede decir que la Teoría Negativa había imperado durante mucho tiempo, se refiere a la incompatibilidad de la existencia de la reparación pecuniaria o económica con respecto a la aparición del daño moral. Citaremos a una de las personas defensoras de la posición negativa, no obstante que eran una buena mayoría que conspiraban a su no reconocimiento, y su pensamiento se basaba en la argumentación que sostenía también Pérez de Lima²¹³ “El dinero que la parte ofendida recibe por el dolor moral sufrido no es el precio del bien lesionado, sino una compensación, la única que es posible dar por el daño causado”.

Con certeza podemos decir que esta antigua concepción, hoy en día, se encuentra virtualmente superada.

Teoría positivista, es actualmente mayoritaria en el Derecho Positivo y tiene como fundamento La reparación de los daños morales, dicha teoría posee dos finalidades: indemnizar pecuniariamente a la parte ofendida, dándole la oportunidad de obtener medios de aminorar el dolor sufrido, como consecuencia de la agresión moral, en un supuesto mixto de compensación y satisfacción, asimismo punir al causador del daño moral, impidiendo nuevos episodios lesivos, nefastos para la convivencia social.

²¹² Mariano Fernández Martín-Granizo, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, 1ra edic., (España: Editorial Aranzadi, 1972), 45-53. La responsabilidad objetiva, es más amplio su campo de aplicación, basa sus supuestos en el riesgo creado, una persona puede ser reprochada civilmente por no haber actuado diligentemente al cuidado de una cosa, por lo que sí, esta falta causa un daño, es menester que reestablezca el daño causado, aunque no haya participado directamente

²¹³ Zulmira Pires de Lima, *Algunas consideraciones sobre responsabilidad civil por daños morales* (Brasil: Universidad de Coimbra, 1940), 221.

Posteriormente de expuestos los argumentos de las diferentes teorías para fundamentar y justificar la responsabilidad civil, se suman las teorías eclécticas, integrándose de los elementos de las anteriores teorías teniéndose en cuenta las subjetiva y la objetiva, siempre inmerso el valor de la culpa, esta teoría además relaciona otros elementos propios de la responsabilidad.

La teoría mixta o ecléctica admite la reparación del daño moral cuando este lleve consigo intereses patrimoniales. Se va marcando el primer paso en dirección hacia el camino de la superación de la teoría negativista. Para alcanzar la compensación en esta teoría, debe haber ofensa pecuniariamente palpable. El daño al patrimonio objetivo de la víctima, acarreándole perjuicio inmediatamente cuantificable, debe ser derivado de la lesión moral.

En esa teoría se han apoyado grandemente decisiones judiciales que en la práctica han servido de sustento para el desarrollo de la ley.

3.2.3. Causas de reparación por daño moral

Esta ley en el artículo 3: Se tendrán como causas para la reparación del 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. 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.*
- 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.*
- d) *La afectación sustancial del proyecto de vida”.*

La doctrina y jurisprudencia, han producido diferentes definiciones respecto a la existencia de causas del daño moral, a las cuales nos hemos referido anteriormente en detalle.

También estaremos a presencia de la existencia de daños que no ocasionan un menoscabo económico a la víctima; sino que afectan a las personas en sus sentimientos, emociones, como la angustia por la pérdida de un familiar; a algún aspecto de su personalidad o lo que es (fuero interno), como el derecho a un buen nombre, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho al ejercicio de una profesión u oficio.²¹⁴

3.2.3.1. Acto voluntario

Como lo expresa la ley todo daño es producto de una acción o acto realizado y debe ser entendido en sentido positivo, como acción, ejecutar (hacer), o en sentido negativo, como omisión (no hacer) dentro del deber legal, en consecuencia debemos entender que no se trata de cualquier acto el que genera responsabilidad.

²¹⁴ Gilberto Martínez Rave, “La indemnización civil de los daños causados con el delito”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (1980): 121-125 “La indemnización económica por el daño moral causado, persigue una compensación del sufrimiento causado”, bastando que el hecho se produzca para que se aprecie la existencia de un daño moral que debe ser resarcido.

Dicho acto debe ser voluntario; realizado con intención, discernimiento y libertad, y además debe exteriorizarse, es decir da un resultado, procesalmente debe probarse que era un hecho querido por el autor.

El hecho o como le llama la ley, la acción u omisión que interesa a la teoría del daño es sólo aquel acto humano que produjo un daño²¹⁵. Quedan fuera los hechos de la naturaleza que producen daño, pero no generan responsabilidad.

3.2.3.2. Actos Ilícitos

Dentro de los hechos jurídicamente relevantes, o sea los que revisten antijuricidad encontramos aquellos actos humanos que contravienen el ordenamiento jurídico²¹⁶. Todo comportamiento de una persona que lesione injustamente la esfera jurídica de otro constituye un acto ilícito²¹⁷. La doctrina legal generalmente los clasifica dentro de estos, a los delitos²¹⁸ y los cuasidelitos²¹⁹, siendo tradicionalmente tratadas como fuentes de la responsabilidad extracontractual, su comisión genera la obligación de resarcimiento por los daños ocasionados.²²⁰

En la actualidad la doctrina moderna dominante radica su orientación en la tendencia a suprimir la distinción entre delitos²²¹ y Cuasidelitos²²², orientándolos todos a los hechos ilícitos²²³, esto obedece a que según exista dolo o no, sobre el hecho siempre surge la obligación de indemnizar.

²¹⁵ Alberto Bueres, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y el contrato de trabajo* (Argentina: La ley, 1999), 1. El daño injusto y la ilicitud e ilicitud de la conducta. “Asimismo, la acción que se acepta en la responsabilidad civil es la que produce un daño y que denote la antijuricidad. En materia penal las corrientes finalistas tienen un concepto más amplio de acción (o conducta, como también se la suele llamar). De esta manera entonces, se afirma que la acción humana es el ejercicio de una actividad final (no solo causal)”

²¹⁶ Atilio Alterini, *Derecho de Obligaciones* (Argentina: Editorial Abeledo, 1996), 687. Por ser hechos humanos, voluntarios se les denomina como actos y que por su disconformidad con el orden jurídico se vuelven ilícitos.

²¹⁷ Roberto de Ruggiero, *Instituciones de derecho civil* (México: Universidad Autónoma de México, 2019), 643. Esa esfera puede ser lesionada por quien hallándose vinculado no cumple con una obligación, o en este caso por quien no teniendo obligación alguna causa un daño a otro.

²¹⁸ Atilio Alterini, *Derecho de Obligaciones* (Argentina: Editorial Abeledo, 1996), 687. Los delitos son caracterizados por el dolo con que son ejecutados, con el ánimo de dañar a otros.

²¹⁹ *Ibidem*. 688. Los cuasidelitos presentan como elemento la culpa o los hechos imputados a título de riesgo creado.

²²⁰ *Ibidem*. 689. Los delitos y los cuasidelitos, son la fuente de responsabilidad extracontractual por excelencia, debido a que, previo a cometerse no existe ninguna relación jurídica.

²²¹ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 1584-2004, de las diez horas y veinte minutos del doce de febrero de dos mil cuatro. La expresión delito civil alude, sin más, a los actos u omisiones ilícitos ejecutados con conocimiento e intención de dañar a la persona o los derechos de otro; cuya definición se asemeja al dolo que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

²²² Atilio Alterini, *Derecho de Obligaciones* (Argentina: Editorial Abeledo, 1996), 691. En la legislación comparada se tiende a unificar los regímenes de responsabilidad del delito y el cuasidelito en un común sistema de hechos ilícitos.

²²³ Sala de lo Civil, Sentencia definitiva 79-AP-2007, de las nueve horas del seis de febrero de dos mil nueve. En el caso de incumplimiento de obligaciones o actos ilícitos, el perjudicado por ellos tiene derecho a ser indemnizado por el causante de los daños que éste le haya ocasionado en forma efectiva y también de las utilidades que haya dejado de percibir por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o en virtud del acto ilícito cometido; y cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, el perjuicio causado se traduce en intereses.

No es importante distinguir si la responsabilidad es subjetiva u objetiva, no es trascendental porque para esto en todo caso hay que aportar la prueba, puesto que, en la subjetiva, el fundamento de la responsabilidad es la culpa, en cambio, en la objetiva rige la presunción de culpa y se invierte la carga de la prueba, pero en la norma de Reparación por Daño Moral en comento siempre es necesario aportar la prueba para realizar la imputación en el proceso.

Tenemos que por medio del art. 3 literal “A”, faculta la aplicación de la despenalización de algunas conductas y facilitar la aplicación de la ley en diversas áreas del derecho, ya no se limita únicamente a los ámbitos civil o penal, sin embargo, el requisito fundamental que exige esta disposición es que exista afectación de derechos reconocidos en estos ámbitos y que provoque daño moral en la víctima, en tal sentido, el Lit. A de la LRDM, es de contenido general, para diversos supuestos jurídicos, ya que establece algunos de los requisitos del daño moral resarcible contemplados por la doctrina, los cuales son la acción u omisión ilícita, y la intencionalidad o no de la misma.²²⁴

3.2.3.3. La afectación a los Derechos Humanos

Asimismo, en la segunda parte, del mismo **Lit. “A”** se regula como causa de reparación del daño moral *la afectación en la esfera de los derechos humanos*, en cuanto a la protección de estos, puede darse por medio del derecho internacional, y de igual forma por medio de la legislación interna de cada país, según lo prevé el legislador constituyente en el art. 144 de la carta magna.

Al contemplar la ley, se evidencia que para la misma el legislador se ha apegado al espíritu del criterio que se establece en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos en la resolución 60/147 de la ONU²²⁵ por medio de la cual desarrolla el principio de reparación integral del daño, reconociendo la procedencia del daño moral en razón de una lesión que recae sobre derechos humanos, de la misma forma lo ha reconocido el Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos. Recordemos que los derechos humanos son la base de los derechos fundamentales que constitucionalmente se protegen y a la vez motivan la reparación que regula la LRDM.

3.2.3.4. Exceso al Límite de la Buena Fe

El Lit. B, regula que se debe reparar daño moral ante “Cualquier exceso de los Límites de la buena fe en el ejercicio de un derecho legítimo que causa un daño a otro”, facultando solicitar daño moral por cualquier problema que se suscite, en el caso de ocurrir excesos a los límites de la buena fe. Lo que debe ser probado y determinado por el juzgador y quien dictaminara si procede la indemnización por daño moral.

²²⁴ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 105. Al analizar los elementos del hecho generador de responsabilidad, expone que: “*al hecho voluntario antijurídico debe añadirse el que haya efectivamente causado daño (nocividad), requisito que se desdobra en dos: el daño propiamente tal y el vínculo causal entre el hecho ilícito y el perjuicio (causalidad)*.”

²²⁵ El Sistema Universal está constituido por las normas y mecanismos de protección que emanan de la Carta de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre la materia, proclamados en el marco de este organismo. Los sistemas regionales están formados por los tratados regionales de Derechos humanos, en el caso del sistema interamericano, con origen en la Convención Americana de Derechos Humanos. -

Esto está relacionado a la teoría del abuso del derecho, y se trata de una consecuencia del exceso a los límites de buena fe, en tanto que los derechos subjetivos no son absolutos, más bien tienen limitantes al momento de ejercerlos, como la buena fe; no todos comparten dicha teoría, “Marcel Planiol, equipara el abuso del derecho con el acto ilícito; dice que si alguien usa su derecho el acto es lícito; y que si traspasa su derecho el acto es ilícito y el sujeto obra sin derecho; que el derecho cesa donde el abuso comienza; y que, el acto abusivo, puesto que es ilícito, no puede importar el ejercicio de un derecho”²²⁶, se trata de dos derechos distintos de consecuencias diferentes.

Este criterio también aplica para el ámbito contractual, donde la culpa del deudor en el incumplimiento se presume, en consecuencia, de esta tesis, no puede permitirse que las partes en un contrato puedan incorporar a los contratos cláusulas limitativas de responsabilidad por dolo. Podrán admitirse aquellas que dispensan la culpa, siempre que no violenten normas de orden público o que por su extensión no lleven un verdadero desequilibrio en la relación contractual, vulnerando el principio de equivalencia de los contratos.

Para prevenir las razones antes mencionadas, es que deben considerarse nulas las cláusulas predisuestas que supongan este desequilibrio, a las que deberán considerarse abusivas, lo importante que esto ya lo prevé el código civil como ley general.

3.2.3.5. Las Imputaciones injuriosas en contra de una persona

La LRDM, LIT. “C”, Este contenido aunque ya se trató de la protección a la integridad moral de la persona, por ser esos bienes que se regulan en este apartado, no vamos a dejar de reiterar a importancia que para el legislador tiene darle su protección por lo vamos a citar a quienes consideran: “que se tratara de un daño moral cuando se “vulneran los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos.”²²⁷; el perjuicio afecta al acervo espiritual del ser humano; no pueden reponerse porque no se encuentran disponibles en el mercado, como son el honor, dolor, tristeza, humillación, fama entre otros,²²⁸

3.2.3.6. Afectación Al Proyecto de Vida

En cuanto a la afectación sustancial del proyecto de vida, es muy novedoso y propio de una legislación moderna como la que se comenta, ya que ese derecho, se aplicaba hasta hace poco en materia de familia limitado al ámbito de las relaciones familiares básicamente, pero el legislador incluye esta novedosa figura para protección de toda persona sin otras vinculaciones, a quien cualquier mutilación del plan existente del sujeto, el que conforma su libre y personalísimo, íntimo y auténtico ser y hacer del individuo; en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la probabilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar o interrumpirlo el hecho dañoso.

²²⁶ Enrique Cuentas Ormachea, “El abuso del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Número 51 (1997): 465.

²²⁷ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª reimp, (Bogotá, Legis, 2010), 58-59

²²⁸ Elena Vicente Domingo, *El daño* (273). La forma de repararse este tipo de daños, no será a través de la reposición de lo dañado, por su naturaleza de ser bienes inmateriales, no se podría, así que se hace a través de una indemnización pecuniaria, que de alguna manera llegue a solventar a través de la misma, el sufrimiento vivido por el daño causado.

Este tipo de daño tiene una problemática compleja y propia de los nuevos daños que alcanzan la protección legal y surgen las formas de identificarlo, caracterizarlo y cuantificarlo, y puede surgir en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o también mixto, según las circunstancias que rodeen el caso, ya que el contenido de la ley busca una reparación para el agraviado sin importar el origen o fuente del daño, basta encontrar su ilicitud.

Para este tipo de daños también, en su campo de la responsabilidad y su reparación indemnizatoria, es un poco compleja ya que se puede extender hasta considerar la condición profesional y su capacidad de producción en beneficio personal y la expectativa que en el grupo familiar se tiene de la persona a quien se le afecta su proyecto de vida, que es a largo plazo en consideración del tiempo probable de vida y su desarrollo, hasta llegar a la vida en posición de retiro o jubilación, según sean las circunstancias, para ello se encuentran parámetros en las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es muy importante que después de largo tiempo ante la problemática del daño moral, la doctrina reconoció que la armonía del cuerpo y del espíritu es un bien jurídico en sí mismo, que el derecho debe proteger desde la constitución como norma suprema, sancionando cualquier alteración de dicho equilibrio, que provoque alguna modificación disvaliosa del ánimo de la persona generará responsabilidad para quien la haya causado en forma voluntaria o no, independientemente de que dicho desequilibrio provoque además pérdidas económicas.

Dentro del nuevo paradigma que impregna la LRDM, que dirige su protección tanto a las personas físicas como morales, su teoría del daño pretende reparar el perjuicio infringido a la persona contra los derechos de la personalidad, ya que el daño se entiende referido a cualquier lesión que una persona sufra en sus derechos, bienes e intereses jurídicamente protegidos, entendiendo por tal aquel menoscabo a derechos de entidad suficiente a su integridad moral como para que efectivamente ocasionen el desequilibrio a su integridad física o moral.

El daño moral en la actualidad ha sido aceptado, inclusive, en perjuicio de la persona moral o jurídica, abarcando el incumplimiento de obligaciones contractuales.

3.2.4 Personas titulares o legitimadas del derecho a reclamo por causa de daño moral

En cuanto a las personas, la ley se centra en la tutela hasta de los bienes intangibles o derechos extrapatrimoniales, con la protección en su fase interna, buscando la seguridad a su libre desarrollo, no hace distinción o discriminación, sino que por el contrario prevé que tanto las personas naturales o físicas que por excelencia es la protegida desde sus orígenes de la norma, y por quien se conoce nace y progresa el estudio del Daño moral a la persona, el cual ha venido evolucionado y se dice que el surgimiento es más de origen jurisprudencial y doctrinal, hasta llegar a nuestra reciente legislación, la que incluye a la persona moral o jurídica en la tutela de bienes jurídicos relevantes, que es un avance notorio en la legislación.

Por lo que, en la actualidad, en materia de responsabilidad el giro transicional del derecho civil o del derecho privado, se encuentra Regulado en nuestra legislación de la siguiente forma.

Art. 5 *Son titulares del derecho a la reparación por daño moral, las personas naturales que sufren el perjuicio y no tengan la obligación jurídica de soportarlo.*

El derecho a la reparación por daños morales es personalísimo.

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

Sobre esta disposición surge la idea que motiva la investigación del presente, pues regula el daño moral para dos tipos de personas de distinta naturaleza, desde su nacimiento, así como también el rol que desempeñan en la sociedad, y que se les reconocen derechos dignos de ser tutelados por la ley, aunque para el presente trabajo el enfoque es en cuanto a las personas jurídicas con ánimo de lucro, cuando han sufrido perjuicio en su patrimonio moral, por acción u omisión.

Que el derecho de acción, o la persona llamada por la ley para ejercer el derecho de reparación, comúnmente sólo tendrán acción para reclamar daño moral, el afectado o víctima directa del daño moral. Sin embargo, en nuestra legislación de daño moral, como consecuencia de los hechos acaecidos existen agraviados directos, es decir quienes hayan sido personalmente el acto del daño, y ofendidos por extensión aquellos que fueron indirectamente agraviados quienes también sufren por el dolor de otros, así existen consecuencias directas e indirectas. No obstante, para PIZARRO, sólo la muerte otorga acción a los herederos forzosos²²⁹.

Lo antes dicho, por el autor, no es compartido, por ser un pensamiento muy limitante si solo se acepta la tesis que el heredero forzoso es el llamado a reclamar por el daño sufrido, según la cual el interés es la medida de la acción, lógico es concluir y así se ha dejado sostenido, que quien sufre en sus afectos más íntimos tiene derecho a reclamar la reparación del daño sufrido. Así, pues, tendrá acción toda aquella persona que, directa o indirectamente, entendida como consecuencia directa, se sienta ofendido por el acto antijurídico de otra persona vinculada por parentesco o convivencia, e incluso por ser cesionario del derecho a reclamo, según la voluntad del directamente afectado.

3.2.4.1. En cuanto a las Personas físicas

El legislador protege a las personas, por ello condena la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resulten de la afectación de su proyecto de vida, y todas las consecuencias que se generan como detrimento en su patrimonio moral, son todos estos daños los que se incluyen y se buscan ser resarcidos con la indemnización.

La lesión a los derechos de la personalidad tantas veces mencionados, como la vida, la libertad, el honor, la integridad, la salud, la imagen la identidad, la intimidad entre otros, pueden dar como resultado un daño extrapatrimonial, asimismo patrimonial como puede ser la calumnia que daña el buen nombre y también ocasiona pérdida de clientela a un profesional o también a una persona jurídica o moral. La violación a estos derechos reconoce a la víctima la calidad de

²²⁹ Ramon Daniel Pizarro. Daño moral. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1996. P. 208. En materia de legitimación activa por daño moral, nuestro sistema es tan claro como restrictivo: en principio, sólo el damnificado directo puede reclamar dicha reparación; excepcionalmente, cuando del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, podrán hacerlo iure proprio, ciertos damnificados indirectos: los herederos forzosos.

legitimada para reclamar el resarcimiento, cuya compensación tiene contenido patrimonial a su favor.

Lo reiteramos que en el caso concreto cuando se esté a presencia de un daño personalísimo, para que exista obligación de reparar o resarcir, el actor debe haber actuado en violación de la ley, con dolo o culpa, debe haber producido un daño, debe existir un nexo causal entre el acto y el efecto dañoso y, por último, debe haber imputabilidad, el acto voluntario es ilícito cuando hubiere causado un daño o al agente activo le sea imputable por culpa o dolo.

Cumplidos los presupuestos señalados, el responsable de haber ocasionado un perjuicio a una persona, en sus derechos o facultades, tiene obligación de reparar toda lesión material o moral causada por el acto ilícito realizado, lo que se busca con la indemnización es la justa reparación del lesionado, la reparación integral del daño inmerecido que haya sufrido una persona física o natural.

Encontramos dentro del concepto de daño moral no se niega la obligación de reparar la agresión que una persona recibe a sus derechos extrapatrimoniales, entendida como el menoscabo o pérdida de un bien, en sentido amplio, que lesiona un interés jurídicamente tutelado (perjuicio moral). Bajo este criterio, DE CUPIS, citado por MOSSET ITURRASPE, dice: “si se quiere dar de los daños no patrimoniales una noción lógica y completa, no puede limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales en la denominación del derecho común germánico, pecunia doloris”, debiendo considerarse todos los daños, por ejemplo, “la disminución del prestigio y la reputación pública.”²³⁰

Es así como, finalmente, se considera que existe daño moral según la naturaleza de los derechos lesionados, incluyendo entre los bienes no materiales, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, el honor, como patrimonios de mayor valor para el bienestar y la felicidad del hombre.²³¹

Recordemos que el derecho es personalísimo en relación a los daños sufridos o la esfera de afectación que se lesione, pero en relación al derecho al reclamo lo puede ejercer o está legitimado para la acción tanto el directamente afectado como el heredero, conviviente o cesionario del derecho, a quien el titular del daño lo desee ceder o transmitir, según las circunstancias del caso.

3.2.4.2. En cuanto a las Personas Jurídicas con Ánimo de Lucro

Al referirnos a las personas jurídicas, morales, ficticias o de existencia ideal²³², también denominadas persona abstracta incorpóreas, colectivas o sociales, siempre se estará designando a aquellas entidades formadas para la realización de fines colectivos y permanentes de los hombres, a las que el derecho objetivo reconoce con capacidad de derechos y obligaciones.²³³

²³⁰ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños*, 1ra Ed. (Argentina: Editar, 1971), 69.

²³¹ *Ibidem*, 87.

²³² Federico de Castro Bravo, *La persona jurídica*, (España: Civitas Ediciones, 1991), 137. En este estudio se ha encontrado que en las diferentes etapas y terminologías utilizadas para referirse a lo que hoy se conoce de forma predominante como persona jurídica, haciendo mención al término persona en los textos romanos, el concepto de persona ficta, así como también a la utilización del término de persona moral.

²³³ José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo 1, Vol. II, (España: Reus, 1984), 409 - 413.

El legislador prevé su protección desde la constitución, porque no se hace mención diferente a que las personas jurídicas, no gocen de derechos fundamentales, ya que a la vez se crean por las personas físicas con la finalidad de dar cumplimiento a determinados fines que no podrían ser desarrollados de otra forma, por ello se dice que estos entes colectivos constituyen un instrumento al servicio de los intereses de las personas físicas que han decidido su creación.

Así tenemos también que, la creación de las personas jurídicas son normalmente la consecuencia del ejercicio de otros derechos fundamentales, más concretamente, del derecho de asociación previsto en el artículo 7 de la Constitución de la República, y el pleno ejercicio de este derecho conlleva que la organización creada tenga suficientemente garantizada su libertad de actuación en orden a la consecución de los fines propuestos, para lo cual deberán gozar de ciertos derechos fundamentales.

Es así, en esta sucesión de actos y derechos que, a la vez, las personas jurídicas también debieran ser titulares de aquellos derechos fundamentales considerados instrumentales o complementarios necesarios para la consecución de sus fines, y es aquí donde entran en juego derechos derivados de su existencia que llegan a ser suyos.

Para que las persona morales, surjan a la vida jurídica se tiene que cumplir varios requisitos, que las conducen a ser personas capaces y plenas como sujetos de derechos y obligaciones, para sí y frente a terceros, por lo que nuestra legislación en el Inc. Primero del Art. 25 del Código de Comercio establece: “*que La personalidad jurídica de las sociedades se perfecciona y se extingue por la inscripción en el Registro de Comercio de los documentos respectivos, estos documentos son la escritura social constitutiva, que debe constar en escritura pública otorgada ante funcionario competente*”²³⁴, regulado en los Arts. 21 Y 22 del Código de Comercio y los estatutos, que regulan el gobierno de la sociedad, en relación de los art. 254 y 260 del mismo cuerpo legal, que regulan la administración y representación, especialmente de la Sociedad Mercantil, que puede ser representación judicial y extrajudicial, y estipulado en su pacto social, situaciones que en definitiva serán acreditadas para su existencia dentro del proceso respectivo.

Recordando que el tipo de persona, de que se trata es básicamente del empresario social y su importancia en el tráfico jurídico, para obtener su finalidad lucrativa y su afectación puede ser en su patrimonio intangible de consecuencias patrimoniales.

Es a partir de la existencia legal, que podemos decir que la persona jurídica es capaz de ejercer sus derechos y obligaciones, en extensión al derecho al reclamo por daño moral sufrido, pues este será un parámetro de nacimiento de su derecho tanto por ser víctima del hecho ilícito, como para poder legitimar su existencia como persona y acreditar su personería dentro del proceso judicial para el reclamo.

Si bien la LRDM, reconoce y acepta la existencia del daño moral, en perjuicio de las Personas Jurídicas o morales, señalando que sucede cuando se afecta su crédito o su reputación comercial o social, por lo que no se puede menos que, en el nuevo paradigma una persona de

²³⁴ Ley de Notariado de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1962), Decreto Legislativo N°218. D.O. N° 225 Tomo N° 197 del 7 de diciembre de 1962. Art. 1 El notariado es una función pública.

existencia ideal tiene derecho a reclamar daños por haber sido afectada o vulnerada en su patrimonio inmaterial mencionado como buen nombre, fama, crédito comercial.²³⁵

Es importante, saber cuándo se está en condición de ejercer el derecho de reclamo por reparación de daño moral a favor de las personas jurídicas por cualquier acto antijurídico, que le ocasione perjuicios, teniendo un amplio catálogo de derechos protegidos entre los indicados, entendiéndose que abarca su honor y a su fama, el nombre, la libertad de acción, a su seguridad, a su intimidad y a su reputación entre otros²³⁶, pues como se expuso antes también gozan de derechos humanos y fundamentales, en relación de sus cualidades propias y de sus creadores o fundadores y socios, así como también por su finalidad y objeto social.

El prestigio comercial constituye parte de un activo valioso y que los operadores económicos intentan proteger a toda costa ya que de él depende que clientes, proveedores, inversores y el público en general sigan confiando en los productos o servicios que las entidades mercantiles sirven o prestan y que, en definitiva, es lo que se persigue cuando se constituye una empresa, que ésta sea productiva y viable desde el punto de vista económico, ya que de lo contrario la única salida es el cierre y la desaparición de las mismas.²³⁷

Como señala para esta situación RODRÍGUEZ GUTIÁN²³⁸, no debe olvidarse que la reputación económica opera a modo de presupuesto sine qua non para alcanzar el éxito en el ejercicio de la actividad empresarial o profesional por parte de los operadores Económicos. La reputación de que goce el empresario o el profesional posee una incidencia directa sobre los resultados de la actividad del mismo, de manera que su lesión tiene una incidencia negativa en el ejercicio de la empresa.

La Ley de Reparación por Daño Moral, al incluir como ente de afectación a la persona jurídica, le está ampliando su campo de obtener justicia a su favor, dándole protección en su ámbito de sujeto activo y pasivo, ya que existen regulaciones para su protección en diferentes ramas del derecho como en el Código Penal, en la Ley de Propiedad Intelectual, y otras, que le franquean un amplio catálogo de derechos protegidos entre los antes indicados.

3.2.4.3. Cesión o Transmisión del Derecho al reclamo por Daño Moral

En esta figura el legislador está regulando el destino del objeto del litigio, si este será cedido o transmitido, lo que cambia el paradigma normal del derecho al reclamo que comúnmente lo hace la ley, y se lo reconoce al directamente ofendido y está legitimado para demandar el derecho que

²³⁵ Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil-Obligaciones, Tomo I* (Buenos Aires, Argentina: Abelado-Perrot, 1998), 142-144. Nos parece una conclusión demasiado terminante. Si bien es difícil que tales personas puedan sufrir un daño moral, no es inconcebible que lo sufran.

²³⁶ Camilo Tale, *Daño moral a las personas jurídicas y a las simples asociaciones* (España: Anuario de Derecho Civil, 1994), 135-168 Las personas colectivas son pasibles de daños al honor objetivo y a la fama (y también a otros bienes jurídicos no económicos dignos de tutela

²³⁷ Justo Villafañe Gallego, *La buena reputación, Claves del valor intangible de las empresas*, (España: Pirámide, 2004), 79. Se ha llegado a decir que, aunque el capital reputacional no figura aún en el balance de las compañías mercantiles, existen investigaciones y pruebas empíricas que aportan evidencias muy sólidas sobre el valor que tiene la reputación y cómo ésta incrementa el valor de la propia empresa.

²³⁸ Alma María Rodríguez Gutián, *El derecho al honor de las personas jurídicas* (España: Universidad Autónoma de Madrid, 1995), 155.

ha surgido abruptamente en su vida, afectando su derecho patrimonial o extrapatrimonial, o ambos patrimonios y así lo regula:

Art, 6 *El derecho de reclamar reparación por daños morales puede cederse o transmitirse por causa de muerte.*

Este punto es otra de las novedades que se incorporan por medio de LRDM en el hacer del Derecho Privado en materia jurídica procesal, este tipo de derechos estaba limitado, ya que el derecho se daba por terminado con la sola voluntad del legitimado de iniciar o no directamente el derecho, por medio de una acción judicial, o se extinguía por su fallecimiento, pero hoy en día se regula la cesión y la transmisión del derecho de la acción de reparación del daño moral, aunque muchos lo limitan dentro del proceso ya iniciado por el titular, que culmina en la persona de los herederos o perjudicados indirectamente.

Dicha figura es relevante, ya que no se está tratando del típico daño material y de su reparación, ambos de contenido patrimonial, aunque puede tratarse de ambos resultados, sino que trasciende la frontera del ánimo del afectado que puede disponer de ese derecho a quien traspasarlo y a que título, pero como se dijo antes esto cae en el contexto del daño resarcible también y por lo tanto no tienen ninguna limitación para ser cedido, así lo permite la ley procesal según el Art. 88 CPCM.²³⁹. También similar tratamiento lo regula para la transmisión del derecho.

Como vemos en el caso, se trata de reclamar la lesión de bienes o derechos extrapatrimoniales, cuya reparación tiene un sustento patrimonial, con una transformación de una situación jurídica extrapatrimonial, que debe ser ejercida y acreditada por quien no ha sufrido el daño moral, pero quien lo sufrió, lo cede a efecto de que no quede en la impunidad, consideramos que una de las formas que debe ser es como opera la figura de la cesión de los créditos personales según el Art. 1691 C.C.²⁴⁰, pudiendo hacer constar en documento en caso de no haberse iniciado la acción en vía judicial.

3.2.4.4. Personas con legitimación activa para reclamar indemnización por daño moral

Para el derecho privado, el perjudicado es aquel que sufre un daño en un interés jurídicamente tuteado, cuando hay un daño en sentido jurídico, el derecho le faculta al titular para perseguir el restablecimiento de la situación que ha sido turbada por el daño²⁴¹.

Los sujetos tienen derechos y obligaciones reguladas en la ley, pero para acudir en busca de la tutela judicial es requisito estar siempre habilitado por la ley; todas las personas naturales o jurídicas, son sujetos de derecho, y pueden demandar el resarcimiento del daño moral, y como

²³⁹ Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009), Decreto Legislativo N° 712, D. O. N° 224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008.

²⁴⁰ Código Civil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2004), Art. 1691C.C. “Trata de la cesión de un crédito personal a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino después de haberse llenado los requisitos mencionados” en el art. 672. C.C.

²⁴¹ Silva Velásquez, Violeta, “El Daño Moral y La Persona Jurídica”, (Paraguay: Corte Suprema de Justicia de Paraguay j, 2017), 13.

presupuesto se requiere que lo haya sufrido, ya sea de manera directa o indirecta; es decir deben poseer legitimación jurídica por el perjuicio.

En cuanto a la legitimación activa, para ejercer el derecho al reclamo, con el objeto de demandar la indemnización de la satisfacción sustitutiva y compensatoria causadas por el daño, lo será cualquier persona que se considere lesionada en sus bienes jurídicos, partiendo de la ocurrencia o existencia del hecho dañoso y sus consecuencias, y que tenga un responsable directo o indirecto del hecho y con vocación para responder civilmente o responder por las consecuencia del daño, con la obligación de reparar o indemnizar al perjudicado directo o indirecto sufrido.

Apersonarse a reclamar la tutela judicial efectiva, en caso de daño moral, será teniendo las credenciales respectivas, comenzando por el directamente afectado, para el proceso indemnizatorio del daño extrapatrimonial, y que tiene el interés legítimo a comprobar judicialmente, conforme los supuestos ya antes relacionados.

En caso de la persona física que sea el afectado y mayor de edad, este por imperativo de la ley lo debe hacer a comparecer en juicio, por medio de apoderado con credencial para litigar o ser parte en un proceso, y si es menor o incapaz por medio de su representante legal, quien a su vez se hará representar por medio de profesional facultado para ello es decir un abogado de la República.

También pueden intervenir en la calidad que la ley les reconoce derechos, a los que se les transmite el derecho en caso de fallecimiento de la víctima directa, como ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente, y se pueden citar a los indirectos, que son legitimados a reclamar iure proprio y no iure hereditatis, en la medida que se puede probar la repercusión en forma personal como consecuencia del hecho dañoso acaecido, y la filiación del afectado indirecto del daño para poder legitimar el derecho a reclamo de reparación o indemnización, en el proceso.²⁴²

Asimismo, lo hará la persona moral, quien es representada por uno de los miembros que la han creado o por medio de quien estos designen porque no tiene autonomía para representarse, pero siempre será por medio de un abogado para comparecer en sede judicial, para alegar su derecho de acción, en contra de la persona que se le hace la imputación antijurídica del hecho dañoso que le ha causado perjuicio extrapatrimonial por cualquiera de las causas señaladas en la ley.

Por lo cual, la lesión al patrimonio moral de una persona jurídica debe generar el correspondiente resarcimiento o reparación del daño moral.²⁴³

Puede ser que se trate de personas físicas o morales, capaces o no que hayan sufrido daño moral, también podrán legitimarse para reclamar el daño moral dentro de una acción autónoma,

²⁴² Código Civil de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El salvador, 2004), Art. 988 salvadoreño, “Establece el orden de los llamados a la sucesión intestada, por consanguinidad y afinidad que sirve de parámetros para considerar quienes pueden ser los legitimados o llamados a entablar la acción por daño moral en caso de fallecimiento del afectado directo del daño moral sufrido, y también a los posibles responsables”.

²⁴³ Edwin Rafael Quinteros, “La cuantificación del daño moral”, (tesis de grado, Universidad del Azuay, 2016), 29

además de los presupuestos señalados por la ley de la materia, también lo pueden hacer invocando directamente las afectaciones a los derechos y garantías franqueadas por la Constitución de la República, los Tratados y Convenios Internacionales ratificados, según lo establece el Art. 144²⁴⁴ CN., y por causas o razones que puede haber establecido la Jurisprudencia, y los precedentes judiciales e internacionales atinentes a la materia de daño moral, reparación e indemnización.

3.2.5. Responsables u obligados a reparar el daño moral ocasionado

Acá se trata de la legitimación pasiva, la Ley atribuye la Responsabilidad u obligación de reparar el daño moral causado o perjuicios infligidos a otra, por acción u omisión, tanto a la persona que tiene la responsabilidad directa como tal, o por ser esta transmitida, sabemos que esto tiene que ver con un importante principio en que basa la ley.

Art. 7. “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”.

El responsable o sujeto pasivo de la acción debe reparar los resultados que cause su daño a la víctima-sujeto activo de la relación jurídica obligatoria, la ley obliga también a la reparación de los daños causados por otros que estén bajo su tutela o protección, cabe dentro de este concepto de la responsabilidad, los menores o incapaces, serían responsables por sus daños que causen, por la falta del debido cuidado a no dañar a otros.

Una lesión a los conceptos enumerados obliga al responsable a repararlo mediante una indemnización pecuniaria. Aunado a lo anterior, y si se tiene en cuenta que jurídicamente es posible que además de las personas físicas, las morales también sean sujetos de derechos y obligaciones, las cuales adquieren personalidad para realizar ciertos fines distintos a los miembros que las conforman, que obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, y si el derecho les atribuye la calidad de personas morales a esas colectividades que adquieren unidad y cohesión a través de la personalidad.

Al tratarse de la reparación del daño, también se trata de la institución de la indemnización, ya que es por medio de esta que se busca un remedio a la víctima por el daño moral injusto sufrido.

Con relación a los elementos de la responsabilidad, que fueron abordados anteriormente, y que consisten en particular como elementos de la responsabilidad proveniente del daño moral, los cuales deberán observarse previo a ejercitar la acción de reparación y que serán los elementos objeto de prueba según interpretación judicial son:

²⁴⁴Constitución de la Republica de El Salvador (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

1. La existencia de un hecho u omisión ilícita o negligente de una persona.
2. Que se produzca una afectación a la persona o daño a los bienes tutelados de la personalidad o derechos humanos.
3. Que exista una relación causa-efecto entre daño y el hecho y u omisión ilícitos.

3.2.5.1. Principio de Reparación Integral del Daño

El “*Principio de reparación plena también denominado integral*”²⁴⁵, vincula la determinación del contenido del daño y la medida del mismo, en ese sentido, permite compensar al perjudicado de una manera más eficaz, este principio obliga a los jueces a valorar y cuantificar el daño moral de manera completa en sus sentencias y fallos. Inicialmente, la reparación en el derecho civil se limitaba a una indemnización precaria, sin embargo, se ha reforzado su concepción en un sentido integral desde el derecho internacional de los derechos humanos que además es un precedente.

El Derecho internacional es el eje central de dar a conocer los derechos humanos y en materia de reparación ha tenido un desarrollo evolutivo, por lo que es casi un modelo imperativo, así vemos el art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es el sustento jurídico inicial de la reparación: “*Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.*”

Esta normativa sirve de sustentado en la práctica de las decisiones tomadas en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes han desarrollado el contenido de este principio por medio de su jurisprudencia²⁴⁶, y son vinculantes a los Estados parte de la Convención Americana, estando El Salvador entre ellos.

Con este principio y sus fundamentos se pretende una reparación integral “*Apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva*”²⁴⁷. Esto lleva una tarea no tan fácil implica diferenciar *entre la existencia del daño y por otra parte medir el mismo, de esa manera, se determina el daño que es verdaderamente susceptible de reparación para luego determinar la indemnización del mismo; es difícil valorar y cuantificar el daño moral, pero la determinación de la indemnización se realiza en base a parámetros objetivos para cumplir con la función satisfactoria.*

²⁴⁵ Ramón Daniel Pizarro, *Daño moral, prevención, reparación, punición*, 2.a ed. (Argentina: Hammurabi, 2004), 399-406.

²⁴⁶ María Jimena Cadavid Martínez, “El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, *Cuadernillo Semillero de derecho internacional de Derechos humanos* Vol. 2, (2014): 15-27. En el derecho Internacional se fundan y despliegan las bases del respeto y protección de los derechos de la persona o Derechos Humanos, y es dentro de los estándares internacionales del principio de reparación integral se encuentran las medidas de la reparación, también conocidas como principios y directrices básicas de la reparación integral, tales medidas constituyen básicamente: la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, con las que se busca sanear los perjuicios sufridos de la víctima.

Con la institución de la Reparación, el legislador pretende restablecer las cosas en el estado en que se encontraban antes de ocurrido el hecho antijurídico que produjo el daño que se trataría de una propia reparación integral, como consecuencia de la obligación impuesta por reparación directa, y ante su imposibilidad la indemnización se fijará “en dinero”.

La indemnización comprenderá “el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir”, además de la reparación del agravio moral, es decir que con la indemnización se busca un tipo de alivio para la persona agraviada, en sus derechos, del ámbito que proceda el daño moral, siempre que cumpla los presupuestos de ley.

En cuanto a las persona llamadas a cumplir la obligación de reparar o indemnizar por el daño causado en caso de fallecimiento del responsable directo, quedan obligado por ley a cubrir los rubros por indemnizar, que puede cubrir los gastos necesarios para su asistencia y posterior funeral; lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de edad, o incapaces dependientes del afectado directo, con derecho a alimentos, de los hijos con capacidad restringida; esta la ley regula que podrá ser reclamada a sus tutores, padres o madres por los hechos ilícitos cometidos por las personas que están bajo su tutela o autoridad parental.

Así también están obligados los herederos declarados del autor del hecho dañoso, siendo por supuesto, el juez del caso el autorizado, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los demandantes.

3.2.6. Regulación del proceso para el reclamo de reparación por daño moral

El Proceso y su procedimiento lo establece la Ley y acá nos referimos a sus partes partiendo del artículo 8 en adelante mencionando lo más relevante del mismo y se relaciona con el art.9 de la siguiente manera:

LRDM, Arts. 8 y 9. “La acción para reclamar reparación por daños morales y otros perjuicios tiene autonomía en relación de otras pretensiones””, que si procede se pueden impetrar conjuntamente, esta acción “”se tramitará siguiendo los procedimientos previstos para el proceso declarativo común, establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil²⁴⁸”. Lo harán la víctima o afectado directamente o a quien se le transmite o cede el derecho a reclamo por daño moral, quienes están legitimados o el representante legal en caso de la persona jurídica o moral.

En este Proceso Declarativo Común se cumplen las solemnidades y trámites establecidos en la legislación procesal; cuya estructura general se constituye de alegaciones iniciales, una audiencia preparatoria, una audiencia probatoria, concluyendo con una sentencia, en este se ventilan aquellas pretensiones, para las cuales la ley procesal no indica un proceso especial. Sera en este proceso que, a través de la aplicación de las normas pertinentes a los hechos planteados y discutidos, se llegue a establecer el contenido y alcance de la situación jurídica, existente entre las partes, lo cual se logra con una buena argumentación jurídica.

²⁴⁸ Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Legislativo N° 712, D. O. N° 224, Tomo N° 381, del 27 de noviembre de 2008).

La acción se inicia con la interposición de la demanda escrita, ante la instancia jurisdiccional que corresponde en razón de la materia, la misma debe llenar los requisitos generales exigidos en el art. 276²⁴⁹ CPCM, como son: la identificación del demandante y demandado, los hechos en que se funda la pretensión, así como los medios probatorios para acreditarlos, asimismo plantear las peticiones concretas que se demandan, dentro de las que debe incluirse una estimación pecuniaria en carácter de indemnización por el daño moral o perjuicio causado, y de una vez puede incluir el demandante otras maneras en que quiere que se repare el daño sufrido, conforme al Art. 10 LRDM.

Dicha Demanda debe ser interpuesta dentro de plazo anterior a los cinco años, que la ley señala para la prescripción de promover el derecho de acción para el reclamo con la excepción, en casos especiales de la condición de capacidad del afectado, o en caso de ser un funcionario el demandado, tiempo no prescribirá mientras se den los presupuestos de capacidad para cualquiera de los sujetos a quien la ley le permite habilitarse con el paso del tiempo en calidad de actor o demandado, en razón del Art. 18 LRDM.

3.2.6.1. Carga de la prueba

Aunque ha argumentado en la doctrina, y el alguna jurisprudencia, que la prueba del daño moral es *re ipsa*, y que por ello no necesita ser probado, pero la LRDM, en el art. 11, regula que quien exige la reparación por daño moral tiene la carga de la prueba; y siendo que en nuestra legislación, se aplican las reglas generales del derecho procesal, la actividad probatoria le corresponde a las partes, debiendo probar los hechos que afirman y que son controvertidos en el proceso, “Cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables”²⁵⁰, así lo regula el art.312 CPCM, al reconocer el derecho y el deber de las partes, a probar las afirmaciones sobre los hechos controvertidos que son fundamento de la pretensión o de la oposición a ésta.

En relación al artículo anterior, el art. 313 CPCM, regula que debe probarse: a) las afirmaciones sobre los hechos controvertidos; b) la costumbre, cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre su existencia o sobre su contenido; c) el derecho extranjero, en lo que respecta a su contenido y vigencia; una vez la prueba es admitida en el proceso, pertenece a este, por ello “Cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos éstos pueden ser utilizados por la otra parte”²⁵¹, esto responde a la esencia del principio de la comunidad de la prueba, lo cual implica que puede desfavorecer a quien la aportó.

3.2.6.2 Medios de Prueba

En cuanto a la prueba que se permite y se debe aportar el Art. 12 LRDM consistirá en cualquier medio de prueba que sea lícito, idóneo y pertinente, es decir que sea útil y necesario para demostrar los extremos de la demanda, los elementos objetivos y subjetivos del hecho típico y antijurídico, lo cual es favorable para el proceso de reclamo por daño moral, en virtud que los

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Leo Rosenberg, *La carga de la Prueba* (España: Montevideo, 2002). 198.

²⁵¹ José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. 2, traducción de J. Casáis y Santaló (Madrid: Reus, 1925). 205.

hechos y los daños a probar son en bienes intangibles o inmateriales que a la vez surgen de un daño material, así como también serán materiales los daños consecuencia del hecho dañoso, que serán objeto de reclamo; lo que puede tornarse una tarea compleja tanto para el demandante como para el Juzgador, para poder llegar al convencimiento de la existencia del ilícito o acto dañoso, para determinar tanto la responsabilidad por culpa como el monto de la indemnización a imponer, así como las medidas con el objeto de buscar la reparación integral de los demandantes o víctimas.

La prueba será directa o indirecta según las circunstancias del caso, se trata de diversos medios de prueba que son utilizados para llevar al convencimiento del juzgador sobre la existencia de los hechos, configurando los elementos del daño moral, siendo esta una afectación personalísima, que se logra percibir por otras personas; por ejemplo, el dolor que sufre una persona por la muerte de un familiar, de esa manera, es posible demostrar el estado de ánimo de esa persona, utilizando para ello la prueba pericial, los gastos médicos y farmacéuticos o terapéuticos son parte del detrimento económico a raíz del daño sufrido, así también será posible verificar el cambio que la persona experimenta en su conducta o estado de ánimo, disminución de sus capacidades que le limitan valerse por sí misma a raíz del hecho dañoso, como consecuencia de la muerte del familiar, por medio de prueba testimonial de las personas más cercanas a ella, y la documental y forense, prueba científica según cada caso.

Dentro del proceso se busca que se dicte un pronunciamiento de certeza a sobre la existencia o inexistencia del derecho reclamado por la parte demandante sea persona natural o jurídica, para obtener también una reparación justa o equivalente con la indemnización, o medidas para materializar las misma, que corresponde al juez como parte del órgano decisor, vigilante del debido proceso, quien hace su valoración de los elementos de prueba aportados en el juicio, por las partes fundamentados en los principios procesales y la teoría de la argumentación, en virtud que las figuras o causas de reclamo para el daño son enunciativas según la ley de la materia.

Es decir que, no es suficiente probar que existe un hecho antijurídico, además se necesita probar la legitimación del derecho al reclamo por daño moral, y acreditar de manera directa, la realización del hecho dañoso, y aportar los medios de prueba idóneos y pertinentes, según el caso, que logren generar en el juzgador la convicción suficiente, de que la acción que se acredita de manera directa ha producido daño, es decir que se debe probar el nexo o relación causal.²⁵²

3.2.6.3. La Reparación por daño moral: naturaleza jurídica

La LRDM, en su Art. 13 reconoce que como consecuencia lógica del daño ocasionado esta trae la obligación de reparar el mismo, es decir debe responder por las consecuencias generadas, se comprende que es: “En el ámbito jurídico, el restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso y, al mismo tiempo, una exigencia de estricta justicia y de equidad”²⁵³, como ya se dijo antes su objeto es primordialmente con la reparación colocar a la persona lesionada en la situación que disfrutaba antes de que se produjera el hecho lesivo, por lo que es deber del responsable, reparar a las víctimas el daño causado.

²⁵² Ramón Daniel Pizarro, *Daño moral, prevención, reparación, punición*, 2.a ed. (Argentina: Hammurabi, 2004), 628: “así en el caso de la lesión a la integridad física de una persona, (el cuál puede ser probado directamente en el proceso), y se infiere el daño moral (por vía indirecta)

²⁵³ *Ibidem*. 436- 437.

En el Inc. 2º, Art. 13 la LRDM para alcanzar la reparación, la ley establece un catálogo de medidas que pueden ser impuestas. En ese sentido, existen distintas formas de cumplir con la obligación de reparar el daño causado, como las siguientes: “a) Reparación específica o in natura en el sentido de arreglo de la cosa dañada o mediante su sustitución por otra igual. b) Indemnización por equivalente, mediante la entrega de la cantidad de dinero correspondiente al daño sufrido; c) Reparación en especie, mediante la entrega de bienes, cuyo valor equivalga al daño sufrido”.²⁵⁴

La ley en el inciso en comento del art. 13, confirma que la reparación debe incluir necesariamente una indemnización de tipo económico, procurando que se respeten los derechos de la víctima y el responsable. En el caso del daño moral, la manera más común de reparación es por equivalencia al daño causado, siendo la principal forma de reparación la indemnización de carácter económico.

Hoy en día ya se han superado muchas críticas o cuestionamientos a la compensación económica, y hay que comprender que, por la naturaleza del tipo de daño, es a la vez práctico el tipo de equivalencia en metálico: “Que la reparación constituye un auténtico resarcimiento; es decir que la reparación del daño moral desempeña la función de dar una satisfacción o compensación a la víctima, y puesto que ha sido mantenida por un buen número de autores y se funda en la observación de que el dolor, el sufrimiento, se sosiegan y eliminan con sentimientos contrapuestos de satisfacción; se entiende que un dolor puede compensar y neutralizarse con una alegría proporcionada”.²⁵⁵

En la jurisprudencia se ha mantenido el criterio al que acude la ley, en conclusión, se logra determinar que la naturaleza jurídica del daño moral, es de tipo satisfactorio, compensatorio.²⁵⁶ Si bien es cierto que “Resulta sumamente difícil evaluar el dolor, las afecciones, los pesares ello no implica que no sea objeto de reparación que en muchas ocasiones tiene el carácter 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 medir las afecciones el dinero subjetivo, no es eliminar por completo el agravio ocasionado, sino otorgar un goce o satisfacción que permita de buena manera compensar el daño sufrido”.²⁵⁷

3.2.6.4. Otras formas de reparación del daño moral

La LRDM, franquea todas las formas y medios necesarios para tratar de que se brinde a la víctima de daño moral una satisfacción a través de medidas diferentes a la indemnización económica, así lo estipula en su art. 14, dichas medidas deben ser acordes a las circunstancias de cada caso, así por tenemos la reparación del daño moral ocasionado a través de un medio de

²⁵⁴ Álvaro Luna Yerga, “Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español” (tesis de grado, Universitat Pompeu Fabra, 2002), 2-3.

²⁵⁵ Mariano Espinosa De Rueda Jover, “Aspectos de la responsabilidad civil, con especial referencia al daño moral”, *Anuales de derecho* (1986): 45.

²⁵⁶ Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, Sentencia con Referencia. 16-C-12 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012). “Si se trata de daños morales o extrapatrimoniales, la indemnización en metálico tendrá necesariamente función satisfactoria, por ser de la esencia de esta especie de daños, el que no pueda ser medido en dinero”.

²⁵⁷ Manuel Sebastián Brito González, “El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización” (tesis de grado, Universidad de Azuay de Cuenca Ecuador, 2013). 38.

comunicación social, la cual impone al agresor una serie de medidas diferentes a la indemnización económica, como sufragar todos los gastos para que la víctima ejerza su derecho de rectificación y respuesta por medio de una publicación, y también solicitar a la víctima disculpas públicas.

Creemos que estas no pueden ser las únicas formas, quizá las más comunes, pero en todo caso en las instancias o instituciones de justicia internacional de derechos humanos se encuentren otras, que estamos seguros con el desarrollo social, la tecnología y el pensamiento jurídico acorde a las etapas coyunturales se irán encontrando nuevas formas y medidas de reparación.

3.2.6.5. Criterios para Fijar la Indemnización

La LRDM, en el Art. 15 figura las condiciones que se deben tener en cuenta para el momento de cuantificar la indemnización económica por el daño moral, deberá fijarse conforme a criterios de Equidad y razonabilidad, 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.

Sera basándose en una apreciación integral de los hechos y las condiciones socioeconómicas de las partes, la edad, el sexo, capacidad laboral, condiciones físicas y psicológicas, y otras que pueden influir, ya que como sabemos con la indemnización es con lo que se dará el tipo de compensación al perjudicado, su imposición queda a criterio prudencial del juzgador, y se espera que no sea arbitraria.

Por sentencia de Cámara de lo Civil de la Primera Sección del Centro como un precedente se tiene que considerar que: “Para determinar si una indemnización es justa, debe ser adecuada; y es adecuada cuando es suficiente para compensar íntegramente los daños ocasionados, tanto materiales como morales”; en ese sentido el monto de la reparación por daño moral, debe ser determinada atendiendo el principio de reparación integral, en relación a los principios de Equidad y Razonabilidad.

Lo anterior tiene que ver también con los actos subsecuentes, para que esa indemnización pueda hacerse efectiva y lograr el fin propuesto que es la reparación, o compensación. Por lo que la naturaleza de la indemnización enmarca un objetivo, que no es tanto el restablecimiento del status quo ante de la víctima por ser imposible medir el dolor moral pero sí, la compensación como una forma de mitigar los daños sufridos.²⁵⁸

²⁵⁸ Heraldó Fiordelisi, *El daño moral en la ley de defensa del consumidor* (Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2014), 77-78.

CAPÍTULO 4

LÍMITES Y ALCANCES DEL DERECHO AL RECLAMO POR DAÑO MORAL DE LAS PERSONAS NATURALES Y JURIDICAS

En este capítulo se pretende conocer los límites o alcances que puede tener la Persona jurídica para alegar el derecho al reclamo por sufrir daño moral injusto, en virtud de que sus derechos fundamentales son limitados en relación a la esfera de protección jurídica de la cual goza y es titular la persona natural que las crea, no obstante que con la evolución de las nuevas interpretaciones del derecho y desde las diferentes perspectivas, así como también se cuenta con la transculturización del derecho ha superado barreras de todo tipo, especialmente en lo legislativo, doctrinal y jurisprudencial.

Como ya se ha dejado expuesto en temas anteriores el Daño Moral como institución Jurídica, ha tenido un largo recorrido para llegar a ser reconocido como un tipo de lesión infligido a la persona, y hoy se habla de la persona jurídica también, porque en el campo de la responsabilidad imperaba únicamente el daño patrimonial, proveniente de las relaciones contractuales comúnmente.

En nuestro Marco Legal, su reconocimiento se decreta desde la constitución, pero su desarrollo y aplicación práctica surge por construcción de la jurisprudencia, en virtud que no se tenía una ley general que fuera el asidero ante cualquier situación de vulneración a los derechos de la personalidad, o derechos personalísimos, y también en perjuicio de los derechos humanos, como fuentes de la obligación.

En la actualidad se establece por medio de la Ley de Reparación por Daño Moral, la que básicamente sus postulados son enunciativos, por lo que ha sido criticada, ya que se vuelve un poco complejo descifrar lo que se puede comprender por cada tipo de perjuicio, y por ello también el alcance de la protección en la esfera jurídica de la persona ficticia o moral, dentro de estas personas existen diferentes tipos de acuerdo a los fines que persiguen así tenemos también son sin fines de lucro conocidas como corporaciones y fundaciones; y las que son Personas de Derecho Público, estas últimas se citaran para conocer un poco y abundar en el objeto del estudio por lo que relaciona lo esencial brevemente.

Existen diversos criterios para distinguir entre personas de Jurídicas de Derecho Privado y las consideradas de Derecho Público, que han sido apreciados de vagos e imprecisos, pero se citaran de entre los aportes doctrinarios²⁵⁹ lo que se considera elemental de distinción para esos entes.

4.1. Personas de Derecho Público Principales Características

Entre los principales criterios distintivos pueden nombrarse los que a continuación se ordenan:

²⁵⁹ Antonio Augusto Gómez Zarate, "Personas Jurídicas" (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1966), 17.

- i) Iniciativa para la creación del ente: en las personas jurídicas de Derecho Público, su existencia emana de las resoluciones de las autoridades constituidas, en cambio las que pertenecen al Derecho
- ii) Privado nacen de la iniciativa de los particulares.
- iii) Potestades públicas: las personas jurídicas de Derecho Público están dotadas de potestades públicas, es decir que gozan del atributo denominado “imperio” en virtud del cual pueden dictar normas de carácter obligatorio. Los entes ficticios de Derecho Privado carecen de tal potestad, sin embargo, se objeta que hay entidades privadas con análoga potestad, como son por ejemplo, los concesionarios de servicios públicos.
- iv) La naturaleza del fin: las personas jurídicas de Derecho Público tienen por objeto servir fines públicos, fines de las mismas autoridades dentro de la esfera de acción que les está señalada.
- v) Las personas morales de Derecho Privado no están llamadas a realizar a fines de los poderes públicos, sino los propósitos personales de los asociados o fundadores.
- vi) Fuentes de los recursos: estos son útiles a las personas jurídicas de Derecho Público, para cumplir con sus fines sociales son proporcionados por la generalidad de los habitantes del Estado a que el ente pertenece. Los entes jurídico-privado obtienen sus recursos de los individuos que las componen o establecen.

Lo anterior es considerado por la doctrina y se distinguen también porque “las personas jurídicas de derecho privado dependen de la iniciativa de los particulares y tienen, por lo mismo, una existencia artificial y contingente”²⁶⁰. En cuanto a dichas personas morales de derecho público también se dice que “representan la autoridad pública en las funciones administrativas que deben desempeñar y son al mismo tiempo instituciones de derecho público de existencia natural y necesaria dentro de la organización social.”²⁶¹

En ese orden de ideas, se consideran que son personas de derecho público las siguientes: 1) El Estado, 2) Los Municipios, 3) La Universidad de El Salvador y; 4) todos aquellos entes autónomos o semiautónomos que desarrollan funciones públicas y cuyo patrimonio proviene del erario nacional o sea del Estado.

En cuanto a las personas derecho privado, se pueden mencionar las siguientes: 1) las sociedades mercantiles cuyo interés preciso es el de obtener Lucro o ganancias y; 2) Las asociaciones que se dedican a fines culturales, sociales, políticos, deportivos y otros no lucrativos.

4.1.1. Jurisprudencia Sobre la Protección a la Persona jurídica de Derecho Privado en razón de la Protección de Intereses del Individuo

²⁶⁰ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: de las personas*, vol. 2 (Santiago: Jurídica, 1908), 1902.

²⁶¹ *Ibidem*. 1902.

La jurisprudencia nacional como lo encontramos en la sentencia de la Sala de lo Constitucional de fecha 6-VI-2014, emitida en el Amp. 377-2012, ha desmarcado límites que parecían abismales sobre la titularidad y protección de los derechos fundamentales al patrimonio moral de las personas jurídicas de Derecho Privado, que antes se limitaban por su naturaleza, sino que estas alcanzan otros derechos en función de la protección por extensión de sus creadores como pluralidad de personas físicas, que con ella persiguen una finalidad, ya sea con fines lucrativos o no, y que el derecho les reconoce personalidad jurídica propia.

La razón giraba en torno a la marcada concepción humanista de la Constitución Nacional, y la complejidad radicaba en la construcción dogmática de los derechos fundamentales, que se asienta en la idea de dignidad del ser humano, pero la persona no se puede ver solo desde la perspectiva individualista sino que también desde un punto de vista social, además de articularse como sujeto de derechos y obligaciones, también se expresa a través de los grupos en que se organiza o asocia de conformidad al Art. 7 Cn. para satisfacer determinadas finalidades o intereses que de lo contrario le resultaría difícil conseguirlos.

Es en ese orden de ideas, es que por extensión se da la protección del individuo en sus derechos fundamentales, ya sea en su carácter individual o colectivo, por estar las últimas creadas para la satisfacción de sus intereses y mientras sirvan o respondan a esos intereses, también son titulares de derechos fundamentales.

4.1.2. Jurisprudencia Sobre Personas Jurídicas de Derecho Público son Titulares de Derechos Constitucionales no Fundamentales

Como ya vimos las personas jurídicas de Derecho Privado acceden a derechos fundamentales y de otra índole en razón de la protección que se debe dar a los derechos e intereses que se les reconocen a sus fundadores, para los fines propuestos.

En cambio la misma jurisprudencia, reconoce el tratamiento de los derechos para las personas de Derecho Público, les reconoce Derechos Constitucionales, pero no derechos fundamentales, por razones históricas como filosóficas, se vuelven un tanto incompatibles suponerles derecho fundamentales, a dichos órganos estatales, pero existen supuestos en los que es posible aceptar la titularidad de ese derecho como el Estado, los Municipios y las instituciones autónomas, que les deviene por el derecho protegible del proceso de amparo.

También se argumenta que una de las características del Estado de Derecho, es la sujeción a la ley, y sobre todo a la soberanía de la Constitución de los actos de las distintas autoridades u Órganos del Estado, y en razón que muchas veces tienen que intervenir en los procesos o procedimientos que se controla la legalidad o constitucionalidad de tales, y consiguientemente asumen la calidad de sujetos procesales.

Por dicha razón que tiene que actuar como sujetos procesales, donde se derivan un conjunto de derechos, obligaciones y cargas procesales, y algunos de ellos de trascendencia constitucional.

4.1.3. Derechos Tutelados de la Persona Jurídica

Partiendo de los razonamientos antes expuestos, y en razón de los fines o intereses para los que son creadas, es que no se puede hacer un reconocimiento estático de la titularidad de los

derechos fundamentales de las personas jurídicas de Derecho Privado, y las de Derecho Público, estos se condicionan no solo a los fines para los que se constituyen dichos entes colectivos, sino también a la naturaleza del derecho fundamental cuya protección se pretende.

Se trata de los derechos que, por su naturaleza, no es posible atribuirle su titularidad a la persona jurídica o moral, como entre esos podemos mencionar el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad física, así también los derechos políticos entre otros.

En cambio, existen otros derechos que la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha admitido que las personas Jurídicas de Derecho Privado son titulares, en tanto como ya se dijo tiene personería, como son los siguientes:

- Derechos de contenido Procesal entre los cuales se citan:
 - El Derecho de Audiencia
 - Derecho de Defensa
 - Derecho a la Protección Jurisdiccional, o derecho a la tutela judicial efectiva.
 - Derecho de Amparo entre otros.
 - El derecho fundamental a la legalidad sancionadora
 - También se Reconocen para la persona jurídica los Derechos de Contenido Económico entre estos:
 - El derecho de Propiedad
 - Derechos de Libertad de Contratación
 - Derecho a la Libertad de Empresa
 - Otros derechos de los que pueden ser titulares las personas jurídicas, se pueden destacar, a modo de ejemplo, los siguientes:
 - o La libertad ideológica, religiosa y de culto
 - o Se reconoce el derecho de asociación como ya se dijo antes. De igual forma, hay que reconocerle el derecho constitucional de fundación
 - o El derecho a la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes.
 - o Estos son los llamados derechos fundamentales de los que tiene alcance para poder gozarlos; y por otra parte están los reconocidos en las leyes especiales de la materia y las disposiciones que se encuentran en torno a su protección como ya se ha mencionado las leyes penales, ley de protección al Consumidor y las de protección para el desarrollo de sus acciones propias de sus demás fines o facultades en función de su finalidad, independiente de la de sus fundadores.

4.2. Derechos de los que no pueden ser Titulares las Personas Jurídicas de Derecho Privado

Es importante para los ciudadanos de los pueblos donde su fundamento se orienta por un Estado Democrático de Derecho, ya que están en gran manera garantizados sus derechos fundamentales, ya sea en forma individual o colectiva, que fomentan el desarrollo en todos los sentidos y a la vez se tiene la garantía de la Seguridad Jurídica, en tanto que hay derechos para todos, algunos con mayor jerarquía que otros, pero a la vez hay límites para su goce y disfrute, todos emanados por la ley, la moral y el orden público.

Dentro de ese orden existen derechos generales y derechos particulares, o de condiciones especiales para cada tipo de persona, así encontramos los derechos de las personas naturales y las personas jurídicas o colectivas, que por su propia naturaleza de ser fundamentales o Derechos Humanos, tiene límites para la protección de sus propios derechos y otros que son derechos adquiridos o derivados como el alcance del derecho al ejercicio de sus derechos propios.

Encontramos derechos que aun que estén vinculados a las personas físicas, no pueden ser reconocidos a los entes morales, entre los que se citar están:

- El derecho a la vida y a la integridad física.

- El derecho a la libertad personal
- La libertad de circulación y de entrar y salir libremente
- La libertad de cátedra
- El Derecho al Sufragio es otro de los ejemplos, que también se puede citar.

4.3. Atributos Comunes de las personas Físicas y Jurídicas

El ordenamiento jurídico ha evolucionado condicionados atributos como requisitos de validez y de existencia que se encuentran que son comunes a las personas físicas y jurídicas, para que puedan realizar o desempeñar sus roles en la sociedad, reconociendo que ambas personas son importantes en el conglomerado social, por lo que mencionaremos los atributos básicos que entre ellas se encuentran y son parte de su personalidad o personería.

4.3.1. Atributos de la Persona natural

Los atributos que, de manera ejemplificativa, se han citado, por su especial naturaleza de ser parte consustancial e intrínseca del ser humano son bienes inmateriales o extra patrimoniales y que, en su conjunto, se denominan como el patrimonio moral de una persona, están reconocidos como derechos de las personas de carácter Fundamentales reconocidos en la Constitución y en el Derecho Internacional como la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita por el país.

Para que tales derechos reconocidos en esos importantes instrumentos no queden en el plano de simple declaración y se convierta en letra muerta, han sido objeto de protección y amparo por parte de las legislaciones internas de los Estados signatarios. En la especie, esa protección se hace efectiva a través de lo que conocemos como el derecho de reclamar la Acción por Daño Moral, que no es otra cosa sino, la posibilidad de demandar ante los tribunales de justicia, en los casos en que tales derechos sean irrespetados, vulnerados o desconocidos injustamente por alguna persona en detrimento de otra, deben ser reparados.

4.3.2. Atributos de la persona jurídica

Los atributos de la personalidad son aquellas propiedades o características de identidad propias de las personas físicas o jurídicas como titulares con derechos y son las siguientes²⁶².

²⁶² Juan Enrique Medina Pabón, Derecho Civil: Aproximación al Derecho, Derecho de Personas, 2ª ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 575-576.

4.3.2.1. El Nombre

El nombre y otros atributos son parte de los elementos individualizantes de cada persona, así tenemos que el vocativo con que se designa a una persona constituye el nombre. La necesidad de que las personas jurídicas tengan un nombre, encuentra el mismo fundamento que para los sujetos físicos, la caracterización breve y formal para distinguir las individualidades.

4.3.2.2. Domicilio

El legislador Nacional ha definido el domicilio en el Art. 57 del Código Civil “como la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. Algunos autores afirman que las personas jurídicas no tienen domicilio porque no viven, no residen en parte alguna y son incapaces de la intención necesaria para establecerse en un lugar determinado. Sin embargo, los partidarios de dicha corriente, aceptan que la sede del establecimiento hará las veces de domicilio.

4.3.2.3. Nacionalidad

Para algunos autores es inaplicable el concepto de nacionalidad por parte de las personas jurídicas por diferentes razones. Tomando en consideración que la nacionalidad supone sentimientos y afectos de que sólo son capaces las personas físicas y, segundo la nacionalidad importa el vínculo que une a una persona con un país determinado, basado en la filiación (jus sanguinis) o en el nacimiento (jus solis) o en la voluntad (naturalización), y determina relaciones de derecho público o político, derechos y deberes particulares. Llegándose al criterio que es imposible hablar de nacionalidad de las personas jurídicas.²⁶³, en nuestra legislación se le reconoce como requisito de su escritura de constitución.

En la actualidad algunos autores, no consideran inconveniente en atribuir una nacionalidad a las personas jurídicas, es la misma idea que se aplica a los individuos físicos, modificada sólo en su aplicación la naturaleza misma de los entes jurídicos. En derecho el concepto de nacionalidad de las personas físicas no es otra cosa. No hay más diferencia, que en la manera cómo la nacionalidad es determinada; hay reglas que no pueden ser aplicadas a los sujetos morales, ya que emanan de hechos inherentes a la vida física, como el nacimiento de un territorio (jus solis) o la filiación (jus sanguinis).²⁶⁴

La Constitución Nacional, regula el caso de la nacionalidad de las personas colectivas. En efecto, el legislador en el Art. 95 Inc. Primero establece que “Son salvadoreñas las personas jurídicas constituidas conforme a las leyes de la República, que tengan domicilio legal en el país”. Los que aceptan la nacionalidad de los entes colectivos manifiestan criterios variados para determinar la de los entes jurídicos de derecho privado, entre ellos están los siguientes:

- La nacionalidad de las personas jurídicas derivaría de la procedencia de sus miembros. Pero se objeta que éstos pueden formar una colectividad no obstante pertenecer a diversos estados.
- La nacionalidad depende del territorio en que se encuentran los bienes. Se hace ver, que también los bienes de una persona jurídica pueden estar situados en diversos estados.

²⁶³ Juan Enrique Medina Pabón, Derecho Civil: Aproximación al Derecho, Derecho de Personas, 2ª ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 575.

²⁶⁴ Ibidem. 576.

- La nacionalidad está determinada por la sede social principal o la de los intereses de la persona jurídica. En realidad, este criterio tan sólo sirve para determinar el domicilio, que es cosa muy diversa de la nacionalidad, y que la misma entidad ficticia puede tener diversos centros de actividad.
- La nacionalidad depende del Estado que autoriza o reconoce a la persona jurídica, o en el que se celebra el acto constitutivo o de fundación, y además tiene su registro o donde está inscrita, y nace a la vida jurídica.

En la legislación no se contempla la nacionalidad de las personas jurídicas en forma general. El Código Civil y el Código de Comercio, tampoco presentan disposiciones al respecto, sin embargo, existen disposiciones y leyes especiales que se refieren a sociedades nacionales y extranjeras, a partir de ello, se ha sostenido que si bien las leyes que hacen referencia a la nacionalidad de las personas morales sólo lo hacen respecto de sociedades y empresas industriales, no habría razón legal alguna para negársela a las demás personas morales.²⁶⁵

Esto ha evolucionado tomando en cuenta que estamos circundando en un mundo muy globalizado, y el tráfico comercial y jurídico es demandante cada vez más, botando barreras legales, y cruzando fronteras, que faciliten las relaciones comerciales, aún más hoy en día con el uso de las tecnologías, como medios de realizar transacciones, tanto para las personas físicas como jurídicas.

4.3.2.4. Honor

Es un atributo muy importante de cualquier persona no obstante hay autores que consideran que el honor es sólo un atributo de las personas físicas, sin embargo, otros sostienen que también las personas morales lo tienen. El problema se ha planteado con motivo de la posibilidad de calumniar o injuriar a los entes públicos.

Es de destacar que el honor de los sujetos ficticios es independiente del de sus miembros, de ahí que puede actuar judicialmente sin necesidad de probar que el ilícito afecta a todos sus miembros o algunos en particular. Los entes colectivos como sujetos de derecho que son, tienen un patrimonio propio e independiente del de sus miembros, que les permite desarrollar sus actividades propias y la patrimonial moral es parte de su esencia muchas veces, para alcanzar sus fines.

4.3.2.5. Capacidad

Parte de la doctrinaria reconoce a las personas jurídicas una capacidad restringida, que es determinada por la ley y se limita a los derechos patrimoniales. Otros reconocen a los sujetos morales una capacidad amplia, que comprende tanto los derechos patrimoniales como los extrapatrimoniales, y que únicamente encuentra límites en razón de su naturaleza misma de ser ente abstracto y en las disposiciones de la ley.

En nuestra legislación consagra la segunda tesis antes señalada, al establecer en el Art. 52 del C.C., que las personas jurídicas son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones. La

²⁶⁵ Fernando Albónico Valenzuela, El derecho internacional privado ante la jurisprudencia chilena (Santiago: Nacimiento, 1943), 90.

limitación de la capacidad de los entes ficticios, como se deja dicho, tiene su fundamento o bien en su naturaleza misma o en la Ley.

Las personas jurídicas no están capacitadas para ejercer derechos que suponen la individualidad física. Hay ciertos derechos que se caracterizan por rasgos individuales del ser humano y que, sin embargo, algunas legislaciones las extienden a los entes ficticios, por ejemplo, el derecho de habitación consiste para una persona natural en morar en la casa que se constituye, el individuo moral pueden ejercerlo teniendo en ella sus oficinas o el lugar de reunión de sus miembros.

En cuanto a la capacidad procesal, los sujetos colectivos pueden comparecer en juicio, en ambas calidades, ya sea como actores o demandados; así lo reconoce el C.C en el Art. 52²⁶⁶ al otorgarles facultes de ser entes capaces de contraer derechos y obligaciones y establecer que dichas personas pueden ser representadas judicialmente.

4.3.2.6. Responsabilidad

En cuanto a la responsabilidad está ligado al de capacidad de las personas jurídicas, ya que estos entes morales están previstos en las leyes, que puedan llegar a tener en una situación terminada y son distintas las que tiene en derecho privado a los de materia penal, que en otras legislaciones se les considera incapaces de responsabilidad penal.

4.3.2.7. Aspecto penal

Existen partidarios que consideran imposible e inconcebible la capacidad delictual penal de los entes ficticios o morales, y por consiguiente la responsabilidad de esta especie de las personas morales. Sus argumentos son los siguientes:

- a) Es punible el hombre sólo como ser individual. El derecho penal, dice Savigny, únicamente tiene que ver con el hombre natural, un ente pensante, valiente y sensible.²⁶⁷ Pero la persona jurídica no es tal, es un ente ficticio, está por consiguiente fuera del derecho penal. Todo lo que se considera como delito del ente colectivo es siempre delito de los miembros o representantes y es indiferente si la resolución corporativa ha sido motivo u objeto de delito.
- b) El principio de la “personalidad de las penas”, uno de los fundamentos del derecho penal, se opone a que se traslade de una persona a otra la pena en que ha incurrido. Castigar a una persona jurídica, argumenta Savigny, como culpable de un delito, sería violar ese principio de la rama penal, que exige la identidad del delincuente y del condenado.²⁶⁸

La comisión de delitos es extraña a la esencia y al fin de la persona jurídica,²⁶⁹ si bien es cierto que los entes ficticios no pueden cometer ciertos delitos de que son capaces las personas físicas,

²⁶⁶ Artículo 52 inciso 2. Son personas jurídicas las personas ficticias capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial o extrajudicialmente.

²⁶⁷ Valdés, “Persona Jurídica”, 41.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

también lo es, que pueden incurrir en violaciones o contravenciones legales infracción a leyes tributarias, de sanidad, entre otras.

En la legislación nacional no obstante los postulados anteriores, acá si hay regulación penal, y la razón se orienta en que cada legislación responde a las necesidades propias y para resolver problemas internos; y para evitar que se organicen conductas delictivas que se respalden en una persona jurídica y evadir la acción de la justicia, y tener una protección tanto para esos grupos colectivos lícitos y para las personas civiles no organizadas.

4.4. Límites y Alcances de las Personas Naturales y Jurídicas Para el Reclamo de Daño Moral

4.4.1. Límites o Alcances de la Persona Física o Moral

Comenzamos por las personas Físicas o naturales, ya que todo el ordenamiento jurídico, gira alrededor de la persona humana, aunque es un argumento que ya se expuso en los capítulos anteriores, ya que esta se investida de derechos y facultades, desde el momento de la concepción o como se le llama desde su condición de nascituro, y por ser signataria de dignidad y sus consecuentes derechos que toda persona.

Tiene derechos plenos para del goce y disfrute de los derechos Constitucionales, Derechos Fundamentales y todos los derecho humanos, la protección para la persona es integral desde su nacimiento hasta su muerte y después de ella, ya que también hay protección para el cadáver o en su sepulcro, la hay del tipo penal, y en procedimientos médicos, en el medio ambiente, está cubierto en cualquier medio que el hombre vaya a aplicar por su propia naturaleza y desarrollo, el legislador nacional e internacional, ha considerado que también está expuesto al daño moral como el atentado a un derecho subjetivo o que puede ser también producto de un daño objetivo o material, la persona está protegida aun en sus bienes intangibles o extrapatrimoniales, esto último considerado daño moral.

4.4.2. Alcances del Derecho al Reclamo de Daño Moral por la Persona Jurídica

A. Límites

Las personas jurídicas, morales o ficticias como son llamadas por la ley y la doctrina, se les reconoce derecho a Reclamo por Daño Moral, en el Art. 5 Inc. 3 de la LRDM con capacidad jurídica desde su nacimiento por la Ley, su Derecho Moral es limitado, únicamente cuando se afecte significativamente su Crédito o su Reputación Comercial o Social, lo cual trae consigo el ejercicio de su capacidad por ser un ente de Derechos y Obligaciones, siempre que se pruebe en juicio el perjuicio sufrido.

Dentro de esos tres ámbitos la ley especial le reconoce el Derecho a Reparación por Daño moral, propiamente, esto sin olvidar que existe otra variedad de leyes que le dan protección en cualquier otro campo donde ejercite sus acciones propias; se le garantiza seguridad jurídica.

El área que estaba en deberle el legislador era en materia de Derecho Moral, pues cuenta con un patrimonio propio, por el cual es protegida, así como sus atributos de persona jurídica.

B. Alcances

Dentro del desarrollo de la investigación, identificamos que, la Persona Jurídica o Moral, por su naturaleza es producto de la creación del hombre, que es resultado de la invención de personas naturales o por una colectividad, y que estos las crean para lograr fines y objetivos propios, que por sí mismos no les sería posible realizarlos, es decir que están ligadas estas personas jurídicas a los intereses de dichas personas naturales o físicas, para sus fines lícitos que se proponen alcanzar.

En este orden de ideas, como se expuso en líneas anteriores, dependiendo las circunstancias en que se encuentren en conflicto sus intereses o derechos pueden trascender a la esfera de afectación de los objetivos o fines de las personas que los han creado quienes están protegidos por derechos Fundamentales.

Estos derechos a su favor tienen incluso un alcance mayor que no solo trascienden a la esfera de los derechos fundamentales sino que también pueden alcanzar la protección o el goce de los derechos humanos, cuando la afectación proviene del patrimonio moral de las personas que las han creado o fundado, y la ampliación de su cobertura de derechos está en tanto a los fines propuestos, pues como ya se dijo al principio, estas gozan de esos distintos derechos de rango constitucional o internacional, en tanto y en cuanto respondan a los intereses de las personas que la integran y por sus fines, debe haber una relación de coherencia entre sus intereses y sus fines.

Podemos afirmar, que los límites para el Derecho al Reclamo por Daño Moral que tiene la persona jurídica son los regulados en la Ley de Reparación por Daño Moral, pero es lógico porque se trata de la protección a sus propios atributos como ente mercantil con fines de lucro.

Se concluye que, tanto por la jurisprudencia, la doctrina legal y el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, le faculta y protege un amplio campo del Patrimonio Moral, a la Persona Jurídica con fines de lucro, y también pueden serlo para los entes ficticios que no tienen fines de lucro, en situaciones semejantes a las objeto de estudio, que sean sujeto activo del Derecho al Reclamo por Reparación de Daño Moral, y se puedan legitimar siempre y cuando surja un conflicto que lo vincule a los supuestos antes indicados por la jurisprudencia nacional.

En relación a los derechos de la persona física, obviamente que ésta tiene más derechos que le protegen por su naturaleza misma, y no tiene límites en relación a los que puede tener la persona jurídica con fines de lucro, y por su supuesto que con el paso del tiempo surgirán para ambas personas nuevos derechos de los que pueden gozar y buscar protección en esta materia.

Donde se puede decir que hay marcadas diferencias de derechos, pero es entre personas de la misma naturaleza por ser jurídicas es en relación a las personas de Derecho Público y las Privadas, para el goce y protección de derechos Fundamentales, pues como vimos la jurisprudencia nacional les reconoce sobre todo derechos constitucionales, para procesos especiales básicamente. Para abundar en el tema se ha mencionado que algunos problemas que pueden plantearse, es en relación a los términos que usa la ley para referirse a los derechos que protege, que se revisten de

ser enunciativos, y creemos que los interesados o litigantes deben auxiliarse tanto para exponer como para fundamentar sus tesis en conflicto en lo que la doctrina llama la teoría Tridimensional del Derecho, así como la teoría de la argumentación, que citaremos brevemente.

4.4.2.1. La aplicación de la teoría tridimensional del derecho

Esta teoría conlleva a distinguir en cualquier institución jurídica, y en la propia persona jurídica, la presencia simultánea de tres objetos que adquieren unidad conceptual mediante una interacción, siendo estas las siguientes: 1) Las conductas humanas intersubjetivas, 2) Los valores y; 3) Las normas jurídicas. Mediante la unión de esos tres elementos se considera a la persona ficticia como el resultado de la interacción dinámica de sus dimensiones sociológico-existenciales, axiológicas y formal-normativas, como elementos para comprenderla unitariamente, no siendo posible prescindir de ninguna de ellas.

Dentro de la persona jurídica se encuentran inmersos los seres humanos a través de sus conductas intersubjetivas, interaccionan con los valores que vivencian y que otorgan un sentido a su accionar y, ambos con la normatividad jurídica que regula tales conductas, especialmente con aquella norma de excepción que permite derivar sus derechos y deberes a un centro ideal y unitario de referencias normativas.

La persona jurídica no se reduce ni se confunde, única y exclusivamente, con su dimensión formal-normativa, no obstante que ella es determinante para su constitución como sujeto de derecho, es decir, como centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas. Ello, de ocurrir, supondría el absurdo de prescindir de los seres humanos que la crearon, que actúan en la experiencia jurídica y que concretan en actos jurídicos los fines valiosos que se propusieron al constituirla.

4.4.2.2. Nociones de la Regulación del Daño Moral en Argentina

Para tener nociones de cuál es el tratamiento que se le da a la Institución Jurídica del daño moral, o saber cuándo se considera que se está a presencia de un daño moral, acudiremos a las exposiciones de los críticos o analistas del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado; ya que al parecer igual que en nuestro ordenamiento legal, el Código Civil del siglo anterior dejó de llenar las expectativas para hacer justicia a las nuevas necesidades del daño en general y especialmente del daño moral.

En Argentina, comenzó a surgir una concepción resarcitoria y de justicia distributiva, al preocuparse por la víctima del daño, ya que no era concebible que alguien sufriera un perjuicio y que tenga la obligación de soportarlo, por no poder acreditarse la culpa del agente dañoso; luego la responsabilidad cambia su paradigma y pasa a ser concebida como reacción contra el daño injusto²⁷⁰.

La reacción es sobre el Origen de la responsabilidad civil, será ese daño, y el juicio de responsabilidad consistirá en decidir si ese daño debe ser reparado y por quien.

²⁷⁰ Carlos Calvo Costa, Daño Resarcible (Argentina: Hammurabi, 2005), 81.

En este orden de ideas, se vino evolucionado el pensamiento jurídico, tanto sobre el Fundamento de la responsabilidad civil (o del Derecho de Daños), porque ya no es el acto ilícito de quien ocasiona el perjuicio, sino que se enfoca la mirada sobre quien injustamente lo soporta. El fundamento del fenómeno resarcitorio es un daño que se valora como resarcible, y no solo un acto que se califica como ilícito²⁷¹.

Situaciones que se tenían en el tintero, del legislador argentino, y debían tomarse en cuenta para la redacción del Nuevo código unificado, y a la vez superar los vacíos o la institución huérfana del daño, que se tenía en la legislación anterior, tal como se observa en algunas disposiciones que se citan del mismo, ya que el presente no se trata de un estudio comparado sino de extraer la idea básica de la forma como es tratado el daño, para los tiempos actuales.

4.4.2.3 Definición del Daño Resarcible

El Código Civil y Comercial (CCivCom), contiene una definición amplia y muy clara para, sobre la que se fija el daño, que se regula en el art. 1737. Decreta lo siguiente: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”²⁷².

En esta norma se ha plasmado legislativamente en una moderna o integral definición del daño resarcible, entendiéndose como presupuesto de la responsabilidad; en dicho ordenamiento jurídico surge una conceptualización sobre el interés, obtiene trascendencia el significado de la mera lesión de un derecho de índole patrimonial o extrapatrimonial o de un simple interés, para significar la consecuencia perjudicial o menoscabo que se desprende de la referida lesión.²⁷²

La falta de definición legal del daño provocó el surgimiento de diversas posturas doctrinales que pretendían definirlo. Al respecto, algunos autores definieron el daño como la “lesión a un bien jurídico”, el daño debe concebirse como todo menoscabo a un bien jurídico, comprendiendo por tal a las cosas y los bienes o derechos que no resultan cosas.

El daño lo conciben en Argentina, en sentido estricto como la lesión a un interés jurídicamente tutelado, y el perjuicio revestirá el carácter de patrimonial o moral, conforme sea la naturaleza del interés afectado; esta concepción que encierra el Código unificado, especificándose-además que el menoscabo puede ser individual o colectivo, puntualizando que en el detrimento individual se afecta un derecho o un interés lícito y no contrario a derecho, que tiene por objeto el patrimonio o la persona; en el daño o perjuicio colectivo se conmueve o perturba un derecho o un interés que recae sobre un bien de incidencia colectiva.

El Código Unificado, adopta una novedosa postura según el centro fundamental del nuevo sistema de derecho privado, que es la tutela de la persona humana. En efecto, señala que el perjuicio en sentido jurídico no fáctico es la lesión a un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, y el interés es el valor relativo que un bien determinado tiene para un sujeto.

²⁷¹ Giuseppe Tucci, *Daño Resarcible*” (Argentina: Hammurabi, 2005), 51-52.

²⁷² Carlos Calvo Costa, *Daño Resarcible* (Argentina: Hammurabi, 2005), 97.

De esta forma, el perjuicio debe entenderse desde la perspectiva del individuo, de manera tal que si existen diversos damnificados pueden existir diversos intereses para cada uno de ellos. Es la posibilidad de que una o varias personas puedan ver satisfechas sus necesidades mediante un bien o bienes determinados. El bien afectado (daño fáctico) es el objeto que permite satisfacer una necesidad, mientras que el interés (cuya privación constituye el daño jurídico «lato sensu») es la posibilidad que tiene el individuo de ver satisfecha la necesidad que le proporciona el bien en cuestión. En definitiva, las consecuencias derivadas de la lesión del interés, que necesariamente tienen la misma naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) que este último, constituyen el daño resarcible propiamente dicho.

4.5. La prueba del daño en el ordenamiento jurídico unificado Argentino

En relación con la prueba del daño, el art. 1744 del CCivCom establece que el perjuicio debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute, o que surja notorio de los propios hechos.

Esto en relación a la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes, incumbe a quien los alega, de acuerdo con lo reglado por el art. 1734 del ordenamiento jurídico unificado.

Conforme lo reglado por el precitado art. 1744 del CCivCom, y en relación a las disposiciones del Código o códigos procesales de lo que disponen en su mayoría tomando lo prescrito en los (arts.377 del CPCC Nación; 363 CPCC Entre Ríos; en general es considerar que la prueba del daño pesa sobre el demandante, de forma tal que será él quien deberá acreditar que el perjuicio efectivamente se produjo, en virtud de ser este el extremo fundamental de la norma que invoca, especificando la doctrina autoral que el perjuicio es el elemento esencial constitutivo de la acción, y por ello su demostración le incumbe a la víctima, debe ser presentada la acción con los argumentos de hecho y de derecho.

Además, el damnificado deberá demostrar los “requisitos del daño resarcible”, en cuanto a la existencia o presencia de lesión de un interés patrimonial o extrapatrimonial, personal, subsistente, y que presenta un grado de certeza suficiente que amerita su resarcimiento.

Su regulación Civil y Procesal contiene las reglas de la Aportación de Prueba o sus denominadas “reglas de la carga de la prueba” contenidas en el art. 377 del CPCC Nación, concordante art. 363 del CPCC Entre Ríos- resultan, en realidad, parámetros decisorios o reglas de juicio, pues no solo indican cuál de las partes debe probar hechos en la litis, sino que también prescriben que, de no acaecer tal situación procesal, se deberá resolver contra quién debía probar y no probó, y por tanto, resulta una circunstancia o acontecimiento de riesgo, toda vez que quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la Litis, y consecuentemente, negada la situación fáctica por el contradictor, la distribución de la carga probatoria se impone a quien ha afirmado los hechos constitutivos de la prestación, resultando preciso puntualizar que la responsabilidad probatoria no depende solo de la condición de ser accionante o accionado, sino de la situación en que se coloca la parte en el proceso para obtener una determinada consecuencia jurídica. Asimismo existe una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente, por tanto, no parece dudoso que la carga procesal, en definitiva, es un imperativo que se concreta en el cumplimiento de una conducta fijada en interés de la propia parte gravada con la citada carga, pero también de la propia administración de justicia.

En los Fundamentos, la Comisión Redactora distingue entre “daño” e “indemnización” sobre la base de los siguientes criterios: “El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés recae sobre la persona o el patrimonio, esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el Título Preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva. Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño-lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión. En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a. el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b. el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva”.

Además, la Comisión Redactora del ordenamiento jurídico unificado debatió sobre la necesidad de clasificar el daño patrimonial, extrapatrimonial o moral, distinguiendo diversos supuestos, pero se consideró que aquella constituye una tarea que corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia, ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan».

4.6. El deber Legal de prevenir el daño

El art.1710 del nuevo ordenamiento civil y comercial unificado, que según los aportes se dice que reproduce casi textualmente el art. 1585 del Proyecto de Código Civil de 1998, dispone lo siguiente: “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo”.

Se establece el deber general de prevenir un daño no justificado y de diligencia de actuar, esto es, obrar adoptando las conductas positivas tanto para evitarlo como para disminuir su magnitud o impedir su agravamiento, la situación descripta se encuentra fundada en los principios de la buena fe (arts. 9, 10 y 11) y de razonabilidad, según cada caso (art. 1725).

La función preventiva en sus postulados consideran que puede concretarse en formas muy variadas y de diversas maneras, no solo en evitar causar un daño no justificado (arts. 1717 y 1718), sino en su continuación, disminuir su magnitud (aspecto cualitativo y su prolongación) o no agravamiento, en el supuesto de que la medida preventiva evita o disminuye la magnitud de un daño causado por un tercero, la persona tendrá derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa (art. 1794), recordando que en el supuesto de estado de necesidad, el damnificado posee derecho a una indemnización de equidad (art. 1718, inc. c), y como se observa en esos supuestos, los arts. 1710 y 1718, inc. C, resultan excepciones al principio de la reparación plena del art.1740.

En la tutela de la persona y por consiguiente de los derechos inherentes a ella (también puede aplicársela en los derechos colectivos), como el honor, la privacidad, la intimidad, la identidad, etcétera, es relevante la tarea preventiva que se presenta como de mayor eficacia. En cuanto a las medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro, el Código Civil y Comercial dispone lo siguiente:

- En el art. 1711: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.
- El art. 1712 agrega: “Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”.

En relación con la sentencia por dictarse en las acciones preventivas, el art. 1713 prevé que ella debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, y debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

4.6.1. La reparación del perjuicio

Es evidente que todo el daño no es jurídicamente reparable; la plenitud o integridad de la reparación depende de cada uno de los sistemas, que combinan las soluciones con criterios muy diversos. Esos sistemas tienen sus reglas específicas para asignar responsabilidad a uno o a otro sujeto, para excluir el derecho a la reparación, en el todo o con relación a ciertos perjuicios; para negar legitimación a algunas víctimas; para modular los factores de atribución y las causas de irresponsabilidad; para morigerar la reparación, etcétera.

Siguiendo esa orientación, el art. 1740 del Código Civil y Comercial dispone lo siguiente: «Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión al honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable».

Se utilizó el concepto de reparación plena, porque es evidente que todo el daño no es jurídicamente reparable, y la plenitud o integridad de la reparación depende de cada uno de los sistemas que matizan las soluciones, principalmente los factores de atribución de la responsabilidad, las circunstancias que llevan a la liberación del responsable, a la causalidad jurídica, la nómina de daños resarcibles, etcétera. La plenitud es jurídica, no material. Son ejemplos de excepciones: la cláusula penal, la seña, indemnización de equidad o atenuación por equidad (arts. 1742 y 1743).

Esta restitución al estado anterior puede consistir en una reparación en dinero o en especie, si la víctima obra por el reintegro específico (obsérvese que antes podrá optar por la indemnización en dinero) tiene como límite la imposibilidad, la excesiva onerosidad o el abuso (art. 10) como así

lo venía resolviendo la jurisprudencia, en estos supuestos, la opción no procederá y se establecerá en dinero.

En supuestos de daños derivados de la lesión a la intimidad, el honor o identidad, incluye la publicación de la sentencia a costa del responsable

4.6.2. Resarcimiento o indemnización de consecuencias patrimoniales

En relación con la indemnización de las consecuencias patrimoniales, el art. 1738 del Código unificado dispone lo siguiente: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

La norma importa una novedad, ya que se mencionan partidas indemnizables que no contenía el derogado Código Civil, tales como la pérdida de chance (que era admitida por la doctrina y por la jurisprudencia), o la afectación al proyecto de vida. Estimamos que el art. 1738, en su primera parte, se refiere a la indemnización del daño patrimonial, ya que está referido a la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, al lucro cesante y a la pérdida de chances. En cambio, cuando se refiere a los daños a la persona, es decir, a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida, evaluamos que puede derivarse de la lesión a ellas, tanto daño patrimonial como moral, y al respecto, se debe puntualizar que la integridad psicofísica, la salud, el proyecto de vida, etcétera, son simplemente bienes jurídicos. Nuestro derecho ya no acepta un concepto de daño que consista en la lesión a bienes jurídicos, puesto que -como lo denota la definición del art.1737- dicha acepción ha sido ampliamente superada, y consecuente, la salud, al igual que la estética, el proyecto de vida, la vida de relación, la psiquis, etcétera, representan bienes de carácter personalísimo que resultan ser basamentos de derechos subjetivos, pero que no pueden ni deben ser resarcidos autónomamente y “per se”.

Con respecto a lo dispuesto por el art. 1745 CCivCom -indemnización por fallecimiento, según opinión de Alberto J. Bueres²⁷³, no se ha seguido la tesis amplia de reparación defendida por los civilistas más modernos, en el sentido de que la muerte de la víctima a consecuencia de un acto ilícito o cuasidelito hace nacer una acción resarcitoria a favor de cualquier persona que haya sufrido un perjuicio, aunque sea de una manera indirecta, y no solo los que enumera restrictivamente, por lo que habrá que interpretarlo de la siguiente manera: los mencionados gozan de la presunción «iuris tantum» de haber sufrido un perjuicio a raíz del fallecimiento, pero no cabe agotar la legitimación procesal solamente a ellos, sino a quien acredite un perjuicio.

En este sentido, también cabe referir que el art. 1741 del CCivCom con respecto a las indemnizaciones de las consecuencias no patrimoniales (antes daño moral), solo confiere

²⁷³ Alberto Bueres, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y el contrato de trabajo* (Argentina: La ley, 1999), 178. Art.1745, para él hubo un error de redacción y trata de explicar lo que trae a confusión.

legitimación activa al damnificado directo, esto es, en el caso de lesiones que no ocasionan la muerte, especificándose que si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible.

Para el caso de fallecimiento de la víctima, el citado art.1745 incluye entre los rubros por indemnizar, los gastos necesarios para su asistencia y posterior funeral; lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente, de los hijos menores de 21 años con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; y finalmente, la pérdida de chance de ayuda futura como consecuencia de la muerte de los hijos, especificando que este último derecho compete también a quien tenga la guarda del menor fallecido, y en esos casos, el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes.

En el supuesto de “lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial”, el resarcimiento o la indemnización deben ser evaluados mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades.

Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad, y en el supuesto de incapacidad permanente, se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, destacándose que este resarcimiento procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al perjudicado (cfr. art. 1746 del CCivCom)

Los requisitos para la procedencia de la indemnización o como también se ha denominado, los requisitos del “daño resarcible”, presentan un elevado grado de aceptación en la doctrina y en los proyectos que precedieron al nuevo régimen que han estado analizando. Es así como, en el art. 1739, textualmente dice lo siguiente: Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Establece como requisitos de procedibilidad para que el daño resulte indemnizable, que el perjuicio sea “directo”, es el daño personal; o “indirecto”, aquel que lo reclama otro que sufrió el perjuicio en un interés propio; el “actual” o “presente”, que es el ya ocurrido al tiempo de la sentencia; o «futuro», el que todavía no ha sucedido, aunque su causa generadora ya existe; «cierto», en cuanto a su existencia, indudable o con un alto grado de probabilidad, se opone a incierto, eventual o hipotético, que no es indemnizable porque de indemnizarse y si el daño no se consuma, habría enriquecimiento sin causa; “subsistente” (jurídicamente, aunque materialmente ya haya sido reparado).

Adiciona, y esto es lo novedoso del artículo, la “pérdida de la chance”(cfr. art. 1738 CCivCom), cuando alguien se ve privado de obtener una ganancia probable o de evitarse un perjuicio; resulta la pérdida de la oportunidad, que se desaprovecha por el hecho de un tercero o porque el deudor incumplió con su obligación, y esta probabilidad o contingencia debe ostentar

suficiente fundamento; por ello la norma -art. 1739 del CCivCom, expresa “que su contingencia sea razonable probabilidad objetiva y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

El ordenamiento civil y comercial unificado contempla en el art. 1742, “atenuación de la responsabilidad”, la posibilidad del juez de menguar o disminuir la indemnización si resulta equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Se explicita que la mencionada facultad judicial no resulta aplicable en caso de dolo del responsable.

El citado art. 1742 consagra una excepción al principio general de plenitud de la reparación del art. 1740 autorizando al juez a atenuar la obligación resarcitoria, especificando doctrina autorizada, al respecto Bueres, comenta dicho art.1742, que resulta criticable el título de la norma, ya que la responsabilidad puede existir o no, siendo el objeto de la atenuación la indemnización (puede referirse al monto indemnizatorio o a las modalidades de pago, por ejemplo, en cuotas). Corrige un error de redacción del Código Civil, ya que queda claro en el texto del artículo (no en su título) que el objeto de la atenuación es la indemnización, no la situación patrimonial del responsable.²⁷⁴

El fundamento que se ha esgrimido para justificar esta figura es la equidad (componente de la justicia humana), valorando la situación patrimonial del deudor y, obviamente, no es aplicable al dolo, sea intencional o eventual (ver art. 1724) del responsable, ya que dado el elevado grado de reproche sería como un premio a quien, con intención y a sabiendas, le causa un daño a otro y luego pretende ampararse con esta reducción equitativa de la indemnización que le correspondería integrar. Se trata de evitar una desproporción de la cuantía de indemnización y la situación patrimonial del obligado, subrayándose que este instituto es aplicado excepcionalmente.

En los debates sobre la ley admiten, en concordancia con doctrina y jurisprudencia, que el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla, nunca excluirla o denegarla, si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho (siguiendo a la doctrina), es decir, se han ampliado los supuestos de reducción indemnizatoria como potestad del magistrado a nuevas hipótesis no incluidas antes, como son la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Estas circunstancias del hecho pueden ofrecer reparos por tratarse de figuras abiertas, difusas, que pueden dar lugar a que la víctima soporte parte del daño a consecuencia de un hecho antijurídico, contrariando el principio general del resarcimiento integral. Si bien la norma no consigna el pedido del responsable ello deviene necesario, por lo tanto, no podrá aplicar el juez esta norma de oficio, y consecuentemente el reclamante de su diligenciamiento deberá demostrar los presupuestos de la norma, específicamente respecto de su concreta situación económica.

Ante tal reclamo la víctima también podrá probar su propia insuficiencia de recursos, u otras circunstancias que impidan la paliación de la atenuación y, al respecto, la normativa no posee

²⁷⁴ Alberto Bueres, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y el contrato de trabajo* (Argentina: La ley, 1999), 176- 177. Art. 1742, para él hubo un error de redacción y trata de explicar lo que trae a confusión.

carácter imperativo para el juez (“puede”, “facultativo”); de allí, también el pedido de parte y la prueba que acredite los extremos invocados.

En el supuesto de pluralidad de responsables obligados solidarios o concurrentes Art. 1751 del CCivCom), por el hecho propio o por el hecho de otro, cada uno podrá invocar y probar su situación económica para solicitar su atenuación, no la de los otros; y las personas responsables que fueron condenadas a una reparación plena, obligados solidarios o concurrentes, deberán soportar también el monto en la medida en que se disminuye (cfr. CCivCom, arts. 840, 841 y 851, inc. h).²⁷⁵

4.6.3. Indemnización o resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales

En cuanto a la indemnización de las consecuencias denominadas «no patrimoniales» por el Código Civil y Comercial, el art. 1741, establece lo siguiente: “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible. La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.

Esta denominación de carácter especial “indemnización de las consecuencias no patrimoniales” incluye el daño moral, y en materia de legitimación activa avanza el Código para las consecuencias no patrimoniales, como en caso de muerte con los ascendientes, descendientes y cónyuge, extendiéndose a los convivientes con trato familiar ostensible es un avance en la justicia, ya que antes la norma preveía solo a los herederos forzosos.

4.6.4 Estimación del Daño Moral a la Persona Jurídica en la Jurisprudencia Argentina

En la jurisprudencia Argentina se tienen categorizaciones extremas sobre la estimación del Daño Moral en perjuicio de las personas jurídicas o morales, se trae a relación a manera de ejemplo la presente resolución para tener una noción de los criterios que se han formulado al respecto.

Dictamen emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, a partir de un precedente del año 1977, ha sostenido que “no resulta indemnizable el daño moral invocado, puesto que en el caso la parte actora es una sociedad comercial y no parece aquí apropiado endilgarle un padecimiento de esa índole bien que su presidente a título personal haya podido sufrirlo con motivos más que justificados”²⁷⁶. Años más tarde, el Alto Tribunal nacional se pronunció otra vez sobre esta delicada cuestión, en la causa Kasdorf S.A. c. Provincia de Jujuy, ratificando con buen criterio general, que “la persona jurídica carece de aptitud para ser víctima de daño moral.”²⁷⁷

²⁷⁵ Alberto Bueres, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y el contrato de trabajo* (Argentina: La ley, 1999), 76- 177.

²⁷⁶ Puede ejercer acciones en defensa de su nombre: (...) b) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.

²⁷⁷ Emiliano José Tubello, “Legitimación sustancial de las personas jurídicas” (tesis de grado, Universidad siglo 21, 2013), 70.

4.7. Segundo precedente En La Jurisprudencia Argentina

La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina menciona que “no cabe una reparación del daño moral a favor de una sociedad comercial, pues dado que su capacidad jurídica está limitada por el principio de especialidad, y que su finalidad propia es la obtención de ganancias, todo aquello que pueda afectar su prestigio, o su buen nombre comercial, o bien redundar en la disminución de sus beneficios, o bien carece de transcendencia a los fines indemnizatorios, ya que se trata de entes que no son susceptibles de padecimientos espirituales.”²⁷⁸

La sentencia “N°41 del 22 de marzo de 2005, dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala, que resolvió revocar, con costas, la S.D. N° 419 del 18 de junio de 2004 en cuanto hizo lugar a la demanda por daño moral respecto a Ganadera Riera S.A., confirmar, con costas, la sentencia recurrida en la parte que hizo lugar a la reparación por daño moral para el actor Enrique Manuel Riera Figueredo, con retasa en Gs. 150.000.000, revocar la sentencia en cuanto impuso intereses por dos razones: 1. No fueron pedidos. 2. No se estableció el porcentaje ni tampoco se solicitó aclaración oportuna y debidamente.”²⁷⁹

En tercera instancia se discutió la suma fijada en concepto de indemnización de daño moral a favor de Enrique Riera Figueredo, la procedencia o no del reclamo de indemnización de daño moral realizado por Ganadera Riera S.A. y la procedencia o no de los intereses. Al entrar a analizar la cuestión de fondo el fallo en estudio, surge la pregunta: ¿Pueden sufrir y consiguientemente aducir daño moral las personas jurídicas? Para poder encontrar la respuesta busca conceptualizar el daño moral a la luz de las diversas doctrinas que lo definen. Concluyendo que este sería toda modificación disvaliosa del espíritu, de la subjetividad en el sentido de lo humano, que lesione derechos o intereses legítimos de orden extrapatrimonial, realizando la correspondiente salvedad de que el término “espíritu” y “subjetividad” deben ser redimensionados o al menos reinterpretados.²⁸⁰

Al referirse a las personas jurídicas manifiesta que si bien carecen de espíritu comparten ciertos elementos que podrían llamarse inmateriales que son objeto de tutela jurídica. Explica que el objeto de las mismas hace a su ser; así las personas jurídicas cuyo objeto no es patrimonial, las cuales además de su patrimonio tiene una serie de intangibles que proteger, en efecto, la fama y consideración colectivas son esenciales a la actividad por las cuales han sido constituidas, dependiendo la clase que se adopte al fin que desea perseguir, los daños que podrán provocarse atacando ilícitamente a las mismas no serían en modo alguno de orden económico, sino que provocarían una lesión a “intereses metapatrimoniales” y afectarían su propio funcionamiento y razón de ser.

También considera que, las personas jurídicas que tienen una finalidad económica o patrimonial, y por lo tanto su ámbito de acción se circunscribe a ello, como las sociedades civiles o comerciales, si bien poseen también “activos inmateriales”, tales como el nombre, la reputación

²⁷⁸ *Ibíd.* 71.

²⁷⁹ Ramón Daniel Pizarro, *Daño moral, prevención, reparación, punición*, 2.a ed. (Argentina: Hammurabi, 2004), 71.

²⁸⁰ Silva Velásquez, Violeta, “El Daño Moral y La Persona Jurídica”, (Paraguay: Corte Suprema de Justicia de Paraguay j, 2017)-

o incluso el posicionamiento en el mercado, si bien son incorporales, no por ello dejan de ser activos; todo daño en estos activos inmateriales redundará en definitiva en un detrimento económico, es decir, en una pérdida patrimonial; en suma no existen aquí lesiones a esferas que no se traduzcan en una pérdida económica.

Con base en las consideraciones hechas en los párrafos precedentes y teniendo en cuenta que la firma demandante es una persona jurídica de objeto y accionar neta y exclusivamente patrimoniales, los daños por estar sufridos se traducen en eventuales provechos económicos que la sociedad pudiera haber incorporado a través de negocios hipotéticos y que ya no se darán a raíz del hecho antijurídico.

Lo anterior es lo que se conoce como pérdida de chance, puesto que no haya certeza de que los negocios se hubieren, efectivamente, concluido, sino solo la mera eventualidad de ello - lo cual lo distingue del lucro cesante, que se refiere a ganancias futuras esperadas y no a simples esperanzas de futuros beneficios. Pero sigue siendo una pérdida de chance patrimonial y no de otra índole; a la que le son aplicables analógicamente los principios lógicos y argumentativos del daño moral de las personas jurídicas. Se concluye así que el daño reclamado es resarcible, pero bajo el rubro de daño patrimonial.

Con este fallo se tiene un precedente que la persona jurídica puede alegar pérdida de chance, en tanto sea afectado su patrimonio.

CONCLUSIONES

El propósito objetivo de este trabajo con fundamento en la base jurídica obtenida en la investigación, se han determinado varias conclusiones y recomendaciones para orientar a una nueva visión respecto a la problemática planteada.

El daño moral es una institución jurídica, que ha llegado a revolucionar en materia de derecho privado, que había existido en la diversa jurisprudencia nacional y fundamentada en la internacional del derecho convencional, desarrollada sobre el tema que avanza cada vez, que es el producto también del uso que hace la sociedad por medio de las herramientas jurídicas y judiciales, como es el caso concreto nuestro con LRDM, que surge a través de una demanda de un ciudadano seguro y capaz reclamando el derecho Constitucional del Ar.2 Inc. 3, como una omisión del Trabajo legislativo.

También es producto de esas mentes pensantes, las que hacen producir nuevos criterios que hace superarse a la jurisprudencia cada vez más, impetrande demandas que han logrado un nuevo panorama jurisprudencial en el Derecho Privado demandando la protección directamente desde la constitución o de los Derechos humanos que han dado nuevos criterios para reinterpretar conceptos o figuras que habían estado siempre de formas inoperantes cobrando valor jurídico con la jurisprudencia en materia de daño moral la protección a las personas naturales y jurídicas.

Con los nuevos paradigmas legales en materia de daño moral surgen nuevas oportunidades de alcanzar justicia para situaciones que muchas veces habían quedado en la impunidad ya que hoy se permite hacer valer los derechos violados aun en materias de derechos penal, mercantil, administrativos y otras que establece la ley, que revisten perjuicio moral o patrimonial.

El trabajo también es complejo en virtud que la ley de Reparación por Daño moral, trata figuras abiertas y difusas, que necesitan ser reforzadas por el litigante y el juzgador, con basamentos en la doctrina, que están orientadas a ello como la Teoría jurídica de la argumentación o del discurso, y la teoría tridimensional del derecho, que para los propósitos de ilustración y convencimiento judicial son herramientas básicas, lo que implica una mejor preparación académica del litigante.

El elemento principal para constituir el daño moral, es el sujeto pasivo o perjudicado por daño moral injustamente padecido, y que tal como se ha demostrado en esta investigación, dicho sujeto pasivo puede ser una persona física como también una persona jurídica, que como consecuencia del perjuicio se vuelve víctima en la afectación de sus derechos personalísimos de la persona natural, los que forman parte de los fines que persigue la persona jurídica, que sean lícitos y forman su patrimonio jurídicamente protegido por el actuar culposo o doloso del sujeto considerado activo.

El objeto del Derecho al Reclamo por daño moral está en el resarcimiento, que se produce básicamente en la indemnización, y aunque no se puede restituir el daño sufrido como tal, si puede ser el medio por el cual se ayude a sobrepasar la situación perjudicial provocada, la compensación en materia de menoscabo moral nunca será equivalente, pues el perjuicio que se causa, por ser

inmaterial, es invaluable en dinero, pero ayuda a solventar las consecuencias generadas por el detrimento ocasionado al sujeto pasivo.

El Tema de daño moral, creemos que por ser una materia especial, debe seguir presentado cambios significativos, que será posible con los constantes casos que se logren llevar a juicio, y prepararse para futuras situaciones jurídicas pues el derecho es cambiante; el progreso continuo de la sociedad, hace surgir nuevas teorías o doctrinas que enriquecen las tareas judiciales, que defienden este tipo de derecho. Es así que, con los nuevos paradigmas legales se mejoran los conceptos, los procedimientos y surgen nuevas posturas o criterios judiciales que deben estar a la altura de las nuevas exigencias de justicia, dentro de un Estado de Derecho, que cada día se obliga a reinterpretar el sistema de justicia.

El elemento principal para constituir el daño moral, es el sujeto pasivo o perjudicado por daño moral, y que tal como se ha demostrado en esta investigación, dicho sujeto pasivo puede ser una persona jurídica, que como consecuencia del perjuicio se vuelve víctima del derecho jurídicamente protegido por el actuar culposos o doloso del sujeto considerado activo. La naturaleza del daño moral es en esencia el resarcimiento, y aunque no se puede restituir el daño sufrido como tal, si puede ser el medio por el cual se ayude a sobrepasar la situación perjudicial provocada, la compensación en materia de menoscabo moral nunca será equivalente, pues el perjuicio que se causa, al ser inmaterial, es invaluable en dinero, pero ayuda a solventar las consecuencias generadas por el detrimento ocasionado al sujeto pasivo.

La doctrina clasifica el daño moral en Directo e Indirecto, siendo el primero el que ocurre cuando lesiona un interés tendiente a satisfacer o gozar de un bien jurídico no patrimonial; mientras tanto el segundo es en el cual se provoca una lesión a cualquier interés no patrimonial, como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial de la persona afectada.

Determinar el valor del daño moral es un problema extremadamente delicado, tanto para la persona natural como jurídica, ya que con la figura del daño moral tal como se ha indicado en esta investigación, se busca no sólo una compensación ante el daño material injustamente causado, sino también, como una forma de disuadir nuevas conductas, es decir, que también posee un contenido didáctico.

La cuantificación del daño es uno de los contenidos más conflictivos a la hora de adoptar una solución coherente con el sistema de la reparación del daño moral como asimismo con criterios de valoración concordantes entre los distintos decisorios judiciales, ya que en la doctrina y la jurisprudencia cuentan con posiciones totalmente opuestas, pues lo adecuado es adecuarse a las circunstancias de cada caso.

La cuantificación del daño moral, con el estudio de las diferentes posturas de doctrinarios de renombre, se coincide en que hay varios factores que deben analizarse integralmente, por sus los elementos que están en juego, en cuanto al monto a reclamar, dependerá de cada caso en particular, ya que no se sabe si el juez puede estar en condiciones para estimar la condición de la víctima para apreciar cuánto es necesario para satisfacer el daño moral sufrido, por lo tanto, el juez en su valoración también debe tomar como base, la condición económica del ofensor pues

resultaría inútil condenar el ofensor causante del daño moral, al pago de los fondos que están por encima de su capacidad económica.

En la determinación del daño moral debe considerarse la capacidad socioeconómica de la víctima, de lo contrario, imponer el pago de obligaciones pecuniarias en concepto de daños morales en valor mucho más allá de la capacidad económica de la propia víctima constituiría, enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta el cambio repentino de la “situación económica” de la víctima, y desde el punto de vista de la reparación, la víctima no puede obtener un resarcimiento superior al daño por ella experimentado, sin enriquecerse a expensas del dañador, lo más conveniente como parte del deber de prevenir, será que los que saben están en posibilidad de crear un riesgo que sean responsables adquiriendo pólizas de seguros a su costa para tales imprevistos.

La Ley de Reparación por Daño Moral establece que 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, lo cual no se limita a tales rubros ya que puede llegar a alcanzar daños de carácter fundamental y de derechos humanos, similares a los de las personas naturales aspectos que doctrinariamente se han desarrollado en los apartados precedentes.

Las personas naturales y jurídicas con fines de lucro y también las que no lo son, a excepción de las personas jurídicas de derecho público, están legitimadas para reclamar daño moral, para hacer efectiva la misma, debe estarse conforme al procedimiento enunciado en el artículo 9 de la LRDM, se tramitará siguiendo los procedimientos previstos para el proceso declarativo común, establecidos en el Código Procesal Civil y Mercantil de El Salvador.

En el derecho Argentino, prefiere definir y subsumir, la institución del Daño moral en lo que ellos conciben como “El Daño Resarcible” ya dependiendo del interés lesionado será de consecuencias patrimoniales o no patrimoniales, según lo proponen en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también llamado código Unificado, y será dentro de esos parámetros que toda persona que se considere perjudicada en su patrimonio moral o patrimonial podrá ampararse a los postulados del Código Unificado.

RECOMENDACIONES

La institución Jurídica de daño moral, es necesario abordarlo desde una forma amplia, no desde la perspectiva de la ley de la materia, sino que alegar y conceptualizar los perjuicios que ampara esta figura desde la constitución y los Derechos humanos, y categorizarlos de diferentes puntos de vista, así como sus consecuencias, la lesión, desde el punto de vista del interés lesionado, y la afectación de los fines propuestos, entre otros.

Si bien es cierto que la LRDM define el daño moral y reconoce a las personas jurídicas como legitimados para reclamar, este debe relacionarse con aquel menoscabo de naturaleza no patrimonial que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, incluso cuando el interés primariamente lesionado es patrimonial y, en ese sentido, se permite incluir a las personas jurídicas como eventuales víctimas de esa clase de daños, esto dado que se ha reconocido que las personas morales gozan de diferentes atributos y derechos más allá de los que les reconoce la ley de la materia cuando están ligados a los derechos de sus creadores o fundadores, y trascienden a la esfera de protección de los derechos fundamentales y derechos humanos, lo que constituye un argumento importante para reconocerles el detrimento moral a estos entes ficticios.

Es necesario capacitar a los jueces en el tema de daño moral, estudiantes y profesionales de la materia de Ciencias Jurídicas, pues en otros países de Europa y Latinoamérica, como se ha mencionado en esta investigación, posee un desarrollo considerable en esta materia y su problemática jurídica, el atraso la legislación de El Salvador se debe inicialmente a la falta de interés en la temática, lo cual deviene del desconocimiento incluso de la figura del daño moral.

Para reforzar el argumento del daño moral a las personas jurídicas con fines de lucro es algo que se debe ampliar la capacitación de jueces y litigantes en materia de la teoría de la argumentación, ya que la ley no está para fijar esas facultades que son propias del aplicador de la ley por su cualidad de juzgador y del litigante como interesado que se haga justicia en su caso, pero se debe armar de argumentos no derrotables en la práctica, y no limitarse a los enunciados de la ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Adame Goddard, Jorge. *Filosofía social para juristas*, (México, McGraw-Hill, 1998), 121.
- Albónico Valenzuela, Fernando. *El derecho internacional privado ante la jurisprudencia chilena* (Santiago: Nacimiento, 1943), 90.
- Alfonso Da Silva, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª, (Brasil: Malheiros, 2005) 178. Traducido por José Alfonso Da Silva.
- Alterini, Atilio. *Derecho de Obligaciones* (Argentina: Editorial Abeledo, 1996), 687.
- Álvarez Ledesma, Mario Acerca del concepto de derechos humanos (México, D.F.: McGraw-Hill, 1998). 110.
- Bittar Hajel Filh, Ricardo Antonio. *Los desafíos de los derechos humanos en América Latina: Homenaje a Antonio Gomes Moreira Maués* (Brasil: Dantas 2001), 106-158. Traducido por Ricardo Antonio Bittar Hajel Filh.
- Borda, Guillermo. *Tratado de derecho civil obligaciones* (Argentina, Abeledo Perrot, 1998), 172. Los argumentos principales son los siguientes: a)
- Bueres, Alberto. *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y el contrato de trabajo* (Argentina: La ley, 1999), 1.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil* (Argentina: Editorial Abeledo–Perrot, 1997), 107.
- Cadavid Martínez, María Jimena. *El principio de reparación integral en la jurisprudencia del Consejo de Estado, Cuadernillo Semillero de derecho internacional de Derechos humanos Vol. 2*, (2014): 15-27.
- Calvo Costa, Carlos. *Daño Resarcible* (Argentina: Hammurabi, 2005), 81.
- Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*. Tomo 1, Vol. II, (España: Reus, 1984), 13-14
- Chioyenda, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. 2, traducción de J. Casáis y Santaló.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: de las personas*, vol. 2 (Santiago: Jurídica, 1908), 1902.
- Concepción Rodríguez, José Luis. *Derecho de daños*. 2da edic. (España: Editorial Bosch. 1999), 66.
- Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 105.
- De Carlucci, Kemelmajer. *Los factores subjetivos de atribución*, en “*Responsabilidad civil*”, 1ra edic, (España: Editorial Hammurabi 1997),142.
- De Castro Bravo, Federico. *La persona jurídica* (España: Civitas Ediciones, 1991), 137.
- De la Parra, Trujillo Eduardo. *Los derechos de la personalidad: teoría general y su distinción con los derechos humanos y las garantías individuales* (España, Universidad Iberoamericana, 2001), 156.

- De Rueda Jover, Mariano Espinosa. *Aspectos de la responsabilidad civil, con especial referencia al daño moral* (1986): 45.
- De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de derecho civil* (México: Universidad Autónoma de México, 2019), 643.
- Díez Picazo, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 6ta. Edic. (España: Editorial Tecnos, 1992), 591.
- Elva, Scalvini y Claudio, Leyva. *Las medidas precautorias y la tutela efectiva de derecho a la intimidad, Derecho a la información, habeas data e Internet* (Argentina: Ediciones la Roca, 2002), 238.
- Enrique, Antonio. *Los Derechos Fundamentales* (España: Grupo Anaya, 2005), 46.
- Fernández, Eusebio. *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita* (España: Editorial Dykinson, 2001) 13.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías* (España: Trotta, 1997) 37.
- Ferrara, Francisco. “Tratado de derecho civil italiano”, trad. De José Castán Tobeñas, Atheneum, (1921).389.
- Fiordelisi, Herald. *El daño moral en la ley de defensa del consumidor* (Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2014), 77-78.
- Flores Avalos, Elvia lucía. *Derecho a la Imagen y responsabilidad civil*, (México: Universidad Autónoma de México, 2014), 371.
- Flores Madrigal, Georgina Alicia. *Derecho a la Protección de la vida e Integridad física* (México: Universidad Autónoma de México, 2014), 148.
- Gascón Abellán, Marina. *La Interpretación Constitucional, en Normativas y Comentarios sobre Derecho Constitucional Salvadoreño* (El Salvador: Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia UTE, 2013), 248.
- Gómez Córdoba, Ana Isabel. *Principios éticos y jurídicos* (Costa Rica, Universidad Javeriana, 2010).
- Helena Diniz, María. *Curso de Derecho Civil*, 22 Ed 29ª (Sao Paulo: Saravia, 2007), 200-350.
- Karl Larenz. *Derecho de obligaciones*, tomo I, (España: Ediciones Olejnik, 1959), 193.
- López Guardiola, Samantha Gabriela. *Derecho Romano I* (Red Tercer Milenio, México, 2012), 60.
- López Mesa, Marcelo y Trigo Represas, Félix. *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Tomo I. 1ª Edición, 1ª Reimpresión (Argentina: La ley, 2005), 416.
- López, Rafael García. *Responsabilidad por daño moral, doctrina y jurisprudencia* (España: José María Bosch Editor, 1990), 78-79.
- Louis Perret. *Ciencia del derecho durante el siglo XX* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Numero 198, 1998), 643.
- Macías Vásquez, María Carmen. *Protección de la Persona y Derechos Fundamentales* (México: Universidad Autónoma de México, 2003), 72.
- Martínez Rave y Martínez Tamayo Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual. Undécima edición* (Colombia: Editorial Temis S.A, 2003), 18.

- Martín-Granizo, Mariano Fernández. *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho positivo español*, 1ra edic., (España: Editorial Aranzadi, 1972), 45-53.
- Maurizio, Fiovaranti. *Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones* (España: Trotta, 1996), 59.
- Mazeaud, Jean. *Lecciones de derecho civil. la responsabilidad civil, los cuasicontratos*, vol. II, parte 2a., (Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960), 56-68.
- Medina Pabón, Juan Enrique. *Derecho Civil: Aproximación al Derecho, Derecho de Personas*, 2ª ed. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 575.
- Morineaul Duarte, Marta. *Introducción al Common Law* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004) ,15.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Responsabilidad por daños*, 1ra Ed. (Argentina: Editar, 1971), 69.
- Muñoz de Alba Marcia y Cano Valle, Alberto. *Derechos de las personas con Síndrome de Inmune deficiencia adquirida* (México: Universidad Autónoma de México, 2002), 39.
- Muñoz de Alba Marcia y Cano Valle, Alberto. *Derechos de las personas con Síndrome de Inmune deficiencia adquirida* (México: Cámara de Diputado-UNAM, 2002), 38.
- Naveira Zarra, Maita María. *El evento dañoso, Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, 2ª edic., (España: Editorial Barcelona, 2004), 41.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos* (Argentina, Editorial Astrea, 1989), 12.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, 1º Ed. (México: Universidad Autónoma de México, 2018), 4.
- Nuria González Martin. *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau Tomo I Derecho romano, Historia del derecho* (Instituto de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 2.
- Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica* (Costa Rica, OEA, 2021), 1-25.
- Peirano Facio, Jorge. *Responsabilidad extracontractual*, Tercera Edición, (Colombia: Editorial Temis, 1981), 24
- Pérez Fuentes, Gisela María. *El Daño Moral en Ibero América* (Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, 2006), 20.
- Pires de Lima, Zulmira. *Algunas consideraciones sobre responsabilidad civil por daños morales* (Brasil: Universidad de Coimbra , 1940), 221.
- Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral, prevención*, 2.a ed. (Argentina: Hammurabi, 2004), 399-406.
- Puy, Francisco. *Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida, Persona y Derecho, Pamplona* (España: Universidad de Navarra, 1975), 95.
- Reglero Campos. Luis Fernando. *Lecciones de Responsabilidad civil* (España: Aranzadi Thomson Reuters, 2013), 79-80.
- Robert Alexy. *Teoría de los Derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 161.

- Rodríguez Guitián, Alma María. *El derecho al honor de las personas jurídicas* (España: Universidad Autónoma de Madrid, 1995), 155.
- Rodríguez, Alessandri y Somarraba, Manuel. *El daño como elemento esencial de la responsabilidad civil* (Chile: Jurídica de Chile, 2005), 41-43
- Rojas Báez, Julio Joe. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hecho Internacionalmente Ilícitos* (Estados Unidos, Amérián University International Law Review, 2010), 109.
- Rosenberg, Leo. *La carga de la Prueba* (España: Montevideo, 2002). 198.
- Tale, Camilo. *Daño moral a las personas jurídicas y a las simples asociaciones* (España: Anuario de Derecho Civil, 1994), 135-168.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª ed., (Bogotá, Legis, 2010), 58-59
- Trigo Represas, Félix. *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica* (Argentina: Damages, 2004),416.
- Tucci, Giuseppe. *Daño Resarcible* (Argentina: Hammurabi, 2005), 51-52.
- Unión Interparlamentaria. *Derechos humanos*, (Estados Unidos: Naciones Unidas, 2016), 7.
- Vásquez Ferreyra, Roberto. Responsabilidad por daños (elementos) (Argentina: Ediciones De palma, 1993). 220
- Velásquez, Silva Violeta. *El Daño Moral y La Persona Jurídica* (Paraguay: Corte Suprema de Justicia de Paraguay, 2017).
- Vicente Domingo, Elena. *El daño: Lecciones de responsabilidad civil* (España: Universidad de Burgos, 2002), 71.
- Weber, Max. *Economía y Sociedad* (Fondo de Cultura Económica, España, 2002) 41-42.
- Yagüez, Ricardo Ángel. *Tratado de responsabilidad civil*, 1ra Edic., (Chile: editorial Noa, 1998), 675.

Revistas

- Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”, *Revista Scielo*, nueva serie, año XLIII, núm. 127, (2010):15-71.
- Ávila Fuenmayor, José. “El concepto de poder de Michel Foucault”, *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, (2006).
- Bittar, Carlos Alberto. "Protección de los derechos de la personalidad y los derechos de autor en la actividad empresarial. San Pablo”, *Revista dos Tribunais*, (1993): 77.
- Domínguez, Carmen. “El daño moral en el derecho chileno: panorama General”, *Revista de la Universidad Católica de Chile*, Chile, (2006): 693.
- Duran Ribera, Willman. "La Protección de los derechos fundamentales en la Doctrina y Jurisprudencia Constitucional, *Revista Scielo*, v. 8, n. 2, (2002):177-194. La

declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789.

- Furlotti Moretti, Silvina del Carmen. “El Daño Resarcible en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista el Derecho*, N°14.362. (2020), 1.
- Fusades. “La inminente y compleja tarea de regular el daño moral en El Salvador: aspectos a tener en cuenta”, *Revista de Estudios legales de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social*, Numero 175: 2015, 3-4.
- Murillo Cruz, David Andrés. “La Protección de los Derechos Humanos de las personas jurídicas en los sistemas regionales europeo e interamericano”, *Revista Jurídica Primera Instancia*, Numero 2, (2014): 101.
- Ormachea, Enrique Cuentas. “El abuso del Derecho”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Número 51 (1997): 465.
- Pacheco, Francisco Escobar. “Jurisprudencia Constitucional en la nueva Constitución política del Estado”, *Revista constitucional*, No. 112, Vol. I, (2009): 24.
- Planas Aleix, Cristina Fuertes. “Principios y caracteres normativos de los derechos humanos”, *Revista de comunicación de la SEECI*, año XVIII (33), 44-58. (2014): 2.
- Rosenberg, Arturo. “Historia de la Republica Romana”, *Revista de Occidente*, (1921): 2-4.
- Vargas Machuca, Roxana Jiménez. “Los daños inmateriales: una aproximación a su problemática”, *Revista de derecho Themis*, (2005): 277

Jurisprudencia

- Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 53-2012 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 23 de enero del año 2015).
- Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 18-2001 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 14 de octubre del 2015).
- Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia, sentencia marcada con referencia: 104-2015, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 25 de noviembre de 2015).
- Sala de lo Civil, San Salvador, Sentencia con Referencia: 1675 S.S, del 28 de mayo de 2004.

Tesis

- Avilés Ramos, Ángel Alexander Josué. “Daniel Barahona Portillo, Herrera Alvarado Karla Celina, La garantía de indemnización de daños morales por los medios de comunicación en materia de responsabilidad civil en El Salvador” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2017), 178.
- Aldana Salavería, Raquel Eugenia, Cruz Xiomara del Carmen, Monge de Peña Karina Jazmín. “Aplicación del proceso de reparación por daño moral, en el ejercicio del derecho a informar” (tesis de grado, Universidad de El Salvador, 2018), 146.

- Brito González, Manuel Sebastián. “El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización” (tesis de grado, Universidad de Azuay de Cuenca Ecuador, 2013). 38.
- Do Amaral, Paulo Cesar. “Derechos de Personalidad en las Relaciones Laboral y Daño Moral” (Tesis Doctoral, Universidad Buros, 2014), 60.
- Gómez Zarate, Antonio Augusto. “Personas Jurídicas” (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1966), 17.
- Mercado, Harry Brugman. “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano” (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2015),35.
- Moranchel Pocaterra, Mariana. “Compendio de Derecho Romano” (tesis de grado, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2017), 33.
- Naveira Zarra, Maita María “Resarcimiento del daño moral en la responsabilidad civil extracontractual” (tesis de grado, Universidad de Coruña, 2004), 161-172.
- Quinteros, Edwin Rafael. “La cuantificación del daño moral”, (tesis de grado, Universidad del Azuay, 2016), 29
- Luna Yerga, Álvaro. “Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español” (tesis de grado, Universitat Pompeu Fabra, 2002), 2-3.
- Mendoza Martínez, Lucia Alejandra. “La Acción Civil del daño moral, Instituto de investigaciones jurídicas” (tesis de grado, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2014), 162.
- Moreno Marín, María Dolores. “El daño moral causado a las personas jurídicas” (Tesis para optar al grado de doctor en derecho, Universidad de Córdoba, España, 2016), 16.
- Tubello, Emiliano José. “Legitimación sustancial de las personas jurídicas” (tesis de grado, Universidad siglo 21, 2013), 70.

ANEXO 1: SENTENCIA 53-2012

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las catorce horas y cinco minutos del día veintitrés de enero de dos mil quince.

El presente proceso constitucional ha sido promovido por el ciudadano José Arturo Tovar Peel, con el fin de que se declare la *inconstitucionalidad por omisión total* en que ha incurrido la Asamblea Legislativa por no haber emitido la regulación que desarrolle el contenido del art. 2 inc. 3° de la Constitución (en adelante Cn.), cuya letra prescribe:

"Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral." Han intervenido en el proceso, el demandante y el Fiscal General de la República. *Analizado el proceso y considerando:*

I. En el trámite de este proceso los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el demandante pueden sintetizarse de la siguiente manera:

A. Fundamentalmente, el ciudadano Tovar Peel sostuvo que el art. 2 inc. 3° Cn. reconoce el derecho de toda persona a recibir una indemnización o resarcimiento por los daños morales o extrapatrimoniales de las que fuere víctima.

De la misma forma, aseveró que el art. 245 Cn. establece el derecho a la indemnización por los daños morales en que incurrieren los funcionarios y empleados públicos por las acciones y omisiones que ocasionaren la violación a los derechos consagrados en la Constitución.

Con base en el art. 2 inc. 3° Cn. —consideró—, el derecho a la indemnización por daños morales debe garantizarse "conforme a la ley", la cual debe ser emitida por la Asamblea Legislativa según lo prescriben los arts. 121 y 131. ord. 5° Cn. A su entender, dicha expresión entraña un *mandato al legislador*, esto es, una obligación de emitir un cuerpo jurídico adecuado que establezca el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

B. En función de lo anterior, el actor hizo referencia a la eficacia directa de la Constitución y a la inconstitucionalidad por omisión. Asimismo, citó extractos jurisprudenciales de las resoluciones de 26-XII-2004 y 25-VIII-2009, Incs. 37-2004 y 8-2008 —admisión e improcedencia respectivamente—, con el propósito de argumentar que el art. 2 inc. 3° Cn. es una norma "programática" y de "cumplimiento no discrecional" para la Asamblea Legislativa. A su Juicio se trata de un "mandato de imperativo cumplimiento", pues no expresa a favor del citado órgano una conducta facultativa para regular o no las indemnizaciones por daños morales.

Ahora bien, consideró que en los casos en que el constituyente no establece un plazo para que la entidad a quien se dirige el mandato emita una normativa infraconstitucional, ello debe hacerse en un *plazo razonable*, situación que exige tener presente las circunstancias propias de cada ordenamiento jurídico, las contingencias sociales y las posibilidades reales de las instituciones del sistema político.

Sobre la inconstitucionalidad que ahora se pretende, el demandante consideró que el Legislativo ha omitido de forma absoluta darle cumplimiento al mandato constitucional "programático" que propone como parámetro de control, a pesar de que ya transcurrieron casi tres décadas de la emisión de la Constitución. Por ello, razonó que el órgano fundamental en

cuestión se ha excedido irrazonablemente para emitir la ley pertinente a que se refiere el art. 2 inc. 3° Cn.

Sobre la omisión que reprocha al Legislativo, apuntó que existe un mandato constitucional expreso en el art. 2 inc. 3° Cn. —que a su juicio es constitutivo de una norma programática imperativa— y, además, que el Órgano Legislativo ha incurrido en una inactividad absoluta de emitir el cuerpo jurídico respectivo para desarrollar la mencionada disposición constitucional.

2. Mediante oficio n° 2137 de fecha 29-X-2012, notificado el 24-I-2013, la Secretaría de este tribunal requirió a la Asamblea Legislativa rindiera informe sobre la pretensión de inconstitucionalidad planteada por el ciudadano Tovar Peel.

Acorde con ello, consta en el proceso que transcurrido el plazo al que se refiere el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales —L.Pr.Cn.—, la autoridad demandada no hizo uso en tiempo de su oportunidad procesal, ya que presentó su informe de forma extemporánea —14-II- 2013— insistiendo en que, como autoridad demandada, puede decidir cuando darse por notificada de las resoluciones de este tribunal; por lo que, las razones que haya manifestado para justificar la constitucionalidad en su omisión de legislar *no serán analizadas* en la presente decisión.

La posición anterior es producto de la línea jurisprudencial consolidada sobre la *preclusión de los actos* en el proceso de inconstitucionalidad.

Al respecto, cuando la demanda de inconstitucionalidad se admite, la Sala debe pedir informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición que se considera inconstitucional a fin de que esta lo rinda en el término de diez días hábiles.

En consecuencia, uno de los supuestos para que opere la preclusión es el vencimiento del plazo previsto en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el intervalo de tiempo que corresponde. Cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, en cuyo caso el planteamiento que se haga posteriormente no deberá ser considerado por el tribunal (arts. 7 y 79 inc. 3° L.Pr.Cn.), (sentencia de 16-XII-2013, Inc. 7-2012).

3. Al contestar el traslado que prescribe el art. 8 L. Pr. Cn., el fiscal general de la República expuso lo siguiente:

A. Primeramente, externó algunas consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre la inconstitucionalidad por omisión.

Afirmó que el legislador tiene un papel esencial en normar positivamente los derechos fundamentales. Debe concretar su mandato mediante la regulación y limitación de su ejercicio, establecer un marco jurídico eficaz para su protección. De allí que la inactividad del Legislativo adquiera relevancia constitucional para la efectiva salvaguarda de los derechos que precisan de regulación legal.

B. Luego de examinar el parámetro de control, el Fiscal concluyó que dicho precepto constitucional contiene un mandato explícito para que el Legislativo regule las plataformas normativas sobre las cuales el derecho a la indemnización por daños de carácter moral se ejercerá; por ello, el art. 2 inc. 3° Cn. es una norma incompleta, cuya plenitud se perfecciona a partir de la concreción normativa del legislador.

Sobre esto último, el Fiscal General consideró pertinente examinar si en efecto existe el vacío legal demandado por el ciudadano en el ordenamiento jurídico.

Para ello, expuso que el tema de la indemnización por daños morales ha sido objeto de desarrollo legislativo en diversos aspectos, a saber:

a. En el mismo texto constitucional, el art. 245 Cn. prescribe que los funcionarios y empleados públicos deberán responder por los daños materiales y morales que causaren.

b. El art. 35 L.Pr.Cn. contempla la posibilidad de ejercer la acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

c. Los arts. 32 y 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, al regular los efectos de la sentencia estimatoria contemplan los supuestos que habilitan la reclamación por daños y perjuicios.

d. Expresa, además, que el art. 241 ord 1° del Código Procesal Civil y Mercantil establece el acceso a la jurisdicción para toda persona que haya sufrido daño de naturaleza extrapatrimonial.

e. En materia penal y penal juvenil la indemnización por daño moral ha sido objeto de desarrollo. El art. 115 ord. 3° del Código Penal prevé la indemnización a la víctima y su familia por los daños materiales y morales consecuencia del delito. El art. 35 de la Ley Penal Juvenil contempla la acción civil para el resarcimiento de perjuicios materiales y extrapatrimoniales ocasionados por la infracción cometida por menores de edad.

f. También hace referencia a la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito, pues sostiene que en su art. 4 se establece la necesidad de pronunciarse en la sentencia sobre la responsabilidad civil.

g. Por otra parte, el art. 299 literal g) de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia instituye que en la sentencia en el proceso de protección se deberá determinar la cuantía que el infractor deberá pagar a favor de la niña, niño o adolescente en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

h. Finalmente, el Código de Familia reconoce la procedencia de una compensación por perjuicios de naturaleza moral en la declaración judicial de paternidad, la nulidad del matrimonio y en la unión no matrimonial (arts. 150 inc. 2°, 97 y 122 C.Fam).

C. En atención a la normativa reseñada, el Fiscal General de la República concluye que el legislador "efectivamente" ha desarrollado en el ordenamiento jurídico secundario los "supuestos y mecanismos" para que cualquier persona pueda reclamar la compensación por daños de naturaleza moral, tal y como lo establece el art. 2 inc. 3° Cn.; en consecuencia, sostuvo que no existe la inconstitucionalidad por omisión señalada por el actor.

II. Expuestos los argumentos de los sujetos intervinientes en el presente trámite, corresponde ahora (1) identificar concretamente el problema jurídico que deberá ser resuelto; para luego (2) indicar el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo.

1. La cuestión que debe ser decidida en esta sentencia consiste en verificar si la *instrucción normativa* del art. 2 inc. 3° Cn. que prescribe: "Se establece la indemnización, conforme a la ley, para daños de carácter moral.", ha sido inobservada por la Asamblea Legislativa dada la abstención de regular normativamente las condiciones para hacer efectiva la reclamación de una compensación por daños de carácter moral.

2. Establecidos los términos del contraste, a continuación se abordarán los siguientes aspectos: (III.1) la inconstitucionalidad por omisión, desde una perspectiva de los mandatos constitucionales como normas incompletas; (III.2) verificar si el art. 2 inc. 3° Cn.,

en efecto establece un mandato al legislador y así abordar unas breves consideraciones sobre la indemnización, su naturaleza y el daño moral.

Fijado este marco teórico, (IV) se pasará a aplicar sus distintos componentes al caso cuyo estudio se realiza.

III. 1. Cuando la efectiva protección de las prestaciones derivadas de un mandato constitucional exige del Legislativo la obligación de legislar, el mecanismo que esta Sala puede utilizar para controlar su incumplimiento es el de la *inconstitucionalidad por omisión*. Con respecto a dicho instituto, y a diferencia de otros países, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa. Sin embargo, la jurisprudencia emitida por esta Sala ha sostenido que tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución (resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98).

Fundamentalmente, de acuerdo con la citada decisión (reiterada en la sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95), las razones que han sido argüidas para justificar la *inconstitucionalidad por omisión* son la fuerza normativa de la Constitución y su rango de supremacía, y la fuerza normativa de los derechos fundamentales.

A. Sobre las referidas cualidades de la Constitución (fuerza normativa y supremacía), no es necesario explayarse en esta sentencia. Basta con afirmar que, si bien la Ley Suprema está compuesta por disposiciones jurídicas que incluyen una multiplicidad de normas jurídicas que tienen la misma fuerza normativa porque ocupan el máximo rango jurídico, lo cierto es que no todas ellas tienen la misma *eficacia*.

a. Como se afirmó en la sentencia de 26-I-2011, Inc. 37-2004, la eficacia es una de las dimensiones inherentes de toda norma jurídica, debido a que esta se produce con la intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad para que pueda cumplir realmente con su *razón esencial*: establecer los fundamentos de la convivencia nacional y la construcción de una sociedad más justa (preámbulo de la Constitución).

También, la Constitución establece un conjunto de valores que se traducen en normas jurídicas y en un determinado contenido fundamental que busca ser realizada y, de igual manera, cumplir también con el postulado de eficacia aludido.

Ahora bien, este modo de regular la convivencia tiene como resultado una Constitución integrada por normas de diferente carácter y de distinto tipo, con la consiguiente repercusión en la intensidad de su vinculación. Así, las disposiciones constitucionales exigen distinta intensidad de actualización, sin que ello signifique que poseen una significación dispar o un protagonismo diferenciado.

Por tal motivo, de entre la *tipología* de normas que contiene la Constitución salvadoreña, interesa destacar los *mandatos constitucionales*, que se caracterizan por su *estructurarelativamente incompleta*.

b. i) En ese orden de argumentos, es oportuno señalar que, generalmente, la existencia de este tipo de disposiciones constitucionales que tipifican mandatos se traduce en una serie de órdenes al legislador. Tales prescripciones no son meras proposiciones declarativas de buenas intenciones, *sino verdaderas imposiciones jurídicas* que obligan al órgano emisor a conectarlas con otras de desarrollo infraconstitucional para alcanzar su

plenitud aplicativa.

Estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador constituyen cierto tipo de normas incompletas, pues, en línea de principio, invocan una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas, con el fin de que la circunstancia a la que se refiere el mandato pueda cobrar plena eficacia.

De esta forma, si la ley a la que se remite el mandato está emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

ii) Debe agregarse que estos mandatos constitucionales dirigidos al legislador no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución, sino que también pueden ser derivados por la jurisprudencia constitucional, en la medida en que la emisión de disposiciones infraconstitucionales resulte necesaria para dotar de eficacia plena a la disposición constitucional que tipifica un mandato.

iii) Además, los encargos dirigidos al legislador para que produzca disposiciones legales pueden estar condicionados, tanto por el establecimiento en la Ley Suprema de un plazo determinado (lo que tampoco es necesario), como por la *existencia actual* de circunstancias que demanden razonablemente la regulación jurídica de la correspondiente prestación. De tal manera que, en este último supuesto, *desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al legislador ya es exigible y, por tanto, la abstención legislativa se reputaría como no justificada y por tanto, inconstitucional.*

B. a En efecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha reconocido que existe tanto una vinculación negativa de la ley frente a los derechos fundamentales, en tanto que éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico; como también una vinculación positiva que impone al Legislativo la tarea de promoción y reconocimiento de los derechos fundamentales (sentencia de Inc. 37-2004).

Ello significa que al legislador le corresponde un relevante papel en la disciplina normativa de los derechos fundamentales, para concretar las facultades atribuidas, regular y limitar su ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección. Ahora bien, no está de más aclarar que, a diferencia de la regulación, los límites sólo son susceptibles de ser realizados por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa (sentencia de 13-X-2010, Inc. 17-2006).

Esta vinculación positiva 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 la Ley.

De este modo, los derechos fundamentales también desplegarán su eficacia frente a los particulares, para lo cual habrá que tener en cuenta cómo el legislador ordinario lo ha regulado (sentencia de 21-IX-2011, Inc. 16-2005).

b. Otro de los puntos que abonan a las anteriores afirmaciones se encuentra en el carácter relativo de los derechos fundamentales y el hecho de que la delimitación de su contenido pueda evolucionar, por responder a realidades dinámicas. Todo ello contribuye a que la línea divisoria

entre lo constitucional y lo inconstitucional de una intervención legislativa sea difícil de identificar *a priori*.

2. Abordada la institución de la *inconstitucionalidad por omisión*, corresponde examinar el precepto normativo contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.

A. La disposición en comento prescribe: "Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral."

Dicho artículo parte del supuesto del establecimiento o creación de una ley que regule la *institución de la indemnización* por los daños causados a una persona; sin embargo, el constituyente limita la norma a la regulación de los daños de tipo *moral*.

Para descifrar el contenido prescriptivo de esta norma, la misma debe ser integrada con el inciso primero de la disposición constitucional a la que pertenece; en ese sentido, la protección de los derechos fundamentales a la *vida y a la integridad física y moral* permite colegir que toda persona tiene un derecho fundamental a no sufrir un daño injusto contra un bien o derecho objeto de tutela jurídica, lo que en definitiva consiste en un derecho a ser reparado por el daño sufrido.

Por ello, el art. 2 inc. 3° Cn., en conexión con los derechos a la vida, integridad física y moral, determina la obligación parlamentaria de concretar un sistema adecuado y suficiente que garantice el derecho a la *reparación de los daños morales* causados.

B. Para un mejor abordaje del presente análisis, resulta necesario referirse brevemente a la institución de la *indemnización por los perjuicios o daños* sufridos. La *obligación* de indemnizar existe porque el afectado con la acción u omisión ha sufrido un *daño*, el cual puede ser material o moral. Todo *daño* supone la lesión de un bien jurídicamente relevante. Si el daño afecta a la persona en cualquiera de sus esferas no patrimoniales, el daño es de carácter moral.

Esta clase de daño —moral— goza de protección constitucional pues se extrae como una manifestación del derecho a la *integridad física y moral* —art. 2 inc. 1° Cn.—, ya que dicho derecho fundamental —integridad física— implica el reconocimiento de la inviolabilidad de la persona, tanto en relación con su cuerpo como respecto de su mente y espíritu; y, rechaza cualquier menoscabo en estos.

La *integridad moral*, supone mantener la vida en circunstancias que facilitan la obtención de condiciones materiales necesarias para el goce del resto de derechos fundamentales (sentencia de 14-XII-2012, Inc. 103-2007).

En esa línea argumentativa, se entiende que el *daño moral* constituye una de las formas de daño inmaterial, porque se refiere a los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de ciertos derechos; efectos tales como la aflicción, el dolor, la angustia u otras manifestaciones del impacto emocional o afectivo de la lesión a bienes inestimables o vitales de la persona.

En virtud de lo anterior, el mandato contenido en el parámetro de control, pretende que el legislador garantice a toda persona que sufra un daño de índole moral los mecanismos para obtener una reparación correlativa.

IV. Determinado el marco jurídico de la presente decisión, corresponde ahora examinar si en efecto converge la inconstitucionalidad por omisión alegada por el ciudadano Tovar Peel.

Para resolver la cuestión, esta Sala debe: (1) constatar si en el texto constitucional existe un mandato que obligue al legislador a emitir la normativa correspondiente; (2) verificar si existe un comportamiento omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato; (3) establecer si el comportamiento omiso, ha sido excesivo e injustificadamente dilatado; y, en su caso, (4) fijar con precisión la forma en que se dará cumplimiento al mandato constitucional.

I. Sobre el primer aspecto y tal como se consignó en el considerando I de esta sentencia, el demandante sostuvo que el mandato o encargo que el legislador ha omitido normar es el que está contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.

A. La disposición constitucional en comento prescribe que "[s]e establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral".

B. Dada la estructura normativa del enunciado constitucional en referencia, es dable concluir que este contiene un *mandato explícito* para que el Legislativo emita una regulación que desarrolle el derecho de toda persona a ser compensada por el acaecimiento de daños de tipo moral.

De su tenor se infiere la necesidad de una actividad concreta de *actualización legislativa* que garantice el reconocimiento y protección de aquel derecho. Dicha disposición, lejos de postergar la vinculación que el derecho impone hacia los entes con potestades normativas, reafirma el mandato hacia el Legislativo para que desarrolle las plataformas normativas sobre las cuales el derecho en mención se ejercerá.

En efecto, el precepto normativo contenido en el art. 2 inc. 3° Cn. tiene una estructura prescriptiva que es posible caracterizar como *incompleta*, ya que su eficacia necesita la concreción normativa del legislador. De esta forma, es posible apreciar la existencia de un derecho fundamental, cuya dimensión prestacional aun no goza de una protección y promoción mediante la *garantía* respectiva (que el legislador desarrolle sus condiciones de ejercicio).

Al respecto, es oportuno evocar que, como se afirmó en la citada sentencia de Inc. 37- 2004, la vinculación de los derechos fundamentales no necesita de la intermediación legislativa, por lo que su falta no neutraliza por completo la operatividad del derecho. Sin embargo, para que las *garantías* puedan desempeñar su papel de instrumento de protección de los derechos, es necesario un desarrollo legal de los supuestos y condiciones para la protección de estos.

A causa de lo anterior, esta Sala considera que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador se encuentra plenamente establecido en el presente proceso.

2. A. Con el objeto de comprobar si en efecto existe un comportamiento omisivo de parte de la Asamblea Legislativa, se dio intervención a dicho órgano de Estado a fin de que expusiera las razones sobre la inconstitucionalidad alegada; sin embargo, tal y como se ha consignado oportunamente en el presente fallo, el órgano encargado de emitir la normativa ahora demandada, no hizo uso en tiempo de su oportunidad procesal de intervenir en el presente proceso; por lo que su participación no fue tomada en cuenta en la presente decisión.

B. No obstante, el comportamiento del Legislativo, el fiscal general de la República, en su intervención procesal, afirmó que el legislador sí ha desarrollado dentro del ordenamiento jurídico secundario los "supuestos y mecanismos" para que cualquier persona pueda reclamar la compensación por daños de carácter moral, tal y como lo establece el art. 2 inc. 3° Cn.; y, por tanto, consideró que no se configura la inconstitucionalidad por omisión.

Para respaldar su afirmación, el funcionario en comento señaló una serie de disposiciones legales de distintos cuerpos normativos en las que asegura se regula la *indemnización por el daño moral*.

C. a. Del cúmulo de disposiciones propuestas por el fiscal general como prueba del cumplimiento de la obligación de legislar por parte de la Asamblea Legislativa, se advierte que no todas se refieren directamente a la *indemnización por daño moral*. Muchos de esos artículos hacen referencia a la indemnización de perjuicios por daños materiales, la cual es una institución que de cierta forma cuenta con un marco regulatorio en el ordenamiento jurídico actual.

Entre ellas se observan los arts. 35 L.Pr.Cn., 32 y 34 inc. 2° LJCA, 241 ord. 1° CPCM,

125 CP, 42, 43, 44, 45, 46 y 399 C.Pr.Pn., 35 L.Pn.J.

b. No obstante lo anterior, de la legislación propuesta no es posible negar que existen algunos cuerpos normativos que sí mencionan la indemnización por daños de tipo moral.

Para un mejor abordaje del tema, resulta necesario citar esas disposiciones legales. En ese sentido se tiene:

a. El art. 120 n° 6 C.Pr.Pn. establece: "**Solicitud de constitución.** La constitución de parte civil se hará mediante una solicitud escrita que deberá contener bajo pena de inadmisibilidad: n° 6) Los perjuicios de orden material o moral que se le hubieren causado."

b. El art. 97 C.F. —sobre la nulidad del matrimonio— establece: "**INDEMNIZACION.** El contrayente que resultare culpable de la nulidad del matrimonio, será responsable de los daños materiales o morales que hubiere sufrido el contrayente de buena fe."

c. El art. 122 C.F. —unión no matrimonial— establece: "**ACCION CIVIL.** En caso de muerte, el compañero de vida sobreviviente tendrá derecho a reclamar al responsable civil, indemnización por los daños morales y materiales que hubiere sufrido."

d. El art. 150 inc. 2° C.F. —declaración judicial de paternidad— establece: "**ACCION DE PATERNIDAD.** [inc. 2°] 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."

e. El art. 229 lit. g) LEPINA establece: "**Sentencia.** En la sentencia estimatoria, según las circunstancias del caso, el juez deberá: g) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor de la niña, niño o adolescente deba pagar el infractor, la cual comprenderá el resarcimiento del daño psicológico y el daño material ocasionados; conforme a la prueba vertida para tales efectos".

Al examinar la normativa citada, se advierte que las disposiciones legales únicamente establecen que los sujetos afectados tendrán derecho a reclamar la indemnización por los daños morales sufridos en sus diferentes supuestos; sin embargo, de las mismas, no es posible inferir en qué consiste el *daño moral*, o cuáles son los presupuestos mínimos indispensables que el operador de justicia debe tener en cuenta para cuantificar este tipo de daños.

Por ello, se concluye que la normativa propuesta por el Fiscal General de la República no proporciona un marco regulatorio suficiente que permita volver operacional el derecho a la indemnización por el daño moral; sino que, por el contrario, presupone la existencia de otra regulación y afirma la necesidad de que se desarrollen los presupuestos y aspectos operativos del derecho en cuestión.

De esta manera, *se ha constatado que existe un comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa para cumplir con el mandato constitucional apuntado.*

3. En relación con el análisis relativo a establecer si el comportamiento omisivo del legislador está justificado, es preciso externar lo siguiente:

Tomando en cuenta lo advertido en los numerales que anteceden, la conclusión es inevitable: *el comportamiento omisivo del Legislativo de expedir un cuerpo jurídico que establezca un marco regulatorio sobre el daño moral, ha sido excesivamente dilatado, en tanto que la Constitución cuenta con 31 años de vigencia.*

No basta con que un número limitado de disposiciones legales establezcan el *derecho a la reparación por el daño moral* para tener por cumplido el mandato contenido en el art. 2 inc. 3° Cn.; sino que, es necesario, como se advirtió preliminarmente, que el legislador desarrolle a plenitud todos los presupuestos legales para dar eficacia a dicho derecho.

En consecuencia, se deberá declarar la *inconstitucionalidad por omisión alegada por el demandante*, debido a que la Asamblea Legislativa no ha emitido una regulación que actualice el contenido del art. 2 inc. 3° de la Constitución.

Y es que, la obligación de progresividad que tienen los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales, impone a estos el compromiso de desarrollar su contenido en el tiempo y a hacerlo de manera gradual, de acuerdo con los contextos históricos, culturales y jurídicos. Dicha obligación no constituye una habilitación abierta en el tiempo que permita a los poderes públicos postergar de manera indefinida la protección o garantía de un derecho.

4. Constatada la inconstitucionalidad por omisión, resulta significativo señalar que a pesar de la falta de desarrollo legislativo respecto de la indemnización por daños de carácter moral, el derecho consagrado en el art. 2 inc. 3° Cn. ha sido efectivizado por los operadores de justicia.

Y es que, con base en el carácter normativo de la Constitución, los jueces y tribunales, al resolver el caso concreto, han realizado una aplicación directa de la norma fundamental —art. 2 inc. 3° Cn.— para garantizar la operatividad de este tipo de indemnización, *v.gr.* las sentencias de 16-V-2006 y 11-VIII-2010, pronunciadas en las Casaciones Civiles 5-Ap-2005 y 2-Ap-2008 respectivamente; además, la sentencia de 29-V-2014, pronunciada por el Juzgado Quinto de lo Civil y Mercantil en el proceso 03682- 12-PC-5CM2/PC28-12-5CM2-1 .

En virtud de lo anterior, la emisión de un cuerpo normativo que desarrolle la indemnización por daños de carácter moral, tal como lo prescribe el art. 2 inc. 3° Cn., no invalida los pronunciamientos que se hayan emitido en aplicación directa de la Constitución con la finalidad de efectivizar este derecho.

A. Corresponde ahora determinar los efectos de esta sentencia. 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.

Tal señalamiento se formula con total respeto hacia el margen de acción estructural que el Legislativo tiene en el tema, para propiciar la colaboración entre este Tribunal y el órgano representativo por excelencia. No obstante, dado que la omisión actual de protección legislativa que afecta al derecho fundamental establecido en el art. 2 inc. 3° Cn. es manifiesta y que, además, reclama una respuesta institucional, es indispensable fijar un término para que

la Asamblea Legislativa expida la normativa que dé cumplimiento a la mencionada disposición constitucional.

B. La duración del término en el cual se espera que el Legislativo expida la regulación destinada a superar el vacío normativo constatado depende, por lo menos, de dos circunstancias.

a La primera, del hecho incuestionable que la ausencia de una previsión suficiente y adecuada tiene el efecto pernicioso de prolongar la desprotección del derecho fundamental infringido.

b. La segunda, que el legislador requiere de un intervalo de tiempo suficiente para debatir el asunto y para darle el alcance que considere pertinente, pues debe recordarse que el órgano mencionado se rige por los *principios democrático, pluralista y por el libre debate*.

C. Por tanto, se impone señalar que la Asamblea Legislativa, a más tardar el 31 de diciembre del presente año, deberá emitir la normativa en la que se regule de manera clara, precisa, organizada y sistemática las condiciones con base en las cuales las personas que sufran un menoscabo a su esfera psíquica y moral puedan ejercer la acción indemnizatoria por daños de carácter moral.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por el demandante, por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 2 inc. 3° de la Constitución, al no haber emitido la normativa que determine las condiciones bajo las cuales se deberá materializar el derecho ala indemnización por daños morales.*

En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá emitir a más tardar el 31 de diciembre del presente año, la ley por la que se fijen las condiciones de ejercicio del derecho a la indemnización por daño moral. Para ello, debe tener presente lo determinado en los romanos III.2 y IV de esta sentencia.

2. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al director del Diario Oficial.

. PINEDA-----F. MELENDEZ-----J. B. JAIME-----E. S. BLANCO R.-----G. A. ALVAREZ-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN. -----E. SOCORRO C.-----SRIA -----RUBRICADAS.

CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO, SAN SALVADOR A LAS CATORCE HORAS DEL DIA QUINCE DE MAYO DE DOS MIL SIETE.

Conocemos del recurso de apelación interpuesto por la Licenciada **NANCY VERONICA RAMIREZ GARCIA**, en su carácter de apoderada especial del señor ***** , quien es mayor de edad, empleado, del domicilio de Ilopango, Departamento de San Salvador, contra la sentencia definitiva pronunciada por el **JUEZ DE FAMILIA DE SOYAPANGO**, Licenciado **JULIO CESAR CHICAS MARQUEZ**, en el proceso de **DECLARATORIA JUDICIAL DE PATERNIDAD**, promovido por la Licenciada **JUANA MILAGRO MARTINEZ**, apoderada de la señora ***** , mayor de edad, de oficios del hogar, del domicilio de Ilopango, Departamento de San Salvador, quien actúa en su carácter de representante legal de la niña ***** ; contra el referido señor ***** . Se ratifica la admisión del recurso por reunir mínimamente los requisitos de ley.

VISTOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I. A Fs. 48/50 se encuentra el acta de audiencia de sentencia y sentencia impugnada que entre otros puntos resolvió: **A)** Decretar la paternidad del señor ***** respecto de la niña ***** . **B)** Condenar al señor ***** al pago de MIL DOLARES (\$1,000.º) en concepto de indemnización por daños morales y materiales a favor de la señora ***** y de la niña ***** .

Inconforme con el punto que condenó al señor ***** , al pago de daños materiales apela la Licda. **RAMIREZ GARCIA**, apeló a Fs. 53/54, expresando que no existe fundamento legal para condenar a su representado al pago de los citados daños materiales, citando como precepto erróneamente aplicado el Art. 150 inciso final C.F.

Que jurisprudencia de la Cámara de Familia y de la Sala de lo Civil, han establecido que en este tipo de procesos el daño moral queda establecido por el solo hecho de la acción antijurídica –incumplimiento del deber de reconocimiento-. Con respecto al daño material, éste debe de acreditarse desde la interposición de la demanda y probarse con los diferentes medios de prueba documental y/o testimonial.

Que en la demanda no se detallaron los gastos en los que se incurre para la educación y crianza de la niña, no se comprobó el nivel de vida que llevaría la menor si hubiese sido apoyada por su padre, por ello no pudo establecerse que se haya afectado su patrimonio. Que la niña conserva el mismo nivel y calidad de vida desde su nacimiento.

Que no se acreditó cual es el patrimonio de ***** y como éste fue afectado por la conducta del demandado, por lo que el daño moral no se ha comprobado, finaliza solicitando se modifique la demanda (inferimos lógicamente que se refiere a la sentencia)

en lo referente a la cuantía a la que fue condenado el señor ***** en concepto de indemnización por daño moral.

Por auto de Fs. 55, se mandó a oír sobre los argumentos de la apelación a la Licda. MARTINEZ, quien por escrito de Fs. 59/60 expresó: que según doctrina familiarista el daño material no es necesario probarlo, por lo que a su criterio no es necesario especificar que tipo de daño se ha causado, la ley señala que se trata de daño moral y material, que en el transcurso del proceso se ha demostrado el daño moral ocasionado a la niña, quien durante seis años careció de los derechos que la Ley le establece, al efecto cita los Arts. 203, 351 C.F..

Que la negativa del demandado de reconocer voluntariamente a su hija, ha afectado emocionalmente a la señora *****, causándole daño moral.

Citando al autor MARTIN ARRIBALZAGA, define al daño moral y material, respecto de éste último señala que: *"Se exterioriza, indica, como daño emergente y como lucro cesante, según la disminución de valores económicos ya existentes y empobrecimiento del patrimonio."*

A criterio de la demandante el daño moral está aparejado al daño material, ya que se ha negado a ***** el derecho de gozar de una situación económica favorable que le permita cubrir sus necesidades de forma satisfactoria, pues recae en la madre toda la carga económica, lo que limita las oportunidades de la niña de un mejor nivel de vida.

Que la declaración jurada de la señora *****, no refleja los ingresos de los años dos mil cuatro y dos mil cinco, pero es notorio que la demandante y otra persona –no obligada al pago de alimentos- han cubierto las necesidades de la niña, durante la negativa del padre.

Además, sostiene que el estudio socioeconómico constató la situación económica de la demandante y su hija, que la primera tiene tres años de no obtener un ingreso estable. Finaliza solicitando se declare sin lugar el recurso de apelación y consecuentemente se confirme lo resuelto por el juez *a quo*.

II. El objeto de la apelación consiste en determinar, tomando en cuenta el material fáctico y probatorio que obra en autos, si procede modificar la sentencia en el sentido de disminuir el quantum de la indemnización por "daño moral y material" reclamados o si por el contrario procede confirmar la resolución impugnada.

Para una mejor ilustración hemos de referir que en la demanda de Fs. 1/ 2 con respecto al punto apelado se afirmó: *Que el señor *****, al no asumir su responsabilidad de padre ocasionó un daño moral y económico a la señora ***** y a la niña *****, privándose a ésta última de su identidad. Que la niña también ha sufrido daño patrimonial al verse privada de una estabilidad económica mejor a la que ha tenido, ya que toda la responsabilidad la ha asumido la demandante, finalmente se solicitó se*

fijara indemnización por daños morales y materiales por la suma de UN MIL DOLARES (\$1,000.ºº), de conformidad al Art. 150 inc. 2º C.F..

A Fs. 15, se contestó la demanda, expresándose no estar de acuerdo con el pago de la indemnización por ser imposible para el demandado el pago de ese monto. Es preciso acotar que en dicho acto procesal el demandado aceptó haber sostenido relaciones sexuales con la demandante y afirmó reconocer como hija suya a la mencionada niña.

Contradictoriamente, en la audiencia preliminar -Fs. 32- al concederse la palabra al señor *****, expresó que tenía dudas sobre la paternidad por lo que no reconocía a la niña, en razón de lo cual el juez *a quo* ordenó la práctica de la prueba de ADN. En la Audiencia de Sentencia -Fs. 48/50- se dio lectura a los resultados de la prueba de ADN que acreditaron la paternidad pretendida, razón por la cual la parte actora desistió de la presentación de los testigos propuestos en la demanda.

Del estudio de lo acontecido en autos advertimos que tanto la parte actora como el juez *a quo*, equipararon a una misma pretensión el "daño moral y material", como si fuese una sola pretensión.

En precedentes casos hemos afirmado que el "DAÑO es un detrimento o lesión que una persona sufre en su espíritu, cuerpo o bienes, cualesquiera que sea la causa y el causante, lo cual constituye pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido." **Omar**

U. Barbero, en su obra "*Daños y perjuicios derivados del divorcio*", al referirse al "daño", en forma sencilla dice: "Este vocablo da la idea de ofensa, lesión, menoscabo o disminución ocasionados a una persona, ya en sí misma, ya en sus sentimientos o sus bienes materiales.(...)" De acuerdo a otro tratadista argentino, **Roberto H. Brebbia**, "el daño puede ser moral o material, según afecte derechos extra-patrimoniales o simplemente lesione bienes materiales. Los bienes extra-patrimoniales constituyen lo que la persona ES; los bienes patrimoniales, lo que la persona TIENE. La conculcación de los primeros configuran los daños morales." (**Cámara de Familia de la Sección del Centro, 9/febrero/2001. Ref.: 101-A-2000**)

Por ello también hemos referido que aún cuando la omisión de reconocer voluntaria y oportunamente a una hija provoca un daño moral en la persona no reconocida y en su progenitora, dicha lesión también tiene una repercusión de tipo patrimonial, cómo por ejemplo las limitaciones de tipo económico al no haber recibido la pretendida hija los alimentos de su progenitor y en el caso de la madre el menoscabo o limitaciones a su patrimonio al afrontar sola los gastos ocasionados por su hija. En ese sentido consideramos que el daño patrimonial –directo o el indirecto- deben acreditarse, ya sea como daño emergente o como lucro cesante.

"El daño emergente, conocido también por su versión latina damnum emergens, es el menoscabo directo que sufre la persona ofendida por un hecho ilícito civil, en un valor que ya existe en su patrimonio; se trata, pues, de un daño o pérdida real y efectiva. Se contrapone, y queda completado, con el llamado lucro cesante (lucrum cessans), que es la ganancia frustrada o lo que deja de ganar el ofendido a causa del hecho ilícito. La prueba del lucro cesante no puede fundarse en simples conjeturas más o menos optimistas, sino

que ha de apoyarse en la efectividad de su falta de obtención." (Ribó Durán, Luis. Diccionario de Derecho, Barcelona, 1995.)

Es precisamente, el hecho de que el daño material puede ser apreciado objetivamente en dinero, que resulta necesario que en la demanda se fundamente fáctica y jurídicamente, señalando claramente la cuantía de la indemnización de forma independiente al daño moral y además deberá ofrecerse la prueba idónea que acredite los extremos de la pretensión, ya que para comprobar el daño material -a diferencia del daño moral- no basta con la falta del establecimiento filial.

A vía de ejemplo podemos considerar como supuestos de daño material (patrimonial) los gastos que ocasionó el parto, ya que ese hecho se produjo en disminución del patrimonio de la madre, gastos que podían comprobarse a través de las correspondientes facturas o recibos de honorarios médicos, compras de medicinas, pago de clínica, etc.; como lucro cesante, también, se pudo probar que a raíz del embarazo la reclamante se vio obligada a renunciar al trabajo, por las complicaciones que éste presentó, lo cual significó una pérdida de sus ingresos previstos. En otras palabras el daño patrimonial, puede configurarse en una diversidad de situaciones fácticas que precisan de su correspondiente acreditación procesal. Además, debe señalarse su monto y pedirse en la demanda separadamente la cuantía que se reclame.

En el *sub lite* se advierte que al haberse reclamado indemnización por daño moral y material, sin hacer separación del monto pedido por cada una de las dos especies de daño y al no haberse ofrecido ningún medio de prueba para establecer este último, resulta materialmente imposible cuantificar el daño material a fin de fijar la indemnización correspondiente a este concepto, ya que la sola expresión de la falta de apoyo económico del padre que privó a la menor de un nivel de vida más bonancible, por sí sólo no es prueba que acredite el daño material. No obstante, esa circunstancia a nuestro juicio es un elemento a valorar al establecer el monto del daño moral ocasionado a la madre y su hija.

En consecuencia, es procedente modificar la sentencia condenando exclusivamente al señor ***** al pago del daño moral y declarar sin lugar el pago de daños materiales; en ese sentido resulta pertinente disminuir el *quantum* de la suma establecida en la sentencia ya que éste incorpora ambos daños tomando como parámetro la cantidad solicitada, la que al no definir lo que corresponde a cada clase de daño puede tomarse la que discrecionalmente parezca más adecuada al caso en comento, tomando en consideración entre otros la edad de la niña y la falta de apoyo paterno para el goce de los derechos que le corresponden.

Por los argumentos expuestos de conformidad con los Arts. 2 Cn; 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 8, 9, 148, 149, 150, 350 y 351 C. F.; 1, 2, 7 letra f), 148, 149, 158 y 160 L. Pr. F., a nombre de la República de El Salvador, esta Cámara **FALLA**: 1) Modifícase la sentencia venida en apelación, en el sentido que la indemnización fijada por el Juez *a quo*

corresponde exclusivamente al pago de daños morales, consecuentemente disminuyese el *quantum* de la indemnización a la suma de SETECIENTOS DOLARES (\$700.º) que el Sr. ***** , deberá cancelar a su menor hija ***** y ala Sra. ***** , a razón de TRESCIENTOS CINCUENTA DOLARES (\$350.º)

para cada una de ellas, dicha indemnización deberá hacerse efectiva en el plazo de cinco meses contados a partir de la fecha en que se notifique está sentencia y adquiera firmeza legal. 2) Declárase que no ha lugar a indemnizar a la Sra. ***** y su menorhija por daños de carácter material. Devuélvanse originales al tribunal remitente con certificación de esta sentencia; al quedar firme ésta, extiéndanse las certificaciones de ley. **Notifíquese.**

PRONUNCIADA POR LOS MAGISTRADOS DR. JOSE ARCADIO SANCHEZ VALENCIA

Y

LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ.

A. COBAR A. SECRETARIO