

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y POLÍTICAS PÚBLICAS



TEMA DE INVESTIGACIÓN
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA POR DAÑOS OCASIONADOS MEDIANTE LA VULNERACIÓN
DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

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

PRESENTADO POR:
ANDREA DENNISE ARTIGA MÁRQUEZ

DOCENTE ASESOR:
MSC. NELSON ARMANDO VAQUERANO GUTIÉRREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, AGOSTO 2023

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

DEDICATORIA

A mi madre y a mi futuro esposo, quienes me han mostrado el verdadero apoyo, quienes nunca dudaron de mí y siempre buscaron la forma de alentarme en este proceso de aprendizaje, su amor fue mi principal motivación.

AGRADECIMIENTOS

En estas líneas quiero agradecer a todas las personas que hicieron posible esta investigación y que de alguna manera estuvieron conmigo en los momentos difíciles, alegres, y tristes. Estas palabras son para ustedes.

En primer lugar, agradezco a Dios por permitirme en su infinita misericordia llegar a este momento tan importante, a pesar de todos los inconvenientes, puedo decir hasta aquí Jehová me ha ayudado.

A mis padres y hermanos por todo su amor, comprensión y apoyo, pero sobre todo gracias infinitas por la paciencia que me han tenido, no tengo palabras para agradecerles las incontables veces que me brindaron su apoyo. A Oswaldo Arévalo, mi futuro esposo, mi amigo, mi ser especial, quien llegó a mi vida a brindarme motivación, apoyo y cariño, de quien siempre recibo el apoyo incondicional. A mi segunda familia, mis Arévalo Molina, quienes desde siempre me han brindado todo el cariño y afecto, a quienes agradezco siempre su comprensión y ánimo y a mis amadas amigas Jenny y Mel de quienes siempre recibo su amor incondicional.

No puedo dejar de agradecer a mi Docente Asesor, Maestro Nelson Armando Vaquerano Gutiérrez por la dirección y comprensión en cada una de las etapas de este proceso, su valioso apoyo y conocimiento fueron claves para mí.

Sin el aliento y motivación de cada uno de ellos esta etapa de mi vida no sería posible.

INDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I.....	14
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑO MORAL Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	14
1.1. ANTECEDENTES DE LA FIGURA DEL DAÑO MORAL	14
1.1.1. ORIGEN ETIMOLÓGICO	15
1.1.2. CONCEPTO GRAMATICAL	15
1.1.2.1. EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO ROMANO	16
1.1.2.2. EL DAÑO EN LAS SIETE PARTIDAS.	17
1.1.3. NACIMIENTO DEL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	18
1.2. ANTECEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD	22
1.2.1. ORIGEN ETIMOLÓGICO.....	23
1.2.2. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD.	24
1.2.3. DESARROLLO HISTÓRICO ROMANO DE LA RESPONSABILIDAD.....	26
1.2.4. ANTECEDENTES REMOTOS A LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.	27
1.2.5. ETAPAS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.	30
1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.	30
1.3.1. ORIGEN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.	31
1.3.2. DESARROLLO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	33
1.3.3. BREVE DESARROLLO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA. 39	
CAPÍTULO II.....	45
FUNDAMENTO DOCTRINARIO DE LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR DIVULGACIÓN DE DATOS PERSONALES MEDIANTE SERVIDORES PÚBLICOS.	45
2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	46
2.1.1. NACIMIENTO Y CONCEPCIONES	46
2.1.2. CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	50
2.1.3. PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	51
2.1.4. SUJETOS INVOLUCRADOS EN LA RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	52
2.2. FUNCIÓN PÚBLICA	54
2.2.1. CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA	56
2.2.2. RELACIÓN JURÍDICA EMERGENTE DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	57
2.2.3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	58
2.2.4. CLASIFICACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	59
2.2.5. RÉGIMEN JURÍDICO.....	61
2.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO	62
2.3.1. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	65
2.3.2. DIFERENCIA ENTRE ACTOS Y HECHOS ADMINISTRATIVOS	66
2.4. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL CONCEPTO DE DAÑO	67
2.4.1. PROFUNDIZACIÓN DOCTRINARIA DE LA FIGURA DE DAÑO MORAL	72
2.4.2. DAÑO MORAL Y PERJUICIOS	74
2.4.3. PRESUPUESTOS NECESARIOS DEL DAÑO MORAL.....	75
2.5. LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA	76

2.5.1. MATERIALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA	77
2.5.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	78
2.6. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL	86
2.6.1. VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL	88
2.6.2. CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN	90
2.6.3. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL Y SUS FORMAS.....	92
2.6.4. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	95
CAPÍTULO III.....	97
SISTEMATIZACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS MORALES EN EL DERECHO EXTRANJERO.....	97
3.1. SISTEMA COMMON LAW	98
3.1.1. DESARROLLO DEL CONCEPTO DE DAÑOS EN EL SISTEMA DEL COMMON LAW EN NORTEAMÉRICA.....	99
3.1.2. EL DAÑO MORAL EN EL DERECHO COMÚN NORTEAMERICANO.	100
3.1.2.1. PAIN AND SUFFERING	104
3.1.2.2. LOSS OF ENJOYMENT OF LIFE.....	105
3.1.2.3. LOSS OF EXPECTATION OF LIFE	106
3.1.2.4. NON PECUNIARY LOSS	106
3.1.2.5. VALORACIÓN DE LOS DAÑOS NO PECUNIARIOS.....	109
3.1.2.6. REFERENCIAS O BAREMOS PARA CUANTIFICAR LOS DAÑOS NO ECONÓMICOS.....	110
3.2. SISTEMA CIVIL LAW	112
3.2.1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE COSTA RICA	114
EL MENOSCABO DEBE SER CIERTO, REAL Y EFECTIVO:	114
3.2.1.1. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO	115
3.2.1.2. CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA ESTIMACIÓN ECONÓMICA	116
3.2.1.3. CLASIFICACIÓN DE CRITERIOS.....	116
3.2.2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE MÉXICO	119
3.2.2.1. VALORACIÓN AL DAÑO MORAL.....	119
3.2.2.2. DAÑO MORAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.....	120
3.2.2.3. LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN QUE DETERMINA EL JUEZ	121
3.2.2.4. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL Y RESARCIMIENTO POR DAÑOS MATERIALES.....	122
3.2.3. DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA	123
3.2.3.1. DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO	123
3.2.3.2. CIRCUNSTANCIAS PARTICULARES DEL QUANTUM	124
3.3. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SU PONDERACIÓN	126
3.3.1. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN.....	127
3.3.2. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN	128
3.3.3. INDEMNIZACIONES COMPENSATORIAS	129
3.3.4. COSTAS Y GASTOS	131
3.4. EXPOSICIÓN DE LOS PARÁMETROS UTILIZADOS POR LOS OPERADORES DE JUSTICIA SALVADOREÑOS PARA CUANTIFICAR EL DAÑO MORAL PRODUCIDO AL AGRAVIADO EN SU ESFERA EXTRAPATRIMONIAL Y LA DETERMINACIÓN DE SU RESARCIMIENTO.	132
CAPÍTULO IV	138
CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR DIVULGACIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.....	138
4.1. DERECHO POSITIVO VIGENTE APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	139
4.1.1. BIEN JURÍDICO LESIONADO.....	139

4.1.2. LA INTIMIDAD Y LOS DATOS PERSONALES	142
4.1.3. PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA	144
4.1.4. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.	146
4.1.5. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO DE LA LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.....	148
4.2. PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL NECESARIO PARA LA RECLAMACIÓN DEL REPARO Y LA POSIBLE FUTURA EXIGENCIA EN SEDE JURISDICCIONAL	152
4.2.1. LA CONFIGURACIÓN DEL ÍLÍCITO APERTURA LA PRETENSIÓN DEL RESARCIMIENTO	152
4.2.2. FORMAS EN LAS QUE SE PUEDE CAUSAR DAÑO MORAL AL VULNERAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.	156
4.2.2.1. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	158
4.2.2.2. LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	165
4.2.2.3. ACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONSTITUTIVA DE VÍA DE HECHO EN LA VULNERACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	171
4.2.2.4. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y NEGATIVO.....	174
4.2.2.5. POTESTAD REGLAMENTARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.	176
4.2.3. INSTANCIA CONOCEDORA DE LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	179
4.3. LA PRUEBA EN EL DERECHO ADJETIVO	194
4.3.1. CLASIFICACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA.....	198
4.3.2. MEDIOS DE PRUEBA IDÓNEOS.....	200
4.3.2.1. PRUEBA INSTRUMENTAL	200
4.3.2.2. PRUEBA POR PERITOS.....	201
4.3.3. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE PRUEBA	202
4.3.3.1. DIVERSOS SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA UTILIZADOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN.....	203
4.3.3.1.1. SISTEMA DE LA TARIFA LEGAL O TASADA.	204
4.3.3.1.2. SISTEMA DE LA LIBRE CONVICCIÓN.....	207
4.3.3.1.3. LA SANA CRÍTICA COMO JUICIO DE VALORACIÓN NECESARIO PARA CUANTIFICAR EL DAÑO Y EL RESARCIMIENTO.....	210
CONCLUSIONES.....	215
RECOMENDACIONES.....	219
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:.....	224

INTRODUCCIÓN

En el presente documento se desarrolla la investigación denominada “Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública por Daños Morales ocasionados mediante la vulneración del Derecho a la Protección de Datos Personales” con el que se pretende dar cumplimiento a uno de los requisitos requeridos para obtener la calidad de Maestra en Derecho Administrativo y Políticas Públicas, programa de estudios de posgrado ofertado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

La presente investigación fue delimitada metodológicamente, incorporando la información obtenida de fuentes del derecho en sentido abstracto, tanto las fuentes sustantivas como doctrinarias, comprendidas en la delimitación espacial de regiones que regulan las instituciones jurídicas que conciernen a la presente investigación, siendo estas instituciones la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, la Protección de Datos Personales y la figura del Daño Moral o inmaterial, centrando su atención en lo concerniente al Derecho salvadoreño, delimitado temporalmente en el plazo comprendido del mes de febrero del año dos mil once al mes de octubre del año dos mil veinte, por ser el momento en la historia con mayor evolución del derecho a la protección de datos personales, en relación al nacimiento de la Ley de Acceso a la Información pública y la regulación del ejercicio a la buena administración por parte de los servidores públicos, enfocado principalmente a su obligación de gestionar correctamente los datos de carácter personal, evitando su vulneración.

El planteamiento de la problemática investigada fue desarrollado en virtud de las instituciones públicas al ser entidades encargadas de velar por el pleno goce de los derechos fundamentales, a través de la ejecución de actividades enfocadas a solventar y proteger las necesidades básicas y constitucionalmente protegidas de los ciudadanos.

Estas actividades generan una gran cantidad de bancos de datos y expedientes administrativos de todos los ciudadanos, que son utilizados para gestionar el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento para las resoluciones administrativas, estos a su vez contienen toda aquella información de índole personal que debe ser protegida y gestionada correctamente por la administración pública, a través de los servidores públicos.

Previo a una Ley de Procedimientos Administrativos en El Salvador, la prestación de servicios de carácter fundamental por parte de la administración pública, generó una cultura de ejercicio de poder desmedido de parte de los servidores públicos en contra de los ciudadanos; esta lamentable situación en conjunto con la falta de transparencia democrática de las actuaciones administrativas estatales, previo a la implementación de la Ley de Acceso a la Información Pública, conllevó a que se evidenciaran atropellos en la esfera de derechos que posee todo ciudadano, incidiendo en muchas ocasiones en procedimientos internos arbitrarios, que ante la inconformidad, los ciudadanos decidían ventilar su pretensión en materia contenciosa administrativa o constitucional, para poder así ejercer su derecho plenamente.

El manejo de la información se realizaba bajo las directrices establecidas por la Ley de Acceso a la Información Pública del mes de febrero del año dos mil once, sin embargo sin un instrumento sustantivo que regulara a la Administración Pública; lo anterior cambió hasta en abril del año dos mil dieciocho con la implementación de la Ley de Procedimientos Administrativos, que en conjunto con la las cuales a pesar de perseguir fines u objetos de aplicación de norma distintos, engloban el ejercicio a la buena administración, la transparencia y establecen las obligaciones de los funcionarios públicos para con los ciudadanos al ejecutar actos administrativos que vulneren los bienes jurídicos inmateriales de los ciudadanos.

Los daños inmateriales producidos por la Administración Pública y sus Servidores Públicos en el ejercicio de sus actuaciones, conllevaban a la aplicación de una doble vía de reclamación por los daños generados, siendo así para el daño material la institución

jurídica de la responsabilidad patrimonial por la vía contenciosa administrativa y en cuanto al daño inmaterial por la vía civil a través de la Ley de Reparación por Daño Moral, situación jurídica que fue predominante hasta la emisión de la Ley de Procedimientos Administrativos que puso en disputa el contenido de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en su artículo tercero, que pone de manifiesto una limitante a la competencia material para conocer respecto al daño moral generado por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones; respecto a este punto, se realiza un análisis jurisprudencial puntual en el desarrollo investigativo, el cual se encontrará mejor desarrollado en la conclusión de la presente investigación.

En el mismo orden de ideas, cabe destacar que la consecuencia del funcionamiento normal o anormal en el cumplimiento de las funciones estatales y en la gestión de los servicios públicos, conlleva a la obligación estatal de responder por los daños ocasionados a los particulares y es aquí donde se incorpora la respuesta por las consecuencias dañosas de la actuación u omisión de la administración pública y sus servidores públicos, conforme a los principios del estado constitucional de derecho.

De lo anterior, es posible distinguir entre la responsabilidad de la Administración Pública (concebida genéricamente) y la responsabilidad del funcionario como persona física, esto se debe a que podría llegarse a pensar que la Administración Pública como ente ficticio existente, que no posee la naturaleza de una persona física o humana, no puede realizar o configurar directamente un daño a los particulares, por medio de su fin concerniente a velar y satisfacer las necesidades de los administrados, pero es el caso que esta materializa sus potestades a través de las acciones de los funcionarios, por lo que si dichas acciones producen un daño a terceros, independientemente de su licitud o ilicitud, es el Estado o la Administración Pública el que objetivamente se encuentra actuado y, por ende, quien debe responder.

Al ser la administración pública un ente ficticio, no es posible afirmar que esta pueda llegar a generársele una responsabilidad subjetiva (si le es únicamente atribuible a ella la obligación del resarcimiento), sino que únicamente puede configurársele

responsabilidad objetiva, ya que esta prescinde del elemento tradicional de la culpa o el dolo; en dicho sentido, la existencia de responsabilidad del Estado o de la Administración pública, de acuerdo con la doctrina contemporánea, sólo requiere del daño y del nexo causal (entre el daño y el hecho o acto administrativo determinante del daño).

Respecto al funcionario público, a quien si le configura el elemento subjetivo (culpa o dolo) por ser una persona física, no genera una circunstancia indispensable para calificar de antijurídico el daño producido por la administración pública, aunque este cumple materialmente con sus funciones para satisfacer los requisitos que dan nacimiento al acto jurídico, lo cual da cabida a la voluntad de la administración pública, la obligación del Estado o de la Administración en muchos casos derivará del funcionamiento normal o anormal del servicio, del riesgo, de actividades peligrosas, etc., siendo la responsabilidad de la persona física funcionaria (quien por el simple ejercicio de su función pública lleva aparejada dicha responsabilidad), quien debe de responder por sus actos, omisiones, ineficiencia o hechos, si con ello vulnera la esfera jurídica de un ciudadano, ya que la función pública es una herramienta para alcanzar el bien común, no lo contrario; por ello, cuando ya no se atiende a ese bien común, surge la responsabilidad exigible al funcionario.

El presente trabajo de investigación fue desarrollado bajo el objetivo general de determinar cómo se cuantifican los daños causados por la divulgación de datos personales y en función de darle cumplimiento al mismo se formularon los objetivos específicos planteados para esta investigación, siendo estos los siguientes: Identificar el origen y evolución de la responsabilidad patrimonial y el derecho a la protección de datos personales.; Analizar doctrinariamente la cuantificación de daños por divulgación de datos personales.; Sistematizar la jurisprudencia nacional, internacional y extranjera sobre cuantificación de daños por divulgación de datos personales; Determinar cómo se cuantifican los daños causados por divulgación de datos personales a la luz de la Ley de Procedimientos Administrativos. Siendo así el eje central de la investigación, en los cuales se detallan las temáticas relevantes sobre cada una de las instituciones jurídicas desarrolladas, las cuales son inherentes a la problemática jurídica que plantea el tema en investigación.

Conforme a lo anterior, el primer capítulo establece el desarrollo a una inducción de cada una de las instituciones jurídicas relevantes en la presente investigación, reforzando aquellas percepciones y conceptos básicos sobre las mismas, para dar la oportunidad de seguimiento en el desarrollo de la investigación. Destacando el origen y desarrollo, haciendo un breve recorrido en aquellas épocas en las cuales fueron protagonistas de grandes avances en su evolución histórica y como posteriormente se desvelan al mundo jurídico que conocemos en la actualidad.

Como consecuencia del desarrollo histórico de las referida instituciones jurídicas, se da lugar al capítulo segundo, en donde adquiere protagonismo el desarrollo doctrinario de las citadas instituciones, las cuales presentan como finalidad el refuerzo de toda aquella conceptualización básica y aplicable en el dogma del derecho al acto administrativo concreto, a efecto de generar una mayor comprensión sobre las referidas instituciones y como están le son aplicables a las posibles respuestas de los actos administrativos relacionados, que pueden llegar a otorgar la facultad de exigir responsabilidad administrativa a los sujetos pasivos de la administración, los cuales deben ser llamados correctamente con la corriente de pensamiento sujeta a la buena administración, refiriéndose a ellos como “ciudadanos”.

En el tercer capítulo y con el auxilio de la jurisprudencia comparada, se determinan cuáles son los criterios jurisprudenciales de cada uno de los sistemas jurídicos existentes, haciendo referencia a los Sistemas “*Common Law* y *Civil Law*”, en los cuales se destacan las formas de valoración que aplican los Jueces dentro de cada sistema y que por medio de la lectura comprensiva, se observa la posible inexistencia de aquella valoración objetiva, exacta y precisa, para la determinación de la cuantía de la indemnización por daño moral en el sistema jurídico nacional, que impera al clásico sistema *Civil Law* y su doctrina sujeta al Sistema *Ius Romanum* o Sistema Romanista.

Por último, se desarrolla el capítulo cuarto en donde se destaca el desarrollo de la cuantificación del daño moral y como se formularía un supuesto del previo procedimiento sancionatorio, que podría conllevar a una reclamación de responsabilidad patrimonial por vulneración datos de carácter personal por parte de la Administración Pública. En este capítulo, se hace hincapié en el sistema de valoración sobre aquellos posibles medios probatorios que podrían relacionarse para la determinación de un daño moral.

En relación a la metodología utilizada para la presente investigación, en la cual se parte del dogma jurídico que contiene la dificultad de establecer parámetro más conciso de cuantificación de la responsabilidad por parte de un servidor público y cuya acción genera una evidente afectación de la información de carácter personal, se adhiere a la investigación el desarrollo del factor que genera diversas variables de afectación que dan nacimiento al tema de la investigación en comento, logrando con ello determinar cuáles son las variables que acontecen y como estas se ven influenciadas con la aplicación de sus instituciones jurídicas y el marco normativo correspondiente, en la búsqueda de la explicación del método o forma de cuantificación de los daños morales causados por la divulgación de datos personales en el actuar diario y la gestión de los mimos por parte de la Administración Pública.

Por lo que en definitiva esta investigación plantea la importancia del análisis de la cuantificación de daños por divulgación de datos personales a la luz de la Ley de Procedimientos Administrativos, reconociendo que la regulación de los datos personales bajo una normativa de calidad regida por los principios de información, derecho de acceso, cancelación y oposición, constituirán un elemento importante para el fortalecimiento de la democracia salvadoreña, y así poder conllevar el resguardo de la Administración Pública de futuras reclamaciones patrimoniales.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑO MORAL Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

1.1. Antecedentes de la Figura del Daño Moral 1.1.1. Origen Etimológico. 1.1.2. Concepto Gramatical 1.1.2.1. El Daño Moral en el Derecho Romano. 1.1.2.2. El daño en las Siete Partidas. 1.1.3. Nacimiento del Daño Moral en la Legislación Nacional. 1.2. Antecedentes de la Responsabilidad. 1.2.1. Origen etimológico. 1.2.2. Definición de Responsabilidad. 1.2.3. Desarrollo Histórico Romano de la Responsabilidad. 1.2.4. Antecedentes Remotos a la Teoría de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. 1.2.5. Etapas de la Responsabilidad Patrimonial del Estado. 1.3. Antecedentes Históricos del Derecho a la Protección de Datos Personales. 1.3.1. Origen del Derecho a la Protección de Datos Personales. 1.3.2. Desarrollo Internacional del Derecho a la Protección de Datos Personales. 1.3.3. Breve desarrollo del Derecho a la Protección de Datos Personales en la legislación salvadoreña.

En vista de la importancia de cada una de las instituciones jurídicas y con el fin de poder ampliar posteriormente el contenido dogmático de éstas, es necesario hacer un breve repaso del contenido involucrado en cada una de las mismas, de manera que, en la realización de la presente investigación, serán detallados brevemente de forma concatenada y precisa, los antecedentes históricos necesarios para determinar cómo se originan y la necesidad de su inclusión en la presente investigación.

1.1. Antecedentes de la Figura del Daño Moral

Este apartado iniciara con el estudio del daño, comprendiendo sus diversas acepciones en sentido etimológico y gramatical, con la finalidad de adentrarse en su definición doctrinal y legal, así como las clases y efectos que estas poseen. El término daño como tal posee diversos significados, siendo el primero de ellos el origen etimológico, el cual será desarrollado y analizado a continuación, por lo que la investigación detallará de forma concatenada su evolución conceptual, lo que permitirá entender su contexto actual.

1.1.1. Origen Etimológico

Lucia Mendoza, señala que “*la etimología de la palabra “daño” proviene del latín *damnum*” que según lo ahí establecido significa “*causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia*”.¹ Naturalmente, al no determinarse a donde se dirige el daño, se comprenderá que este se refiere a la afectación a una persona, sobre todo en su patrimonio material, pero no queda exento el daño inmaterial.*

Al referirse al daño moral, se realiza un juego de palabras, en donde se debe incorporar las definiciones etimológicas de “daño” y “moral”, por lo que habiendo determinado que es el daño, es menester definir lo que es la moral, encontrándose que esta se deriva de la voz latina *mos, moris*, que significa “*costumbre, carácter, modo de ser, modo de vivir*”². El vocablo *morālis* era utilizado para regir las acciones y conductas de las personas, las cuales eran resultado de los usos y costumbres de la sociedad, en la actualidad la moral se rige por normas, valores y costumbres que se encuentran implícitos en la sociedad.³ Por lo anterior, es importante determinar que la moral da las pautas de lo que es bueno y establece la diferencia de este con aquello que es considerado como malo.

1.1.2. Concepto Gramatical

En cuanto a su definición gramatical, la jurisprudencia salvadoreña señala que en términos genéricos el daño es “*el detrimento o lesión que una persona sufre en su espíritu cuerpo o bienes, cualquiera que sea la causa o el causante, lo cual constituye pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegidos.*”⁴ En palabras más simples el daño moral se entiende como el menoscabo cometido por medio de las acciones y

¹ Lucia Alejandra Mendoza Martínez, La acción civil del daño moral, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014) 14. <https://bit.ly/3JVOCjh>

² Martin Urquijo Angarita “El origen de la moral” Revista UIS – Humanidades, vol. 28. n.2 (1999): 121 <https://bit.ly/3uYt8h9>

³ *Ibíd.* 121

⁴ Sentencia Definitiva, Cámara de Familia de la Sección del Centro, San Salvador CF01-117-A-2006, de fecha siete de mayo de dos mil ocho.

conductas de las personas, al conjunto de las normas, creencias, valores y costumbres de otras, en relación al mal actuar de estas.

1.1.2.1. El Daño Moral en el Derecho Romano.

Al respecto, Miguel Ángel Serrano Ruiz, desarrolla las primeras referencias sobre la obligación de reparar el daño causado, quien hace alusión a la Ley de las XII Tablas, especialmente a la Tabla VIII, norma que establecería las condiciones para sentar las bases del desarrollo del concepto de *iniuria*⁵. el cual sería utilizado por los juristas de aquella época y sería definido en el título X del Libro 47 del Digesto, en donde hace referencia a “...*que el nombre de injuria proviene de todo aquello que se hace injustamente, pues todo lo que se hace injustamente se dice que se hace con injuria*”. En ese sentido, no se tenía la claridad en el concepto de *iniuria* debido a que este aplicaba a toda conducta que fuese en contra del Derecho, de esta razón es de donde nace que el daño moral forme parte de la *iniuria*. En un sentido más especial, *iniuria* hace referencia a todas aquellas ofensas que están relacionadas a la vulneración de la dignidad humana.

Aunado a lo anterior, el autor indica “*aunque no es posible encontrar un término que pudiera ser identificado con plena exactitud con lo que hoy conocemos como daño moral, entendemos que la protección al honor a la que hace mención el Digesto a través de la iniuria y que fue posible gracias a la amplitud que este término revistió desde su origen ...es un signo inequívoco de que en el Derecho Romano se contemplaba la diferenciación de daño patrimonial y no patrimonial...*”.

Otra concepción de lo que puede entenderse por *iniuria* es lo establecido por Luis Carlos Sánchez Hernández, quien determina que “*El damnum iniuria datum era una conducta que se concretaba en matar (occidere), hacer pedazos (frangere), quemar (urrere) o romper (rumpere) una cosa ajena (esclavo, animal u otra cosa mueble),*

⁵ Miguel Ángel Serrano Ruiz, *El daño moral por incumplimiento del Contrato*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014) 14. <https://bit.ly/3JJKD9j>

causando así un daño patrimonial a su propietario. Esta conducta debía concretarse en un contacto inmediato entre el sujeto agente y la cosa dañada, es decir el daño debía causarse corpore suo datum . Asimismo, la conducta debía realizarse con iniuria , la cual resultaba el criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho... ”⁶

Para la sociedad romana, el honor y la buena fama eran considerados pilares de la sociedad misma, debido a que estos influían en cómo se desarrollaría la vida de los ciudadanos, por lo tanto, la *iniuria* fue reconocida como delito contra el ejercicio de estos derechos, por ende, es posible afirmar que en el Derecho Romano se procuraba el reconocimiento del daño moral. Al mismo tiempo es importante mencionar que en muchas ocasiones para el Derecho Romano, las ofensas en contra del honor y la fama de un ciudadano eran vinculadas con un daño patrimonial, esto como resultado de los diversos escenarios en los que se producía dicha vulneración.

1.1.2.2. El daño en las Siete Partidas.

La figura del daño, fue reconocida en la Partida VII, en donde el Título XV de la misma, establece aquellos daños ocasionados tanto por el hombre como por las bestias en el patrimonio de otro individuo. El daño, se define como “*..el empeoramiento o menoscabo que una persona recibe en detrimento de sus cosas por la culpa de otro...*”. Para esta época, se consideraba que las indemnizaciones eran inestimables, por lo que estas se fijaban en relación al daño económico sufrido.⁷

⁶ Luis Carlos Sánchez Hernández, *De la culpa de la lex aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano*. <https://bit.ly/3OsT36G>

⁷ Elvia Lucia Flores Ávalos, *Evolución histórica del daño moral a daños punitivos en México*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018) p. 24. <https://bit.ly/3OdMu87>

Como producto de la falta de estimación de una indemnización se contemplaban diferentes formas de resarcir el daño, siendo que lo común para lesiones físicas era el cubrir el gasto medico hasta que la víctima recuperará su salud, pero en el caso fortuito de que la víctima llegase a fallecer, el culpable de la agresión tendría que ser desterrado durante un período de cinco años.⁸

Según el autor, Joseph Lucas⁹, entre las partidas altamente relacionadas con la figura del daño, se pueden destacar la Partida VI, en donde se establece aquella obligación general de resarcir el daño causado a otro por una conducta culpable. Destaca además la Partida VII, en donde se encuentra establecida aquella “...obligación de resarcir el daño corporal producido a un siervo por algún sabio de la época, sea físico, cirujano, etc; en el caso de que la víctima fuese un hombre libre y este falleciere a consecuencia del daño producido entonces los culpables se sujetaban a la decisión del Juez...”.

Las Siete Partidas a su vez regulan los daños al honor, puesto que estas también fijaban indemnizaciones por daños provocados en consecuencia de agresiones al honor, aunque estos se producían “cuando a un hombre se lesionaba físicamente”; por lo anterior, puede determinarse que este texto medieval al igual que en el Derecho Romano buscaba enmendar el resarcimiento del daño extrapatrimonial.

1.1.3. Nacimiento del Daño Moral en la Legislación Nacional

En el pasado, El Salvador carecía de una norma jurídica relativa al reconocimiento del derecho a la indemnización por daño moral, que debía ser inherente a la persona y que se encuentra íntimamente ligado a la presente investigación; el Estado salvadoreño en función de la adopción de la Declaración de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado en el año de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y los esfuerzos del legislador por regular

⁸ Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, (México: Porrúa, 1987) p. 77.

⁹ Lucas Thomas, Joseph, *Siete partidas del sabio rey*, 1758, Valencia, Plaza de las Comedias, 1758, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 142.

los mismos desde el mandato constitucional, fueron las piezas fundamentales en la construcción de protección constitucional de los derechos inherentes a la persona humana, reconociendo entre ellos la indemnización por daño moral, en el artículo 2 de la Constitución de 1983.

A pesar de los intentos del legislador por regular esta figura desde el mandato constitucional, estas no eran suficientes para proteger correctamente de forma garantista dicho fenómeno, por lo que, por medio de inconstitucionalidad, se generó el mecanismo de protección mediante la norma sustantiva específica que protegería los bienes jurídicos involucrados; es así, que la Sala de lo Constitucional por medio de la sentencia de inconstitucionalidad de referencia 53-2012, pronunciada el 23 de enero de 2015¹⁰, expuso la necesidad de regulación del daño moral en el país. En la referida resolución se declaró la inconstitucionalidad cometida por la Asamblea Legislativa, por presentarse un vacío normativo en cuanto a las condiciones para que se presente la indemnización por daño moral, siendo que la Constitución de El Salvador de 1983, reconoce el referido derecho en sus artículos 2, inciso tercero, el cual indica “...*Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral...*” y artículo 245, del referido cuerpo normativo, en donde se establece “*Art. 245.- Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución.*”

Sobre lo anterior, el Fiscal General asignado al caso en mención, consideró pertinente examinar la existencia de dicho vacío legal en el ordenamiento jurídico salvadoreño, para ello realizó el análisis en diversos aspectos, entre los cuales expuso las disposiciones que reconocen reclamaciones por daños: “...*a) En el mismo texto constitucional, el artículo 245, expone que los funcionarios y empleados públicos deberán responder por los daños materiales y morales que causaren; b) El artículo 35 de la Ley*

¹⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 53-2012, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 23 de enero de 2015)

de Procedimientos Constitucionales, contempla la posibilidad de ejercer la acción civil de indemnización por daños y perjuicios; c) Los artículos 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) El artículo 241, ordinal primero 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, en el artículo 115, ordinal tercero del Código Penal, que prevé la indemnización a la víctima y su familia por los daños materiales y morales consecuencia del delito. El artículo 35 de la Ley Penal Juvenil, que 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 artículo 4 se establece la necesidad de pronunciarse en la sentencia sobre la responsabilidad civil; g) Por otra parte, el artículo 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; y finalmente, h) 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, regulados en los artículos 150 inciso segundo, 97 y 122 del Código de Familia...”; en virtud de lo anterior, sostenía que el legislador habría determinado los supuestos y mecanismos apropiados para acceder a la compensación por daño moral, por lo que concluía con la inexistencia de la inconstitucionalidad por omisión alegada por el ciudadano.

En ese sentido, la honorable Sala de lo Constitucional desarrolló el artículo 2, inciso tercero de la Constitución, mencionando que 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...”. Por ello se determina que la disposición

constitucional busca la protección de los derechos fundamentales en todas sus esferas, por lo que su finalidad es prevenir que estos sufran daños y que en el caso de sufrirlos estos puedan ser reparados. En ese sentido es obligación del legislador garantizar dicha reparación, situación que debe determinarse de forma concreta y suficiente para satisfacer las necesidades de reparación de los daños morales sufridos.

Al respecto la Sala de lo Constitucional, indica que todo daño supone la lesión de un bien jurídicamente relevante, ya que si el daño afecta cualquiera de sus esferas no patrimoniales es considerado de tipo moral; esta clase de daño goza de protección constitucional, pues se encuentra íntimamente vinculado al derecho a la integridad física y moral, establecido en el inciso primero de la disposición constitucional en comento.

De lo anterior, la Sala de lo Constitucional, supone que “...*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...*”¹¹; de ahí que el daño moral como una de las formas de daño inmaterial, hace referencia a los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de ciertos derechos, entre los que se encuentran 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.

Por lo anterior, se aclara que la Sala de lo Constitucional concluyó que, “...*el precepto normativo contenido en el artículo 2 inciso tercero de la Constitución, tiene la estructura prescriptiva que es posible caracterizar como incompleta, ya que su eficacia necesita la concreción normativa del legislador...*”; lo anterior pone en evidencia la existencia de un derecho fundamental, que carecía de protección y promoción mediante la garantía respectiva. Considerando oportuno recordar lo establecido en la sentencia de inconstitucionalidad 37-2004, en donde se estableció que “...*la vinculación de los derechos fundamentales no necesita de la intermediación legislativa, por lo que su falta*

¹¹ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 103-2007, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 14 de diciembre de 2007)

no neutraliza por completo la operatividad del derecho. Sin embargo, expone la necesidad de las garantías que desempeñan el papel de instrumento de protección de los derechos, mediante un desarrollo legal de los supuestos y condiciones para la protección de estos... ”.

A causa de lo anterior, se consideró que el elemento de la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador se encontraba plenamente establecido.¹²

Por todo lo manifestado, la Sala declaró la existencia de inconstitucionalidad, por no haber dado estricto cumplimiento al mandato constitucional al no emitir la normativa capaz de determinar bajo qué condiciones se va a materializar el derecho a la indemnización por daños morales.

En virtud del análisis realizado por la Sala de lo Constitucional y del mandato hacia la Asamblea Legislativa a darle estricto cumplimiento a lo requerido en el artículo 2, inciso tercero de la Constitución, se emitió la Ley de Reparación por Daño Moral¹³, en fecha diez de diciembre de dos mil quince y publicada el día ocho de enero de dos mil dieciséis; es a partir de dicha fecha que el poder judicial en materia civil será quien conozca del referido mecanismo garantista que protege dichos bienes inmateriales, siendo objeto de investigación los criterios jurisprudenciales emitidos a partir de dicha fecha.

1.2. Antecedentes de la Responsabilidad

Previo al desarrollo doctrinal de la Responsabilidad Patrimonial, es necesario reconocer cuál es el origen e implicación en los sistemas jurídicos en que se haga mención dicha figura, en ese sentido a continuación se detallaran aquellos aspectos relevantes relacionados a dicha institución jurídica.

¹² Corte Suprema de Justicia, *Indemnización por Daños Morales, Inconstitucionalidad por omisión*, 2015 <https://bit.ly/34NPF5V>

¹³ Ley de Reparación por Daño Moral (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016)

1.2.1. Origen etimológico

El término de Responsabilidad proviene del latín *sponsor*, que significa el que se obliga. Esto determina que una persona es responsable cuando sus actos impliquen una infracción a la norma jurídica, por lo que está obligada a responder por las consecuencias que dan origen a esos actos y que de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionada.¹⁴

En cuanto a la etimología, la Responsabilidad proviene del latín «*responsas*» que quiere decir constituirse en garante.¹⁵ En cuanto al vocablo de responsabilidad que deriva del latín *respondo, es, ere*, que es traducible como estar obligado; trata de una voz anfibológica, dadas sus diversas interpretaciones, las cuales son: calidad de responsable, deuda u obligación de responder, cargo u obligación moral que resulta del posible yerro en cosa o asunto determinado, finalmente, capacidad existente de todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un acto suyo inteligente y libre.

Para Jorge Adame¹⁶, la palabra responsabilidad deriva del verbo responder. En un primer momento menciona que “...*la responsabilidad se produce cuando una persona debe dar cuentas a quienes han sufrido como consecuencia del incumplimiento de sus acciones, por lo que deberá asumir las consecuencias de ello...*”.

Es a partir de la noción de responsabilidad como necesidad de responder ha dado paso a los diferentes usos de la palabra responsabilidad, siendo que para unos la responsabilidad es sinónimo de deber, otros lo utilizan como el adjetivo para calificar a una persona. Por lo que el autor concluye que estos usos del término responsabilidad, resaltan la importancia del cumplimiento efectivo del deber, en presencia de una persona

¹⁴ Santiago Nieto, y Yamilé Medina Pérez, (comps.), *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005) p.17 <https://bit.ly/3v48Fry>

¹⁵ Francisco Zúñiga Urbina, “Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26 (2005), 114. <https://bit.ly/3PInNlg>

¹⁶ Jorge Adame Goddard, *Filosofía Social para Juristas*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998) p.121

que pueda exigir el que se hagan cumplir las consecuencias del mismo. Por lo que determina que en sentido estricto responsabilidad significa “*la necesidad de dar cuentas a otro por el incumplimiento de los propios deberes.*”¹⁷

1.2.2. Definición de Responsabilidad.

La jurisprudencia salvadoreña define la responsabilidad como “*el deber de reparar un daño ocasionado a un tercero que no estaba obligado de soportarlo, lo que significa que cuando se genera un daño, nace el deber de indemnizar por parte de quien lo ha generado, de quien ha obtenido ventaja o de quien la ley establezca que debe responder en ese caso, por lo que es responsable aquel a quien se debe imputar el daño producido...*”¹⁸

Fernández Ruiz, sostiene que un concepto de responsabilidad más preciso se traduce en “*...el surgimiento de una obligación o merecimiento de una pena en un caso determinado o determinable, como resultado de la ejecución de un acto específico...*”¹⁹

Por su parte Antonio Pérez Carrillo, establece que el concepto de responsabilidad es aquel “*...establecido por la conducta ilícita o contra las buenas costumbres observadas por una persona dando lugar a la responsabilidad de ésta y la consecuente obligación de reparar los daños que cause encontrándose el mayor acento en la conducta ilícita...*”²⁰

Muñoz Machado, manifiesta que la responsabilidad es una “*...institución de garantía de los bienes y derechos de quienes resultan lesionados por la actividad de otros, la garantía es mayor en la medida en que la indemnización se asegura...*”²¹

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 65-2007, (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 20 de enero de 2009)

¹⁹ Jorge Fernández Ruiz, *El régimen Jurídico de Responsabilidad de los Servidores Públicos*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994) p. 141. <https://bit.ly/3JEdE6i>

²⁰ Antonio Pérez Carrillo, *La Responsabilidad Jurídica, Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979) p. 60

²¹ Santiago, Muñoz Machado, *La Responsabilidad Civil Concurrente de las Administraciones Públicas* (Madrid: Ed. Civitas, 1990) 179

En vista de lo anterior, se entiende una obligación de reparar el daño causado por una persona a un tercero, ya sea por ley, estipulado en un contrato o como resultado de ciertas condiciones, sean o no contractuales. Si sucedió o no, si sucedió o no.

Entre los múltiples conceptos formados al respecto, también se entiende por responsabilidad la capacidad que tiene un sujeto de derecho de conocer y aceptar consciente y libremente las consecuencias de sus actos. En un sentido más específico, la responsabilidad conduce al surgimiento de una obligación o pena en una situación específica o identificable, luego de la realización de un acto determinado.²²

Por tanto, la definición de responsabilidad está relacionada con la moral, considerando que las normas jurídicas ya se basan en normas morales, por lo que la responsabilidad será considerada como una consecuencia de la vulneración del ámbito de protección provocada por cada individuo. En ese sentido es indiscutible que cualquier actuación del funcionario público puede causar perjuicio a las personas, situación que dará lugar a algún tipo de responsabilidad.

Por ello, la Constitución de la República estipula una serie de circunstancias a las que pueden estar expuestos tanto los servidores como los empleados públicos, siendo el Título VIII del mencionado cuerpo normativo, título que separa los casos de Responsabilidad de los funcionarios públicos, que deben actuar en cada uno de los casos. acciones de conformidad con la ley, a fin de evitar infracciones contra la autoridad regulada y como resultado de estas acciones se genere responsabilidad en cualquier ámbito, es decir, responsabilidad civil, penal, administrativa y, obviamente, de responsabilidad patrimonial.

²² Fernández Ruiz p. 141.

1.2.3. Desarrollo Histórico Romano de la Responsabilidad

El primer momento a desarrollar en este apartado es lo que en Roma se identificaba como responsabilidad, porque esta era la fuente de obligaciones, ya que, dentro de la comunidad romana, el titular del grupo familiar era el responsable de cada una de las acciones de cada uno de los individuos que lo conformaban.

Salvador Orizaba Monroy²³, establece que en la época romana la responsabilidad se clasificó primeramente en *delictual* y *cuasidelictual*. En donde la primera consideraba que el “*delito es todo acto ilícito que es castigado con la pena. La pena podía ser de carácter público, esto cuando el Estado se encargaba de sancionar con una pena pública al transgresor, y de carácter privado, cuando al transgresor se le imponía una pena pecuniaria. En cambio, la responsabilidad cuasidelictual derivado del daño extracontractual se reguló definitivamente en la Ley Aquilia;*”.

Por su parte, Mendoza Martínez²⁴ expresa que “*...el derecho romano reguló casuísticamente la responsabilidad objetiva, porque la ponderación de la responsabilidad individualizada subjetivamente siempre tuvo mayor peso; algunos casos que cita sobre responsabilidad objetiva son: la derivada del simple hecho de ser el amo de un esclavo o un animal, en cuyos casos se es responsable de ciertos daños, sin que el adversario tuviera que comprobar la relación causal entre tales daños y alguna forma de culpa por parte del responsable....*”. En este orden de ideas, brevemente se puede determinar que la responsabilidad objetiva solo fue regulada en disposiciones expresamente señaladas por la ley.

²³ Salvador Orizaba Monroy, *Las obligaciones y los contratos. Derecho sucesorio. Tópicos de derecho privado-romano*, (México, Sista,2006).

²⁴ Mendoza Martínez, *La acción civil del daño moral*.

1.2.4. Antecedentes Remotos a la Teoría de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Es importante reconocer que los primeros antecedentes de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentran en Francia y su jurisprudencia, como ejemplo de ello, Ignacio Nuñez Leiva, hace referencia al reconocido caso de indemnización por los daños en el patrimonio después del notorio caso de compensación por daños a la propiedad que siguió al cierre de una fábrica ante sanción interpuesta por el legislador estatal, prohibiendo la producción y venta de productos similares al tabaco a fin de prever el monopolio sobre dichos productos. Por ello, el supremo Consejo de Estado Francés opto por declarar que el Estado debería de responder patrimonialmente por el hecho cometido por el emisor de dicha sanción.²⁵

Según George Vedel²⁶, esto se refiere a *que el perjuicio debe ser individualizado e individualizable, por lo que no afectaría a todos los destinatarios de la norma ya que solo se afectaría en los casos establecidos en la norma siendo lo contrario anormal o antijurídico*. Asimismo, el Estado Francés sostenía que era procedente una indemnización por aquellos eventuales perjuicios producto de una norma, si esta contenía dicha posibilidad.

La Responsabilidad comúnmente es generada por las actuaciones de la Administración Pública, en donde generalmente se producía en consecuencia de actos administrativos emitidos por la misma administración. La idea de que la actuación irresponsable de parte de la Administración Pública devenida de la legislación era considerada como un dogma, ya que la norma es la manifestación del poder del Estado y por ello este se consideraba irresponsable. Se afirmaba que el legislador no podría estar sujeto a la ley, ya que este poseía una jerarquía superior.

²⁵ Ignacio Nuñez Leiva, “Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno”, *Revista Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (2008):139

²⁶ Citado por Ignacio Nuñez Leiva, “Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno”, *Revista Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (2008):140

En ese sentido se sostenía la idea de que el legislador no estaba sujeto a la ley, sino que este se hallaba por encima de esta; sus funciones son por eso siempre legales, a lo que se añadía que siendo la ley expresión de la voluntad general, incluía también la del propio damnificado, que de tal modo no podía fundar ningún tipo de reclamo. La crítica del profesor León Duguit y de su escuela contra la idea de la soberanía iba a suponer en el plano doctrinal un duro ataque a esta concepción. Duguit al desarrollar su teoría del seguro social, explicó que éste cubría también la del propio damnificado, que de tal modo no podía fundar ningún tipo de reclamo. Así, la doctrina fue evolucionando, hasta que una vez más, el Consejo de Estado Francés fue factor fundamental en el mundo del Derecho Administrativo.

Es así que el 14 de enero de 1938 por primera vez el Juez administrativo concedió reparación de los daños directamente causados por la propia ley. La sentencia "*Sociedad La Fleurette*" fue la piedra angular de esta reparación.

La aplicación de la referida ley obligó a la sociedad *La Fleurette* a abandonar la fabricación de su producto denominado *Granadine*, el cual, al no estar compuesto en un ciento por ciento por leche, se encontraba entre los productos prohibidos. En tal oportunidad el mencionado tribunal acogió la pretensión del actor por considerar: que la actividad desarrollada por la sociedad reclamante era lícita, no reprobable ni dañina; que de la historia de la ley no podía extraerse ninguna intención del legislador de someter al actor a alguna carga distinta a las que normalmente asume cada persona; y que la carga impuesta por la ley es en beneficio de la sociedad toda y, por lo tanto, debe ser soportada, también, por la colectividad, no por una sola persona.²⁷ Sin embargo, para Clemente Checa González, con esta tesis era necesario que el demandante probara, ante el silencio de la ley, que el legislador no había pretendido excluir el derecho a indemnización.²⁸

²⁷ Ibid.

²⁸ Clemente Checa González, "La responsabilidad patrimonial de la Administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley", *Revista Ius et Praxis*, n. 1 (2004): 50

Esta tesis fue nuevamente aplicada en el fallo *Caucheteux et Desmont*, de 21 de enero de 1944, en el cual se reconoció el derecho a ser indemnizada por el hecho del Estado legislador a una fábrica de glucosa que había cerrado a causa de una ley de 1934, destinada a proteger a los productores de cereales, que reducía el porcentaje de productos diferentes a la malta, la cebada y el lúpulo dentro del proceso de elaboración de la cerveza. Fue en 1963, en el caso conocido como el *Arrêt Boveró*, cuando el Consejo de Estado reconoció de forma más amplia la responsabilidad patrimonial legislativa. Desplazó el centro de gravedad de la consideración de la responsabilidad del Estado como una modalidad de régimen especial de responsabilidad, a ser considerada como una responsabilidad pública de derecho común o *responsabilité sans faute*, al fundarse sobre el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Visto así, el Estado es asegurador de lo que se llama frecuentemente riesgo social, es decir, el riesgo resultante de su actividad prestadora y social, que se traduce en la intervención del Estado. La responsabilidad del Estado siempre se funda en dicha idea, aun cuando medie culpa de sus agentes. El Estado es responsable, no porque actúe con culpa, sino porque asegura a los administrados contra todo riesgo social, contra todo daño proveniente de su intervención, sea esta regular o irreprochable, sea acompañada de culpa o negligencia de sus agentes.²⁹

Esta noción es coincidente con la tendencia a comprender al Estado como un Servicio Público, en lugar de un conjunto de potestades, que conduce a configurar un sistema de responsabilidad patrimonial, objetivo y directo de la Administración, al sustituirse (con los límites que luego se indicarán) el sistema de imputación por culpa que ha mantenido el derecho civil por un principio de imputación objetiva.

²⁹ León Duguít, *Traité de droit constitutionnel*, pp. 469-470, citado por Francisco Zúñiga, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, (Santiago: Lexis Nexis, 2005) 34

1.2.5. Etapas de la Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Para una mejor comprensión de la evolución de la Responsabilidad Patrimonial, se establecen tres etapas³⁰ que se detallan a continuación:

- Siendo la primera presidida por la irresponsabilidad de la Administración, que arranca de la vieja y preconstitucional doctrina del *ius eminens*, esta es dominada por la incompatibilidad entre los conceptos de responsabilidad y soberanía, pero evidenciando una influencia del segundo de ellos, siendo este el último justificante de la impunidad del Estado.
- En la segunda etapa, se admite la responsabilidad del Estado, aunque esta se admite solo en el supuesto de que esta se hubiese producido en el ejercicio de la función administrativa se hubiese cometido por lo menos alguna negligencia culposa por parte del servidor público;
- Durante la tercera etapa se da la superación a las restricciones que conlleva el criterio anterior y se abre paso a un sistema de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, destacándose por ser directo y objetivo, ya había mantenido la singularidad de la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad extracontractual entre particulares regulada en las normas de Derecho civil.

1.3. Antecedentes Históricos del Derecho a la Protección de Datos Personales.

El tema a desarrollar en el presente, será el proceso de configuración del Derecho de Protección de Datos Personales como un derecho fundamental, haciendo un breve recorrido en los orígenes de este derecho de carácter autónomo reconocido en la Constitución salvadoreña, en el artículo 2 del referido cuerpo normativo.

³⁰ Clemente Checa Gonzalez, Ob. Cit. 51

La protección de la intimidad personal es reconocida mucho antes de que fuese incorporada en los derechos fundamentales establecidos en los diferentes cuerpos normativos internacionales, la intimidad aparece en la Biblia, cuando esta hace mención recurrentemente sobre lo importante que es el respeto de la esfera íntima. San Agustín postulaba a las “confesiones” como *aquel acto en que las personas manifestaban sus pensamientos, acontecimientos, sentimientos a determinadas personas, quienes debían mantenerlas en secreto*; mientras que, la Edad Media, se mantenía estricta ante la inviolabilidad del domicilio.³¹

Para una mejor comprensión de este apartado se establecerán las tres grandes etapas por las que ha atravesado el derecho a la protección de datos personales:

1.3.1. Origen del Derecho a la Protección de Datos Personales.

En cuanto al desarrollo del Derecho a la protección de datos personales y la evolución del mismo a lo largo de los años, ha tenido como resultado el desarrollo de diversos cuerpos normativos que han sido las bases de dicha evolución, desde sus antecedentes más remotos como lo son las leyes para la protección de la privacidad de las personas por ejemplo, la Justicia del Acta de Paz Inglesa, en la que se contemplaba el arresto para los fisgones, y para quienes en secreto escuchaban las conversaciones de otros; en el año de 1766, el Parlamento Sueco decreta el Acta de Acceso a los Registros Públicos, a fin de que el gobierno tuviese información usada sólo para fines legítimos.

Asimismo, en el año de 1792 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispuso que la Propiedad Privada era inviolable y sagrada; en virtud de lo cual,

³¹ Raúl Chanamé Orbé “Habeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la persona” (Tesis de Maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2003) 58 <https://bit.ly/3gZOrqz>

en Francia se prohíbe la publicación de hechos privados, y en 1858 se aplican severas multas por estas contravenciones.

Con el acelerado avance de la tecnología, responsable del nacimiento de la informática aparecieron nuevos temores relacionados y el sometimiento del individuo a una nueva forma de control. Es obvio que el manejo de la información personal por parte del Estado es fundamental para la planeación de las políticas públicas, para este el Estado conocer de la información personal de sus ciudadanos facilitaba el control sobre los mismos. La práctica de adquirir información sobre las personas no es algo novedoso, tal como lo explica Manuel Ordorica Mellado, los antecedentes más remotos sobre las estadísticas datan de cuarenta siglos antes de nuestra era, cuando en las paredes de las cuevas los individuos de la prehistoria registraban el número de animales que habían cazado.³² A medida la historia avanzaba se fueron desarrollando instrumentos para llevar a cabo dicha recolección de información, siendo el más importante el Censo.

Esta herramienta ha sido utilizada a lo largo de la historia para recolectar información específica de la población, tales como nombre, edad, cualidades, creencias y profesión de cada habitante. Cabe resaltar que el tratamiento de la información por parte de la administración requería del apoyo de la tecnología para sistematizar la información censal, ya que sin ella los costes y tiempo del tratamiento de la misma se incrementaban.

Sin embargo el avance de la tecnología influyó para que la Administración poseyera bajo su dominio una gran cantidad de información, que en vista de no tener ningún marco de protección, dio como resultado que dicha información fuese incluso utilizada en contra de los mismos habitantes, tal es el caso del Holocausto, en donde la información brindada de forma honesta por los habitantes en el censo alemán de 1939 fue utilizada para identificar y exterminar a las más de seis millones de personas originarias

³² Manuel Ordorica Mellado, “El Censo como instrumento en la planeación de políticas públicas”, *Estudios Demográficos y Urbanos* 24, n. 2 (2009): 463-467. <https://bit.ly/3BxmLmi>

de una veintena de países europeos, mediante el peor abuso de poder que conllevo a una gran lesión a la dignidad humana.³³

En consecuencia, de las atrocidades sufridas, la Asamblea General de la ONU, comprometida con la comunidad internacional a no permitir nunca más las atrocidades sufridas en el conflicto armado de la segunda guerra mundial, decide emprender el camino a la regulación de los derechos de las personas en cualquier lugar y momento, con el objetivo de limitar el poder del Estado, sobre la vida privada de las personas. Este momento se convierte en la ruta para la segunda etapa del desarrollo del Derecho a la Protección de Datos Personales.

1.3.2. Desarrollo Internacional del Derecho a la Protección de Datos Personales

Aunque el nacimiento del derecho a la protección de datos personales se establece en los Estados Unidos, es importante determinar que, en el transcurso del desarrollo normativo, los derechos humanos, estos han atravesado por distintas fases, en un primer momento se encuentran los derechos relacionados a la libertad, en donde se encuentran todos aquellos derechos que ponen límites al poder del Estado y reservan al individuo una esfera de libertad frente al mismo. En segundo lugar, se encuentran los derechos políticos quienes positivamente concebían la libertad como autonomía, es por ello que resulta en una participación mucha más amplia de la sociedad en el poder político. En un tercer y último lugar se encuentran los llamados derechos sociales, los cuales manifiestan las nuevas exigencias de la sociedad, mediante los cuales se facilita que el ciudadano pueda desarrollarse en autonomía, igualdad y libertad, lo que conlleva a condiciones necesarias para una vida digna.

En concordancia con lo anterior los Estados y las grandes convenciones Internacionales de Derechos Humanos han ido desarrollando la libertad informática de

³³ Ramon Oró Badia. *La protección de datos*. (Barcelona: Editorial UOC, eLibro, 2015) 26 <https://bit.ly/3sPnpYx>

forma expresa, es así que en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de fecha 10 de diciembre de 1948, se establece el derecho de la persona a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación, gozando así del derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Esta reconoce y defiende el honor, la dignidad y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados el honor y la dignidad de la persona.

En el mismo sentido, el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales del 14 de noviembre de 1950, reconoce el derecho de la persona al respeto de su vida privada y familiar de su domicilio y correspondencia.

En Europa, el debate sobre la formación del derecho a la protección de datos personales se produjo en la década de los años sesenta.

Por su parte, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 16 de diciembre de 1966, señala que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

En Alemania, estos debates estaban vinculados a los posibles riesgos derivados del desarrollo de la informática. Es en la segunda mitad de los años sesenta del siglo pasado, que se establecen las bases del derecho a la protección de datos tal y como se entiende en la actualidad.

En 1967, se constituyó en el seno del Consejo de Europa una Comisión Consultiva para estudiar las tecnologías de información y su potencial agresividad hacia los Derechos de las personas, especialmente en relación con su Derecho a no sufrir injerencias en la

vida privada, derecho que se había ya recogido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y de ella surgió la Resolución 509 de la Asamblea del Consejo Europa sobre “los Derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos”, que se considera el origen del movimiento legislativo que desde entonces recorrerá Europa en materia de protección de datos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969, establece en el segundo apartado de su artículo 11 que, *nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación*. Es así que la regulación de la libertad informática parte de la evolución de la teoría relativa a los derechos del hombre, tras los avances científicos y tecnológicos modernos.

A partir de los años setenta en Europa, cuando los países tecnológicamente más desarrollados quienes frente al tratamiento automatizado de los bancos de información, serían los precursores de una legislación específica para tratamiento de los datos personales.

Un poco más adelante en la historia es preciso establecer que en los Estados Unidos, fue desarrollado el término *privacy*, el cual vio la luz con la obra de Samuel Warren y Louis Brandeis, dos jóvenes abogados de Boston, nace como un derecho de naturaleza constitucional, vinculado a la dignidad de la persona.

Ambos juristas se dedicaron a estudiar en qué medida el *Common Law* permitía luchar contra los abusos y las intromisiones en la vida por parte de la prensa escrita norteamericana. Es la base fundamental de la protección de la esfera privada en los Estados Unidos al dar forma a la clásica definición de la privacidad, este cual constituyó uno de los ensayos más influyentes en la historia de la legislación estadounidense, pues por primera vez, la intimidad se la consideró como un bien jurídico de las personas, que debe ser protegido.

Por lo que en 1974, en el continente americano se encuentra el referente más antiguo sobre la Protección de Datos Personales, se encuentra que la primera materialización de este derecho se produjo “*Privacy Act*”, que tenía por objetivo garantizar al individuo el *right to privacy* frente al tratamiento de datos por autoridades y organismos públicos; ya que disponían que los registros de datos personales guardaran relación con el fin para el cual se crearon.³⁴ El objetivo de esta normativa era proteger la privacidad de todos los individuos que formaban parte de los bancos de información, surgen a partir de la preocupación por los desarrollos tecnológicos, aun incipientes, en el procesamiento y almacenamiento de información, y por la inquietud que estos desarrollos provocaban en los ciudadanos, primariamente frente a las necesidades crecientes de información del Estado.

Según lo expresado por María Nieves Saldaña,³⁵ los juristas Warren y Brandeis a partir del *right to privacy*, lo plantean genéricamente como el derecho a no ser molestado o ser dejado en paz, expresaron la necesidad que cada persona para decidir hasta qué punto pueden difundirse sus pensamientos y emociones. Este nuevo derecho se caracterizaba por ser la facultad del individuo a ejercer el control total de su vida privada.

Más adelante, vería la luz El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 reconocen y defienden el honor, la dignidad y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados el honor y la dignidad de la persona. En ese mismo año de 1976, fue aprobada la primera ley de protección de datos *Datenschutz* o

³⁴ José María Ayala, *La Protección de datos personales en El Salvador*, (El Salvador, UCA Editoriales, 2005) 344.

³⁵ María Nieves Saldaña, “*La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El Centenario Legado de Warren y Brandeis*” *Revista de Derecho Político*, n. 85 (2012): 197

Ley de Protección de Datos Personales del Estado Federado de Hesse, primer referente de la materia en Europa.

En 1978, en Francia nace un ente dedicado a la protección de datos personales, conocido como la Comisión Nacional de Informática y de las libertades, creada por la Ley 78-17, del 6 de febrero de 1978, titulada “Informática, archivos y libertades”. Se encuentra aún vigente. Otros países entre los que se emitió regulación en ese mismo año fueron Dinamarca con las leyes sobre ficheros públicos y privados y Austria con la Ley de Protección de Datos y Luxemburgo con la Ley sobre la utilización de datos en tratamientos informáticos en el año de 1979.

En los años ochenta surgen los instrumentos normativos en los que se plasma un catálogo de derechos de los ciudadanos para hacer efectiva la protección de sus datos, así como las medidas de seguridad a observar por parte de los responsables de los ficheros.

El Convenio N° 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de fecha 28 de enero de 1981, reconocen y defienden el honor, la dignidad y la protección de los derechos y de las libertades fundamentales de cada uno, concretamente el derecho al respeto de la vida privada, teniendo en cuenta la intensificación de la circulación a través de las fronteras de los datos de carácter personal que son objeto de tratamientos automatizados el honor y la dignidad de la persona.

En este Convenio se estableció por primera un concepto de dato personal, en donde le definen como “información relativa a una persona o que la hace identificable”. Fijándose un estándar supranacional que fue desarrollado por muchos estados de Europa, y suscrito a su vez por países americanos como Ecuador, México y Argentina.

Siendo el año de 1992 en España, se promulga la Ley denominada: “Regulación del tratamiento automatizado de datos” dicha ley tenía por finalidad hacer frente a los

riesgos que para las personas suponía la recolección y tratamiento contra de los datos personales que forman parte de registros automatizados que culminaron en la directiva 95/46/CE utilizaron la expresión “protección de las personas en el tratamiento de sus datos. Ello ha dado lugar a que las leyes europeas tengan predilección por esta expresión y la hayan ido acogiendo.

Para el 24 de octubre de 1995, la Unión Europea establece la Directiva 95/46/CE, sobre protección de datos personales, cuyo objeto y finalidad era la libre circulación de los datos en Estados de acuerdo con la necesaria protección de las personas. Por lo que se constituyó como un elemento esencial del desarrollo posterior de la protección de datos en Europa, cuyo importante alcance sería la estandarización de límites a la recogida y utilización de datos personales en dirección al uso extendido de órganos nacionales independientes. A nivel europeo no se reconoció el derecho hasta la adopción de la Directiva 95/46/CE, que fue derogada posteriormente por el conocido RGPD, Reglamento (UE) 2016/679.

Por su parte, a nivel europeo, no se produjo el reconocimiento del derecho hasta 1995, con la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Esta Directiva, que establece la armonización de las legislaciones nacionales en la materia, fue derogada por el famoso Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, el cual ha dado tantos quebraderos de cabeza a las empresas para su correcta adaptación al mismo.

Lo anterior, fue debido a que en 1995 en Europa se presentaba el reto de la creación de un mercado interior único, y para que funcionase correctamente era necesario que los datos personales fluyeran de forma transfronteriza sin las barreras de las legislaciones nacionales.

Por último, procede comentar que, el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales como derecho fundamental también tuvo lugar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, en concreto en sus artículos 7 y 8 relativos al respeto de la vida privada y familiar, y a la protección de datos de carácter personal; respectivamente.

En definitiva, ambos artículos consagran que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, así como de sus comunicaciones, y así mismo, derecho a que estén protegidos los datos de carácter personal que le conciernan.

1.3.3. Breve desarrollo del Derecho a la Protección de Datos Personales en la legislación salvadoreña.

Atendiendo a la presente investigación se desarrollará la expansión de este derecho en El Salvador, por lo que este apartado se refiere a presentar una breve puntualización de la evolución del desarrollo de la protección de datos personales en el ámbito nacional.

En atención a que la sociedad, en virtud del avance vertiginoso de la tecnología, ofrece al individuo ventajas diversas que contribuyen a mejorar su calidad de vida y, en el caso del Estado, a mejorar la actividad administrativa, el desarrollo económico, social y cultural, así como el cumplimiento de las obligaciones ciudadanas frente a éste, pero que, al mismo tiempo, una mala utilización de las herramientas tecnológicas puede convertirse en un factor de amenaza a la privacidad y seguridad de las personas al permitir que se generen formas de exclusión o condiciones de incertidumbre y riesgo, ya que las nuevas tecnologías facilitan ilimitadas posibilidades para mover un gran volumen de información y de interrelacionarla, de manera que se constituyen perfiles que pueden limitar la libertad o condicionar el modo de actuar de las personas.

Con el paso de los años y la inexistencia de una protección legal para los usuarios frente la acelerada evolución de la tecnología, aquella falta de claridad en las normas

existentes que pudiesen relacionarse a los datos personales, conllevó a que en diversas regiones europeas destinaran normativas claras para el manejo de los datos personales por parte de los ciudadanos, quienes podrían ejercer el control sobre su información personal ante los abusos que las empresas cometían, produciendo así que las empresas ejecutaran cambios en sus políticas de privacidad, puesto que las mismas no eran las más adecuadas para garantizar aquella protección de datos personales.

Contrario a lo que se esperaba, las malas prácticas de las empresas se han mantenido a lo largo de los años, teniendo como ejemplo de estas algo tan común en la actualidad como el mal manejo de bases de datos que conlleva a un tráfico indiscriminado de información personal, esto producto de la facilidad con la que se puede adquirir y hacer efectiva la distribución, lo cual en muchos casos produce grandes beneficios a los actores de dichas prácticas, a pesar de la ardua labor por establecer una normativa que proteja la información personal de todo individuo frente a una época en la que la tecnología puede jugar en contra a la misma normativa.

En el caso de El Salvador, el reconocimiento de la Protección de Datos hizo frente a la constante evolución tecnológica que la sociedad presentó ante el uso de aquellos medios electrónicos alojados en las diferentes plataformas digitales en donde se acumulaban datos de índole personal sin la debida autorización de los titulares de la información y teniendo en consideración que la sociedad salvadoreña enfrenta cambios constantes en las formas de relacionarse, por lo que ante el constante cambio es necesario establecer la importancia de los derechos inherentes a cada uno de los que conforman nuestra sociedad, siendo de suma importancia la estandarización o equilibrio entre los mismos a fin de que no exista distinción de uno sobre otro, es así que con la influencia del legislador y de diversos actores que han influido en la historia normativa del país resguarde el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar,

En atención a lo anterior es fundamental destacar que el artículo 2 de la Constitución, es la premisa en la cual se albergan dichos derechos, estableciendo cuando su uso se considera inadecuado independientemente del medio en el que se realice. A

partir de la regulación en el marco constitucional y en el transcurso de los años, el país ha promulgado una serie de normas que ponen en evidencia la finalidad del país en fortalecer el manejo de los datos personales frente a los medios tecnológicos que gestionan información privada de la población, fomentando así el avance y desarrollo del gobierno electrónico.

Es así que El Salvador cuenta con un amplio catálogo de normas relacionadas al tema en comento, entre las que se puede destacar la Ley de Firma Electrónica, la Ley Especial contra los Delitos Informáticos y Conexos y la Ley de Acceso a la Información Pública, siendo estas las que presentan mayor fomento de la protección de los datos personales, su alcance y uso determinado. En ese sentido se detalla a continuación un breve desarrollo de cada una, destacando su influencia en la legislación salvadoreña.

- **La Ley de Firma Electrónica**, fue aprobada por el Decreto Legislativo N° 133, en octubre del año dos mil quince, normativa con la que legislador pretendía fortalecer los beneficios que presentaba el comercio electrónico, en relación a la adquisición de productos o servicios por medio de los medios electrónicos. Esta norma buscaba fortalecer el uso de las tecnologías de información en los asuntos de la Administración Pública y la prestación de los servicios públicos en beneficio de los ciudadanos, ya que permitía regular servicios de firma electrónica. La ley establece cuales son las reglas que deben cumplir las empresas tecnológicas para acceder al tratamiento de datos personales, es así que el artículo 5 determina que: *“El tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación y los prestadores de servicio de almacenamiento de documentos electrónicos se sujetarán a lo siguiente: 1) tendrán la prohibición de ceder los datos personales de los usuarios a terceros; 2) los titulares podrán solicitar la rectificación o cancelación de los datos personales, cuando éstos fueren inexactos o incompletos; y, 3) por lo tanto, las empresas tendrán la obligación de mantener la confidencialidad de los mismos y al deber de guardarlos. Obligaciones que en los términos*

jurídicos subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el responsable del registro de datos y las empresas; observando, la falta de un componente que determine hasta donde pueden llegar la transferencia de datos personales, esto no imposibilita que estos proveedores estén sujetos a sanciones, multas y obligaciones a pesar de que sus servicios se encuentren en la nube o con alguna codificación electrónica fuera del territorio nacional”. Asimismo, la Ley plantea la creación de la Unidad de Firma Electrónica cuya finalidad es el acreditar, controlar y vigilar a todo proveedor del servicio, también presenta diversas herramientas para fomentar el desenvolvimiento de las mismas.

La Ley Especial contra Delitos Informático y Conexos, norma que permite establecer aquellos parámetros necesarios para la persecución de un delito relacionado directamente con el manejo de los datos personales. Este cuerpo normativo fue aprobado por medio del Decreto N° 260, en febrero del año dos mil dieciséis, la base legal de este cuerpo normativo se encuentra determina en el artículo 24, que sucintamente establece: *“El que sin autorización utilice datos personales a través del uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, insertando o modificando los datos en perjuicio de un tercero, será sancionado con prisión de cuatro a seis años...La sanción aumentará hasta una tercera parte del máximo de la pena prevista en el inciso anterior a quien proporcione o revele a otro, información registrada en un archivo o en banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar”*. Este cuerpo normativo determina en su artículo 2, su ámbito de aplicación, en donde determina que la Ley se aplicará a *“...los hechos punibles cometidos total o parcialmente en el territorio nacional o en los lugares sometidos a su jurisdicción. También se aplicará a cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, por delitos que afecten bienes jurídicos del Estado, de sus habitantes o protegidos por Pactos o Tratados Internacionales ratificados por El*

Salvador...De igual forma, se aplicará la presente Ley si la ejecución del hecho, se inició en territorio extranjero y se consumó en territorio nacional o si se hubieren realizado, utilizando Tecnologías de la Información y la Comunicación instaladas en el territorio nacional y el responsable no ha sido juzgado por el mismo hecho por tribunales extranjeros o ha evadido el juzgamiento o la condena; siendo que aplicable tanto a actores públicos como privados, en aquellos casos en los que sean cuando sean infringidos los protocolos de seguridad informática, vulneración a los datos sensibles y bancos de datos de naturaleza pública y privada, asimismo esta podrá ser de aplicación a los casos en que los hechos hayan sido realizados por el responsable del tratamiento para fines comerciales.

- **La Ley de Acceso a la Información Pública**, obtuvo su aprobación por medio del Decreto Legislativo No. 534, en el mes de diciembre del año dos mil diez, este cuerpo normativo regula el funcionamiento del Instituto de Accesos a la Información Pública, otorgándole diversas facultades por ser el ente rector en Protección de los Datos Personales. En relación a este tema, este cuerpo normativo posee todo un apartado relacionado a los Datos Personales, pero es a partir del artículo 31, donde se determina lo relacionado a la Protección de Datos Personales, determinando quien será la Unidad encargada de darle el cumplimiento a dicha protección. Este ordenamiento determina el derecho de todo ciudadano *“...a saber si se están procesando sus datos personales; a conseguir una reproducción inteligible de ella sin demora; a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean injustificados o inexactos y a conocer los destinatarios cuando esta información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición, en los términos de esta ley.”*;

A lo anterior, hay que sumar otras normativas sujetas a esta sanción como: la Ley de Regulación de Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas;

la Ley de Protección al Consumidor previstas en los artículos 18 y 21; y la Ley General de Telecomunicaciones en su artículo 29 literal b). Por lo anterior, se puede determinar la existencia de una regulación cuando se vulneran las fronteras entre privacidad, uso de datos personales y propiedad de los mismos; normativa que faculta el acceso a los datos personales al titular o su representante, regulando las bases de datos e información. Finalmente es necesario hacer el hincapié en la necesidad de robustecer el marco normativo relacionado a la protección de datos personales, en vista de la inmensa cantidad de información personal de los ciudadanos, además de la creación de un ente cuya función sea principalmente velar por la efectiva protección de la información sensible de todo salvadoreño.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO DOCTRINARIO DE LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS POR DIVULGACIÓN DE DATOS PERSONALES MEDIANTE SERVIDORES PÚBLICOS.

2.1. La Administración Pública. 2.1.1. Nacimiento y Concepciones. 2.1.2. Características de la Administración Pública 2.1.3. Principios de la Administración Pública. 2.1.4. Sujetos Involucrados en la Relación con la Administración Pública. 2.2. Función Pública. 2.2.1. Concepto de Función Pública. 2.2.2. Relación Jurídica Emergente de la Función Pública. 2.2.3. Naturaleza Jurídica de la Función Pública. 2.2.4. Clasificación de la Función Pública. 2.2.5. Régimen Jurídico. 2.3. El Acto Administrativo. 2.3.1. Elementos del acto administrativo. 2.3.2. Diferencia entre Actos y Hechos Administrativos. 2.4. Aspectos Doctrinarios del concepto de Daño. 2.4.1. Profundización doctrinaria de la Figura de Daño Moral. 2.4.2. Daño Moral y Perjuicios. 2.4.3. Presupuestos Necesarios del Daño Moral. 2.5. La Responsabilidad Jurídica. 2.5.1. Materialización de la Responsabilidad Patrimonial Administrativa. 2.5.2. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. 2.6. Cuantificación del Daño Moral. 2.6.1. Valoración del Daño Moral. 2.6.2. Criterios de Cuantificación. 2.6.3. La Reparación del Daño moral y sus Formas. 2.6.4. Indemnización del Daño Moral

Cuando se habla del dogma jurídico, se hace referencia al sentido abstracto en el cual se deben aplicar las normas pertenecientes al sistema positivo de derecho al que son parte, las cuales son aplicables en razón de la materia en estudio; por lo que la naturaleza de la presente investigación en sentido dogmático, está enfocada a desarrollar las instituciones jurídicas que involucran la protección de los bienes jurídicos relacionados a la protección de datos personales, exponiendo la relación de vulneración a estos mediante los servidores públicos, siendo la principal razón de investigación el establecimiento del procedimiento general a seguir para su exigibilidad y como se debe llevar a cabo para que la competencia material correspondiente conozca de ella, siendo lo medular el establecimiento de los criterios que utilizan los juzgadores para delimitar la cuantificación del daño producido al o los bienes jurídicos tutelados por el derecho.

En el presente trabajo de investigación se planteará de manera concatenada como el desarrollo de las instituciones jurídicas en sentido doctrinario, las cuales forman parte de los criterios tomados por el Juzgador o entidad pública, según sea el caso, a la hora de fundamentar la resolución que determine la existencia del daño producido en detrimento de los bienes extrapatrimoniales de los ciudadanos para su futuro resarcimiento, lo que

servirá como base para analizar su enfoque jurídico abstracto, siguiendo una línea ordenada de ideas que plantean los supuestos de hecho ilícitos cometidos por los servidores públicos, que son configurables para reclamar el daño moral generado, a los cuales se les dará énfasis al final de la presente investigación, siendo este un análisis que parte de la lesión del bien jurídico tutelado mediante el actuar de un servidor público, el cual configura un daño a la esfera inmaterial del ciudadano, mediante la difusión de la información sensible de este último por acción ilícita del primero, generando el referido daño una lesión a la esfera extrapatrimonial del ciudadano, lo cual conlleva al deber del servidor público deber de resarcir el mismo; este hilo conductual será desarrollado dogmáticamente comenzando con el desarrollo de todas las instituciones jurídicas relacionadas y como estas se acoplarán a los supuestos de hecho planteados, posterior a sus desarrollos individuales.

2.1. La Administración Pública

Empezando por quien emana la acción que manifiesta la voluntad de establecer un vínculo jurídico entre los sujetos de la relación Estado y ciudadano, que conlleva como consecuencia una vulneración a la esfera jurídica del ciudadano, en el presente epígrafe y sus derivados se establecerán las bases del ejecutor de actos principal en la voluntad del Estado, actos que crean, modifican y extinguen determinados derechos, por lo que se expone como nace la Administración Pública y como está conformada, más como esta se define, sus características y elementos que la individualizan, para que en el transcurso de la investigación, quede más claro e identificado los sujetos que forman parte del proceso y el procedimiento, según se desarrolle en cada apartado.

2.1.1. Nacimiento y Concepciones

Administración proviene de la palabra latina “*Administratio*”, que se entiende como el acto y efecto de administrar, y su significado en el sentido gramatical: gobernar, ejercer poder o control sobre un territorio y para los habitantes del mismo; de esta definición se puede decir que la palabra gestión, en el procedimiento para la realización

de la acción anterior, es aplicable en la presente investigación sobre la administración pública.

Así, con la historia se advierte que hasta finales del siglo XIX se pensaba que existía como un solo componente, pero con los fenómenos administrativos se diferencia en que la definición anterior aparece tanto en el sector privado como en el sector público. Los fenómenos administrativos se entienden como fenómenos sociales creados por grupos de hombres o de hombres pertenecientes a grupos, sabiendo que este tipo de eventos siempre ha ocurrido a lo largo de la historia, desde la vida cotidiana o episódica, al ver como los hombres actúan administrativamente como un hecho universal y diario.

Según lo expuesto por las teorías de Henry Fayol³⁶, manifiesta que “...*el reconocimiento de la actividad administrativa se manifiesta en el sector público y el privado, por lo que en esencia, la ciencia y técnicas administrativas son aplicables en ambos sectores, ya que son parte de la disciplina general denominada “administración”; pero es a partir de las incompatibilidades existentes entre la administración privada y la Administración Pública, las que se emana el comentario de ser sumamente diferentes, por ejemplo, en el Estado existe más continuidad y definición en el mandato que en la empresa privada, pues los límites de la acción están con frecuencia definidos en leyes y reglamentos, evidenciando también la responsabilidad ante el ejecutivo, los controles generales definidos, entre otros...*”; por lo anteriormente expuesto, se observa la distinción entre ellas, ya que está basada en el contenido esencial de su actividad y sobre los bienes por medios de los cuales se prestan los servicios, siendo la principal importancia del estado satisfacer necesidades públicas, logrando el bienestar general de sus ciudadanos.

En esencia, cuando se habla de actividad administrativa, se hace referencia a todos los actos realizados por la administración pública, que tienen como objetivo satisfacer las

³⁶ Henry Fayol, *Escritos de la Ciencia de la Administración* (Estados Unidos: Galick & Urwick, ed. 1ª, 1987) 40.

necesidades fundamentales de los ciudadanos, las cuales se encuentran tuteladas por la Constitución y se observan en el entorno de la realidad social en las que se desenvuelven cada uno de los ciudadanos. La base para la construcción de esta propiedad de los fenómenos administrativos se basa en la siguiente estructura:

Como naturaleza se observa que, al referirse a la administración pública, en esencia se habla de un hecho social, siendo la conducta administrativa un comportamiento humano y no una técnica científica, por lo tanto, es necesario alcanzar un consenso mínimo sobre la naturaleza humana, la cual se obtiene del estudio basado en el ser humano y su comportamiento frente a los sistemas racionales y sociales.³⁷

De acuerdo a Massimo Severo Giannini³⁸, expone que: *“los términos como administración, estructura administrativa, organización administrativa y similar, no aparecieron sino a finales del siglo XVIII”*; a pesar de lo expuesto, Alejandro Nieto, expresa que existen en la práctica con mucha anterioridad: *“...desde el más antiguo período republicano un gran número de referencias a la administración actual por cuanto tuvo una excelente organización administrativa, ello se deduce de su organización militar; a la capacidad de mantener largas campañas en todas las estaciones del año; la rapidez de la organización; el alto nivel técnico de las unidades de ingenieros, entre otros, los cuales son hechos administrativos que implican que subyacía una sólida administración civil...”*³⁹; aunado a lo anteriormente establecido, es importante destacar que para Giannini, el aparato administrativo tiende a articularse muchas partes dispuestas bajo la supervisión de un solo superior; de igual manera, se expone que en la época feudal, se presentaba una condición estructural en la que la administración pública coincidía con la administración privada feudal en lo relacionado al poder civil, militar, organizativo y

³⁷ Jaime Eduardo González Díaz, *“La Naturaleza De La administración”* (Aglala 1, 2010) <https://doi.org/10.22519/22157360.710>.

³⁸ Severo Giannini Massimo, *Derecho Administrativo*, (Madrid: MAP, 1991) 37

³⁹ Alejandro Nieto, *Estudios Históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo* (Madrid: INAP, 1986) 123 y 124

ejecutivo, pero en esencia administraba como un propietario privado, aunque estuviese sometido a un control superior.⁴⁰

Es así que, para Sánchez González, “...*detrás de cada imperio hay una compleja Administración Pública que permitía al monarca consolidar la unidad imperial, centralizar el mando en la toma de decisiones y el desarrollo en los primeros servicios sociales a la comunidad que se convertían en parte regular de su reinado*⁴¹. Con el advenimiento de la Revolución Francesa, se introdujo una nueva estructura, la cual cobró importancia porque introdujo un nuevo tipo de Estado, que constituyó una nueva rama especial del derecho público la cual pertenece únicamente a un Estado de Derecho debidamente configurado, siendo esta el Derecho Administrativo⁴².

La Administración Pública es el resultado de un largo proceso histórico donde la actividad gubernamental ha sido el centro de atención para lograr estabilidad, expansión y desarrollo de los gobiernos. En primer lugar, las diversas formas de comunidades políticas evolucionaron y en esta medida las actividades y prácticas administrativas fueron propiciando un mayor grado de especialización en el manejo de los asuntos gubernamentales. El desarrollo histórico de la Administración Pública responde al impulso dentro de la esfera política. Para Omar Guerrero⁴³, la tendencia de la Administración Pública en relación con otras estructuras, como su especialización interna, obedeció a las demandas sociales por el establecimiento del orden público y la solución de necesidades de servicio de manera organizada y en forma eficiente; por lo anterior se comprende que el Estado no es diferente de su administración, ya que la administración es la actividad organizadora del Estado y, por tanto, es en suma la actividad del Estado.

⁴⁰ Severo Giannini Massimo. Ob. Cit.

⁴¹ José Juan Sánchez González, *La administración pública como ciencia: su objeto y su estudio*. <https://bit.ly/3RLDKZM>

⁴² Aldo Sandulli, *Manual de Derecho Administrativo*; (Italia: Ed. Dott Eugenio Jovene; 1960) 11

⁴³ Omar Guerrero Orozco, *Teoría Administrativa de la Ciencia Política*; (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976) 10

Otra definición clásica que se identifica con el gobierno, el poder ejecutivo y la Administración Pública se encuentra expuesta por Woodrow Wilson⁴⁴ el cual manifiesta que la administración es la parte más visible del gobierno; es el gobierno en acción; es el poder ejecutivo, el que actúa, el aspecto más visible del gobierno y es, desde luego, tan antigua como el gobierno mismo. Para él, la Administración Pública es la parte más dinámica y visible del gobierno puesto que es la ejecución más detallada y sistemática del Derecho Público.

Por lo que se concluye que la Administración Pública es el aparato de gestión de los asuntos públicos. Está compuesta por el conjunto de servicios públicos, cuya marcha le permite la realización de objetivos definidos por el poder político. Constituye el principal instrumento para concretar la acción del Estado mediante la organización gubernamental pues la estructura del gobierno y el conjunto de recursos humanos, materiales y financieros que la integran.

2.1.2. Características de la Administración Pública

Según José Guillermo Martínez Díaz,⁴⁵ la Administración Pública, ejerce toda actividad por medio de los poderes del Estado, para la realización de sus fines, siendo poseedora de la voluntad soberana unilateral, arraigada a los intereses públicos y al derecho de sus ciudadanos; por lo tanto es necesario para la presente investigación hacer remembranza sobre las características que posee la Administración Pública, en el entendido que estas serán parte de los fundamentos necesarios para verificar la pertinencia del ejercicio de sus funciones, por lo que al respecto, el referido autor establece como características principales de la Administración Pública, las siguientes: Responsabilidad, Flexibilidad: Continuidad, Gerencia General, Autoridad, Independencia y Generalidad, siendo estas las características esenciales que deberán producirse en función de garantizar

⁴⁴ Wilson Woodrow, *Estudio de la Administración*, (México: Ed. Trillas, 1995) 85

⁴⁵ José Guillermo Martínez Díaz, *Análisis de los Efectos constitucionales y Administrativos en la Aplicación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública*, (Texto Inédito, San Salvador, 2002) 20.

que toda acto administrativo emanado de la Administración Pública cumpla con los propósitos de la misma, cuyo cumplimiento de sus funciones sea de conformidad a sus competencias, en la búsqueda de que toda su actividad administrativa se produzca de manera íntegra y comprometida, con el afán de alcanzar la eficiencia en la gestión de la Administración Pública.

2.1.3. Principios de la Administración Pública

La Administración Pública cuenta con lineamientos que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente un conjunto de soluciones, para que puedan promover y orientar la adopción de nuevas normas, orientar la explicación de las normas existentes y atender aquellos casos no previstos.⁴⁶ En relación con dicha idea, se debe establecer que la Administración Pública cuenta con proposiciones que contienen la determinación general de la voluntad estatal, siendo estas las reglas prácticas sobre las cuales versa su organización y funcionamiento; por lo que en relación con la presente investigación y conforme a lo establecido en la doctrina, debe darse una breve mención a los principios de la Administración Pública, relacionados a la presente investigación:

- **Principio de Legalidad:** Este principio como principio fundamental del Derecho Público, significa que todos los actos que realice la Administración Pública deben estar sometidos al imperio de la Ley, ya que la razón de ser de este principio es la de brindar y garantizar seguridad jurídica a los administrados.

- **Principio de Responsabilidad Patrimonial del Estado:** Este hace referencia a una responsabilidad objetiva respecto del daño sufrido por el particular de manera injusta, causada por actuaciones de personas que actúan en el campo del Derecho Público y en nombre la Administración Pública.

- **Principio de la Responsabilidad Patrimonial de los Funcionarios Públicos:** Refiere a la responsabilidad individual de los servidores de la Administración Pública como gestores de los intereses colectivos; en consecuencia, cuando causaren daños por

⁴⁶ Yemmi Mejía Valdivieso, Et. Al.: *Responsabilidad Patrimonial de los Funcionarios Públicos Municipales por sus Actos Administrativos*, (Texto Inédito. San Salvador, 2010) 21

abusos de poder o por violaciones de las disposiciones constitucionales deberán responder con sus bienes por los perjuicios que ocasionen los actos que dicten, ordenen o ejecuten.

2.1.4. Sujetos Involucrados en la Relación con la Administración Pública

La jurisprudencia salvadoreña, determina que para la consecución de sus fines el Estado necesita la concurrencia de personas naturales, que se denominan servidores públicos, entendidos como toda persona que colabora o contribuye a que se lleven a cabo las distintas funciones estatales.⁴⁷

La jurisprudencia determina a los sujetos activos de la Administración Pública o Servidores Públicos, como personas naturales que prestan ocasional o permanentemente servicios dentro de la administración del Estado, de los municipios y de las entidades oficiales autónomas sin excepción; es así que la jurisprudencia ha establecido que a diferencia de los trabajadores privados, en el sector público, la relación laboral que se establece entre el servidor y el Estado está unilateralmente determinada por este último, quien de forma general e impersonal establece por mandato constitucional y legal, las condiciones de los servicios públicos y decide por complejos mecanismos a quién se nombra para la prestación de los mismos, con lo cual el nexo que liga a los servidores públicos con el Estado es de Derecho Público Administrativo.⁴⁸

Dentro del término servidores públicos, se comprende a un amplio grupo de personas naturales que realizan actividades en nombre y representación del Estado de manera permanente. La jurisprudencia considera que los servidores públicos son todas aquellas personas que desempeñan sus labores en el Estado, sean trabajadores, empleados o funcionarios, siempre y cuando la labor que realizan sea propia de la actividad estatal, si el cargo que desempeña es de carácter permanente y exclusivo, y se encuentra dirigido

⁴⁷ Sentencia Referencia 114-L-2004 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, 2007)

⁴⁸ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 63-2007/69-2007 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 2007).

por un superior jerárquico.⁴⁹ Por ello, se expone que los servidores públicos pueden clasificarse en empleados públicos y funcionarios públicos, entendiéndose que funcionario público es todo aquel que en virtud de una designación y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado dirigida a un fin público.

En concordancia con lo anterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo⁵⁰, establece que los servidores públicos son los que materialmente realizan una prestación de servicios en los que despliega su actividad laboral, jurídicamente tanto a nivel constitucional como legal, se diferencia de un trabajador del sector Privado, en primer lugar, porque en la relación del servidor público con el Estado, este último unilateralmente es quien determina de forma general e impersonal las condiciones del servicio público y decide a quién nombra en la plaza para la prestación del servicio; y además, porque el trabajo prestado por el servidor público no está determinado por los intereses del empleador en particular, sino que atiende a las necesidades y conveniencias generales, delimitadas por el ordenamiento jurídico y desarrolladas por los entes públicos.

En cuanto a los funcionarios públicos, la jurisprudencia salvadoreña establece que Funcionario público será todo aquel que desempeña funciones públicas mediante las cuales el Estado realiza sus funciones;⁵¹ en la doctrina se define como todo ciudadano que bajo una denominación cualquiera recibe libremente de la ley un poder que ejerce en modo permanente para realizar actos de autoridad pública o concurrir en una forma más o menos elevada, mediante servicios manuales o intelectuales a la gestión de los intereses colectivos de una persona administrativa. En pocas palabras, los funcionarios públicos son

⁴⁹ Sentencia de Amparo, Referencia: 227-2000 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 2000).

⁵⁰ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 27-2008 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 2008)

⁵¹ Sentencia 26-2008 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 2009)

“aquellos que desempeñan algún cargo dentro de la Administración del Estado y que participan en el ejercicio de funciones públicas...”⁵²

Los ciudadanos⁵³ forman parte de las relaciones jurídico administrativas como sujetos pasivos de la Administración Pública. Los ciudadanos, también denominados administrados, por principio y salvo expresa excepción o exigencia legal, concurren al campo del derecho administrativo, para actuar en él, con el status que le reconoce o asigna el derecho, para poder gozar y exigir los mismos por pertenecer a su esfera jurídica de derechos brindados por la Constitución.

La específica personalidad que tienen los ciudadanos para actuar en el campo del derecho privado, no los limita para que ocasionalmente, desplieguen sus derechos en el campo del derecho público, del mismo modo que la originaria o específica capacidad de las entidades públicas para actuar en el campo del derecho público, no se opone a que éstas puedan actuar en la esfera del derecho privado.

2.2. Función Pública

Como un elemento más, que pueda ayudarnos a diferenciar en la especie de los servidores públicos, en cuanto a los funcionarios y empleados públicos, se desarrolla un conjunto de conceptos e instituciones jurídicas administrativas básicas para el ejercicio de la misma, fundamentándose desde luego en el derecho positivo o punto de partida para conocer lo referente a la actividad que desempeñan los referidos funcionarios y empleados públicos. Al referirse a la naturaleza jurídica del acto creador de las relaciones entre ellos y el Estado, en el entendido de que en la función pública los empleados y funcionarios son titulares de las diversas esferas de competencias en las que se dividen las atribuciones del Estado, están regidos por normas de derecho público.

⁵² Henry Nézard, *Tratado de Derecho Administrativo sobre la Teoría Jurídica de la Función Pública*, (París: Ed. Tiran Lo Blanch, ed. 1ª, 1901) 17

⁵³ Luis Miguel Arrollo Yanes, *La carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos*, (Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1994) 105

En el mismo orden de ideas, se exponen diversas nociones sobre el termino función pública;⁵⁴ pero para poder enunciar dichas nociones, es imprescindible hablar sobre el origen etimológico de la palabra “función”, la cual deriva de la voz latina “*functio*” perteneciente a la misma raíz del verbo “*fungor-fungi*”, que quiere decir cumplir, ejecutar, desempeñar. Se deduce que la función es un concepto dinámico que indica una actividad, movimiento. Puede decirse entonces que función es toda actividad ejercida por un órgano para la realización de un determinado fin.

La Ley de Ética Gubernamental la define técnicamente en su artículo 3 letra “a”, estipulándola como toda actividad temporal o permanente, remunerada o ad honorem, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio de éste o de sus entidades en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Respecto a la función pública existen dos tesis, que hablan sobre la naturaleza jurídica del acto creador de la función pública: a) la que sostiene que es un acto unilateral del Estado, que expone que la relación del servicio no solamente no es contractual, sino que ni siquiera requiere el consentimiento del particular; que ella constituye una obligación que imperativamente se impone por el Poder Público; y b) la que afirma que es un acto contractual, esta le otorga carácter contractual al acto creador de la función pública, considera que ésta nace de un contrato administrativo, pues existe un concurso de la voluntad del Estado que nombra y la del nombrado que acepta, sin que haya una perfecta igualdad entre las partes, ni que el Estado fije previa y unilateralmente los derechos y obligaciones del empleado o funcionario o que los pueda modificar en la misma forma durante la prestación del servicio.

A diferencia de este último, en las relaciones jurídicas basadas en el derecho civil se reconoce la existencia de los contratos de adhesión, en los que una de las partes fija de

⁵⁴ Julio Rodolfo Comadira, Et. Al.: *La Profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, (México: INAP, 2002) 16

antemano las condiciones a las que la otra parte simplemente se adhiere, no afectando la naturaleza del contrato si el empleado o funcionario, con conocimiento de causa, consiente desde un principio, que el Estado pueda variar las condiciones originales del acto.

Al analizar las tesis expuestas, se concluye que el acto de nombramiento o de investidura para un cargo público no es ni un acto unilateral, ya que no se puede imponer obligatoriamente, ni un contrato, porque él no origina situaciones jurídicas individuales.

Entonces es necesario considerarlo como un acto diverso cuyas características son: la de estar formado por la concurrencia de las voluntades del Estado que nombra y del particular que acepta el nombramiento, y por el efecto jurídico que origina dicho concurso de voluntades que es, no el de fijar los derechos y obligaciones del Estado y del empleado, sino el de condicionar la aplicación a un caso individual (el del particular que ingresa al servicio) de las disposiciones legales preexistentes que fijan en forma abstracta e impersonal los derechos y obligaciones que corresponden a los Titulares de los diversos Órganos del Poder Público.

2.2.1. Concepto de Función Pública

El concepto establecido por la jurisprudencia establece que, son las actividades que desarrolla el Estado y mediante las cuales persigue el cumplimiento de sus fines, la doctrina, partiendo de la forma de gobierno republicana, tiende a identificar tres funciones públicas básicas en razón de los tres órganos fundamentales del gobierno: la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa; criterio que se apoya, a su vez, en la teoría de la separación de poderes instaurada por Montesquieu: “*Que el que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute.*”⁵⁵

⁵⁵ Sentencia, Referencia: 19-21-PC-SCA (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2019)

Se define la función administrativa como el cometido esencial y permanente de la Administración, cuyo objeto es satisfacer necesidades públicas de manera regular y continua. De ahí que un elemento que la caracteriza es la defensa de intereses generales, la cual se materializa a través de actuaciones y omisiones administrativas, conceptos jurídicos propios del derecho administrativo. Dentro de tales categorías jurídicas, y conforme con lo establecido en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), se encuentran: los actos administrativos, los contratos administrativos y la actividad material constitutiva de vía de hecho sobre las sanciones administrativas; y, por otra parte, la inactividad material referida a la omisión administrativa.

2.2.2. Relación Jurídica Emergente de la Función Pública

Para manifestar una noción que puede extraerse de forma común para todas las ramas del derecho, se puede concebir en un primer momento como aquella relación intersubjetiva que enlaza elementos del ordenamiento jurídico y que produce efectos jurídicos, por ello, se puede decir que es el vínculo que une a dos o más sujetos de derecho, por el cual uno de ellos, titular de un derecho subjetivo, puede exigir del otro el cumplimiento de una obligación.

Es una relación bilateral que establece una obligación y un derecho; pero el verdadero concepto que se le puede aplicar a la presente investigación, es el que atiende la índole en la relación del servicio público de la Administración, ya que no posee la libertad de elegir a sus empleados o funcionarios, siendo éstos los que deben reunir ciertas condiciones para poder ser parte de ésta, fundadas bajo el régimen de dos categorías que son generales y especiales: en las generales encontramos las de carácter jurídico y moral, y en las especiales de carácter profesional, que son determinadas por la naturaleza del servicio.

Una relación jurídica con la administración se origina primeramente a través de una designación de los funcionarios y empleados públicos, es por esto que les impone una serie de requisitos que en sentido estricto deben ser cumplidos y dentro de éstos se debe contemplar la idoneidad como requisito primordial para garantizar el fiel cumplimiento de los deberes que impone la función pública. Es así, que para el campo del Derecho Administrativo la aplicación de la relación jurídica tiene lugar con el surgimiento del Estado de Derecho, con el cual se transformó al individuo de un sujeto de poder a un sujeto de derecho, al someter al Derecho la actuación del Estado y proteger los derechos subjetivos de los gobiernos.

Es por lo expuesto que, en la referida relación de derechos y obligaciones, en la que uno de los sujetos es la Administración Pública, se ve intrínseca la relación jurídico-administrativa, por encontrarse los derechos y obligaciones en mención regulados en un régimen de Derecho Administrativo sustantivo, puesto que si aquellas surgen por el sometimiento de la administración a normas de Derecho Privado, la relación tendrá dicha naturaleza, debido a la manifestación de voluntad que nace por medio de la administración; será entonces en dichos casos que el acto y la pretensión que nazca de este, será competencia del poder jurisdiccional en materia administrativa.

Finalmente, se define la relación jurídica administrativa como la que queda constituida como el vínculo intersubjetivo que se establece para la regulación del bien común, de acuerdo con las exigencias de la justicia distributiva, generando un intercambio proporcional de prestaciones recíprocas entre la Administración Pública centralizada o descentralizada y el sujeto administrado, suponiendo un vínculo de comparación con relaciones virtuales y la preexistencia accesoria de relaciones interorgánicas e interadministrativas, sistematizado en el Derecho Administrativo.

2.2.3. Naturaleza Jurídica de la Función Pública

El Estado desarrolla sus funciones públicas de beneficio colectivo por medio de individuos que forman parte de un sistema especial denominado régimen administrativo o régimen de la Administración Pública. Dicho sistema está formado por el personal

laboral del Estado que, dadas las funciones especiales que desarrolla se encuentra en un régimen laboral privativo el cual obedece a características jurídicas propias con asidero en la Constitución de la República y en normas secundarias especiales.

En la doctrina ha sido muy debatida la determinación de la naturaleza jurídica⁵⁶ que caracteriza la relación existente entre el Estado y sus funcionarios o empleados, esto en razón del servicio que prestan; la función pública es considerada de Derecho Público por responder a la satisfacción de necesidades de una colectividad y por existir de parte de los funcionarios una relación de subordinación respecto a la Administración.

Es así, que también la jurisprudencia expone que a diferencia de los trabajadores privados, en el sector público, la relación laboral que se establece entre el servidor y el Estado está unilateralmente determinada por este último, quien de forma general e impersonal establece por mandato constitucional y legal, las condiciones de los servicios públicos y decide por complejos mecanismos a quién se nombra para la prestación de los mismos, con lo cual el nexo que liga a los servidores públicos con el Estado es de Derecho Público Administrativo.⁵⁷

2.2.4. Clasificación de la Función Pública

La actividad administrativa del Estado constituye otra función importante por la evolución histórica y política de su organización.⁵⁸ Dicha actividad puede realizarse indistintamente a través de actos jurídicos de diversa clase o especie cuyas formas no deben constituir obstáculo o impedimento para su ejecución oportuna y efectiva; en virtud de ello los planes ejecutivos de toda la administración deben admitir el acoplamiento al ordenamiento jurídico positivo.

⁵⁶ Alfonso Luciano Parejo: *Eficacia y Administración* (Madrid: Ministerio de las Administraciones Públicas, 1994) 114

⁵⁷ Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 63-2007/69-2007 citada supra.

⁵⁸ Mauricio Alfredo Clará, et. al.: *XXV Aniversario de la Constitución de El Salvador* (El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2008) 13.

En atención a estas ideas la función administrativa puede concebirse como la serie de actos que la ejecución de las leyes satisface o tienden a satisfacer en concreto los intereses generales. Por ello la Administración dispone directa e inmediatamente de instrumentos jurídicos y materiales para su consecución lo cual se refleja en las atribuciones que tiene cada Ministerio que confirman la razón de ser del Estado.

La función pública puede clasificarse principalmente como:

- **Una actividad jurídica:** Los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio que realizadas por los funcionarios públicos constituyen actuaciones materiales y operaciones técnicas en el ejercicio de la función administrativa. Los hechos son ejecución de actos ya que dan cumplimiento o realización material a la decisión que el acto implica, esto no siempre es así ya que pueden presentarse actos que no son ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal.
- **Una actividad no jurídica:** cuando no configura un acto o hecho jurídico administrativo, al no manifestar la voluntad estatal con los elementos necesarios del primero.

En cualquier actuación material de la administración se puede deducir cual ha sido la voluntad que la ha precedido, ya que para que exista un acto es necesario encontrar esa declaración de voluntad que se manifiesta intelectivamente y no a través de su directa ejecución; en relación a lo anterior sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza formalmente como tal y no a través de su ejecución; es así como esta decisión es concreta y dada a conocer a través de los hechos reales de los demás individuos. Las decisiones manifestadas por la administración se dan a conocer por medio de hechos que tienen significado simbólico; por otro lado, el acto nunca contiene la ejecución de la idea que expresa, se refiere a los casos en que el acto consiste en una decisión o una declaración de voluntad.

2.2.5. Régimen Jurídico

La base constitucional de la función pública la constituye el artículo 159 que establece que para la gestión de los negocios públicos habrá las Secretarías de Estado que fueren necesarias entre las cuales se distribuirán los diferentes ramos de la administración. Estas secretarías están a cargo de un ministro que actúa con la colaboración de uno o más viceministros, además de la existencia de un consejo de ministros que estará integrado por el presidente y el vicepresidente de la República y los ministros de Estado.

De la misma manera, el artículo 168 de la Constitución de la República regula atribuciones y obligaciones al presidente de la República en aras del buen funcionamiento de la Administración Pública, quien debe estar pendiente del cumplimiento de los intereses de los administrados. Asimismo, la función pública es regulada en leyes secundarias entre las cuales se encuentran la Ley de Ética Gubernamental y su Reglamento, en la que se establecen normas para promover el desempeño ético de la función pública y se sanciona administrativamente la corrupción de los servidores públicos que se prevalecen de sus cargos para cometer actos ilícitos.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa refiere que las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos emitidos por funcionarios y empleados de la administración serán del conocimiento del órgano jurisdiccional en materia Contencioso Administrativa. La Ley de Procedimientos Constitucionales regula en el artículo 12 que cualquier ciudadano puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional cuando alguna acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus órganos descentralizados violente algún derecho de los administrados en cumplimiento de la función pública.

El Código Municipal hace referencia a la actividad que deben realizar los funcionarios municipales en cumplimiento de la función pública que les ha sido encomendada, la cual deberá desarrollarse en concordancia con la ley evitando incurrir en responsabilidad por los actos emitidos. La Ley de la Carrera Administrativa Municipal

regula el ingreso, la actuación y la igualdad de oportunidades para los empleados y funcionarios dentro de la Administración Pública verificando que éstos puedan cumplir con los requisitos exigidos por la misma para garantizar la eficiencia en el desempeño de sus cargos.

Finalmente es de hacer notar la importancia que reviste la existencia de Leyes o Reglamentos que de forma específica habiliten a la administración para actuar material y jurídicamente en determinados ámbitos de la vida social y que describen el modo en que ésta deba desarrollar su actividad, en razón que dicha actividad tiene como fin último la satisfacción y protección de los intereses de la colectividad. De lo anterior, se cita la Ley de Procedimientos Administrativos, como ley sustantiva por medio de la cual se regula el actuar de la voluntad de la Administración Pública, que sustenta las pretensiones impugnables o de ilegalidad para la apertura del proceso contencioso administrativo.

2.3. El Acto Administrativo

En el presente epígrafe, se realiza un estudio enfocado al acto administrativo como parte de la rama del Derecho Administrativo, figura esencial en la presente investigación por ser un requisito *sine qua non* para la configuración de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, figura que será desarrollada más ampliamente en el capítulo cuarto de la presente investigación. Por consiguiente, se expone que la necesidad de obtener un acto administrativo previo, es lo que dará nacimiento a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, por medio de alguna posible negligencia en el actuar de un servidor público; por ello, es necesario establecer los requisitos de existencia y validez de esta figura, para así poder determinar si realmente es competencia del operador de justicia de esta rama del derecho conocer la figura de la responsabilidad por daño moral, generando una línea diferente del trato y exigencia del reparo a realizar.

El acto administrativo sustentado en la voluntad emanada por la administración pública, que nace de la competencia atribuida por las normas sustantivas, da cabida a que

en la presente investigación se relacionen las instituciones jurídicas que lo involucran, para determinar los posibles motivos de impugnación que se generan en el procedimiento administrativo, por no cumplirse con los requisitos de existencia y validez que dicha figura jurídica requiere por ministerio de ley; lo expuesto conlleva a que posteriormente el Derecho Administrativo Español planteara un estudio de dichas instituciones jurídicas en la perspectiva del procedimiento administrativo.⁵⁹

Es así, que esta institución jurídica se va gestando, por medio de una concatenación de normas jerárquicamente ordenadas, de las cuales surgen los actos que las instituciones públicas realizan, con trascendencia jurídica hacia los ciudadanos. A partir de esta aparición del acto o voluntad, la acción administrativa puede ser impugnada en vía administrativa o en vía jurisdiccional.

En consecuencia, de lo expuesto, es necesario aclarar que el acto administrativo surge como expresión práctica del principio de separación entre Administración y Justicia, siendo un acto jurídico exento del poder jurisdiccional del Juez, ya que este último posee facultad constitucional de juzgar y ejecutar lo juzgado, siendo irrevocable su decisión, a diferencia del poder administrativo que está sujeto a este último, en las condiciones ya mencionadas.

Como contribución de lo expresado, se expone que en la doctrina Alemana se formula la teoría del acto administrativo sobre el modelo de la sentencia judicial, como acto que decide autoritariamente la situación jurídica del súbdito en un caso individual; por otro, la teorización de una decisión ejecutoria como el acto administrativo prototípico, que se mantiene aún en la doctrina francesa. La primera de estas dos concepciones liga el concepto de acto administrativo a la doctrina de la división de poderes; la segunda orientación, que identifica acto administrativo con el acto dictado por la Administración con una especial fuerza hacia el súbdito, discrimina notoriamente entre todos los actos

⁵⁹ Víctor Rafael Hernández Mendible, *El régimen de invalidez de los actos administrativos* (El Salvador: Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2018), 4-9.

jurídicos de la Administración, para limitar la teoría de los actos relacionales Administración-súbditos; por ello, el acto administrativo supone el ejercicio de actividades o casos concretos, de ahí que todo acto que tenga carácter general o abstracto no será un acto administrativo, pero podrá ser un acto de la Administración.⁶⁰

Como conclusión doctrinal, se puede decir que el acto administrativo es toda declaración de voluntad, siendo así que se descartan todas las posibles actividades de la Administración que no sean específicamente emanaciones de la voluntad estatal. En cuanto a la manifestación que se le atribuye su aplicación unilateral, sirve para diferenciar con la consecuente figura que también expresa la voluntad de la Administración Pública como son, los contratos administrativos, los cuales nacen a la vida jurídica por medio de dos voluntades, la primera en la que el administrado se somete a colaborar con la Administración Pública en la ejecución de sus funciones públicas, como lo es el brindar los servicios de carácter público que satisface necesidades fundamentales, por medio de la aceptación por parte del administrado en una contraprestación económica, entre otros tipos de contratos públicos.

En el mismo orden de ideas, se expone que la Administración Pública está dotada de una singular fuerza frente a los administrados, desde sus inicios, por lo que evitando la paralización del poder público se veía necesario excluir la injerencia jurisdiccional frente a sus actos como Administración, atribuyéndola a exorbitantes poderes cuya utilización partía de la producción del acto cuya efectividad llevaba ínsita aquellos poderes. El sentido del acto administrativo como límite del poder judicial se modifica para poner énfasis en la mejor defensa del particular frente a la Administración, considerando el acto administrativo como el foco de atención de las posibilidades defensivas de los administrados ante ella; es así que se remite a la sujeción de la Administración al principio de legalidad, y somete al actuar administrativo en su concreción de acto, a la posible intervención jurisdiccional controladora.

⁶⁰ Hesbert Benavente Chorre, *La notificación como condición de eficacia de los actos administrativos. Con especial referencia al derecho administrativo peruano* <https://bit.ly/3OIkJuo>

El acto administrativo lleva aparejadas ciertas consecuencias que difieren de los actos jurídicos de los particulares o administrados; por cuanto los actos administrativos pueden imponer a los particulares determinadas conductas, producto de su vigor y efectividad. El particular titular de un derecho debe acudir a los tribunales para que por éstos le sea reconocido, a diferencia de la Administración que no tiene por qué acudir, pudiendo llevar a efecto materialmente por sí misma la declaración contenida en el acto sin el auxilio de aquellos. La administración está subordinada a la Ley, que le impone condiciones y límites.

Ahora bien, partiendo de la existencia de la regulación sustantiva, sujeta a la Ley de Procedimientos Administrativos, la definición otorgada por los legisladores define al acto administrativo como: "...acto administrativo toda declaración unilateral de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, productora de efectos jurídicos, dictada por la Administración Pública en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria"; siendo la definición adoptada e utilizada actualmente, extraída de los criterios subjetivo, objetivo y formal del acto administrativo.

2.3.1. Elementos del acto administrativo

Tal y como lo establece el Doctor Henry Mejía, *"en el Derecho salvadoreño ha sido fuertemente influenciada por la doctrina española, a través del legado monográfico de GAMERO CASADO, sobre la teoría del acto administrativo, donde determina que el acto se compone de los elementos: subjetivo, objetivo, formales y teleológico."*⁶¹

Ahora bien, es por medio de los elementos doctrinales que se parte con la existencia de la regulación sustantiva, sujeta al artículo 22 de la Ley de Procedimientos Administrativos, para dar la presencia a los requisitos de aplicación del acto

⁶¹ Henry Alexander Mejía, *Manual de Derecho Administrativo*, (El Salvador: Ed. Cuscatleca; 2022) 184.

administrativo, los cuales parten de la teoría francesa de los elementos estructurales del acto administrativo: Y en atención a la presente investigación, todos estos elementos son indispensables porque a través de ellos se verificará la validez de cada actuación administrativa.

2.3.2. Diferencia entre Actos y Hechos Administrativos

La teoría de los hechos tiene importancia en el derecho administrativo, ya que existe correlación entre el derecho privado y el público, al ser ambos los que elaboran sus conclusiones sobre nociones similares. Como concepto genérico de hecho jurídico, se ha establecido que son las atribuciones que poseen una consecuencia jurídica, siendo contempladas previamente por el derecho sustantivo. El hecho administrativo es toda la actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa. Dicha actividad es productora de efectos jurídicos directos o indirectos.

Por lo expuesto, se aclara que el hecho administrativo exterioriza la función administrativa, con prescindencia de que sea el resultado de un acto administrativo, o se trate simplemente del desarrollo de la actividad que dicha función requiere en el cumplimiento de sus cometidos, en cuyo caso la ejecutoriedad viene dada por una norma de alcance general. De cualquier modo, es un hecho jurídico, en tanto y en cuanto produce consecuencias jurídicas, ya que proviene de la Administración Pública estatal o no estatal e incide en la relación jurídico-administrativa.

Lo mismo que en derecho privado, en derecho administrativo pueden tener importancia jurídica no sólo los hechos humanos, vale decir los realizados por el hombre, sino también los hechos del mundo externo ajenos al hombre, o sea los hechos naturales.

Los hechos administrativos se concretan en comportamientos materiales, es decir en el ejercicio de una actividad física de órganos de la Administración. Tales hechos

pueden ser realizados para ejecutar un acto administrativo; pueden ser realizados con independencia de un acto administrativo anterior, o pueden ser cumplidos incluso para declarar la voluntad de la Administración, en cuyo supuesto tales hechos pueden tener valor de declaración tácita de la voluntad administrativa. El hecho administrativo constituye también un acto administrativo. Los hechos administrativos se rigen, en principio, por reglas análogas a las aplicables a los actos administrativos.

Gran parte de las vinculaciones de la Administración Pública con los administrados o particulares, tiene por base a un acto administrativo. El acto administrativo es la forma esencial en que la Administración Pública expresa su voluntad, sea de modo general o de un modo particular o especial. El acto administrativo es también sustancialmente jurídico. Proyecta sus efectos hacia lo externo de la Administración Pública, y tiende a regular o disciplinar las relaciones de ésta con los administrados. En esto se distingue netamente el acto de administración, cuya eficacia, como acto, se agota en lo interno de la Administración Pública, no regulando ni disciplinando relaciones con terceros. Aunque la Administración Pública haya existido siempre en el Estado, cualquiera fuese la etapa o el régimen jurídico de éste, no ocurre lo mismo con la noción de acto administrativo. Esta noción es contemporánea al constitucionalismo⁶², a la aparición del principio de separación de los poderes y a la sumisión de la Administración Pública al Derecho.

2.4. Aspectos Doctrinarios del concepto de Daño

Autores como Zannoni⁶³ definen al daño en razón del efecto que es resarcir todo aquello que se haya ocasionado y que representa un presupuesto o elemento indispensable para la responsabilidad civil; así, él señala que el daño es *“uno de los presupuestos de la obligación de resarcir”*. Además, Zannoni dice que el término daño es *“apto para designar todo menoscabo patrimonial y no patrimonial”*. Coincidiendo con Zannoni,

⁶² Eberhard Schmidt-Assmann, *“La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema”*, 1ª ed. (Madrid: Marcial Pons, 2003), 318.

⁶³ Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, (Argentina, Astrea, 1993)

Stiglitz y Echevesti expresan que el daño es “*un presupuesto de la responsabilidad civil*”, y lo definen como “*lesión o menoscabo a un interés patrimonial o extrapatrimonial acaecido como consecuencia de una acción*”.⁶⁴

En una definición genérica, concluyente de las opiniones antes dadas por los doctrinarios, se puede decir que el daño es toda lesión, menoscabo o pérdida de algún beneficio de índole material, psíquica o espiritual, ya que, el daño no solamente se ocasiona en objetos, derechos o cosas, sino en la intimidad de la persona titular de los mismos.⁶⁵

En la existencia de los tipos de daño, como figura necesaria para la indemnización que nace de la responsabilidad, encontramos diversas opiniones por los doctrinarios:

- Para el autor Jorge Arriaga⁶⁶, la doctrina clasifica los daños en función de diversos criterios lo más habitual es clasificarlos según su naturaleza, esto permite distinguir entre dos grandes grupos: el de los daños patrimoniales o materiales y los daños extra patrimoniales o morales.
- Elena Vicente anota que el daño que interesa a los juristas es el “daño reparable”, porque es el “daño jurídicamente relevante”. Divide a los daños en dos bloques, los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales.⁶⁷
- Para la autora Matilde Zavala, el daño “es la pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido” y extiende su definición a los derechos simples o, de hecho, como los observados por la moral, las buenas costumbres o el orden público, siendo entonces establecidos como daños privados o resarcibles, los

⁶⁴ Gabriel Stiglitz y Carlos Echevesti, “El daño resarcible”, en Lucia Alejandra Mendoza Martínez, La acción civil del daño moral.

⁶⁵ Mendoza Martínez, La acción civil del daño moral. 20

⁶⁶ Jorge Sergio Arriaga Martínez, *Clasificación Del Daño, La Reparación Integral Y Su Alcance En El Proyecto De Vida* (México: Cedip, 2018), 4. <https://bit.ly/3LLrRQF>

⁶⁷ Vicente Domingo, Elena, “*El daño*”, en Reglero Campos, Luis Fernando et al., *Lecciones de responsabilidad civil* (Navarra, Arizandi, 2002)

cuales se dividen a su vez, en un lado como daños patrimoniales o materiales, y por otro, en morales, extrapatrimoniales o espirituales.⁶⁸

- Para el autor Roberto Brebbia, los daños resarcibles que conoce el derecho contemporáneo son daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales o morales; los primeros son aquellos en donde la lesión nace de la conculcación de un derecho o bien patrimonial; por su parte, los daños morales resultan de la violación a un derecho o interés jurídico de naturaleza extrapatrimonial, por ejemplo, lesiones o menoscabos a la integridad física, al honor, a la libertad u otros derechos de la personalidad.⁶⁹
- Para Rojina, el daño puede ser patrimonial o moral; el daño patrimonial es todo menoscabo sufrido en el patrimonio en virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho. En cambio, el daño moral es toda lesión sufrida por la víctima en sus valores espirituales: honor, honra, sentimientos y afecciones.⁷⁰
- Para el autor Bejarano Sánchez, quien en términos simples expresa: el daño es una pérdida, no solamente pecuniaria, sino recae también en la integridad física de las personas, en sus sentimientos, afecciones, ya sea por un hecho ilícito culpable o por un riesgo creado.⁷¹

En virtud de lo expuesto anteriormente, se concluye que, al clasificar la definición de daño en dos tipos, se señaló que estos últimos pueden producir otros daños morales y materiales; Además, se entiende que los daños son una pequeña parte de la responsabilidad

⁶⁸ Matilde Zavala de González, *Daños a las personas. Integridad física* (Argentina: Hammurabi, 1996) 29.

⁶⁹ Roberto Horacio Brebbia ., “Responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina”, *Rivista di diritto della integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina*, núm. 10 (2000): 43.

⁷⁰ Rafael, Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, (México: Porrúa, 2006) 305.

⁷¹ Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones civiles* (México: Oxford, 1999) 194.

civil. Luego está la formación de los daños y perjuicios necesarios para la responsabilidad, que se causen por actos ilícitos o por algún riesgo surgido con motivo de actos administrativos o judiciales; Sin embargo, sólo se convierte en responsabilidad a instancia de un tercero que sufre daño en sus bienes materiales o morales; Además de que toda persona, como norma de derecho, está obligada a responder de sus actos cuando corresponda. Por lo tanto, si no hay lesión o daño causado por comportamiento ilegal o peligro, no hay daño ni posibilidad de responsabilidad civil.

En relación con las concepciones antes vistas, el autor Luis Moisset De Espanés expone que de una manera muy general se habla que una vez constituido el daño, como una consecuencia o efecto del hecho generador que lo ha causado, se generan consecuencias dañosas que se proyectan a lo largo del tiempo y a veces durante períodos bastante extensos, por lo que si lo que se pretende es determinar la actualidad o futuridad del mismo, con relación al momento de la comisión del hecho generador, todos los daños serían posteriores, es decir, "futuros";⁷²

Es así que para una mejor comprensión Ochoa Olvera define el daño actual como *“aquel producido al momento que el Juez toma en cuenta para fijar el resarcimiento; se produce con la iniciación de la demanda, producción de la prueba, sentencia, entre otras cosas, o sea aquel que se da en el momento en que surge la controversia, cuya existencia, magnitud y gravedad se asimilan al hecho ilícito que lo produce; se suele denominar doctrinariamente al daño actual con la expresión “daño emergente” oponiéndolo al daño futuro que estaría constituido por el “Lucro Cesante”, definido como la pérdida del provecho, utilidad beneficio o ganancia.”*⁷³ Y al respecto del daño futuro, Mosset Iturraspe le define como *“aquel que nunca presenta en el momento de la controversia las tres características del Daño Actual, es decir existencia, magnitud y gravedad, sino que,*

⁷² Luis Moisset de Espanés, *Reflexiones sobre el "Daño Actual" y el "Daño Futuro", con relación al Daño Emergente y al Lucro Cesante* (Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005) 3-4.

⁷³ Salvador Ochoa Olvera, *La demencia por Daño Moral*. (México: Monte Alto, 1996) 148.

al producirse el hecho ilícito, este será, consecuencia directa del evento dañoso, que se actualiza con posterioridad.”⁷⁴

De los momentos desarrollados, sigue exponiendo Luis Moisset De Espanés que *es conveniente recordar que en la dimensión temporal no se encuentra en el pasado, el presente y el futuro, ya que pasado y futuro pueden imaginarse como "cantidades" de tiempo, susceptibles de medición; el presente, en cambio, no es más que un punto, en perpetuo movimiento, que va desplazándose a lo largo del hilo de nuestra vida, y transformando lo que hasta hace un instante era "futuro", en un definitivo e irrecuperable pasado, por lo que si se analiza el tiempo físico, o tiempo material, el presente solamente puede ser un punto, pero desde el punto de vista de las realidades jurídicas, que son distintas de las realidades físicas, se encuentran dimensiones de "tiempo ideal", que son diferentes a las realidades físicas del tiempo; así, por ejemplo, una conferencia, o la lectura de un fallo, que temporalmente tienen un "antes" y un "después", a partir del instante en que se iniciaron, hasta el momento en que finalizan, idealmente forman una unidad temporal única.*⁷⁵

En esa dimensión jurídica del tiempo, que idealmente reúne varios momentos en uno solo, el presente puede exceder los límites del punto y adquirir cierta proyección temporal. Ahora bien, cuando en el terreno de lo jurídico hablamos de "daños actuales", se refiere a consecuencias que ya han sucedido, es decir que se encuentran en el pasado, con relación al momento que elegimos como punto de referencia; y los "daños futuros", son aquellos efectos nocivos que todavía no se han concretado, aunque a veces sea forzoso que deban producirse, siendo importante determinar con precisión cuál es el momento ideal que se tomará jurídicamente como "presente", es decir como punto separativo entre el pasado y el futuro.

⁷⁴ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad Civil por Daños* (Argentina: Ediar, 1982) 152.

⁷⁵ Luis Moisset de Espanés. Ob cit.

2.4.1. Profundización doctrinaria de la Figura de Daño Moral

Cuando hablamos de daño moral, hacemos referencia a un tipo específico de daño civil, en el cual se vulnera la esfera extrapatrimonial del ciudadano o el particular, según sea el caso; es así que, al estudiar la moral como tal, se puede definir como todo lo que involucra la ciencia y conducta espiritual en sentido abstracto, esto quiere decir que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Se considera lo anterior, con lo manifestado por diversos autores, los cuales exponen que el daño moral como una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquel que se encontraba antes del hecho, como consecuencia de este y anímicamente perjudicial. En esa definición se hace hincapié en que el daño, en la lógica de su resultado, impone a las personas una situación desventajosa, la cual se habría evitado si no se hubiese producido el daño, pero tal es la importancia de la responsabilidad civil, ya que concede al lesionado una acción válida para solicitar la reparación de sus bienes.

Es así que se fundamenta al daño moral como parte de los derechos de la personalidad, siendo necesario proteger la esencia de la misma y sus cualidades; en cuanto al perjuicio moral directo que genera dicho daño, se entiende como el detrimento causado en el ciudadano o tercero, que muchas veces causa vulneración en la emoción y estados de ánimo de las personas, siendo entendible que puede sufrir con el mismo un detrimento en el honor, reputación, afectos o sentimientos en los ciudadanos, por una acción culpable o dolosa.

Al hablar sobre daños morales, los autores definen diversos campos en los que abarca una definición final, por lo que se exponen las siguientes posturas:

- Alessandri Rodríguez refiere que el daño moral “*..es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad*”

*humana; en último término todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño..”*⁷⁶

- Gutiérrez y González, amplía la concepción de patrimonio, diciendo que “...*existe un patrimonio moral y uno pecuniario; los cuales puede coexistir entre sí, siendo el daño material y el moral, siendo que a este último lo preservan los derechos de la personalidad...*”. Según la teoría moderna, la figura del daño se visualiza en los supuestos complementarios de responsabilidad civil contractual y extrapatrimonial, lo que significa que, si alguien causa daño o perjuicio a otra persona, éste debe responder de su conducta ante la denuncia de la víctima. o la parte afectada.⁷⁷

Por todo lo expuesto por los autores, el daño moral es la privación de importantes valores en la vida humana, es decir, la paz y la tranquilidad de la mente, la libertad personal, la integridad del cuerpo, el honor y otros sentimientos espirituales. Con base en lo anterior y teniendo en cuenta los factores comunes que constituyen el daño, distinguimos el daño moral, que incluye los bienes dañados, que será una forma de entender cómo entiende el derecho el daño moral, es decir, cuándo se produce el atentado.

En bienes no familiares cuando se vulnera el derecho a la propiedad personal, indica una vulneración moral. En última instancia, el sesgo moral es cualquier acto u omisión, ya sea intencional o negligente, que resulte en daño directo, violación o daño a un individuo. Las emociones, los sentimientos, el honor, la reputación, etc., legalmente reconocidos para su protección y defensa.

⁷⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno, tomo 2 (Santiago: Imprenta Universitaria, 1943), 475, citado por Mauricio Tapia Rodríguez, “*Daño moral de las personas jurídicas en el derecho chileno*”, Revista Critica de Derecho Privado, n° 11 (Chile, La Ley Uruguay, 2014): 1312

⁷⁷ Ernesto Gutiérrez y González, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio*, (México, Porrúa, 1990) p. 779.

En razón de esto, los daños de índole moral resultan ser de dos formas: En un primer momento los que afectan la parte social del patrimonio moral: honor, reputación, entre otros. y los que atacan la parte afectiva del patrimonio moral, dolor, tristeza, soledad, entre otros. Asimismo, son considerados como daños morales los que originan directa o indirectamente daños patrimoniales.

Analizando la figura del daño moral, se puede establecer una serie de supuestos o requisitos que lo conforman:⁷⁸

- El atentado a un derecho de la personalidad moral o espiritual: la libertad, dignidad, respetabilidad, decoro; es decir todas a aquellas facultades que como personas poseemos y ejercemos internamente.
- El dolor no físico, o sea que el dolor causado no es visible, es impalpable materialmente para los sentidos.
- La alteración psíquica o una grave perturbación; lo que significa que de dicho daño hubo una consecuencia que tuvo trascendencia e incidió negativamente en la vida de la persona.
- La lesión en los efectos, aquí se hace referencia a que evidentemente con la conducta del agresor se destruye espiritualmente a la víctima de la ofensa.

2.4.2. Daño Moral y Perjuicios

Siguiendo con la línea de ideas, se relaciona el daño con el perjuicio en el sentido de definirse el primero como la lesión, deterioro, pérdida o detrimento en los bienes extrapatrimoniales; el perjudicado del mismo tiene derecho a ser indemnizado por el causante de los daños que este haya causado 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. En cuanto al perjuicio, este se da cuando el acto ilícito le genera

⁷⁸ Roberto García López, *Responsabilidad civil por daños morales* (Barcelona, Editorial Bosch, 1990): 163

un daño material o moral al perjudicado en un derecho que ha de ser indemnizado por el causante.⁷⁹

2.4.3. Presupuestos Necesarios del Daño Moral

El daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o si se prefiere de la responsabilidad jurídica que deviene del sometimiento del ciudadano por la determinación de una sanción procedente una norma jurídica de la que es destinataria, configurable por haberse transgredido su prohibición o mandato; de lo anterior se comprende que no existe dicha responsabilidad si no hay perjuicio, sin embargo, para que el menoscabo llegue a generar responsabilidad, debe haberse generado en base a un acto antijurídico que se le atribuye a un sujeto a título de culpa, dolo u otro factor de atribución objetivo, mediando además una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable y el daño.⁸⁰

Para existir responsabilidad por daño moral, la doctrina establece que debe constar la concurrencia de los tres requisitos:⁸¹

Antijuricidad: Es fundamental reiterar la inexistencia de esta responsabilidad si no se ha producido un daño, pero ello no quiere decir que la antijuricidad dependa enteramente del daño o de las consecuencias del mismo, ya que esta, implica un presupuesto de responsabilidad. Con base en lo anterior, se puede afirmar que la antijuricidad es un acto de desprecio por la justicia, y constituye factores materiales y objetivos necesarios para generar responsabilidad por el hecho, que da lugar a infracción o violación de una obligación legal incorporada en una disposición normativa.

- **Daño:** se considera dañoso *aquel perjuicio que se da sobre un determinado interés, es el presupuesto esencial de la responsabilidad, sin él no se puede*

⁷⁹ Maria Imelda Benítez Guevara, Ob. Cit., 256.

⁸⁰ Edwin Rafael Rodríguez Quinteros, “La cuantificación del daño moral” (tesis de grado, Universidad del Azuay, 2016), 36.

⁸¹ Eduardo Zannoni ob cit. 87

producir ninguna pretensión resarcitoria ya que sin interés no hay acción. Existirá responsabilidad sólo cuando concurra un daño y sólo cuando se determine que fue consecuencia del incumplimiento de una obligación legal, es decir, si no hay daño, no procede ninguna acción.

- **Relación causal:** se sostiene que se llamará relación causal a aquella relación que existe entre el hecho de causar el daño y las consecuencias perjudiciales; siendo un aspecto esencial del problema del daño compensatorio, pues en la práctica profesional muchas veces no se tiene en cuenta. En vista de su importancia en la realidad, no basta la existencia de esta causalidad por sí sola, es decir, la relación de causa y efecto, pues debe existir evidencia en la relación entre el daño reclamado y el daño real causado por el acto.

2.5. La Responsabilidad Jurídica

Al hablar de responsabilidad en materia jurídica, hablamos de un deber u obligación en el cumplimiento de un sujeto en las consecuencias desfavorables de su conducta, dentro de la esfera jurídica de derechos de un tercero, la cual acarrea ciertas privaciones a la persona obligada como reacción negativa del estado de su acto.

Otra forma de expresarla, pero de una forma más genérica, sería exponer a la responsabilidad *“como la obligación de aquél a quien, por cualquier título, incumben las consecuencias de un hecho dañoso, hechos que han sido desarrollados previamente, o, en otros términos, se dice que es la relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos. Así se entiende el principio de la responsabilidad, ya que es uno de los principios más importantes del Derecho y, en particular, del Derecho Público, por cuanto se desarrolla en todo el amplio espectro de éste y, especialmente, en la vida cotidiana de los individuos regulados por el ordenamiento jurídico.”*⁸²

⁸² Francisco Zúñiga Urbina, Responsabilidad Patrimonial. 114

Para el ámbito de aplicación, en la lesión del bien jurídico protegido, el cual deviene de la antijuricidad del actuar de un servidor público, por la especialidad de la materia, es la responsabilidad jurídica la encarga de sustanciar una sanción jurídica; es el Estado y sus órganos ante los cuales el sujeto activo de la relación administrativa asume una responsabilidad jurídica. Esta responsabilidad representa la coerción estatal para que el infractor cumpla los requerimientos del Derecho, la condena estatal del infractor o la rehabilitación coercitiva del derecho vulnerado. La responsabilidad se expresa como coacción del Estado por su contenido y forma, por las sanciones legales aplicadas en el procedimiento, y por la actuación de los órganos estatales en la regulación del derecho. Investigar las circunstancias del hecho ilícito, resolverlo y ejecutar efectivamente las decisiones aprobadas.

2.5.1. Materialización de la Responsabilidad Patrimonial Administrativa

Esta se materializa cuando un funcionario público en el desempeño de su cargo causa un daño al administrado ya sea internacionalmente, por error o simplemente por el desarrollo normal de la actividad que realiza o por los servicios públicos que presta, quedando dicha responsabilidad a cargo del que ha causado ese daño; este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en el artículo 245 de la Constitución de la República de El Salvador, pues se dispone que los funcionarios públicos que causaren daños morales o materiales por violación de derechos constitucionales responderán de manera personal y de no contar con patrimonio suficiente para cubrir la obligación será el Estado quien responderá subsidiariamente; es decir que es sobre el autor del daño que recae primeramente la obligación de reparación o de compensación económica, pero debido a que las actividades que desempeñan los funcionarios son las propias de la Administración, ésta se constituye también en responsable secundaria en la reparación o indemnización por el daño causado.

La obligación de reparación por los organismos e instituciones públicas, de la cual se hace referencia en el párrafo anterior, se denomina Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública; esta se puede definir como la atribuida por el ordenamiento

jurídico a la Administración Pública por aquellos daños producidos al particular, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con exclusión de los supuestos de fuerza mayor.

2.5.2. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, surge por la implementación del denominado Estado de Derecho, el cual está sometido al ordenamiento jurídico positivo, el cual propicia que la Administración sea responsable de las lesiones que el funcionamiento normal o anormal de los servidores públicos puedan producir en el patrimonio de los ciudadanos. En un sentido general, la Responsabilidad indica la obligación del sujeto a quien le incumben las consecuencias de un hecho dañoso o expone la relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos. Para la administración, el principio de la responsabilidad, es uno de los más importantes del Derecho Público, por desarrollar en todo el amplio espectro de éste, la vida cotidiana de los individuos regulados por el ordenamiento jurídico.⁸³

En cuanto a la responsabilidad del Estado Administrador, que emana de actos administrativos de la Administración Pública, generadores de daño o perjuicio injusto, se manifiesta que existen diversos sistemas de responsabilidad patrimonial del Estado, de los cuales se extensible a la materia sancionadora y deviene en la exigencia de un deber sujeto al derecho sustantivo, que brinde protección a todo ejercicio de la potestad. Por lo expuesto, se puede concluir que con la configuración de la lesión generada en el patrimonio del administrado, debe la Administración Pública indemnizar por los daños sufridos por los ciudadanos, salvo en los casos de fuerza mayor; es procedente la indemnización siempre y cuando aquella sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal por parte de los servidores públicos, englobándose en la última en primer lugar en el mal funcionamiento del servicio público, como lo es la ejecución de acuerdos

⁸³ Francisco Zúñiga Urbina, Responsabilidad Patrimonial. 115

ilegales, en segundo lugar el funcionamiento irregular por impericia, como lo es el error, negligencia o dolo, y finalmente la omisión de una actividad ordenada o el retraso en el obrar.

Es posible distinguir entre la responsabilidad de la Administración Pública (concebida genéricamente) y la responsabilidad del funcionario como persona física, esto se debe a que podría llegarse a pensar que la Administración Pública como ente ficticio existente, que no posee la naturaleza de una persona física o humana, no puede realizar o configurar directamente un daño a los particulares, por medio de su fin concerniente a velar y satisfacer las necesidades de los administrados, pero es el caso que esta materializa sus potestades a través de las acciones de los funcionarios, por lo que si dichas acciones producen un daño a terceros, independientemente de su licitud o ilicitud, es el Estado o la Administración Pública el que objetivamente se encuentra actuado y, por ende, quien debe responder.

Ahora bien, la responsabilidad mencionada en el párrafo que antecede, es de carácter patrimonial, y puede tener tanto origen contractual como extracontractual, sin importar que esta afirmación sea originaria del derecho civil, ya que esta figura es principalmente un instituto jurídico que ha sido ampliamente analizado por el Derecho Civil, y que nace primordialmente de este, razón por la cual, aunque se esté realizando un enfoque de responsabilidad naciente en el ámbito administrativo, le es aplicable la normativa en la cual esta surge como especialidad para la rama administrativa.

En consecuencia, lo anterior se entiende como responsabilidad extracontractual la que emana como consecuencia de la violación de deberes genéricos de comportamiento, sin necesidad de que entre el productor del daño y la víctima haya preexistido una relación jurídica que dé origen a esos deberes; en segundo lugar, se entiende que la responsabilidad contractual es la que nace cuando se incumple una obligación concreta, previa a la actuación dañosa, que un sujeto estaba obligado a satisfacer, dentro de las cuales podemos relacionar a las múltiples formas de contratación que puede efectuar la administración pública con los particulares.

En el mismo orden de ideas, al ser la administración pública un ente ficticio, no es posible afirmar que esta pueda llegar a generársele una responsabilidad subjetiva (si le es únicamente atribuible a ella la obligación del resarcimiento), sino que únicamente puede configurársele responsabilidad objetiva, ya que esta prescinde del elemento tradicional de la culpa o el dolo; en dicho sentido, la existencia de responsabilidad del Estado o de la Administración pública, de acuerdo con la doctrina contemporánea, sólo requiere del daño y del nexo causal (entre el daño y el hecho o acto administrativo determinante del daño).

Respecto al funcionario público, a quien si le configura el elemento subjetivo (culpa o dolo) por ser una persona física, no genera una circunstancia indispensable para calificar de antijurídico el daño producido por la administración pública, aunque este cumple materialmente con sus funciones para satisfacer los requisitos que dan nacimiento al acto jurídico, lo cual da cabida a la voluntad de la administración pública, la obligación del Estado o de la Administración en muchos casos derivará del funcionamiento normal o anormal del servicio, del riesgo, de actividades peligrosas, etc., siendo la responsabilidad de la persona física funcionaria (quien por el simple ejercicio de su función pública lleva aparejada dicha responsabilidad), quien debe de responder por sus actos, omisiones, ineficiencia o hechos, si con ello vulnera la esfera jurídica de un ciudadano, ya que la función pública es una herramienta para alcanzar el bien común, no lo contrario; por ello, cuando ya no se atiende a ese bien común, surge la responsabilidad exigible al funcionario.

Siguiendo el orden de ideas del párrafo anterior, es posible deducir varios tipos de responsabilidad a un funcionario público, como consecuencia de un mismo acto o hecho, distinguiéndose entre ellos cuatro clases: la civil, la penal, la administrativa (incluyendo aquí la disciplinaria) y la política; por imperar únicamente la administrativa, se desarrolla esta como la que provoca un funcionario en el ejercicio de su cargo, incurriendo en un acto o en una omisión que constituye una infracción al orden administrativo.

Habiéndose desarrollado la responsabilidad de la administración pública y del funcionario, es necesario aclarar como estas se delimitan para saber quién soportaría la carga del resarcimiento, ya que existen supuestos en los que únicamente responde la administración pública como ente ficticio de manera subsidiaria, es así que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia expone que la actividad del Estado lleva consigo una inevitable y constante creación de riesgos, por lo que se necesita evitar su incidencia sobre algún patrimonio particular amparándose en un injustificado privilegio de exoneración, y es por ello que la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado tiende a cubrir los eventuales daños que se produzcan en su gestión.

Respecto a la responsabilidad mencionada en el párrafo que antecede, se pone en manifiesto su fundamentación según lo estipulado en el artículo 245 de la Constitución, en la cual se establece que los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en la misma; es así que de dicha disposición se deriva la posibilidad de responder por parte del Estado, frente al daño producido a un particular por actuaciones de sus funcionarios o empleados, en forma subsidiaria; claro está que la disposición constitucional citada se refiere a la posibilidad del Estado de responder frente a la producción de daños materiales o morales derivados de violaciones a derechos constitucionales, el contenido de la misma no debe ser interpretado en forma restrictiva, en el sentido de considerar al Estado, como único obligado a afrontar dicha carga, ya que al confiar la realización de algunas de sus actividades administrativas a entes públicos a los que se les reconoce una personalidad jurídica, un patrimonio estatal propio y un poder de decisión o de administrarse a sí mismos, quienes actúan como organizaciones administrativas del mismo Estado, el cual constituye un centro primario respecto de ellos como descentralizaciones administrativas, viéndose a su vez relacionadas sus voluntades por medio de los funcionarios que llevan a cabo la voluntad de la administración pública por medio de los actos administrativos, quienes a su vez pueden aportar la subjetividad en el caso que sea vulnerado el patrimonio de los ciudadanos al momento de llevar a cabo la función pública.

En cuanto al carácter evaluable del daño, este concurre tan solo cuando haya tenido lugar un auténtico quebranto patrimonial, pero no así cuando únicamente hayan existido simples molestias o perjuicios sin trascendencia económica subjetiva; por ello, la individualización del daño en una persona o grupo de personas excluye del ámbito de la responsabilidad las cargas e incomodidades generales que, por exigencias del interés público, la Administración puede hacer gravitar sobre los particulares, aun cuando algunos hayan de sufrirlos en mayor medida que otros al organizar los servicios públicos. Con lo expuesto, se puede comprobar que será indemnizable las lesiones producidas al particular, cuando estas provengan de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

Es necesario que el daño producido devenga de la antijuricidad, siendo el concepto de antijuricidad tradicional y usualmente admitido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, los casos en que la Administración carezca del título legítimo que justifique en Derecho la irreversible carga impuesta al administrado. Conforme a ello el daño es antijurídico cuando la norma no obliga al perjudicado a soportar dicho daño, o cuando la voluntad de la Administración Pública, emitida mediante el acto administrativo, este compuesta por la ilegalidad de su actuar. Por el contrario, si dicha obligación existe, si las normas imputan al particular los efectos dañosos de una determinada intervención administrativa, en tal supuesto sí concurre una causa o título de justificación excluyente de la antijuricidad del daño producido por la mencionada actuación administrativa.

Esta responsabilidad de la Administración Pública, se considera un principio de garantía, el cual se fundamenta en un criterio de solidaridad social, según el cual los daños generados por la acción de los Poderes Públicos no deben fluctuar sobre los patrimonios privados de quienes se ven afectados por causa de aquella actividad. En pocas palabras, se trata de exponer que los efectos indirectos perjudiciales de una actividad dirigida, debe lograr beneficios colectivos y a actuar intereses sociales que deben ser asumidos igualmente por toda la colectividad, siendo un principio de orden de la propia Administración que contribuye indirectamente a la eficacia en el funcionamiento y gestión

de los servicios, obligándola a tener en cuenta las consecuencias patrimoniales de la mala o incorrecta actuación.

Los requisitos de la responsabilidad en el Derecho Público, se basan en el principio de justicia distributiva, ya que procuran evitar la producción de cualquier daño injustificado por parte de la Administración General o local, evitando que los funcionarios y el Estado sean responsables ante la emisión de un acto y que no violenten los derechos de los administrados, por lo que no deberá existir acto alguno que le genera al administrado la obligación legal de soportar el referido daño; es por ello, que para que se configure la responsabilidad de la Administración Pública, deberán concurrir los siguientes tres elementos:

- **La existencia del daño:** El daño es un requisito indispensable para que nazca el derecho de indemnización y se da en los casos en que un acto administrativo sea dictado en forma ilegal, arbitrario o erróneo, trayendo consigo un perjuicio patrimonial o moral para el administrado.⁸⁴

- **Que éste sea imputable al Estado:** cuando existe la lesión antijurídica y resarcible, debe ser consecuencia del denominado funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ya que por la prestación de éstos se produce la relación de causa y efecto entre la actividad de la Administración y el daño que se alega, la cual resulta importante en virtud que el perjuicio para ser reparable debe de ser imputable a la Administración.⁸⁵ En el funcionamiento normal, se considera que el servicio público ha funcionado normalmente cuando este ha sido actuado conforme al ordenamiento jurídico y en ejercicio de sus potestades para lograr un fin o una necesidad pública; procede la responsabilidad en este supuesto cuando se desarrolle dentro del ordenamiento jurídico, pero produzca daños al

⁸⁴ Héctor Jorge, Escola, *Compendio de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1990) 201.

⁸⁵ Eduardo García de Enterría: "Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales". Ed. Civitas, ed. 1ª. España, 1989.

administrado que no tiene el deber de soportarlo y por lo tanto, deba ser indemnizado. En cambio, en el funcionamiento anormal del servicio, se repara el daño que únicamente se derive del incumplimiento de los deberes o facultades otorgadas por la Ley. Ahora bien, en estos casos el título jurídico que justifica el resarcimiento no es la culpa ni el sacrificio o el riesgo específico si no que es el incumplimiento de los deberes que conforman la relación jurídica procedimental por parte de la Administración, pues el actuar de ésta contrario a derecho expone un funcionamiento anormal del servicio público lo cual constituye un desvalor tan importante que por sí solo justifica el surgimiento de la obligación resarcitoria.

- **Que exista una relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño que se alega:** Son muchas las teorías que se han enunciado para resolver los problemas de causalidad, pero este elemento se centrará en una definición en la cual cumpla con la aplicación de esta figura y que provenga de las mismas; esta definición exige como presupuesto un acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero, ocasionando un resultado injusto por lo que se deberá distinguir la mayor o menor aptitud de los hechos o condiciones para producir el daño de acuerdo a un criterio de experiencia común que conduce a determinar la causa eficiente del daño o causa próxima del mismo. Por lo expuesto, se considera que el elemento determinante para precisar los límites de la imputación a un ente público del hecho lesivo realizado viene dado simplemente por el nexo externo existente entre el daño producido y la actividad de un ente público o en todo caso del funcionario.

Ahora bien, no es necesario únicamente la existencia de los elementos previamente citados, también son necesarios los presupuestos de aplicación de esta figura de responsabilidad patrimonial, por lo que se exponen los siguientes:

- **Dolo:** Es definido por el Código Civil en el artículo 42 como: "...la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del otro"; así mismo refiere que el dolo en materia civil equivale a la culpa grave la cual consiste en no emplear en

el manejo de los negocios el mínimo cuidado que incluso el negligente e imprudente emplearía en su propio negocio. Esto resulta confuso en razón que el dolo en ningún momento puede igualarse a la culpa o a la negligencia ya que éstas no existe la intención de ocasionar daño, contrario al dolo pues en este si concurre el conocimiento y la voluntad de causar perjuicio, es decir que el agente conoce las consecuencias perjudiciales del hecho y no obstante los realiza voluntaria y libremente.

- **Culpa:** se entiende por culpa como la voluntad omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho. La producción de la culpa se obtiene de la imprudencia o la negligencia, siendo su carácter esencial el consistente de la inobservancia de las debidas precauciones; precisamente se ve la culpa en la voluntariedad de la inobservancia de todas aquellas normas de conducta expresas o derivadas de la práctica común, que imponen al hombre que vive en sociedad obrar con prudencia y diligencia, en forma tal de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicos protegidos; también proviene de las vulneraciones de la prudencia o diligencia obtenidas de determinadas normas. Concebida de esta manera la culpa, implica un reproche que se dirige al sujeto por el comportamiento psicológico contrario a determinadas normas de prudencia y diligencia, contrario a las exigencias impuestas al sujeto por el ordenamiento jurídico. Existen tres elementos que debe contener la culpa, entre ellos la voluntariedad de la acción u omisión, el cual establece que la acción u omisión que realiza el sujeto sea voluntaria que pueda ser referida a la voluntad del ser humano; en segundo lugar la voluntariedad del hecho, ya que la falta de intención o de voluntad del resultado o del hecho, intención o voluntariedad que, caracteriza al dolo; y finalmente que el hecho no querido se verifique por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, ordenes o instrucciones.

En cuanto a las causas eximentes de responsabilidad, pueden concurrir por medio de:

- **Fuerza mayor:** Ya que esta se ve afectada en la ejecución de acontecimientos forzosos, los cuales se definen como hechos que pueden o no ser previsibles, pero igual son inevitables. El Código Civil en el artículo 43 define la fuerza mayor o caso fortuito como el imprevisto a que no es posible resistir. Y además clasifica dentro de estos imperativos irresistibles: los naufragios, terremotos, apresamientos de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, entre otros.
- **Hecho a un tercero:** Se verifica cuando el daño deriva de una persona distinta al afectado y al autor del daño. Para que el hecho del tercero opere como causa será necesario que ésta sea la única causa de daño, pues es evidente que con la conducta de un tercero ya sea por acción u omisión es la razón exclusiva de que el daño de éste será el único responsable.
- **Culpa de la víctima:** En estos casos el daño se produce en razón de que el afectado no habría actuado con la diligencia de un buen padre de familia., por ello, para que funcione como cualquier causal eximente al igual que el hecho de un tercero, será necesario que la intervención culpable de la víctima haya sido la única y exclusiva causa del daño. Si se produce la concurrencia de la culpa de la víctima y la actividad de la generación del daño, la responsabilidad se distribuye entre las partes. En este caso la responsabilidad de la Administración se verá atenuada en la medida en que la víctima haya contribuido en mayor grado a la producción del daño.

2.6. Cuantificación del Daño Moral

Al determinar el valor y cuantificación indemnizatoria del daño moral resulta ser un problema extremadamente delicado, ya que en estos casos falta un común denominador para establecer la relación entre el padecimiento espiritual y la indemnización dineraria, dado que los intereses extrapatrimoniales afectados y la espiritualidad quebrantada no

tienen una exacta traducción económica.⁸⁶ Por lo expuesto, se enlaza la idea que los legisladores no establecieron en el contenido de la ley sustantiva especial, criterios objetivos para cuantificación del daño, permitiendo a la doctrina y la jurisprudencia ofrecerlos; por ello, la cuantificación del menoscabo moral depende del arbitrio judicial, el cual debe asentarse en un criterio de prudencia, razonabilidad, y equidad.

Debido al carácter doble de reparación por detrimento moral, el cual busca una compensación ante el perjuicio material injustamente causado y que en segundo lugar busca como disuadir nuevas conductas, origina que el juez arbitre una condenación basada en aspectos objetivos. En la actuación del juez al estimar el perjuicio, no lo autoriza a prescindir de las reglas y principios procesales vigentes. En ese sentido, el monto reclamado por la víctima fija el máximo que por tal daño puede concederse, ya que ni siquiera el juez puede estar en mejores condiciones que la víctima para apreciar cuánto es necesario para satisfacer el daño moral sufrido.

Es importante enfatizar que la reparación por daños morales, debe sobre todo basarse en la condición económica del ofensor para la medición de la indemnización. Es inútil condenar el ofensor, causante del perjuicio moral, al pago de los fondos que están por encima de su capacidad económica. Incluso porque al limitar la cantidad de indemnización debida, teniendo base en la capacidad socioeconómica del agraviador, no sólo la tarea de fijación de la cantidad debida, sería más fácil para el juez, sino también, haría más justa la reparación y aumentar la posibilidad de cumplimiento de la obligación por parte del causante del daño.

El dinero no debe ser una estimación de lo que se ha dañado, simplemente se utiliza para compensar, dando a la víctima una posible satisfacción que pueda poner a su alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la pérdida sentida y que importan algo que

⁸⁶ Juan Ignacio Alonso et al., “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen” *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 78 (2007): 384.

el Derecho no puede desconocer nunca cual es, que un bien extrapatrimonial que ha sido conculcado debe ser indemnizado.⁸⁷

Se puede observar que el propósito de la indemnización por daño moral es retribuirle a una persona por su afectación en los derechos de la personalidad, por ello es importante que los legisladores lo establecieran como un principio que de forma a la indemnización, excluyendo de la ley la idea de que los daños morales tienen un carácter punitivo, o dicho en otras palabras, que se trata de una forma de sancionar a quien comete una afectación a los bienes de la personalidad, siendo también necesario considerar el aspecto objetivo del daño moral y así determinar la capacidad socioeconómica de la víctima, para ser un importe de la indemnización y así alcanzar el objetivo principal de compensación por las pérdidas sufridas, como una forma de mitigar el dolor y el sufrimiento; si no se considerará, el hecho de imponer el pago de obligaciones pecuniarias en concepto de menoscabos 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.

2.6.1. Valoración del Daño Moral

Valorar el daño moral para reestablecer el estado anterior de la esfera extrapatrimonial del agraviado es imposible, debido a la naturaleza de los bienes jurídicos que la engloban. En ese sentido, resulta necesario reiterar que, si bien todo daño debe ser reparado, dicha reparación debe abarcar más allá del mero hecho gravoso que ocasiona detrimento en la persona agraviada, en ese sentido se pretende establecer que el daño moral debe abarcar los atributos básicos de toda persona como el honor, no obstante dicha

⁸⁷ Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, “La inminente tarea de Regular el Daño Moral en El Salvador: aspectos a tener en cuenta”, *Estudios Legales*, n. 175, (2015) 7. <https://bit.ly/3h2F2OX>

reparación no puede verse aisladamente, debido a que siempre deberá verse relacionada a un aspecto patrimonial.

La doctrina hace referencia al hecho de que la valoración del daño moral finalmente es una reparación económica, debido a que es muy difícil revertir el daño moral ocasionado, por lo que dicha reparación se encuentra íntimamente ligada a la valoración de los jueces en cada caso específico, en donde en concordancia a los hechos presentados deberán establecer la cuantía del daño moral.

Jannine Oliveros, determina que la falta de criterios concretos y la imposibilidad de cuantificar los bienes extrapatrimoniales, y cita a ciertos autores, como VEGA, C.R.J., quien establece *“que la reparación del daño moral es una falacia ya que carece del equivalente económico, además de que es imposible el resarcimiento del estado anterior en la esfera extrapatrimonial, sin embargo, concluyen en su análisis que la reparación pecuniaria en el daño moral es patrimonial en el medio y no en el fin. Es decir el dinero actúa como medio para conseguir satisfacciones morales y no como fin para equilibrar el patrimonio...”*⁸⁸

La doctrina contemporánea, hace la distinción entre valoración y cuantificación; en donde el prime termino indicará cualitativamente el daño moral, indicando cual es interés espiritual que se ha vulnerado. Una vez identificado se deberá ponderar la cuantificación de la indemnización, en la búsqueda de una justa y equilibrada reparación del daño moral. En ese sentido debe aclararse que la valoración como tal, va enfocada en compensar el dolor ocasionado en sus bienes intangibles.

En cambio, los seguidores de la tesis resarcitoria sostienen que la valoración del daño moral debe hacerse atendiendo a la gravedad objetiva del daño causado, para lo cual se debe ponderar la entidad del menoscabo en sí mismo. Se puede que concluir en que la

⁸⁸ Jannine Oliveros Barba, *Daño moral. Presupuestos de valoración* (México, Tirant Lo Blanch, 2019) 57-58 <https://bit.ly/3IWataZ>

valoración del daño moral consiste en indagar la índole del interés espiritual lesionado y las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración.⁸⁹ La tendencia dominante en el Derecho Moderno admite el carácter netamente resarcitorio que asume la indemnización del daño moral. Esta concepción brinda una respuesta justa, equitativa, libre de preconcepciones y acorde con las nuevas fronteras que transita la responsabilidad civil. Propone una solución justa y equitativa, pero que propone con criterio realista la situación de la víctima en función del menoscabo por ella experimentado.

El tema de la valoración de la compensación por daño moral, se relaciona sucintamente al daño injustamente sufrido por el damnificado, que debe ser reparado con sentido resarcitorio sin distinción a que dicho daño provenga de conductas antijurídicas dolosas, culposas o riesgosas.

2.6.2. Criterios de Cuantificación

Roxana Dri expone⁹⁰ que la mejor valoración cualitativa del daño puede quedar desvirtuada, si no hay una razonable correspondencia con la cuantificación de la indemnización, cabe mencionar que no hay medios probatorios establecidos a efecto de prueba y valoración. Los partidarios de la tesis de la sanción ejemplar al entender que el monto indemnizatorio por daño moral tiene carácter de pena privada impuesta al ofensor, calculan el mismo en función de la culpa o el dolo del responsable y de su capacidad económica. Por su parte, los que sostienen la doctrina resarcitoria, al cuantificar el perjuicio moral, atienden a la entidad del daño en función de la gravedad objetiva del menoscabo causado. Para ello, tienen en cuenta las circunstancias del caso y las condiciones personales de la víctima a los fines de determinar el daño moral experimentado por el damnificado.

⁸⁹ Roxana Sandra Dri. *Daño Moral. Legitimación Activa, Daños Punitivos, Cuantificación*. (Rosario: Universidad Abierta Interamericana, 2001). <https://bit.ly/3I8wuSI>

⁹⁰ Ibid 44

Para el autor Juan Ignacio Alonso, la doctrina ⁹¹ es clara al expresar que la indemnización por daño moral no tiene por qué guardar proporción con el daño material, pues no es un daño accesorio. En concordancia con lo anterior, se ha señalado que para establecer el *quantum* del daño moral deben ponderarse:

- **Carácter reparador:** la responsabilidad del daño moral producido por hechos dolosos o gravemente culposos será mayor que la emergente de hechos que generan responsabilidad objetiva, en los que además del reproche, la obligación de responder surge de un criterio socializador del daño.
- **La gravedad subjetiva del hecho:** gravedad del hecho y su repercusión en el ámbito subjetivo del agraviado. Al respecto, Isidoro Goldenberg indica que estos se encuentran configurados en el ámbito subjetivo del agraviado, “*por la personalidad del afectado, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, la potencialidad dañosa del medio empleado, el grado de difusión y la incidencia futura que pueda acarrear en la vida familiar, de relación o en el empleo o función del damnificado*”.⁹²
- **La gravedad objetiva del daño:** Los elementos probatorios arrojados al juicio permitirán la mayor parte de las veces determinar la extensión del daño extrapatrimonial).
- **La gravedad de la falta cometida por el autor del hecho ilícito.** Implica la afectación en el ámbito espiritual del sujeto afectado, lo que conllevara a una afectación presente y futura en la vida de dicha persona
- **La personalidad del autor del hecho:** Las circunstancias personales suelen traducirse sobre la gravedad de la falta y, por ende, sobre la entidad objetiva del daño.
- **Los padecimientos soportados por el afectado.** Debe entenderse que al vulnerarse un derecho inherente a la persona, se produce un daño moral el cual deberá ser indemnizado por dicha lesión. Debe considerarse que el sufrimiento no solo abarca la mera trasgresión al derecho, sino que va más allá, ya que dicha

⁹¹ Juan Ignacio Alonso et al., “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen” *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 78 (2007): 385.

⁹² Isidoro Goldenberg, *Indemnización por Daños y Perjuicios: nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, (Buenos Aires: Hammurabi, 1993), 39.

vulneración podría conllevar a quebranto en la tranquilidad de su espíritu, en su libertad individual o en su imagen e intimidad.

Las relaciones jurídicas de responsabilidad son bilaterales; entonces, el juez al sentenciar no puede prescindir de ninguno de estos dos polos de la relación; por ello, el juzgador debe considerar al autor del hecho dañoso a fin de apreciar su responsabilidad, en sus diversos elementos y, luego, a la víctima o damnificado, relativamente a la índole y extensión del daño recibido. En esa visión conjunta del responsable y de la víctima, manifiesta que debe prestársele mayor atención a esta última. Esta abstracción en exceso de la valoración y cuantificación, puede derivar en la negación de la esencia misma del daño moral y su reparación, ya que es un daño que proyecta sus efectos sobre el espíritu de la persona, con ribetes propios, que hacen que no haya dos daños morales idénticos. Por lo expuesto, cada operador de justicia debería atender a las circunstancias propias del caso concreto, a la entidad objetiva del daño, a la calidad personal del agraviado, a la gravedad de la falta o del hecho cometido y a la personalidad del responsable. Posteriormente el juzgador deberá valorar el daño moral, apreciando los placeres compensatorios del daño sufrido, para alcanzar así a una solución justa y equitativa.

2.6.3. La Reparación del Daño moral y sus Formas

Etimológicamente reparar tiene como significado renovar, reconstruir, disponer de nuevo; además, se puede entender como enmendar el menoscabo que ha padecido algo o dejar en buen estado algo que estaba roto o deteriorado.⁹³ Como aportes a la figura se expresa que “reparar no es borrar”, sino colocar al agraviado en condiciones de procurarse un equivalente al bien moral lesionado. En el mismo orden de ideas, la reparación moral procura al agraviado “algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido”.

⁹³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La reparación: acto jurídico y simbólico* <https://n9.cl/bqzpw>

El término “indemnizar” es el género y la reparación es la especie, por lo que “indemnizar es dejar sin daño”, lo cual corresponde a que el daño habrá de repararse. Con lo expresado, la reparación puede dividirse en:

- **Reparación por naturaleza:** Consiste en borrar los efectos del acto dañoso restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados
- **Reparación por equivalente:** Aplica cuando no se puedan restablecer las cosas a la situación antes del daño, será preciso otorgar a la víctima un equivalente de los derechos o bienes afectados. De la reparación por equivalente consiste en que, por medio de esta reparación a la víctima, se provee de satisfactores equivalentes a los perdidos para aminorar su pena.

Otras apreciaciones de esta figura exponen que la reparación moral cumple una función resarcitoria, mas no punitiva, ya que el resarcimiento “paliaría éste, el daño, con placeres o ventajas que subsanarán en sus sentimientos o en su espíritu la situación disvaliosa padecida”⁹⁴; ahora bien, la condena que por daño moral se logre en un procedimiento penal si tendría carácter punitivo. Otra apreciación aportada por Pacheco Escobedo⁹⁵, expone que la indemnización no consiste en condenar por los ingresos no obtenidos, sino como un *pretium doloris*, es decir, por los malestares producidos a causa de una lesión, aun cuando esta no haya provocado directamente perjuicios económicos al lesionado; por tanto, no se trata de reparar el daño moral, porque en estricto sentido es imposible, sino en determinar el monto de la indemnización.

Frente a la vulneración de cualquier derecho inherente a la personalidad se produce una lesión a un interés no patrimonial, daño que deberá ser resarcido; con la reparación del daño moral se indemniza la lesión al bien inmaterial, la cual se justifica como reafirmación del derecho protegiéndose así a los valores morales. El problema que genera el resarcimiento del daño moral, es la subjetividad que esta presenta al momento de

⁹⁴ Mendoza, La acción civil del daño moral, 63.

⁹⁵ Ibid.

cuantificar una justa reparación del mismo. Por lo anterior, la reparación del daño moral debe realizarse con las medidas que se estimen eficaces para tal fin, de acuerdo a las circunstancias del caso, por esta razón, las medidas de reparación deben incluir una indemnización de tipo económico que se determine justa para el resarcimiento del usuario afectado.

Para que el daño tenga efectos jurídicos indemnizables, es necesaria la participación de las siguientes características: el daño debe ser cierto, el daño debe ser de quien lo enmienda y el daño debe lesionar un interés jurídicamente tutelado o legítimo. El objetivo de la reparación del daño moral es plenamente una forma de satisfacción a la víctima puesto a que está realmente no se podrá recuperar totalmente del daño que ha sufrido, debido a la inmaterialidad de los bienes que le fueron afectados. Esto lleva a concluir que la ecuación para la determinación del monto, recae en los criterios de razonabilidad y equidad. La equidad en términos jurídicos consiste en que el juez ante el rigorismo de la ley va a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por el texto terminante de la ley, es justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva, es decir, aplicar la justicia del caso concreto. La razonabilidad, en términos jurídicos, consiste en que las leyes establecen derechos y deberes, la resolución y aplicabilidad de las mismas deben ser acordes al espíritu de la norma, a la que no deben contradecir, pues son el medio que debe conducir a su plena vigencia y eficacia. La mayoría de la doctrina, reconoce que el ejercicio de la razonabilidad no es absoluto, y puede dar lugar a restricciones. El control de constitucionalidad por parte de los jueces les da un poder amplio de apreciación que deberá aplicarse en cada caso concreto. Estos criterios rectores, están de gran manera sometidos a la discrecionalidad del juez, por esta razón se entiende por equidad aquel modo de dictar sentencias judiciales y resoluciones administrativas mediante un principio que toma en cuenta las singulares características del caso particular, de suerte que en vista de éstas se interprete y aplique con justicia la ley, la cual está siempre redactada en términos abstractos y generales.

La reparación del daño moral hoy día constituye un resarcimiento, ya que se ha superado la idea que se tenía de sanción, donde se entrega al agraviado un bien por un

mal. Esto último debe cambiar, porque la materia motivo de estudio importa la cuantificación del daño moral, necesita ese dato para cumplir su finalidad. Con ello se lograría que los bienes o servicios recibidos cumplan la finalidad de sustituir el daño moral, porque la indemnización que reciban llevaría ese propósito, aun cuando en la realidad no ocurriera.⁹⁶

2.6.4. Indemnización del Daño Moral

Es preciso decir que existen tres conceptos básicos al hablar de daño moral, los cuales se diferencian cada uno del otro como lo son el resarcimiento y la indemnización; la definición de “resarcimiento”, lo expone como la reparación de daño o mal, en segundo lugar, como indemnización de daños o perjuicios, en tercer lugar, como satisfacción de ofensa. El resarcimiento sucede cuando el daño moral ha sido en cierta manera tratado de solucionar o indemnizar el daño causado, por ello, es posible argumentar entonces que es la reintegración o el reconocimiento en pago del daño causado. Si no es posible restaurar el bien objeto del daño, se acude al resarcimiento pecuniario. Lo que se intenta, se consiga en mayor o menor medida, en sustituir el bien dañado por su valor monetario. En cuanto a la indemnización, su concepto la expone como una compensación generalmente monetaria que alguien pide y eventualmente puede recibir por daños o deudas de parte de otra persona o entidad.

Para que este suceda, es necesario que se cuantificará correctamente el método correcto de resarcimiento, el cual, al ser ineficaz, procedería a cuantificarse en dinero el daño moral, el cual suele ser inimaginable, en el sentido de no ponderar fácilmente al bien jurídico lesionado. En ese sentido el dinero debe ser considerado como una estimación a lo que se ha dañado, ya que es una posible satisfacción que dará paso otro tipo de satisfacciones en la búsqueda de compensar la pérdida sentida. Todo bien extrapatrimonial debe ser indemnizado cuando este haya sido vulnerado. La reparación en dinero solo es una medida común pero no reemplaza en ningún sentido la dificultad ocasionada. Esto

⁹⁶ Zabala de González, *Resarcimiento de daño* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), 88.

con el fin de que la persona afectada con la vulneración reciba una mejora en su situación patrimonial que pueda conllevar a mejores satisfacciones y con ello compensar las desagradables sensaciones que pudo haber sufrido. Debe establecerse que el fin de la indemnización por daño moral es la remuneración por la vulneración a un bien personalísimo, ya que muy por el contrario la reparación del daño moral no busca sancionar a quien comete la afectación.

Conclusión del Capítulo

Por lo anterior, y habiéndose presentado el desarrollo doctrinario de forma concatenada de las principales instituciones jurídicas en estudio, es imperante concluir este capítulo haciendo énfasis en que el sistema de valoración del daño moral desarrollado doctrinariamente, demuestra una clara necesidad de profundizar en el desarrollo normativo de una real indemnización por daño moral en El Salvador, ya que como se desarrollará en los capítulos posteriores, y a manera de exponer en síntesis lo apreciado en la indagación de la normativa nacional, la legislación no es clara en determinar los preceptos en los que se podría establecer una valoración y una cuantificación por los daños ocasionados a la esfera extrapatrimonial de los ciudadanos, dejando al libre arbitrio del operador de justicia o de la entidad administrativa, mediante el uso supletorio de la sana crítica, el ponderar y determinar el daño moral efectuado por el ilícito normativo, por lo que la recopilación de información y desarrollo de la misma en la presente investigación, respecto a las formas prácticas o doctrinarias existentes en los diversos sistemas jurídicos mencionados, solamente puede servir de guía ilustrativa para el funcionario competente al momento de determinar la cuantía del reparo por daño moral.

CAPÍTULO III

SISTEMATIZACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS MORALES EN EL DERECHO EXTRANJERO

3.1. Sistema Common Law. 3.1.1. Desarrollo del concepto de Daños en el sistema del Common Law en Norteamérica. 3.1.2. El daño moral en el Derecho común norteamericano. 3.1.2.1 Pain and suffering. 3.1.2.2. *Loss of enjoyment of life*. 3.1.2.3. *Loss of expectation of life*. 3.1.2.4. *Non pecuniary loss*. 3.1.2.5. Valoración de los daños no pecuniarios. 3.1.2.6. Referencias o baremos para cuantificar los daños no económicos. 3.2. Sistema Civil Law. 3.2.1. Criterios Jurisprudenciales de Costa Rica. 3.2.1.1. Principio de Reparación Integral del Daño. 3.2.1.2. Criterios Utilizados para la Estimación Económica. 3.2.1.3. Clasificación de Criterios. 3.2.2. Criterios Jurisprudenciales de México. 3.2.2.1. Valoración al Daño Moral. 3.2.2.2. Daño Moral y Responsabilidad Patrimonial del Estado. 3.2.2.3. La Cuantía de la Indemnización que Determina el Juez. 3.2.2.4. Indemnización por Daño Moral y Resarcimiento por Daños Materiales. 3.2.3. Daño Moral en la Jurisprudencia Chilena. 3.2.3.1. Determinación del *Quantum* Indemnizatorio. 3.2.3.2. Circunstancias Particulares del *Quantum*. 3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Ponderación. 3.3.1. Medidas de Satisfacción. 3.3.2. Garantías de no Repetición. 3.3.3. Indemnizaciones Compensatorias. 3.3.4. Costas y Gastos. 3.4. Exposición de los parámetros utilizados por los operadores de justicia salvadoreños para cuantificar el daño moral producido al agraviado en su esfera extrapatrimonial y la determinación de su resarcimiento.

Existen diversas apreciaciones de lo que se entiende por un sistema jurídico, es así que se puede entender que este conforma la totalidad de las normas que se correlacionan en virtud de la unidad que integran a partir de la Constitución, y se compone por una secuencia de conjuntos de normas vigentes en momentos distintos, identificables temporalmente por los cambios en el conjunto de normas jurídicas generales. Como segunda apreciación, se pueden entender como aquel conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo de un lugar y tiempo determinados, por lo que cada Estado soberano cuenta con un sistema jurídico propio.

Estos sistemas jurídicos son importantes para esquematizar derechos y de alguna manera acomodarlos en un orden estructurado que permita su estudio y análisis, siendo las que reciben su aplicación personas sujetas al propio orden normativo, situación que cobra relevancia pues es solo así cómo se pueden efectivizar los derechos del orden normativo, en tanto las personas se apropien de las normas, instituciones y procedimientos

que comprenden el propio sistema jurídico. El sistema jurídico constituye el derecho positivo que regula en un momento y lugar determinado a una cierta colectividad, debe resaltarse que dichas normas jurídicas deben tener relevancia para que las personas vinculadas a al mismo lo estén entre sí por una comunidad de derecho.

Sobre este apartado, se procederá a establecer como la cuantificación del daño moral es desarrollada en los sistemas jurídicos principales, es decir el Sistema *Civil Law* y el *Common Law*. Para mayor comprensión del tema en comento, se realizará un breve esbozo sobre cada uno de los Sistemas Jurídicos a desarrollar.

3.1. Sistema Common Law

El *Common Law*⁹⁷ es el sistema jurídico vigente en Inglaterra y en la mayoría de los países de tradición anglosajona, entre los cuales también se encuentra Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Nueva Zelanda; pero este sistema no solo hace referencia al derecho positivo y las jurisprudencias de esos países, sino también da nombre a toda una tradición jurídica o familia del Derecho de los mismas.⁹⁸

El derecho anglosajón, es definido como el ordenamiento jurídico fundado en las decisiones adoptadas por los tribunales de los respectivos estados; Se procede a explicar la forma en que los juristas de este ordenamiento jurídico desarrollan las instituciones jurídicas de daño y de responsabilidad en el sistema de *Common Law*.

Es sabido que el *Common Law*⁹⁹ es una creación de los jueces y que el estudio de este sistema siempre ha sido marginal en el transcurso del tiempo, por ello es necesario que para una mejor comprensión de este sistema jurídico se analice el proceso histórico de

⁹⁷ Vanessa Massaro. *El Desarrollo del Derecho Inglés: Breve resumen histórico*. <https://bit.ly/3BFq3UE>

⁹⁸ Miguel Ángel Serrano Ruíz, El daño moral por incumplimiento del Contrato. 49

⁹⁹ Raoul Vancaenegem, *El Common Law es Diferente*, Traducido del italiano por Carlos Ramos Núñez, en "Los señores del Derecho: Jueces, legisladores y profesores. Áreas de la historia jurídica europea.

formación, en donde se puedan detallar aquellos hechos determinantes para la creación del sistema jurídico en referencia. Entonces, se pueden reconocer en la historia del derecho inglés cuatro periodos principales, los cuales será citados en los subcapítulos siguientes, que fueron obtenidos de la obra contenida en el acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.¹⁰⁰ El Derecho Inglés, se ha caracterizado por su continuidad histórica, su desarrollo autónomo y la carencia influencias continentales significativas, asimismo, la falta de renovación como en el Derecho Romano o por la constante evolución de la codificación, hace necesario determinar un análisis de aquellos períodos de la evaluación del *Common Law* su evolución.¹⁰¹

3.1.1. Desarrollo del concepto de Daños en el sistema del Common Law en Norteamérica

Al respecto este apartado, Harry Brugman¹⁰² en su tesis doctoral, presenta un breve desarrollo del presente abordaje, el cual es de interés para la presente investigación, en ese sentido el profesional, indica cómo se fue desarrollando conceptualmente este sistema jurídico. Manifiesta que a pesar de que fue en Inglaterra donde el concepto nació temprano en la Edad Media, en los Estados Unidos de América tardó en evolucionar y no fue hasta finales del siglo XIX que se consideró una rama independiente del Derecho. El desarrollo del concepto en el entorno norteamericano se atribuye a la industrialización y sus efectos. El desarrollo del concepto surge dentro de un concepto histórico tras la guerra civil y la necesidad de promover unidad y orden en un sistema secular, independiente de influencias religiosas.

¹⁰⁰ Marta Morineau, *Una Introducción al Common Law* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).

¹⁰¹ Mariela Rubano Lapasta. *El Sistema del Common Law en el Derecho Inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América* (2014) <https://bit.ly/3sWnzNB>

¹⁰² Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común Norteamericano”(Tesis, Universidad de Valladolid, 2015)

Los primeros intentos por definir el daño fueron generales y se podía observar que trabajaban con una definición amplia y vaga del concepto. En esa época los derechos bajo los cuales se podía dividir los diferentes tipos de daños eran el derecho a la libertad personal y seguridad, el derecho a la reputación y el derecho a la propiedad. A pesar de que el nacimiento del concepto se produce en el Siglo XIX, ya desde el siglo anterior se reseñaban casos ante los Tribunales norteamericanos donde se imputaba responsabilidad a médicos y abogados que violaban sus obligaciones contractuales con sus pacientes y clientes, respectivamente. Para esa época no era evidente la distinción entre responsabilidad absoluta y negligencia. Se vincula a los Tribunales de los Estados con mayor desarrollo económico el surgimiento de reclamaciones basadas en negligencia y no en responsabilidad absoluta.

De un análisis de las determinaciones jurisprudenciales de la época se puede concluir que los jueces americanos estaban convencidos que aplicaban una regla de negligencia que surgía de la legislación en lugar de considerar que estaban creando una norma jurisprudencial para manejar casos de negligencia. El primer tratado americano sobre el daño fue escrito por Francis Hilliard en el año 1859, siendo este la crítica más severa al sistema, hasta entonces utilizado, en donde se consideraban los daños antes de seleccionar la causa de acción que se podía instar en busca de un remedio, lo que implicaba que el sistema adoptado estaba tan fraccionado que lo hacía poco práctico.

3.1.2. El daño moral en el Derecho común norteamericano.

Se comienza el subcapítulo analizando y planteando los comentarios principales aportados por los juristas Eusebio Francisco Tulio, Andrés Sánchez Ramírez y Harry Brugman Mercado, en sus aportes jurídicos siguientes: *“El daño moral como parte de la responsabilidad civil en el derecho internacional comparado*¹⁰³, *El daño a la persona en*

¹⁰³ Francisco Tulio Eusebio. “El daño moral como parte de la responsabilidad civil en el Derecho Internacional Comparado” *Biolex, Revista Jurídica del Departamento de Derecho.* (2019)

*la experiencia comparada: The damage to the person in the compared experience*¹⁰⁴ y *Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común Norteamericano*¹⁰⁵”, los cuales serán elementales en el desarrollo completo del *Common Law*.

El reconocimiento de daños en el Derecho común norteamericano surge como una materia con identidad propia en el año 1859, con la publicación del primer tratado sobre actos ilícitos, denominados *torts* (daños). Los *torts* tratan las lesiones a los derechos privados e individuales del ser humano, mientras que los delitos atienden las ofensas que atentan contra intereses públicos. En el sistema de Derecho común norteamericano, existen disposiciones legales, algunas de rango constitucional que contemplan parámetros relacionados con la concesión de daños en materias específicas y los que resultan vinculantes para los jueces, pero esto es la excepción y no la norma. El sistema norteamericano de tipicidad de los daños consiste en un trinomio de actos ilícitos basados en actos culposos donde media negligencia, actos culposos donde hay intención y los supuestos de responsabilidad objetiva

El propósito u objetivo del Derecho de daños es la reparación del perjuicio causado a las víctimas y disuadir a los ciudadanos de incurrir en conductas indeseables, de igual manera, es conseguir justicia social correctiva entre los individuos, seguido por la necesidad de responder a la naturaleza dinámica de tecnología cada vez más sofisticada, el deseo de proveer estándares de conducta relativamente claros, proteger expectativas, reducir costos administrativos en el sistema de justicia, mantener la certeza y predictibilidad de la ley. Por lo anterior, se dispone que los objetivos de las acciones en daños son los siguientes: Compensar, indemnizar o restituir por el sufrimiento experimentado como consecuencia de los daños, determinar derechos, castigar al causante del daño a la vez que se desarraiga la conducta injusta o dañina, e indicar a las partes,

¹⁰⁴ Andrés Sánchez Ramírez. “El daño a la persona en la experiencia comparada: The damage to the person in the compared experience” *Revista Aequitas*, n. 1 (2018)

¹⁰⁵ Harry Brugman Mercado, ob cit

otorgando un remedio para disuadirlos de incurrir en represalias, violencia o tomar la justicia por sus propias manos.¹⁰⁶

Con relación al sistema de clasificación de los daños, encontramos que se trata de un sistema más limitado que el conocido en las jurisdicciones de los sistemas *Civil Law*, en cuanto a su Derecho civil. Los daños están predeterminados por el trinomio y aunque los tribunales tienen la capacidad de reconocer nuevas categorías en su ejercicio jurisprudencial, la visión ha resultado más limitada de lo que podríamos esperar de una jurisdicción de Derecho común.

El desarrollo de los daños y perjuicios, denominados *torts* en el Derecho común anglosajón no tiene concordancia con la clasificación de los daños y perjuicios en el sistema de Derecho civil que conocemos. Por lo expuesto, en los consecuentes subcapítulos veremos la manera en que los tribunales anglosajones ejecutan los tipos de daños sujetos a la moral.

El *Common Law* por ser un sistema jurídico muy diferente y ante la necesidad de enunciar las temáticas relacionadas al tema de investigación, la presente se decanta por tomar en consideración a los dos grandes exponentes del referido sistema jurídico, siendo estos el Derecho Norteamericano y el Derecho Inglés, los cuales serán el referente para determinar cómo se regula el daño moral. Tanto el sistema *Common Law* y los derechos continentales tienen origen romano germánico en materia de responsabilidad civil, teniendo muchos puntos análogos, muchos más de los imaginables a priori.

En el derecho anglosajón, la institución jurídica denominada “responsabilidad civil”, tiene un equivalente, denominado *tort law*, que sirve para aludir a toda culpa que conforme a las reglas del *Common Law* da lugar al nacimiento de una acción de

¹⁰⁶ Consultado por Harry Brugman Mercado, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común Norteamericano”(Tesis, Universidad de Valladolid, 2015) 319.

indemnización de daños (*damages*). Si de una acción generamos un agravio a un individuo, habremos cometido un *tort*, cuyo significado en español es mal o daño; y cuando esto ocurre la parte ofendida puede formular una reclamación por daños, de esta manera una vez ocurrido el perjuicio, el agraviado puede interponer una acción por daños; en el mismo orden de ideas, es importante aclarar a que le es aplicable el daño para el sistema anglosajón, siendo dirigidos a las lesiones personales (*personal injury*) que se encuentran subclasificadas en dos tipos, siendo los primeros los daños generales (*general damages*), que se definen como aquellos daños cuya apreciación de la cuantificación del daño no resulta posible, por ello dicho sistema no exige un medio probatorio para determinar el equivalente de la lesión y los daños especiales (*special damages*), estos últimos se caracterizan por ser fácilmente cuantificables, por lo que es fácil deducir que para el derecho comparado, es el equivalente de los daños patrimoniales en el sistema jurídico romano-germánico.¹⁰⁷

Doctrinariamente los *general damages* han sido definidos como aquellos daños por los que una ley exime del deber probatorio al agraviado, ya que establece que el *damage* se deriva directamente de la conducta ilícita que ha provocado la lesión. Acorde con lo anterior, se debe destacar que dentro de los *general damages* se encuentran los *non pecuniary losses*, quienes hacen referencia a los daños no pecuniarios.

Por otro lado, resulta bastante interesante poner de relieve, el origen de esta voz del daño en el *Common Law*, ya que las reglas jurídicas existentes de dicho sistema surgen del análisis realizado a la jurisprudencia de cada materia en específico.

Para que un daño (*tort*) se produzca no es necesaria la presencia de un daño pecuniariamente cuantificable, es decir que el daño puede ser de naturaleza extrapatrimonial, denominada para el *Common Law* como pérdidas no pecuniarias (*non pecuniary losses*). Esta categoría del daño lleva inmersa tres formas de daño:

- *Pain and suffering.*

¹⁰⁷ Andrés Sánchez Ramírez. Ob cit 44

- *Loss of amenities / loss of enjoyment of life.*
- *Loss of expectation of life.*

3.1.2.1. Pain and suffering

Definido como el sufrimiento, dolor, aflicción, pena, del que adolece el individuo como consecuencia del daño producido en su esfera jurídica; se puede observar la gran similitud con lo que en el sistema jurídico local se denomina como daño moral subjetivo, ya que ambas categorías comparten las mismas características. Andrés Sánchez Ramírez afirma que, a pesar a falta de una clara definición de los términos *pain* y *suffering* que componen esta categoría, se ha sugerido que el *pain* es el resultado de una lesión física en tanto y en cuanto toda lesión física está acompañada inexorablemente de dolor (*pain*); y, por su parte, el sufrimiento (*suffering*) viene a ser aquel daño producido a nivel mental, psíquico, como consecuencia de una lesión física.

Ramírez señala que, para la doctrina inglesa, el dolor se revela una aflicción inmediata del sistema nervioso o de la mente, producto de alguna lesión a la integridad psicofísica; en el sufrimiento estaría presente, en cambio, una aflicción no directamente relacionada a algún sufrimiento físico: una reacción emotiva individual. Esto implica que en la idea de sufrimiento se puede asociar al miedo probado al momento del accidente y la angustia, sucesiva a la lesión, debida a las posibles consecuencias de esta última, unida a la vergüenza y tristeza en el caso de una desfiguración física, temor por la salud propia, entre otras cosas: en una palabra, cualquier perturbación del ánimo.

Por tanto, el dolor se constituye como una sensación estructuralmente ocasionada por una lesión física, y personas diversas no pueden sino percibir diversas intensidades de dolor: ello tiene que ver con una experiencia sensorial física objetivamente verificable. El sufrimiento, en cambio, es en primer lugar una experiencia emotiva de respuesta que se origina, sin embargo, producto del dolor y de la lesión.

Como resultado de una concreta definición, los juristas del *Common Law* al momento de otorgar alguna indemnización, no pueden establecer montos específicos para cada uno de los términos citados, sino que otorgan un único valor a los mismos. En el *Common Law* una de las características más polémicas de esta categoría que doctrinariamente le es establecida, es que para que pueda interponerse y ser admisible una acción por *pain and suffering*, requieren que el demandante este consiente de todo el proceso de sufrimiento y dolor producido por el daño, de no encontrarse consiente no podría establecerse el padecimiento del daño alegado por el titular.

3.1.2.2. Loss of enjoyment of life

Esta es definida como aquella la inhabilitación para disfrutar las actividades y funciones normales, como consecuencia, por ejemplo, de la pérdida de una extremidad. Se puede determinar entonces que la pérdida de la amenidad de la vida por parte de la víctima de un daño que puede conllevar a que el individuo no pueda ejecutar determinada actividad o impedirle disfrutar de una vida plena debido a su condición física. Para una mejor comprensión de esta categoría puede ejemplificarse a un individuo con una prometedora carrera deportiva quien como resultado de un daño resulta imposibilitado para cumplir esas expectativas. De modo que si las lesiones privan de cumplir aquellos ideales y fuerzan a no continuar con aquella cotidianeidad de la que el individuo formaba parte, esas lesiones deben ser compensadas.

El origen de *loss of amenities of life*, según Ramírez, prácticamente se vuelve un desprendimiento e independización de esta respecto de clásica voz *pain and suffering*. En ese sentido, con la aparición de la integridad psicofísica como interés fundamental de la persona humana, se manifiesta como necesario individualizar un título de *non-pecuniary losses* desvinculado de las limitaciones del *pain and suffering* y capaz de ofrecer tutela a aquel interés. De esta manera, se logra arribar a la especificación de *loss of amenity of life* como título resarcitorio autónomo, el cual puede pacíficamente reconducirse bajo los esquemas conceptuales del daño ocasionado a la salud, dejando al *pain and suffering* el rol de título resarcitorio por las pérdidas no pecuniarias apreciables sólo subjetivamente.

Los *loss of amenities of life*, por lo tanto, como voz autónoma es originada del *pain and suffering*, no porque esta última voz ofreciera tutela a los intereses hoy protegidos por *loss of amenity of life*, sino más bien porque el *pain and suffering* no era idóneo para proteger intereses no homogéneos a aquellos que le eran típicos, del mismo modo que en Italia la categoría del daño moral subjetivo es inidónea para abarcar al daño a la salud, del cual se diferencia ontológicamente. El límite impuesto sobre el requisito de la *unconsciousness* al resarcimiento del *pain and suffering* ha representado sólo la ocasión para crear una figura nueva y diversa respecto de la originaria única voz de *non pecuniary losses* permitida por el *Common Law*.

3.1.2.3. Loss of expectation of life.

Respecto de la tercera voz de daño insertada en los *non-pecuniary losses*, denominada como *loss of expectation of life*, se le ha atribuido poca importancia por parte de los jueces a la hora de otorgar resarcimiento, quedando relegada en la mayoría de ordenamientos jurídicos que conforman el *Common Law*, así como también en su estudio por parte de la doctrina especializada, quedando estructuradas, de este modo, como las voces de daño extrapatrimonial más consolidadas en la familia del *Common Law*, las denominadas *pain and suffering* y *loss of amenities of life*, la primera equivalente al daño moral y, la segunda, análoga al daño a la salud.

3.1.2.4. Non pecuniary loss

El estudio del daño no económico (*Non Pecuniary Loss*) en el *Common Law* inglés conduce a dos orígenes. El primero es derivado de la acción *Assault*, en la cual el demandado debe de indemnizar a la víctima por haber realizado una amenaza de violencia física. El segundo origen es la “ley de difamación”. En su comienzo, los pleitos surgidos por conductas y actos difamatorios eran resueltos por las cortes eclesiásticas. El hecho de difamar a otra persona era considerado un pecado y el responsable sólo debía realizar penitencia. Los “*non pecuniary loss*” son una clase de daños cuya recepción fue objeto de

reparos por sectores de la doctrina y la jurisprudencia, pero hoy se encuentra superada la problemática que siguió a su aparición como categoría a indemnizar en el *Common Law*. La crítica recibida a esta clase de daños está sujeta al conflicto en el establecimiento del *quantum* de la indemnización. La subjetividad que se lleva a cabo con la estimación, carece del fin restitutorio representando la más grande dificultad en su mensura y singularización en materia pecuniaria.¹⁰⁸

Lo anterior es agravante en el *Common Law*, ya que al ser está fijada por el jurado de dicho sistema, la sentencia solo es apelable si la indemnización es demasiado alta o baja. Por ello, no es raro que a la fecha no exista una definición de “*non pecuniary loss*”, pese a ser un concepto transversal al ordenamiento de los países del *Common Law*. Se le puede encontrar asociado a la salud de una persona, pasando desde indemnizaciones en incumplimientos contractuales a derechos de marcas y derechos de propiedad e incluso por responsabilidad en caso de detenciones ilegítimas, entre otros.

Los dos principales grupos de “*non pecuniary loss*” en la ley inglesa son: “*pain and suffering*” y el “*loss of amenities*”. En lo que a daños corporales se refiere, sí es posible distinguir un tercer grupo llamado “*loss of expectation of life*”, los cuales ya fueron previamente desarrollados, y que han sido asimilados a los ya mencionados grupos principales de daños, pese a que en Australia y en Irlanda aún recibe un tratamiento diferenciado. Esta es una nomenclatura adoptada por el sistema legal en su conjunto, usada indistintamente por jueces, abogados y la doctrina. Presenta la misma dificultad, tantas veces comentada en el sistema romano germánico, la cual es conocer la existencia de indemnizaciones globales. En el *Common Law* existe el principio de reparación integral de los daños y perjuicios, principio que recibe la denominación de “*fairness*”.¹⁰⁹

En Inglaterra en lo que a perjuicios patrimoniales se refieren, los jueces desarrollan el concepto comprendiendo en él cualquiera de las derivaciones del hecho dañoso, pero

¹⁰⁸ Francisco Tulio Eusebio. Ob cit. 22

¹⁰⁹ Andrés Sánchez Ramírez. Ob cit 48

esto es justificable porque la prueba de su cuantía no es problemática y más bien determinable, a diferencia de los daños morales, ya que los resarcimientos acostumbra a no cubrir la totalidad de lo demandado, al estar sujetos a la independiente valoración de los tribunales, sin elementos que puedan llevar a su ponderación de manera comprensible, en la mayoría de los casos concretos o aleatorios, ejemplos en los que se pueda ejercer dicho derecho, conllevando a indemnizaciones colectivas o en globo por todos los perjuicios, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales.

Ampliando un catálogo de daños llamado en inglés “*general damages*”, ya mencionado previamente en la investigación, cuenta dentro de él los daños morales o extrapatrimoniales, producto de un perjuicio de carácter personal. Una manera de conocer la realidad que se presenta en Inglaterra es a través del informe “*Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injuries Cases*”. Es posible constatar que no hay grandes diferencias entre el sistema inglés y el escocés. Como asimismo se comprueba que es Irlanda, con distancia, la que posee dentro del *Common Law* una actitud más a favor de la víctima.

Descendiendo a un detalle mayor del sistema inglés, en él se distinguen dos supuestos: el primero establece que, si el trastorno es consecuencia de un daño a la integridad física, la pena y el sufrimiento propios de la lesión, se indemnizarán en la compensación de los tipos de daño moral que normalmente derivaban de la lesión física, que son: “*pain and suffering*” y, cuando la situación lo exige, “*loss of amenities*”. Si es un daño psíquico autónomo, al margen de cualquier lesión corporal, se admite su indemnización, siempre que pueda calificarse como enfermedad psiquiátrica, siendo insuficiente la simple preocupación o pena. En consecuencia, los “*non pecuniary loss*” no son diferenciados ni razonados en las sentencias, simplemente se otorgan. Nadie sabe a cuánto ascenderá un “*pain and suffering*” y a cuánto un “*loss of amenity*”. Los criterios en tal sentido parecen estar en directa relación con la pérdida patrimonial y en cuanto al monto patrimonial de la indemnización, con el daño físico o mental producido o probado

y demandado, ya que sirve como un complemento de otras partidas de la indemnización.¹¹⁰

Los elementos que la Corte toma en cuenta en la configuración de estas categorías de “*non pecuniary loss*” son las privaciones físicas y síquicas que la víctima padece a consecuencia del daño, el llamado “*the bodily injury sustained*”. El dolor de la víctima siempre jugará un rol, porque la demanda es personal y en un caso de “*non pecuniary loss*”, teóricamente se está ante dos supuestos: “*pain and suffering*” y “*loss of amenity*”. El primero es importante e independiente en dos tipos de casos:

- En el evento de que la víctima pueda demostrar que padece o padeció un tipo de daño y esto le produjo un estrés mental acorde con el daño.
- En la hipótesis de que el daño sea menor del que se ha demandado, ya que son menores los casos en que las víctimas sufren daños que no signifiquen una pérdida.

Gran parte de los Estados de los Estados Unidos, han establecido un límite al monto que puede ser otorgado en concepto de daño no económico, aunque en algunos casos este límite ha sido declarado ilegal o inconstitucional.

3.1.2.5. Valoración de los daños no pecuniarios

En relación al abordaje, la doctrina¹¹¹ presenta que entre los métodos utilizados para valorar los daños no pecuniarios por los tribunales anglosajones se tienen:

- **Compensación basada en el perjuicio sufrido como consecuencia del daño:** Se denomina en inglés como “*compensation of the victim ex post*”, el referido método se limita a valorar el perjuicio sufrido por la víctima y a proveer una suma

¹¹⁰ Francisco Tulio Eusebio. Ob cit 83

¹¹¹ Harry Brugman Mercado, Ob. Cit. 406

monetaria para procurar su reparación o compensación. Otro método dirigido a cuantificar el perjuicio acaecido, es el cómputo del valor estadístico de la vida. Es un método ampliamente utilizado para mirar al intercambio implícito entre el resigo de muerte asociado con el trabajo y el pago en la opción de ese trabajo.

- **Cuantía necesaria para la disuasión:** el propósito de este valor es establecer incentivos para aquellos quienes pueden tomar medidas para evitar un accidente.
- **La cantidad de seguro:** la gente trata de equiparar las utilidades marginales antes y después de un accidente, toda vez que un accidente cambia la utilidad, es posible que el ingreso preferido después de un accidente sea menor al ingreso preferido anterior al accidente.

La dificultad en la valoración de los daños no económicos no ha impedido a los jueces de hacer presunciones sobre el proceso de cuantificación. Un vistazo de la jurisprudencia del Estado revela que existe una posición común de que, en general, las compensaciones por daños no económicos serán mayores si los daños por concepto de dolor y sufrimiento, por un lado, y por concepto de pérdida del disfrute de la vida, por el otro, son tratados por el jurado como elementos distintos que conllevan otorgaciones de daños separadas.

Un problema histórico en el sistema de derecho norteamericano es la disparidad e inconsistencia en la cuantía de los daños impuestos en conjunto con la valoración de los daños por parte del jurado, esto se debe a que en la mayoría de los casos las instrucciones que se le ofrecen al jurado previo a la deliberación son vagas y ambiguas. Por lo anterior resulta incorrecto e injusto el calificar las compensaciones por concepto de daños basadas en decisiones de responsabilidad como arbitrarias y caprichosas sin previamente hacer un análisis de las razones por las cuales estas compensaciones suelen ser altas.

3.1.2.6. Referencias o baremos para cuantificar los daños no económicos

En el Derecho común norteamericano se encuentra falta de guías o referencias, que sirven de estándares para la valoración de daños no económicos y daños punitivos,

sin embargo, existen parámetros establecidos en la jurisprudencia anglosajona 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. La Asociación Nacional de Comisionados de Seguros, ¹¹²ha publicado una escala de severidad del daño de nueve puntos que ha sido ampliamente utilizada para categorizar la seriedad del daño y para facilitar la valoración de los daños morales comprendidos en la categoría de ‘dolor y sufrimiento’, así como otros daños similares. Los nueve puntos en la escala incluyen las siguientes categorías:

- **Daño Emocional únicamente:** efectos psíquicos, tales como tristeza, temor, ansiedad. Excluye cualquier efecto físico.
- **Insignificante/temporero:** se refiere a daños pasajeros y leves, tales como laceraciones, contusiones, cicatrices menores o sarpullido. Se materializa si no hay retraso en la recuperación.
- **Menor temporero:** se refiere a infecciones, fracturas, traumas o eventos que requieran hospitalización por un corto periodo de tiempo o cualquier retraso de corta duración en la recuperación.
- **Mayor temporero:** son eventos que, a pesar de ser significativos, tienen una buena prognosis y expectativa de recuperación corta. Se presenta en casos de quemaduras, material quirúrgico dejado en el cuerpo, efectos secundarios de drogas o medicamentos, daño cerebral temporero. Se manifiesta un retraso en la recuperación.
- **Menor permanente:** son cambios que no afectan la funcionalidad total del individuo, pero son de carácter permanente, tales como la pérdida de dedos, pérdida o daño a órganos. Incluye lesiones no incapacitantes.

¹¹² Harry Brugman Mercado, “ob cit 411

- **Significativo permanente:** daños irreversibles y sustanciales, tales como: sordera, pérdida de una extremidad, pérdida de ojo, pérdida de un riñón o pulmón.
- **Mayor permanente:** en estos daños se afecta la funcionalidad del individuo, requiriendo asistencia para ejecutar tareas del diario vivir. Se observa en casos de paraplejía, ceguera, pérdida de ambas extremidades y daño cerebral, entre otros.
- **Grave permanente:** se reserva esta clasificación para los casos donde la prognosis es reservada y las víctimas dependen totalmente de otra persona, como sería el caso de personas que tienen cuadriplejía, daño cerebral severo y requieren cuidado de por vida.
- **Muerte.**

Aunque las clasificaciones anteriores parecen proporcionar estándares razonables para clasificar las condiciones físicas, los sistemas legales no las han aplicado de manera obligatoria. Por otro lado, notamos como las manifestaciones físicas, por su intensidad, se degradan a por lo menos siete grados de intensidad, mientras que por influencias emocionales o espirituales retienen solo uno.

La evaluación se basa en aspectos físicos, incluidos los efectos psicológicos de la discapacidad temporal o permanente de una persona. Sin embargo, para los casos en los que solo se presenten efectos psicológicos, la valoración será equivalente para todos los casos, ya sea ansiedad temporal o secuelas psicológicas posteriores al evento traumático.

3.2. Sistema Civil Law

Con explicación de la Doctora Daniela Pereira, se dará ingreso a las nociones que exponen al sistema *Civil Law*, para luego recopilar en el entendido del mismo, como se comprenden en otros países algunas de las figuras jurídicas utilizadas en la presente investigación.¹¹³

¹¹³ Daniela Pereira Moreira, “El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo” (Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2019) 91 <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59263/1/T41737.pdf>

La familia del *Civil Law* se basa en la ley escrita, codificada o no. En este sistema, los precedentes no suelen ser vinculantes dado el principio de legalidad, en virtud del cual, el juez debe decidir de acuerdo con la ley escrita, de modo que sus resoluciones tienen que motivarse con relación a este principio. La seguridad y la previsibilidad de las resoluciones judiciales, obviamente, son valores a los que se aspira, aunque se supone que, en este sistema, se realizan a través de la ley y su estricta aplicación por parte de los jueces. Esta rigidez es una de las principales características del sistema del *Civil Law*.

No obstante, en los países que integran la familia del *Civil Law* existen algunas normas constitucionales y leyes infraconstitucionales de poca densidad normativa, reflejo de las características de las sociedades complejas, pues ante la multitud de problemas que pueden surgir, la norma necesita plantear soluciones que sigan el casuismo problemático, de forma que se hace necesario concretar su contenido. Compete así al Poder Judicial explicitar el significado de los mandatos abstractos difundidos tanto en las normas constitucionales como infraconstitucionales, mediante su interpretación y aplicación a los casos concretos, con lo que se alcanza el objetivo primordial de aclarar el contenido de las referidas normas.

Además de aclarar las normas, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional asumen la importante función de formular respuestas para situaciones no previstas y adaptar los antiguos títulos a las nuevas realidades. Este hecho centra la atención sobre el estudio del papel de las resoluciones judiciales y su función en cada sistema jurídico. En consecuencia, la población cree en la interpretación de las normas que hacen el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, pues, la existencia de un poder soberano que establezca la última palabra relativa a la norma es imprescindible para que funcione la sociedad, al impedir que cada uno adopte su propia Constitución o ley y obre según su voluntad.

Con lo expuesto por la Doctora Pereira, en sentido general se comprende que el sistema *Civil Law*, llamado de otra forma como Sistema Romano Francés, es el sistema jurídico derivado de aquel aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la Ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por estos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuente es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (códigos). El sistema de derecho continental se basa, sobre todo, en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo, de los cuales se emanan normas dotadas de una legitimidad democrática que son interpretadas y aplicadas por el poder judicial; las normas jurídicas, nacientes de las potestades regulatorias de la Administración Pública, surgen de la reserva de ley y son aplicadas caso por caso por los tribunales. La jurisprudencia se limita al ámbito de interpretación de la normativa vigente y las sentencias solo obligan a los tribunales inferiores a aplicar la norma según esa interpretación.

3.2.1. Criterios Jurisprudenciales de Costa Rica

A continuación, se exponen los criterios jurisprudenciales para determinar la estimación del daño moral,¹¹⁴ por lo que desglosan las características de un daño resarcible, que, según sentencias de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, se pueden resumir de la siguiente manera:

El menoscabo debe ser cierto, real y efectivo:

No es indemnizable aquel daño eventual o hipotético fundado en supuestos o conjeturas. Incluso, se ha dicho, el daño no pierde esta característica si su cuantificación

¹¹⁴ El Daño Moral en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Poder Judicial:https://salaprimera.poder-judicial.go.cr/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Trabajo_sobre_dano_moral.pdf

resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación. Por otra parte, tampoco debe confundirse certeza con actualidad, porque es posible reparar aquel menoscabo futuro.¹¹⁵

- **El daño resarcible:**

Se encuentra en la lesión al interés jurídicamente relevante y merecedor de protección. En este sentido, la Sala Primera ha manifestado que puede existir un damnificado directo y otro indirecto, como serían la víctima, en el primer caso, y sus sucesores en el segundo.¹¹⁶

- **Daño por tercero:**

El daño debe haber sido causado por un tercero y ser subsistente, de forma que si ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente.¹¹⁷

- **Relación de causalidad:** Entre el hecho ilícito y el daño.

3.2.1.1. Principio de Reparación Integral del Daño

En la materia en estudio, el principio que rige es el de reparación integral del daño. Orgaz, al referirse a este principio indica: *“El principio general que rige en esta materia es que el responsable debe resarcir todo el daño que ha causado con su acto ilícito... El resarcimiento comprende siempre, en principio, todo el daño ocasionado por el responsable”*. En el mismo sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: *“El principio general que rige en materia de daños es que el responsable debe resarcir todo el daño que ha causado con su acto ilícito”*.¹¹⁸

¹¹⁵ Sentencia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Referencia 618- 2003, del 1 de octubre de 2003

¹¹⁶ Sentencia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Referencia 729- 2005, del 29 de septiembre de 2005.

¹¹⁷ Sentencia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Referencia 112- 1992, del 15 de julio de 1992.

¹¹⁸ Sentencia Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Referencia 117-2006, del 03 de marzo de 2006.

3.2.1.2. Criterios Utilizados para la Estimación Económica

Para Carlos Creus¹¹⁹, la indemnización es “*la forma normal o socialmente aceptada, pese a la reticencia de muchos a considerar su procedencia. De aquí surge el cuestionamiento de si aquella es una indemnización o una pena. Desde la legislación napoleónica es aceptada la primera, pues el fundamento no es castigar al contraventor, más bien se pretende proporcionar al injuriado una satisfacción por el quebranto sufrido.*” Los criterios para calcular los daños morales deben compensar al beneficiario por cualquier menoscabo sufrido en su vida personal como cualquier dolor tanto físico como emocional, así como en el ámbito socio familiar relacionada con la pérdida. o menoscabo de bienes, se combinan con signos positivos en la vida del perjudicado, por lo que es importante tener una visión clara y precisa de los criterios valorados por la jurisprudencia y así evitar su asignación arbitraria.

3.2.1.3. Clasificación de Criterios

- **El libre arbitrio judicial:** Este criterio manifiesta que la cuantificación indemnizatoria está supeditada, exclusivamente, al parecer del juez, en el caso concreto. Esto, en realidad, no es un sistema sino más bien una renuncia a todo sistema. Así está contemplado en el artículo 125 del Código Penal Costarricense de 1941, que autoriza la valoración del daño moral en manos del juzgador. Los tribunales costarricenses han manifestado que el juez al llevar a cabo esta labor “*...deberá conducirse en forma prudente, guiado por el influjo de los principios de proporcionalidad y racionalidad, sin propiciar indemnizaciones abusivas, pues ello entrañaría un lucro con los derechos de la personalidad*”.
- **Las tabulaciones:** Este método implica la creación de tablas legales obligatorias que tarifican las indemnizaciones, de forma que a cada clase de daño moral le correspondería un monto determinado a priori. En los países que utilizan este

¹¹⁹ Carlos Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*. (España: SCC Editores.,1985)

sistema se fijan topes máximos y mínimos para cada uno de los casos. Quienes defienden la aplicación de este sistema alegan que éste permite ahorrar costos y exigencias probatorias, posibilitando la prontitud del resarcimiento.

- **Los Baremos:** un baremo de indemnizaciones es una tabla sistematizada de posibles daños (generalmente físicos) ordenados en grado (creciente o decreciente), acompañados de una valoración económica, desde la muerte o fallecimiento hasta las más leves incapacidades, pasando por la gran invalidez. Riera¹²⁰ señala que el objetivo del Baremos y de las tablas que en el mismo se incluyen, consiste en: “Sentar las bases para dar una cobertura económica por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal a aquellas personas que hayan sido víctimas de accidentes de circulación”. Debe indicarse que este sistema ha sido utilizado tradicionalmente en España. Así, se ha mantenido el criterio de utilizar los baremos en el cálculo de las indemnizaciones de daños corporales, esto con la finalidad de evitar los problemas de arbitrariedad que acarrea la valoración del daño moral subjetivo.
- **Regulaciones legales indicativas:** Este criterio implica que el legislador fija lineamientos no imperativos para resarcir el daño moral, buscando aproximaciones indemnizatorias entre perjuicios con alguna similitud. De acuerdo con Le Roy¹²¹, un ejemplo de este criterio se podría realizar comparando el término discapacidad permanente con el de secuelas permanentes. En ambos casos, los perjuicios tienen alguna similitud y esto ha sido utilizado en Europa para cuantificar el daño moral, así pues, cuando una persona sufre una discapacidad permanente de su integridad física y psíquica, esta pérdida es cuantificada como un porcentaje con respecto a su capacidad total. Con este propósito, los médicos utilizan una tabla porcentual de discapacidad, por ejemplo, que una fractura de tobillo implica una discapacidad

¹²⁰ Antoni Riera Font, Aina Ripoll Penalva “Estimación del valor estadístico de la vida en España: Una aplicación del Método de Salarios Hedónicos”. *Revista de Economía Pública*,

¹²¹ Le Roy, Patrick, A European Comparison of Bodily Injury Claims. *Revista Diferencias en el Derecho de Indemnización por Daños Personales en Europa I*(1997) 16

del 10 % y que la amputación del dedo pulgar de la mano que normalmente se utiliza causa una pérdida funcional del 22%. Es este tipo de discapacidad el que compensa en el renglón de lesiones o secuelas permanentes.

- **Técnicas Judiciales coherentes:** Este criterio implica considerar una serie de resoluciones y crear a partir de las mismas sentencias una coherencia indemnizatoria entre soluciones jurisdiccionales en conjuntos con un amplio ámbito valorativo. En la legislación costarricense es importante señalar que en la fijación del daño moral el juzgador posee un ámbito valorativo. Así, el Código Penal Costarricense de 1941, en su artículo 125, regula la fijación prudencial del daño moral por parte del juzgador. Por supuesto que, tal y como hemos señalado, ese ámbito valorativo del juzgador no puede convertirse en arbitrariedad, por ello se exige que fundamente las razones por las que se concede un determinado monto, debiendo respetar las reglas de la sana crítica al realizar la valoración respectiva, como lo prescriben los artículos 184 y 361 del Código Procesal Penal. La apreciación debe ser conforme con los principios lógicos admitidos por el pensamiento humano, y quien aprecie la prueba debe hacer uso de su normal conocimiento de las cosas. Además, debe resaltarse que en la sana crítica no puede dejarse de lado los principios lógicos, ni las reglas de la experiencia.

Con respecto a este aspecto, Barrientos agrega que son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. En cuanto a la sana crítica, la jurisprudencia nacional la define como la valoración que ha de hacer (el juez) de los hechos puros y simples de que dan testimonio los testigos a la luz de la realidad de la vida, o en otros términos, de acuerdo con lo que aconseja la experiencia humana. Articulando todo lo antes expuesto, el sentenciador, que conoce de una acción por daño moral, debe hacer un examen del caso en concreto, analizando aspectos precisos. El autor Taboada menciona que en la jurisprudencia peruana se utilizan criterio sumamente claros al momento de evaluar el daño moral, entre los que señala: a) La entidad,

(importancia) del daño, tanto físico como psíquico (la llamada escala de los sufrimientos morales; b) El grado de culpabilidad del accionado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva); c) La conducta de la víctima.; d) Grado de educación y cultura del reclamante; e) Posición social y económica del reclamante; f) Capacidad económica de la parte accionada; g) Los posibles atenuantes a favor del responsable; h) El tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente o enfermedad; i) Referencias pecuniarias estimados por el Juez para tasar la indemnización que considera equitativa y justa para el caso concreto. En consecuencia, el juez debe expresamente señalar en su decisión el análisis que realizó de los aspectos objetivos señalados en el precedente párrafo, exponiendo las razones que justifican su estimación, las cuales lo llevaron a una indemnización razonable que permita controlar la legalidad del quantum del daño moral fijado por el Juzgador.

3.2.2. Criterios Jurisprudenciales de México

3.2.2.1. Valoración al Daño Moral

En la obra Mexicana de Lucia Mendoza, denominada: “La acción civil del daño moral”¹²² se desarrolla como en su sistema positivo de derecho se pondera el daño y resarcimiento en el daño moral, por lo que explica que independientemente a las características particulares de cada código civil estatal, las principales herramientas utilizadas para cuantificar el daño moral son: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad del agente y la víctima, la situación económica de ambos, así como las demás circunstancias del caso. Lo anterior en razón de evitar la subjetividad de las resoluciones judiciales, y no obstante que las legislaciones estatales otorgan al juzgador amplias facultades para determinar los montos de la indemnización, estos deben emitir sus resoluciones apegados a los principios de fundamentación y motivación, la equidad, la razonabilidad, la congruencia en las resoluciones, así como el de revisar las pretensiones

¹²² Mendoza. La acción civil del daño moral. 67

de las partes y las pruebas aportadas. Los criterios que se argumentan en ese tenor textualmente indican: que el juzgador debe resolver en forma objetiva y razonable para cumplir con la verdadera función de la reparación, evitando ante todo condenas excesivas.

3.2.2.2. Daño Moral y Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Los criterios establecidos en el código civil federal, a que remite el artículo 14, fracción ii, segundo párrafo de la ley federal relativa, obligan a la autoridad judicial a individualizar los montos de manera objetiva y razonable. Es así que el artículo 14 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece las reglas conforme a las cuales deben calcularse los montos indemnizatorios que debe pagar el Estado por la generación de daños materiales, personales o morales, y su fracción II establece que la autoridad administrativa o jurisdiccional debe hacer el cálculo correspondiente conforme a los criterios establecidos en el Código Civil Federal y debiendo tomar en consideración los dictámenes periciales ofrecidos por el reclamante.

Por su parte, el artículo 1916 del Código citado dispone que las indemnizaciones a los particulares por este tipo de daño deberán determinarse con base en la valoración de los siguientes criterios: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Aunque exista base para partir de que el Estado se presume siempre solvente, ello no implica que los jueces puedan condenarlo a satisfacer indemnizaciones excesivas. La situación económica del responsable del daño es uno de los criterios a valorar, pero no determina la magnitud de la indemnización: tan sólo indica que la indemnización podrá ser pagada por el sujeto responsable.

Conforme al artículo 12 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, según el cual la indemnización debe corresponderse con la idea de reparación integral del daño, el monto indemnizatorio debe determinarse no en función de la capacidad económica del responsable, sino en función de la naturaleza del daño

ocasionado, la valoración de los derechos lesionados y el grado de responsabilidad de los sujetos involucrados. La aplicación e interpretación de estos criterios individualizadores es competencia de la autoridad que ejerce dicha función y si son debidamente observados, evitarán el otorgamiento de indemnizaciones excesivas.¹²³ Con relación a la objetividad de las sentencias, el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito¹²⁴ sostiene que la condena por reparación moral y su valoración dependerán de las constancias de autos, sin apoyarse en el monto solicitado por el demandante.

3.2.2.3. La Cuantía de la Indemnización que Determina el Juez

La interpretación gramatical y funcional del cuarto párrafo del artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, lleva a considerar que el señalamiento de una cantidad específica de dinero en la demanda, como monto de indemnización por daño moral, no impone al actor la carga de acreditar necesariamente esa suma precisa, para el acogimiento de su pretensión, porque ordinariamente no se tienen bases predeterminadas o seguras que permitieran establecer de antemano la cuantía de la indemnización correspondiente en cada caso en que se causa daño moral, ya que dicho daño atañe a bienes intangibles de la persona, como sus sentimientos, decoro, honor, afectos, creencias, su aspecto físico, etcétera, y aunque la ley permite su resarcimiento a través de indemnización pecuniaria, en la determinación de su monto entran en juego diversos elementos cuya valoración corresponde al prudente arbitrio del Juez, al dictar sentencia, consistentes en los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. De esa manera, es en la valoración de cada caso particular cuando el Juez está en condiciones de determinar la cuantía correspondiente. Por tanto, el reclamo de cierta cantidad en la demanda, debe tomarse como la valoración o estimación personal y subjetiva del daño sufrido, que se somete a la decisión imparcial y objetiva del Juez,

¹²³ Bolívar Galindo, Cielito. *SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA: NOVENA ÉPOCA*, tomo XXX (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009), 440.

¹²⁴ Cielito Bolívar Galindo, *SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA: NOVENA ÉPOCA*, tomo XXIX (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009).

sustentada en la valoración y conjugación de todos los elementos allegados al juicio, a fin de que la indemnización se acerque lo más posible a la magnitud del daño causado, dentro de las posibilidades o capacidades económicas del responsable.

En la siguiente tesis y aunado a los criterios de imparcialidad, objetividad y razonabilidad vistos en la exégesis anterior, el juez tendrá como elementos legales para determinar el quantum moral: los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

3.2.2.4. Indemnización por Daño Moral y Resarcimiento por Daños Materiales

En tratándose de la indemnización por daño moral, el dinero no puede desempeñar el mismo papel que el resarcimiento por daños materiales, toda vez que respecto de éstos, puede aceptarse que su finalidad es la de una equivalencia, más o menos completa, entre la afectación y la reparación; en tanto que para el daño moral, la indemnización representa un papel diferente, esto es, no de equivalencia, sino de compensación o satisfacción, porque no se trata de poner precio al dolor o a los sentimientos humanos, puesto que no pueden tener equivalencia en el aspecto monetario, sino que, lo que se pretende es suministrar una compensación a quien ha sido lesionado en su personalidad. Por lo anterior, debe precisarse que cuando se da el caso de daño moral, por relacionarse con afecciones de los derechos de dicha personalidad, como la define la doctrina contemporánea, se otorga un amplio arbitrio de libre apreciación al juzgador para fijar el monto de la indemnización, en virtud de que su cuantificación es muy distinta a la del daño material donde existen parámetros más objetivos teniendo, por tanto, que apreciar los hechos de cada caso, de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, de conformidad con el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, con el fin de determinar una compensación pecuniaria prudente y equitativa, pero sin dejar de tomar en cuenta los cuatro elementos del artículo 1916 del Código Civil de la misma entidad, es decir, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación

económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.¹²⁵

Ahora bien, con relación al principio de equidad, el cual establece que el arbitrio del Juez para cuantificar una condena de esta índole debe atender al criterio de equidad, se relaciona al ser el resultado de la aplicación de la justicia al caso concreto, pero, por otra parte, la equidad supone, en todo juicio en el que haya necesidad de dictar condena por concepto de daño moral, que la parte condenada no sufra excesivamente con el detrimento de su patrimonio en beneficio del patrimonio del ofendido, puesto que mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil, cuando existe sentencia condenatoria, con ella se satisfacen legalmente los daños y perjuicios sufridos por el ofendido.¹²⁶

3.2.3. Daño Moral en la Jurisprudencia Chilena

3.2.3.1. Determinación del Quantum Indemnizatorio

Doris Pérez y Claudia Castillo, exponen¹²⁷ que “*una de las consecuencias de las especificidades del daño moral es que las indemnizaciones que se otorgan en virtud de él pueden, en muchos casos, ser muy disímiles para casos que son bastante análogos, lo que provoca un grado de inseguridad jurídica y desconcierto razonables, que hacen parecer al sistema jurídico poco creíble e incluso ineficiente*”. Por lo anterior, exponen en su tesis que, con el criterio lógico-jurídico, abordarían las distintas argumentaciones judiciales relativas a la determinación del *quantum* de la indemnización por daño moral.

La dificultad que tienen los jueces en la determinación del monto indemnizatorio por daño moral en un caso concreto, radica en que este daño no es cuantificable en una

¹²⁵ Cielito Bolívar Galindo, *SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA: NOVENA ÉPOCA, tomo XXV* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007), 1978.

¹²⁶ Cielito Bolívar Galindo, *SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA: SÉPTIMA ÉPOCA, VOLUMEN 33* (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005), 23.

¹²⁷ Doris Pérez Retamal y Claudia Castillo Pinaud, *Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia* (Santiago: Tesis de Grado, 2012), 50-51.

suma de dinero, debido a su carácter inconmensurable. Es por esta característica intrínseca y común a todos los bienes que no tienen un mercado asignado, unido a la necesidad de indemnizar en dinero (bien líquido y fungible por excelencia), que se hace frente a una encrucijada jurídica de proporciones, consistente en la imposibilidad estructural de relacionar un daño incuantificable con una suma de dinero. Dicho obstáculo es del todo conocido por la jurisprudencia, y muchas veces lo han expresado en el carácter “subjetivo” del daño moral, para posteriormente señalar uno o más argumentos para justificar cierto monto, su reducción o aumento.

Para cuantificar y sintetizar las soluciones otorgadas por sus Tribunales Superiores a dicha problemática, se extrajeron de la jurisprudencia todos los enunciados, entendiéndose por éstos las frases y oraciones dirigidas a justificar cierto monto como indemnización al daño moral.

3.2.3.2. Circunstancias Particulares del Quantum

En este epígrafe, reúnen la jurisprudencia que explica como los jueces determinan la indemnización del *quantum*, por medio de variables relacionadas con cualidades propias de las partes, es decir, con las circunstancias personales del demandante y del demandado. Los argumentos aquí agrupados, al considerar el contexto particular de las personas involucradas, presentan la peculiaridad de generar problemas y distorsiones en el elemento de previsibilidad de la responsabilidad civil. Lo anterior debido a que dichas circunstancias no pueden ser razonablemente anticipadas por un buen padre de familia, estándar de cuidado ampliamente aceptado como el exigible en materia extracontractual. Es así como, por ejemplo, un conductor promedio no puede anticipar que dentro del automóvil con el cual colisiona va un menor de edad en el asiento trasero, un trabajador poco calificado y sin seguro o especialmente sensible y vulnerable.

Asumiendo la imprevisibilidad de estas circunstancias, y los costos asociados a ello, la dificultad apunta a determinar quién debe asumirlos. Es decir, si dichas

circunstancias han de considerarse o no para fijar el deber de la conducta del agente o para modificar la cantidad a indemnizar. Para responder a esta interrogante, primero se debe consignar que la previsibilidad está asociada a la responsabilidad civil en dos de sus elementos, la culpabilidad y la causalidad. En el primero de ellos influye notoriamente, pues la diligencia exigible por el Derecho termina donde comienza lo imprevisible, pero es su efecto en el segundo elemento el que importa en esta investigación. En el actual estado de la discusión, es más bien pacífico que las circunstancias particulares de la víctima que agravan el daño producido por el agente no resultan atribuibles a la negligencia del responsable. Al contrario, la cuestión es si dicho aumento anormal e imprevisible, independiente de la culpa del agente, es de cargo de la víctima o del autor del daño, discusión que corresponde al elemento de causalidad más que al de culpa.

La previsibilidad posee en la causalidad una perspectiva temporal *ex post*, para determinar qué circunstancias dañosas pueden normativamente imputarse a la conducta. En materia extracontractual, en cambio, al no existir vínculos previos, la previsibilidad pierde su importancia relativa en el juicio de causalidad, resultando que, para el análisis de la imputación objetiva de las consecuencias mediatas de un hecho dañoso, se recurren a criterios mucho más amplios, como la teoría de la causa adecuada, al ámbito de riesgos creados, proximidad razonable, los cuales claramente no se excluyen entre sí.

En la pregunta central de la indagación que realizaron, elemento de la causalidad busca saber: Qué daños son consecuencia de la conducta imputable y cuáles lo son del azar, la previsibilidad tiene poco que decir. Como consecuencia de la poca importancia de la previsibilidad como criterio de imputación objetiva, se ha señalado que la intensidad del daño provocada por circunstancias particulares de la víctima es un azar que debe soportar el responsable debiendo excluirse sólo desarrollos causales extraordinarios. Es decir, la imprevisibilidad es condición necesaria, pero no suficiente, para considerar un incremento o disminución del daño como indirecto. Se ha dicho que distinto es el análisis al momento de determinar el daño indemnizable y que en este caso no debe considerarse en el monto ese aumento o disminución del daño generado por circunstancias particulares de la víctima.

Sin embargo, si se sigue la regla de que pesa sobre el responsable dicho azar, resulta de toda lógica que concrete dicho peso en el monto a indemnizar, de lo contrario el análisis de la previsibilidad deviene inútil y antojadizo. Es así como los jueces, sin señalar en fallo alguno que están realizando un juicio de imputación objetiva de daños incrementados o disminuidos por particularidades de las partes, aumentan o rebajan el monto de la indemnización. Lo anterior significa sólo una cosa, y es que en estos casos los Tribunales privilegian una indemnización más acorde con la situación real de las partes que la seguridad jurídica.

Al preguntarse, cómo es que considerar las circunstancias personales de las partes afecta la seguridad jurídica, pues se observa que la previsibilidad no juega un papel central en el juicio de causalidad. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que dicha asunción de riesgos por parte de los posibles generadores de daño forja situaciones complejas, desequilibrios entre las personas obligadas a reparar el daño y que no son consecuencia de su actuar, sino que de la mala fortuna de la víctima. Así, dos personas que han provocado con su actuar daños similares, pueden quedar obligados a indemnizar montos completamente distintos.

3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos y su Ponderación

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho basta referencia al daño moral como una categoría que incorpora el sufrimiento y dolor derivados del menoscabo de sus derechos humanos.¹²⁸ En ese sentido, se desarrollará el caso *Marín vs Perú*,¹²⁹ en donde se expone que es aplicable una presunción *iuris tantum* respecto de la violación al derecho a la integridad personal vio afectada su integridad personal de forma significativa a raíz de la tortura sexual de Azul Rojas Marín, así como por la falta de

¹²⁸ Héctor Faundez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (Editorial IIDH, 2000) 516

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia Caso Azul Rojas Marín en contra de la República del Perú*, 2020 <https://bit.ly/3v5FOTs>

investigación de la misma. Según el informe psicológico pericial, la señora Tanta Marín “presentaba una depresión mayor de carácter crónico que incidía seriamente en su salud física y que constituía un riesgo vital el evento traumático ha tenido un impacto devastador en su psiquismo quebrando de manera sensible un pilar emocional que la sostenía en el mundo producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos.

En consecuencia, sin perjuicio de cualquier forma de reparación que se acuerde posteriormente entre el Estado y la víctima, y de acuerdo con las consideraciones expuestas; por ello, ese Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien ha sido declarada víctima de la violación de algún derecho reconocido en la misma.

3.3.1. Medidas de Satisfacción

- **Publicación de la sentencia:** Las representantes solicitaron ordenar como medida de satisfacción, la publicación del resumen oficial y la Sentencia en su integridad en el sitio web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el cual deberá ser de fácil acceso al público, y estar disponible por un periodo de al menos un año.¹³⁰
- **Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional:** La Corte Interamericana ordena reiteradamente que el Estado realice un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso en desagravio a la memoria de [...], el cual deberá efectuarse en español [y en la

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentenciada 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91..

lengua ***]. En dicho acto se deberá hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la presente Sentencia. Asimismo, deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública en presencia de altos funcionarios del Estado, ***, los familiares [de la(s) víctima(s)] y ***. El Estado y los familiares de [la(s) víctima(s)] y/o su(s) representantes, deberán acordar la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización.¹³¹

3.3.2. Garantías de no Repetición

Estas medidas tienen como principal objetivo la no repetición de los hechos que ocasionaron la violación, las cuales pueden incluir capacitaciones, reformas legislativas, adopción de medidas de derecho interno, etc. Atienden el espíritu establecido en el artículo 63.1o., el sentido de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos. Resulta importante señalar, que dichas medidas también deben tener un nexo causal (aunque éste sea amplio o como víctima potencial) con la violación encontrada en el fondo.¹³²

- **Adopción de un protocolo sobre la investigación y administración de justicia en casos de violencia contra las personas LGBTI:** La Comisión solicitó ordenar al Estado adoptar “medidas legislativas, administrativas o de otra índole para garantizar el acceso a la justicia en casos de violencia contra personas LGBTI”. Las representantes solicitaron como garantía de no repetición, ordenar al Estado implementar protocolos de investigación, servicios periciales y de justicia, para combatir la violencia por prejuicio contra las personas LGBTI, rindiendo un informe anual de la implementación de esta medida durante cuatro años. Asimismo, solicitaron la implementación de directrices específicas a seguir por el

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

¹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 241

personal de la policial y miembros del serenazgo en la atención, trato adecuado y no discriminatorio a las personas LGBTI.

- **Sensibilización y capacitación de agentes estatales sobre violencia contra las personas LGBTI:** “asegurar que el artículo 205 del Código [Procesal Penal] no sea utilizado por autoridades policiales de manera abusiva y discriminatoria, incluyendo mecanismos efectivos de rendición de cuentas”; ii) “capacitar a los a los cuerpos de seguridad, y en general funcionarios/as que tengan a su cargo la custodia de personas privadas de libertad, en la prohibición absoluta de la tortura y de la violencia sexual y de otra índole contra la población LGBTI, así como a enviar un claro mensaje de repudio a este tipo de actos”, y iii) “diseñar programas de formación y capacitación para todos los operadores jurídicos que tengan contacto y/o estén a cargo de investigar casos de violencia por prejuicio, incluida violencia sexual”.
- **Diseño e implementación de un sistema de recopilación y producción estadística de violencia contra personas LGBTI:** Las representantes solicitaron ordenar al Estado la implementación de un sistema de recopilación y producción estadística de violencia por prejuicio hacia las personas LGBTI. De acuerdo con las representantes, la base de datos debe incluir, como mínimo, información estadística del número de denuncias en casos de violencia contra personas LGBTI, tipo de perpetrador, diligencias iniciadas y resultado de las investigaciones.

3.3.3. Indemnizaciones Compensatorias

- **Daño material:** Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. La Comisión solicitó que el Estado “disponga una reparación integral a Azul Rojas Marín y Juana Rosa Tanta Marín por las violaciones de los derechos humanos establecidos en su perjuicio”.

La cual debe “incluir medidas de compensación pecuniaria y satisfacción para reparar tanto el daño material como el moral”. Las representantes solicitaron a la Corte que dicte indemnizaciones compensatorias por los daños materiales sufridos por Azul y su madre. Señalaron que, “[a]ntes de los hechos del 25 de febrero de 2008, [...] Azul trabajaba en el Puesto de Salud de Casa Grande, donde le pagaban el sueldo mínimo vital de la época (es decir, S/.550.00 nuevos soles al 2018)”. Además, se dedicaba a la crianza y venta de chanchos, y también preparaba comida para determinados eventos [...] y empezó un curso universitario de derecho”. Como consecuencia de los hechos del 25 de febrero de 2008, indicaron que “Azul no pudo continuar con dichas actividades”, encontrándose actualmente trabajando en “empleos temporales de manera informal”. En este sentido, solicitaron que la Corte contabilice el daño pecuniario desde marzo de 2008 hasta la fecha del fallo eventual de la Corte”, lo cual suma USD \$65.016. Respecto de la madre de Azul, antes de los hechos, esta “trabajaba vendiendo comida, y el promedio de su nivel de “ingresos era aproximadamente el mismo que el sueldo mínimo vigente”. Agregaron que, “[l]uego de realizada la denuncia, la señora Tanta Marín no pudo continuar con sus actividades debido al miedo y a las amenazas recibidas”. En razón de ello, las representantes solicitaron que el “daño pecuniario debe contabilizarse desde marzo de 2018 hasta el fallecimiento de Doña Tanta el 12 de mayo de 2017”. Por tanto, solicitaron la suma de USD \$21.946.

- **Daño inmaterial:** Este Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial, y ha establecido que este puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. La Comisión solicitó que el Estado disponga de una “reparación integral a Azul Rojas Marín y Juana Rosa Tanta Marín por las violaciones de derechos humanos establecidas en su perjuicio, las cuales deben incluir medidas de compensación” para reparar el “daño moral”. Las representantes solicitaron a la Corte que ordenara al Estado indemnizar

compensatoriamente “por daño moral a Azul y a su madre, doña Juana Rosa Tanta Marín”. Todo esto, producto de los “sufrimientos padecidos por Azul como resultado de su discriminación, de su detención ilegal, violación sexual y tortura, de la destrucción de su intimidad, del estigma por lo que vivió y por su orientación sexual, la afectación por la impunidad respecto a las violaciones, la destrucción de su proyecto de vida, el alejamiento de su familia y amistades”. Solicitaron “en razón de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos y las circunstancias particulares del caso, que se otorgue a Azul Rojas Marín una reparación por daño moral por el monto de USD \$60.000”. Asimismo, las representantes solicitaron considerar los “sufrimientos padecidos por su madre”, los cuales no solo fueron “el resultado de lo sufrido por su hija”, sino que también la “falta de justicia” y “la discriminación y estigma que estuvieron siempre presentes” hasta el día de su muerte. Por lo señalado, las representantes solicitaron “el pago de USD \$40.000 por concepto de daño moral” a favor de Juana Rosa Tanta Marín. Teniendo en cuenta los peritajes reseñados, la Corte estima que hubo un grave daño moral en la señora Rojas Marín y en la señora Tanta Marín.

En virtud de ello, en atención a las circunstancias del presente caso y las violaciones encontradas, la Corte consideró pertinente fijar, en equidad, la cantidad de USD\$ 60.000,00 (sesenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en concepto de daño inmaterial a favor de Azul Rojas Marín. En cuanto a la señora Juana Rosa Tanta Marín, la Corte fija en equidad, como reparación pecuniaria de su daño inmaterial, la cantidad de USD\$ 15.000,00 (quince mil dólares de los Estados Unidos de América). El pago de la indemnización de la señora Juana Rosa Tanta Marín deberá realizarse directamente a sus derechohabientes, de conformidad con la normativa sucesoria aplicable.

3.3.4. Costas y Gastos

La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia, las costas y gastos hacen parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el

fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable. Este Tribunal ha señalado que “las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes y argumentos, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte”. Asimismo, la Corte reitera que no es suficiente la remisión de documentos probatorios, sino que se requiere que las partes hagan una argumentación que relacione la prueba con el hecho que se considera representado, y que, al tratarse de alegados desembolsos económicos, se establezcan con claridad los rubros y la justificación de los mismos.

3.4. Exposición de los parámetros utilizados por los operadores de justicia salvadoreños para cuantificar el daño moral producido al agraviado en su esfera extrapatrimonial y la determinación de su resarcimiento.

A continuación, se realizará un breve análisis sobre como la jurisprudencia salvadoreña ha determinado la cuantificación de la indemnización de los daños morales, en ese sentido, se retoman las máximas expuestas por la Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, por medio de la sentencia con referencia CF01-73-A-2004¹³³

¹³³ Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, Sentencia Definitiva, Referencia: CF01-73-A-2004, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004)

que sucintamente establece que la jurisprudencia sostiene que el daño moral es el menoscabo en los sentimientos, y esta es una vulneración en la esfera íntima de las personas; es así que se comprende que el derecho lesionado que se pretende reparar por medio de una indemnización por daño moral, no es otro que la afectación en los sentimientos y dignidad del reclamante. La jurisprudencia nacional y extranjera, consideran que ese daño es resarcible económicamente, dejando a la prudencia del juzgador la fijación de su monto dadas las circunstancias de cada caso.

Como es sabido el daño moral en general no es susceptible prueba pues se basa en los hechos que lo originan y la fijación del quantum queda librado a la discrecionalidad del juzgador, ante ello no cabe duda que el derecho de la responsabilidad civil tiene como centro al agraviado, y por ende persigue la reparación del daño que ella ha sufrido. Atendiendo la jurisprudencia antes expuesta no es aceptable el criterio de establecer una relación directa entre el daño moral y la capacidad económica del responsable para su fijación; pues lo que prioritariamente debe considerarse es la existencia del daño ocasionado para imponer la indemnización que corresponda según las circunstancias de cada caso.

Por otro lado, la Sala de lo Civil, en su sentencia con referencia número 1316-2001,¹³⁴ de fecha trece de junio de dos mil uno, basándose en la Constitución de la República de El Salvador, se expone que esta reconoce la existencia de derechos subjetivos establecidos a favor de los particulares cuya vigencia y respeto debe ser observada; así el artículo 2 inciso 3° de esta norma establece la indemnización por daños morales, daños que son difíciles de definir; teniendo en cuenta este contenido normativo, si existiese una pretensión en la que un ciudadano requiriese el resarcimiento de un agravio personal y directo, la consecuencia natural y lógica es que le sea reparado el daño causado, restaurando las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del acto

¹³⁴ Sala de lo Constitucional, Recurso de Apelación, Referencia: 1316-2001, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2001)

violatorio de derechos, restableciendo al agraviado en el pleno goce de sus derechos violados.

Siguiendo el orden de ideas antes dicho, y sosteniendo la tesis implementada en la presente investigación frente a la vulneración de los datos personales, siendo este último un tipo sancionatorio cuya responsabilidad de quien lo ha cometido, en la esfera extrapatrimonial de un ciudadano, que origina un deber de reparación por haber causado un daño moral, el cual únicamente cumple con una función satisfactoria únicamente, se concluye que en materia de agravios morales que no existe la reparación perfecta, porque nunca el agravio en el honor, dignidad, entre otras cosas, será borrado completamente, ni volverá las cosas al estado previo al evento dañoso pagando una suma de dinero; con ello se comprende que el objetivo de la reparación puede traducirse entonces en que la reparación que se busca determinar debe tener por finalidad reponer al perjudicado en un estado igual o similar al que poseía antes de sobrevenir la situación dañosa.

En la práctica, se han ideado varios medios que se consideran idóneos para satisfacer esta reparación, como la publicación de la sentencia de condena del agraviante, la retracción pública del ofensor o la réplica del ofendido, por lo que a pesar que en primer lugar se pueda decir que la cuantificación del daño moral no puede ser determinable con un valor económico por ser los sentimientos y la dignidad de un valor incalculable e indeterminable para el criterio subjetivo de cada persona, y que dependiendo el tipo de dato personal que sea divulgado sin consentimiento, puede generar una afectación particular en cada ciudadano, como por ejemplo dañar el nombre y la fama de un profesional con una imagen comercial, es en ese sentido que el operador de justicia o ente competente de establecer el quantum del daño generado, deberá establecer la forma del resarcimiento de los daños morales, debiendo asumir en su resolución la figura de reintegración en dinero proporcionada, de forma equitativa y discrecional.

Si bien es cierto que los daños morales son de difícil cuantificación, no menos cierto es que el juzgador tiene parámetros para fijar la cuantía, y así limitar la subjetividad en el juzgamiento del caso, tales como si con la publicación de la información se puede

dañar la alta jerarquía del cargo ocupado por un profesional en el ámbito comercial, que al perder este dicho cargo por lucro cesante dejaría de percibir económicamente los ingresos en el tiempo que lo desempeñó, si hubo un daño en la emoción y sentimientos del mismo como consecuencia de la publicación del dato personal, si hubo una consecuencia que vulnere otros bienes por la publicación de la información, el grado de profesionalismo de la persona que ha sido lesionada y si con la divulgación de la información sin consentimiento perjudica los títulos obtenidos por el agraviado para futuras obtenciones de empleo o en la afectación de sus relaciones comerciales y personales, el grave escándalo provocado por el contenido de la publicación de la información vulneradora, la capacidad de seguir una digna y decorosa subsistencia en el ámbito social y familiar, y una multiplicidad de circunstancias que atenderán al tipo de información divulgada sin consentimiento y atendiendo a la naturaleza del servicio que brinda cada institución y lo que se dedica la persona natural o jurídica vulnerada, atendiendo a su vez la naturaleza de la que esta se dedica o al ámbito personal y social que le atañe al daño causado.

Como conclusión, teniendo en consideración los posibles parámetros que han sido descritos en el párrafo precedente, y aunque no sea necesario probar el daño moral más allá que demostrar el daño causado y su relación causal con el acto de la administración por un actuar ilícito u omisivo al deber de la norma, en la búsqueda de que el peticionario reciba una satisfactoria resolución determinadora que resarza ampliamente el daño sufrido, deberá presentar elementos probatorios necesarios que comprueben ese detrimento del patrimonio en cada ámbito particular, y que demuestre más explícitamente el por qué se establece el monto requerido y que se ve relacionado a lo más próximo de lo vulnerado, por ejemplo el salario que devengaba en su cargo, por medio de una constancia salarial, puede ser un elemento probatorio importante si con la publicación de los datos personales le causa su remoción, y la esperanza de tiempo laboral que este tenía en dicho lugar, que puede ser un elemento imperante para determinar el quantum del daño material que viene en consecuencia del daño moral infringido, a su vez, la difícil obtención de un nuevo empleo que puede ser un elemento determinante para aumentar el valor de lo cuantificado en la pérdida que el ciudadano percibe, entre otras cosas.

Como forma de finalizar el presente capítulo, se anexa a la presente investigación un breve análisis comparativo en cuanto a la terminología utilizada por los sistemas jurídicos estudiados y como la Ley de Procedimientos Administrativos reconoce cada uno de los términos:

COMMON LAW ¹³⁵	CIVIL LAW	NORMATIVA SALVADOREÑA
Derecho Común: Sistema Jurídico Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Australia y otras colonias británicas), tienen como base el Principio del Precedente / Jurisprudencia: las cortes están obligadas a seguir una decisión tomada por una corte de superior supremacía jerárquica.	Derecho Civil: Sistema Jurídico predominante en Latinoamérica; tiene como fuente el Derecho Romano-Germano y, sus principios basados en la codificación de normas: la solución o la respuesta ante un caso, se desarrolla aplicando alguna normatividad.	
<i>Torts</i> (Daño)	Daño	Artículo 59 inciso primero LPA “Daño indemnizable” en Relación a los Artículos 2 y 7 de la Ley de Reparación por Daño Moral
<i>Non pecuniary losses</i> (Perdidas no pecuniarias)	Daño moral	
<i>Tort law</i> (Responsabilidad Civil)	Responsabilidad civil	
<i>Intentional torts</i> (Daños Intencionales)	Acto ilícito	Artículo 55 inciso primero LPA “Derecho a la indemnización” en Relación al Artículo 3 de la Ley de Reparación por Daño Moral
<i>Fairness</i> (Reparación integral)	Reparación del Daño	Artículo 55 inciso segundo LPA en Relación al Artículo 13 de la Ley de Reparación por Daño Moral
<i>Damages</i> (Daños y Perjuicios)	Indemnización de perjuicios por reclamación de daños	Artículo 55 inciso primero LPA “Derecho a la indemnización” en Relación al Artículo 2 de la Ley de Reparación por Daño Moral

¹³⁵ Términos consultados en la doctrina relacionada en la elaboración de la presente investigación, los cuales pueden ser consultados en: Andrés Sánchez Ramírez. Ob cit 44

COMMON LAW ¹³⁵	CIVIL LAW	NORMATIVA SALVADOREÑA
<i>Quantum</i>	Cuantificación de la indemnización	Artículo 59 inciso tercero LPA en Relación al Artículo 15 de la Ley de Reparación por Daño Moral

Conclusión del Capítulo

Habiéndose concluido el estudio realizado al reconocimiento de la cuantificación en los diferentes sistemas jurídicos y como los países relacionados en dicho estudio han determinado las formas en las que se deberá valorar el daño moral, asimismo, manifestar que el sistema normativo salvadoreño tiene aún grandes retos en materia de indemnización y cuantificación por daños morales. Asimismo, es importante destacar que los países tomados como muestra de estudio reconocen como uno de los principales criterios de cuantificación la sana crítica o valoración del juzgador, quien debe conducir la cuantificación guiando su decisión en base a los principios de proporcionalidad, equidad y racionalidad, con el afán de evitar el menoscabo de alguna de las partes vinculadas.

Es así, que el derecho salvadoreño, deberá reconocer los avances que en materia de cuantificación han establecido la doctrina y las máximas jurisprudenciales de los países vecinos y retomar y reformar la normativa nacional en materia de daño moral y su cuantificación, brindando las herramientas necesarias que el juzgador debe poseer para señalar una real y justa indemnización por daño moral, aún y cuando se reconoce que una remuneración económica no puede resarcir el daño inmaterial, pero a falta de una forma más eficiente es aceptada como equivalente al daño ocasionado.

CAPÍTULO IV

CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR DIVULGACIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

4.1. Derecho Positivo Vigente Aplicable a la Protección de Datos Personales. 4.1.1. Bien Jurídico Lesionado. 4.1.2. La Intimidad y los Datos Personales. 4.1.3. Principios de la Potestad Sancionadora. 4.1.4. Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador. 4.1.5. El Procedimiento Sancionatorio de la Ley de Acceso a la Información Pública. 4.2. Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial Necesario para la Reclamación del Reparación y la Posible Futura Exigencia en Sede Jurisdiccional. 4.2.1. La configuración del ilícito apertura la pretensión del resarcimiento. 4.2.2. Formas en las que se puede causar daño moral al vulnerar el Derecho a la Protección de Datos Personales. 4.2.2.1. Los contratos administrativos y la vulneración al Derecho a la Protección de Datos Personales. 4.2.2.2. La inactividad de la administración pública en la vulneración al Derecho a la Protección de Datos Personales. 4.2.2.3. Actividad material de la Administración Pública constitutiva de vía de hecho en la vulneración al Derecho a la Protección de Datos Personales. 4.2.2.4. El silencio administrativo positivo y negativo. 4.2.2.5. Potestad reglamentaria de la Administración Pública y la Protección de Datos Personales. 4.2.3. Instancia concedora de la pretensión de indemnización por daño moral causado por la administración pública. 4.3. La Prueba en el Derecho Adjetivo. 4.3.1. Clasificación de Medios de Prueba. 4.3.2. Medios de Prueba Idóneos. 4.3.2.1. Prueba Instrumental. 4.3.2.2. Prueba por Peritos. 4.3.3. Sistemas de valoración de prueba. 4.3.3.1. Diversos Sistemas de Valoración de la Prueba Utilizados en Nuestra Legislación. 4.3.3.1.1. Sistema de la Tarifa Legal o Tasada. 4.3.3.1.2. Sistema de la Libre Convicción. 4.3.3.1.3. La Sana Crítica como Juicio de Valoración Necesario para Cuantificar el Daño y el Resarcimiento.

En el presente y último capítulo se desarrollará en conjunto al apartado sustantivo y el doctrinario, un supuesto aleatorio dogmático que planteará como debe de llevarse a cabo el debido procedimiento ante la vulneración de los datos sensibles de un ciudadano, sujeto a cualquier entidad encargada de manejar datos de esa naturaleza, la cual vulnere por medio de la indebida publicación de esa información.

4.1. Derecho Positivo Vigente Aplicable a la Protección de Datos Personales

4.1.1. Bien Jurídico Lesionado

En la república de El Salvador han acontecido sucesos que conllevaron a la decisión de proteger el derecho a la autodeterminación informativa, la cual consiste en el derecho a poder controlar los datos que consten en registros públicos o privados, informáticos o no, y que puedan violentar derechos constitucionales.¹³⁶ En el mismo orden de ideas, es importante exponer que estos sucesos llevan a cobrar vida a la garantía constitucional del *Habeas Data*, la cual constituye un mecanismo o instrumento que protege al individuo contra el uso ilegal o indebido de los datos personales por parte de entidades públicas o privadas, tutelando de una forma eficaz el derecho a la autodeterminación informativa.¹³⁷ Esta es una de las principales pautas que sirven de base y sustento a la presente investigación, ya que al cumplir con el requisito pre-judicial del cuidado de la información por parte de la empresa o institución pública que posee o maneja los datos o información de carácter personal de los ciudadanos, puede prevenirse la indebida publicación o exhibición de la misma sin el consentimiento previo o en ciertos casos aun con el consentimiento del ciudadano, evitando incurrir en responsabilidad civil o patrimonial y generando, dependiendo el caso en concreto, un daño moral o material.

¹³⁶ Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 934-2007, (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011)

¹³⁷ Rafael Santiago Henríquez Amaya, “Habeas Data en El Salvador, Mecanismo de Protección de Datos” Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 1, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/11/89B3B.PDF>

Rafael Henríquez, en su publicación jurídica del habeas data en el salvador, mecanismo de Protección de datos, expone: “...*En el ordenamiento jurídico salvadoreño no aparece la figura del habeas data como instrumento diseñado para la protección específica del derecho a la autodeterminación informativa como manifestación del derecho a la intimidad, ello no significa que tal derecho quede totalmente desprotegido, pues partiendo de lo que establece el inciso primero del artículo 2 de la Constitución...*”¹³⁸ por lo que, no está sujeta esta garantía solamente a la regulación de la autodeterminación informativa, permitiendo materializar la figura de protección de datos a cualquier otro ámbito que exponga o lesione dicha esfera jurídica.

Es menester desarrollar la figura y su aplicabilidad en la publicación de los datos de carácter personal, para poder llegar a la cuantificación del daño por la responsabilidad patrimonial cometido por el servidor público, por lo que la investigación desarrollara los tipos y subtipos de *HABEAS DATA* en el derecho latinoamericano, siendo los que se desarrollaran a continuación:¹³⁹

- Propios (ejercidos en estricta conexión con el tratamiento de datos de carácter personal) e impropios (utilizados para resolver problemáticas conexas, pero bien diferenciables, como el acceso a la información pública o el ejercicio del derecho de réplica).

- Individuales y colectivos (según si es ejercido a título personal o en representación de un número determinado o indeterminado de personas).

¹³⁸ *Ibíd.* 2

¹³⁹ Oscar Raúl Puccinelli, “Tipos y Subtipos de Hábeas Data en América Latina”, *Cuadernos del Instituto de Derecho Público*, (2006), 163. <https://shre.ink/QiKr>

- Preventivos (persiguen evitar daños no consumados) y reparadores (cuyo objetivo es el de subsanar daños ya proferidos o que se están ocasionando).
- Ortodoxos (los estrictamente relacionados con las facultades ordinariamente conferidas a los titulares de los de datos para operar sobre éstos) y heterodoxos (los que exceden dicha tipología y que generalmente son inferidos de los principios básicos de la protección de datos, como aquellos que pudieran ser articulados por el defensor del pueblo, en tutela de derechos de incidencia colectiva, o por los responsables o usuarios de bancos de datos, articulados respecto de otros responsables o usuarios a quienes le cedieron la información y la están tratando ilegítimamente, allí estarían tutelando derechos propios y de los registrados, ya que el incumplimiento de las pautas contractuales fijadas en desmedro de éstos le significaría extender solidariamente).

Esta garantía, y a través del impulso de la cultura de transparencia que deben poseer todos los países con estados de derecho democrático, generan la creación por parte del órgano legislativo de la Ley de Acceso a la Información pública, creando al Instituto de Acceso a la Información Pública como ente rector y fiscalizador de la protección de datos de carácter personal, y el ejercicio de la transparencia en la publicación de datos en sus diversas clasificaciones. Esta entidad genera recomendaciones que promueven la adopción de medidas de seguridad de índole administrativa, física y técnica necesarias que garantizan la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos de carácter personal, evitando su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, con base a los estándares de seguridad internacionales, incorporados en los instrumentos de carácter internacional.

La figura de protección de datos personales, considera que en términos generales protege el derecho a la intimidad y a la vida privada, que se encuentra o forma parte de nuestra constitución, por lo que este derecho reconoce a que la intimidad es el

espacio exclusivo en el que todas las personas, ya sean personajes públicos o personas comunes y corrientes, pueden gozar sin la injerencia de los demás.

La intimidad constituye el ámbito personal en el que cada uno se preserva del mundo exterior, para encontrar las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad propia; desde el punto de vista jurídico, la intimidad es un derecho humano, ya que se adquiere desde el nacimiento y es consustancial a la naturaleza humana en el sentido de que no solo presenta una proyección social, sino que reclama y precisa al ciudadano una forma de encontrarse a sí mismo, y es aquí donde se puede establecer que se daña en el presente caso concreto, por medio del daño moral al ciudadano a través de la publicación de sus datos personales, incurriendo la administración en responsabilidad patrimonial.¹⁴⁰

4.1.2. La Intimidad y los Datos Personales

En el presente epígrafe se recoge un análisis a la figura de la intimidad en relación a la figura de los datos personales, por medio del artículo emitido por Federico Arciniega¹⁴¹, en el cual expone que la intimidad y la transmisión de datos, sobre todo de datos personales, son parte de los Derechos Humanos, los cuales son inalienables al ser Humano, es decir que el individuo los tiene por el simple hecho de ser persona y para tenerse no requieren de reconocimiento por parte de un Estado Nación, ya que se reconozcan o no, se entienden que son innatos al ser humano, en donde se incluyen los llamados Derechos Sociales o de tercera generación.

El Derecho a la intimidad como preservación de la injerencia de terceros en los pensamientos, sentimientos, creencias estado de salud, entre otras cosas, es parte del

¹⁴⁰ Ileana Hidalgo Rioja, *Derecho a la protección de datos personales* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018) 5. <https://www.inehrm.gob.mx/recursos/Libros/DerProtectDatos.pdf>

¹⁴¹ Federico Guillermo Arciniega Ávila, *Derecho a la Intimidad y de los Datos Personales de los Trabajadores* <https://bit.ly/3p8r9Dm>

sistema positivo de derecho, la cual engloba a toda información concerniente a una persona física, identificada o identificable, entre otra, la relativa a su origen étnico o racial o que este referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, domicilio, número telefónico patrimonio ideología y opiniones políticas ,creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales u otras análogas que afecten su intimidad.

Con respecto a los datos personales, Alfredo Caletrió expone¹⁴² que el dato personal es un bien jurídico protegido por el Ordenamiento Jurídico y, al mismo tiempo, susceptible de tráfico jurídico. Justamente para prevenir problemas ocasionados por el tráfico jurídico, el Derecho reconoce al titular de los datos un poder de disposición y control sobre ellos que se materializa en el derecho a consentir la recogida de los datos y a oponerse a ella y a su tratamiento; a conocer la finalidad que se le dará al tratamiento de los datos; a asegurar una recogida adecuada a la finalidad pretendida; a estar informado sobre cómo y dónde se llevará a cabo el almacenamiento y a si accederán terceros a los datos. El poder de disposición se manifiesta a través de la expresión de la voluntad del titular cuando consiente la recogida de los datos y su tratamiento o, en sentido contrario, porque la falta de consentimiento supondrá un tratamiento ilícito de datos que originará responsabilidad.

Por lo expresado, se traer a colación la Ley de Acceso a la Información Pública, que a pesar que su objeto de aplicación recae en garantizar el derecho de acceso de toda persona a la información pública, a fin de contribuir con la transparencia de las actuaciones de las instituciones del Estado, establece pautas para las entidades que brindan servicios públicos en el tratamiento que deben de dar a la información de dicha índole; en consecuencia, al querer establecer el supuesto aleatorio que produce la vulneración, se comprende que es necesario aplicar esta ley por su criterio de especialidad, ante cualquier emisión de acto administrativo, publicado por cualquier

¹⁴² Alfredo Batuecas Caletrió, *Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización* (España, Centro de Estudios Políticos,2015) <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5300038>

medio de comunicación existente, en el cual el servidor público no tenga la debida negligencia en el trato de dicha información, vulnerando el derecho a la intimidad que contiene dicha información, por medio de no poder garantizar correctamente el deber de cuidado por parte de la Administración Pública; esta situación puede corroborarse en la obligación material que cumple el Instituto de Acceso a la Información Pública, según lo estipula el artículo 3 literales e), f), g) y h); artículo 7 de la Ley de Acceso a la Información Pública.

Para el derecho sustantivo, se regula en el artículo 6 de la Ley de Acceso a la Información Pública, los datos personales son toda la información privada concerniente a una persona, identificada o identificable, relativa a su nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico u otra análoga. En cuanto a los datos personas sensibles, lo define como los que corresponden a una persona en lo referente al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Los ciudadanos que podrán ejercer sus derechos con ser parte pasiva de la relación administrativa de las instituciones obligadas, ejerciendo su titularidad de la vulneración generada con la publicación de la información confidencial, por falta de consentimiento de divulgación, según lo dispone el artículo 24 y 25 de la referida ley.

4.1.3. Principios de la Potestad Sancionadora

Para poder interponer responsabilidad por divulgación de datos confidenciales, es necesario que se cumpla con lo estipulado en el artículo 28 de la Ley de Acceso a la Información Pública, que establece que los funcionarios que divulguen información reservada o confidencial responderán conforme a las sanciones que ésta u otras leyes establezcan; de la misma forma, responderán las personas que a sabiendas del carácter reservado o confidencial divulguen dicha información. Es de recordar lo estudiado en

los anteriores epígrafes, esta responsabilidad recaería en el ámbito sancionatorio, culminando en el caso de ser positiva la sentencia, con la interposición de una sanción, consistente en el pago de una suma en concepto de multa por un actuar antijurídico, necesaria para poder establecer la responsabilidad resarcitoria en el ámbito privado y administrativo, en cuanto al daño patrimonial o extrapatrimonial que se pudo haber causado con dicha divulgación.

Por lo expuesto, es necesario desarrollar lo que es el procedimiento sancionatorio, para entender más fácilmente la razón a la que deviene en antijuricidad ante el actuar negligente de un servidor público; al respecto Corolario expone que de la identidad de la potestad penal de la judicatura y la sancionadora de la Administración, es la observancia de principios consonantes que inspiran y rigen las actuaciones de ambos. Si bien, dichos principios tienen también origen común en la identidad ontológica de ambas potestades, los mismos han sido tradicionalmente configurados y aplicados antes en el ámbito penal y de ahí trasladados gradualmente al ámbito administrativo a fuerza de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales. Por esa razón, tradicionalmente se habla de la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, obviándose la referencia a su identidad matriz.

Por lo anteriormente expuesto, se va la necesidad de exponer la naturaleza jurídica de la "sanción administrativa" y como esta se ve relacionada con el "ilícito tributario" y la "infracción tributaria", aclarando que no existe diferencia ontológica o cualitativa alguna entre el ilícito penal común y el ilícito tributario (que es un tipo de ilícito administrativo), y sus diferencias de grado o cuantitativas son meramente formales y no de fondo. Como consecuencia de esta conexión ontológica -que se desprende nuevamente del tronco común del *ius puniendi*- resulta la migración de los principios penales al ámbito administrativo sancionador. Pérez Royo expone que: "*se va produciendo la progresiva introducción de garantías y principios tradicionales del Derecho Penal en el ámbito de las infracciones administrativas y las correspondientes*

sanciones", ante dicho comentario, se afirma que tanto en la creación como en la aplicación de las normas relativas a las infracciones y sanciones habrán de estar presentes los principios decantados en la creación de la teoría general del delito.

Resulta pues, que la potestad sancionadora de la Administración se enmarca en principios correspondientes a los que rigen en materia penal, pero con las particularidades o matices propios de la actividad realizada por la Administración. Sabido es que existen distinciones importantes entre la actividad penal y la actividad administrativa, en razón de las distintas funciones que cumplen en un Estado de Derecho, aunque ello no debe inhibir a la Administración de la aplicación de los principios rectores del *ius puniendi* al ámbito administrativo sancionador, pues estos tienen origen primordialmente en la norma fundamental.

Puede de esta manera afirmarse, que en el ordenamiento administrativo sancionador salvadoreño resultan aplicables los principios que rigen en materia penal encauzando la actuación sancionadora en beneficio del cumplimiento de los fines del Estado y en garantía de los derechos de los administrados.

4.1.4. Principio de Culpabilidad y la Responsabilidad Objetiva en el Derecho Administrativo Sancionador.

Para la atribución de la denominada "responsabilidad objetiva" se prescinde de la existencia de culpa o dolo, bastando simplemente probar la existencia de un resultado. Este tipo de responsabilidad, de aplicación en el Derecho Civil, Mercantil, materia de Tránsito y otras ramas del Derecho, ha sido punto de controversia en el Derecho Administrativo. Tradicionalmente se consideraba como uno de los principales elementos que marcaban la diferencia entre las infracciones penales y las administrativas, es el hecho que en estas últimas se admitía su ejercicio sobre la base del objetivo incumplimiento o la simple transgresión del precepto por parte del administrado, sin indagación sobre el comportamiento subjetivo, es decir, la infracción

administrativa se identificaba con la simple inobservancia del precepto, con independencia del elemento subjetivo relativo a la intención del agente.

Para la aplicación de este tipo de responsabilidad, basta la materialidad fáctica de las conductas contrarias a la Ley para que la infracción se configure, previniéndose que el actor actuó con la subjetividad mínima requerida, es decir, culpa por negligencia. Hoy día, el Derecho comparado -predominantemente las corrientes españolas-, adopta al principio de culpabilidad en la aplicación al Derecho Administrativo sancionador, el cual se rige principalmente en el ámbito penal y que ha sido erradicado del campo de las infracciones administrativas por la aplicación de la responsabilidad objetiva.

En cuanto a al principio de culpabilidad, este supone dolo o culpa en la acción sancionable. Bajo la perspectiva del Principio de Culpabilidad, sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas que resulten responsables de las mismas, por tanto, la existencia de un nexo de culpabilidad constituye un requisito sine qua non para la configuración de la conducta sancionable. Es decir, que debe existir un ligamen del autor con su hecho y las consecuencias de éste; este ligamen, que doctrinariamente recibe el nombre de "imputación objetiva", se refiere a algo más que a la simple relación causal y este tiene su sede en el injusto típico; un nexo de culpabilidad al que se llama "imputación subjetiva del injusto típico objetivo a la voluntad del autor", permite sostener el argumento que no puede haber sanción sin la existencia de tales imputaciones.

El vocablo "delito" consignado en el artículo 12 inciso primero de la Constitución de la República debe entenderse no en sentido estricto, sino como indicativo de un ilícito o injusto típico, esto es, conducta humana que en virtud del mandato legal se hace reprochable al efecto de su sanción; incluyéndose en este concepto a las infracciones administrativas. Por lo anterior, puede asegurarse que en materia administrativa sancionatoria es aplicable el principio *nulla poena sine culpa*; lo que excluye cualquier forma de responsabilidad meramente objetiva, pues el dolo o

la culpa constituyen un elemento básico de la infracción, cuando hablamos en el ámbito de responsabilidad existente en la vulneración de un tercero.

En este orden de ideas, es claro que los criterios doctrinarios y jurisprudenciales citados, permiten entender que para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración, pues ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado. El principio de culpabilidad ha de matizarse a la luz del interés general en aquellas situaciones en que el Derecho sancionador se encamina a la protección del interés público, como pilar fundamental del Derecho Administrativo.

Con base en las consideraciones expuestas en los párrafos que anteceden, es posible concluir que al igual que en el Derecho Penal, en el Derecho Administrativo Sancionador se exige la culpabilidad a título de dolo o culpa, ya que según el Principio de Culpabilidad, para que una actuación sea sancionable, ésta debe realizarse con dolo o culpa y además debe existir un nexo de culpabilidad que implique un grado de responsabilidad del hecho que se imputa, es decir un ligamen entre el autor y el hecho.

4.1.5. El Procedimiento Sancionatorio de la Ley de Acceso a la Información Pública

Es menester que todo ente que brinde servicios de naturaleza pública, deba asegurar el derecho a la protección de datos personales, tal como lo expone el artículo 31 de la Ley de Acceso a la Información Pública, que estipula que el acceso a los datos personales es exclusivo del titular o su representante; lo anterior se ve relacionado con

el daño moral debido a que este puede ser generado por la posible negligencia del Estado en su deber y responsabilidad de proteger dichos datos, en relación a la adopción de medidas que protejan la seguridad de los mismos y la búsqueda de evitar su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado, según lo estipula el artículo 32 del mismo cuerpo legal, por lo que el Estado, a través de los servidores públicos, tiene el deber de resarcirlo, en razón de la conexión que existe entre los artículos previamente citados y la Ley de Procedimientos Administrativos, la cual estipula en su artículo 16 número cuatro, que la protección de los datos personales es considerada derecho de los ciudadanos frente a la Administración Pública, denominando también como derecho a la garantía de seguridad y la confidencialidad de los datos personales que figuren en los ficheros, bases de datos, sistemas y aplicaciones de la Administración Pública.

La vulneración que se genera en los datos de carácter personal, se configura con la transgresión a la norma cometida por el servidor público con la información que cuenta en su gestión administrativa, configurándose la antijuricidad que da a lugar a responsabilidad; pero para poder exigir esta figura de forma correcta y que sea procedente la pretensión, es necesario que en el caso particular de este bien jurídico tutelado, se inicie el procedimiento sancionatorio de falta de consentimiento por divulgación de datos de carácter personal, según lo estipula el artículo 25 y 33 de la Ley de Acceso a la información Pública, en relación al artículo 28 de la misma ley.

Al encontrarse el procedimiento sancionatorio nutrido de la Potestad Sancionatoria desplegada por el *Ius Puniendi* estatal, muchos de los principios y reglas que se ven inmersos en el proceso penal, pueden verse reflejados en el procedimiento administrativo, tanto que, es necesario leer detenidamente el contenido de la norma, para que al establecer el nexo causal del acto emitido por el servidor público, se pueda configurar el ilícito cometido; en el caso del artículo 25 previamente citado, este establece como verbo rector “proporcionarán”, haciendo alusión a la mera entrega de la información confidencial a un tercero sin estar facultado de recibirla. En el mismo orden de ideas, el artículo 33 del mismo cuerpo normativo, expone como verbos

rectores los siguientes: el verbo “difundir” que lo define como propagar o divulgar, diversas informaciones, que para el caso práctico se orienta a los datos personales; el verbo “distribuir”, que se dota de significado con expresar que consiste en dividir algo entre varias personas, entendiéndose su aplicación a los datos personales; finalmente, el verbo rector “comercializar”, que lo define como poner a la venta un producto, entendiéndose que el producto sería el dato personal de un ciudadano vendido a un tercero no autorizado por un valor pecuniario. Como consecuencia de lo manifestado en el presente párrafo, es que se habilita la vía de responsabilidad de la referida ley, y le da apertura al procedimiento sancionatorio desarrollado y explicado en párrafos precedentes.

La excepción a la regla de no divulgación sin consentimiento se ve aplicable en los casos que regula el artículo 34 de la referida ley, siendo los siguientes:

- Cuando fuere necesario por razones estadísticas, científicas o de interés general, siempre que no se identifique a la persona a quien se refieran.
- Cuando se transmitan entre entes obligados, siempre y cuando los datos se destinen al ejercicio de sus facultades.
- Cuando se trate de la investigación de delitos e infracciones administrativas, en cuyo caso se seguirán los procedimientos previstos en las Leyes pertinentes.
- Cuando exista orden judicial.
- Cuando contraten o recurran a terceros para la prestación de un servicio que demande el tratamiento de datos personales. Los terceros no podrán utilizar los datos personales con propósitos distintos a aquellos para los cuales se les hubieren proporcionado y tendrán las responsabilidades legales que genere su actuación.

Ahora bien, a pesar de transgredir la norma y configurar un ilícito normativo, las premisas previas no bastan para aplicar la aplicación de la coacción, ya que es necesario para respetar al principio de seguridad jurídica, establecer la sanción que amerita por tal actuación, por lo que los anteriores artículos se ven relacionados con la infracción que procede por la referida vulneración, la cual se encuentra regulada en la Ley de Acceso a la Información Pública, que al cataloga como muy grave, en su artículo 76 inciso segundo, literal b) con relación al artículo 77 Ley del mismo cuerpo normativo, el cual establece la interposición de multa por el cometimiento de la referida infracción, por un monto de veinte a cuarenta salarios mínimos mensuales para el sector comercio y servicios, por medio la resolución final emitida por la Institución de Acceso a la Información Pública, que servirá para configurar y confirmar la existencia de la antijuricidad y así proceder a solicitar el resarcimiento del daño realizado por la Administración Pública que emitió el acto administrativo, según lo regulado en el artículo 81 de la misma ley, que manifiesta que estas sanciones se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles, administrativas o de otra índole en que incurra el responsable, creando el nexo de supletoriedad y sin excepción, para su reclamación en la materia de interés para la presente investigación.

El plazo para interponer la acción que impulsa al referido procedimiento sancionatorio, prescribe en el plazo de noventa días contados, desde la fecha en que se vuelve eficaz el acto administrativo, según lo dispuesto en el artículo 79 de la referida ley. Para su interposición, se debe presentar la denuncia por medio de escrito ante el Instituto de Acceso a la Información Pública, estableciendo en la misma la infracción cometida e identificando al actor que vulnero su derecho a no divulgación de los datos personales o sensibles, por lo cual, el servidor será debidamente notificado inmediatamente y podrá justificar su actuación y alegar su defensa en el mismo plazo de siete días hábiles, según lo regula el artículo 88 de la citada ley.

Con relación a lo expresado, posterior a la asignación de comisionado, si este encontrare los elementos necesarios para atribuir a un servidor público la presunta comisión de una infracción, dentro de los tres días hábiles posteriores a su designación, lo remitirá al pleno del Instituto para que resuelva sobre la imputación dentro de un plazo no mayor de tres días hábiles.

El servidor público dispondrá de siete días hábiles contados a partir de la notificación para rendir su defensa según lo regula el artículo 89 de la misma ley, posteriormente se realizara audiencia oral con las partes, en la cual se conocerá la prueba, que podrá ser ofrecida desde la presentación del escrito hasta la celebración de la audiencia oral, siendo posteriormente el comisionado designado presentara el proyecto de resolución, según lo regulado en los artículos 90, 91 y 96 de la referida ley. Finalmente, el pleno resolverá en definitiva dentro de los tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia.

4.2. Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial Necesario para la Reclamación del Reparó y la Posible Futura Exigencia en Sede Jurisdiccional

4.2.1. La configuración del Ilícito apertura la pretensión del resarcimiento

Como se viene desarrollando en la presente investigación, la vulneración a los datos personales, por medio de la institución jurídica de la responsabilidad patrimonial, debe cometerse por medio de un acto administrativo emitido por un servidor público en el ejercicio de sus funciones; por lo expuesto, una vez finalizado el procedimiento sancionatorio del cual únicamente tiene competencia material de aplicación el Instituto de Acceso a la Información Pública, nace materialmente el agravio para la interposición de la pretensión para reclamar el daño ocasionado por la Administración Pública, por medio del procedimiento que se ejecuta en sede administrativa, involucrando a todas las entidades que regula el artículo 2 de la Ley de Procedimientos Administrativos, la cual expone: *“La presente Ley se aplicará al Órgano Ejecutivo y sus dependencias, a las entidades autónomas y demás entidades públicas, aun cuando su Ley de creación se califique de carácter especial; y a las municipalidades, en cuanto a los actos*

administrativos definitivos o de trámite que emitan y a los procedimientos que desarrollen. Asimismo, se aplicará a los Órganos Legislativo y Judicial, la Corte de Cuentas de la República, la Procuraduría General de la República, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Consejo Superior de Salud Pública, el Tribunal Supremo Electoral y, en general, a cualquier institución de carácter público, cuando excepcionalmente ejerza potestades sujetas al derecho administrativo. Esta Ley será aplicable a los concesionarios de la Administración Pública”.

Es aquí en donde comienza el análisis de admisibilidad que deberá realizar la entidad máxima en jerarquía de cada institución, pero previo a desarrollar el procedimiento, es importante recalcar que una vez emitida la resolución de la referida Institución, se puede sustanciar la aplicación del objeto de ley en el caso concreto, siendo el Régimen de Responsabilidad Patrimonial un objeto de regulación de la referida ley, el cual será siempre necesario que devenga de un acto administrativo para que pueda ser objeto de discusión de esta materia especial. El derecho que relaciona al deber de resarcimiento con las instituciones públicas, se encuentra regulado principalmente en el artículo 16 de la misma ley, que expone: *“Sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República y las Leyes, las personas, en sus relaciones con la Administración Pública, son titulares de los siguientes derechos: ... 4. A la garantía de seguridad y confidencialidad de los datos personales que figuren en los ficheros, bases de datos, sistemas y aplicaciones de la Administración Pública...”*; Fundamento que sirve para robustecer la exigencia del reparo por parte de la administración, ante el daño que generan sus servidores.

En cuanto al epígrafe del capítulo dos de la presente investigación, que expone todo lo que se necesita saber del acto administrativo, fue menester elaborarlo para el desarrollo del presente apartado; lo anterior, por estipular el artículo 55 de la citada ley el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración Pública, por la lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que ésta sea a

consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública, siendo la excepción de no ser indemnizados por los daños producidos al particular cuando éste tenga el deber legal de soportarlos, ni cuando tales daños se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento en el que se han producido.

El medio por el cual se presenta la exigencia del derecho será por escrito, dándole énfasis al sustento de conocimiento de este procedimiento a la Administración Pública, por el ámbito de aplicación de esta responsabilidad según lo estipula el artículo 56 de la ley en mención, que expone: *“Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se regirán por la presente Ley...”*; siendo la legitimación para proceder por medio de cualquier ciudadano como sujeto pasivo de la entidad pública a la que le esté reclamando y que, como ya se venía relacionando, sea la consecuencia de una actuación u omisión administrativa.

En el caso de los procedimientos administrativos conocidos en sede administrativa, la Ley de Procedimientos Administrativos le otorga competencia material y deber legal a la Administración Pública, para conocer tanto del daño patrimonial, físico o moral, por daño emergente o lucro cesante, siempre que sean reales y efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación con una persona o grupo de personas. El reclamo puede ejercerse en un plazo de dos años a partir de la emisión del acto que genera la vulneración, esto lo realizara por medio del procedimiento común establecido en la referida ley en su artículo 62, teniendo las particularidades siguientes: *“Salvo que una Ley establezca algo diferente, los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial se instruirán y resolverán por la máxima autoridad de la institución contra la que se reclama. En el caso de los Municipios, esta competencia siempre recaerá en el Concejo Municipal; Será preceptivo solicitar un informe detallado a la unidad, departamento o área o funcionario responsable de la actuación administrativa causante de la presunta lesión,*

el cual deberá rendirse en el plazo de quince días; La resolución que ponga fin al procedimiento se pronunciará, necesariamente, sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y la lesión producida, y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo. Transcurridos sesenta días desde que se hubiera iniciado el procedimiento sin que hubiese recaído resolución expresa o se hubiese formalizado el acuerdo, se entenderá que la indemnización solicitada ha sido denegada; y, La resolución que resuelva el procedimiento de reclamación de daños y perjuicios pone fin a la vía administrativa”.

Con todo lo expresado, es necesario entrar al interés principal de la investigación, siendo el caso de evaluación del superior jerárquico, siendo imprescindible valorar la prueba en la configuración del ilícito, la conexión del daño con el acto administrativo conocido previamente por el Instituto de Acceso a la Información Pública, entre otras variables que han sido mencionadas en el epígrafe doctrinal del capítulo segundo, con la particularidad de establecerse las reglas de producción de prueba en el derecho sustantivo, según se regulan en los artículos 106 al 109 de la ley en mención. Entre estos se manifiesta: *“Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán probarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho y será aplicable, en lo que procediere, el Código Procesal Civil y Mercantil”*; gracias a ello queda prácticamente a disposición todos los medios probatorios que serán desarrollados posteriormente en la presente investigación, aunado que en la continuación del articulado se expresa: *“Las pruebas serán valoradas en forma libre, de conformidad con las reglas de la sana crítica”*; por lo que se concluye que las reglas de valoración que aplicaran los superiores jerárquicos serán en sintonía a la sana crítica que ejercen los jueces en el derecho adjetivo.

Aunado a lo anterior, el legislador dota de sentido al hecho de utilizar al derecho adjetivo para la institución jurídica de la prueba por medio de reserva de ley, porque se entiende según lo sostenido por la Sala de lo Constitucional, en relación a Sentencia de

inconstitucionalidad con referencia 19-2006, en cuanto a que: *“La noción de proceso está dotada de unidad sustancial, y es predicable de toda actuación en que se plasma el ejercicio de cada una de las funciones del Estado”*, está sujeta a aclarar que el procedimiento administrativo emplea y aplica una serie de principios y conceptos propios del Derecho Procesal, como lo es la capacidad, la legitimación, la postulación, la prueba, los recursos, entre otros, siendo aplicables no por analogía, sino por derecho propio en virtud de la unidad sustancial con la que reviste la teoría del proceso.

En cuanto a la prueba que deberá ser presentada para dar sustento a la pretensión, la cual será desarrollada ampliamente en posteriores epígrafes, se hace mención que la predominancia estará en aportar la prueba que demuestre el daño generado a la esfera jurídica del ciudadano, tanto en el daño emergente, como el lucro cesante, relacionando la causalidad del daño con el detrimento económico, emocional y social; lo anterior, porque como se deviene y seguirá exponiendo, la apertura del reclamo al daño nace con la configuración del ilícito normativo, el cual conlleva a una sanción de carácter económico determinada como multa y que por la especialidad de la materia (respecto a la esfera moral del vulnerado) lo exige para su configuración en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, tal como lo estipulan el artículo 4 inciso segundo de la Ley de Reparación por Daño Moral, en relación a los artículos 28, 31, 76 letra B) de la Ley de Acceso a la Información Pública y artículos 16 Número 4, 55 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

4.2.2. Formas en las que se puede causar daño moral al vulnerar el Derecho a la Protección de Datos Personales.

Es importante recalcar en la presente investigación que, tal como se observa en los anteriores epígrafes, el derecho a la protección de los datos personales se encuentra ampliamente desarrollado en múltiples leyes, las cuales no pueden ser estudiadas en sentido aislado, ya que por la naturaleza de la presente pretensión y en las formas, instituciones e instancias en las que puede ser reclamada (según cada caso concreto),

unifican criterios tales como la forma en la que se lesiona el derecho, los bienes jurídicos a los que este se relaciona y a su vez como puede ser manifestada la voluntad de la administración por medio de sus servidores públicos.

Se sostenía claramente que el acto administrativo es la manifestación de la voluntad de la administración y que, por medio de este, se vuelve operante la maquinaria jurídica tanto de las pretensiones administrativas, como la apertura de la jurisdicción contenciosa administrativa, por ello se vuelve necesario desarrollar en la presente investigación las formas por las cuales se puede vulnerar el derecho a la protección de datos personales, ya que, además de vulnerarse por medio del ilícito normativo necesario, que es la problemática principal de la presente investigación, puede también verse lesionado por medio de otras manifestaciones de los servidores públicos que conforman la administración y que se encargan de dar vida a su voluntad, dentro del actuar idóneo o no de los mismos.

Para la premisa expuesta en los párrafos anteriores, es necesario conocer el tipo de pretensiones que pueden ser interpuestas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya que el reclamo y exigencia del resarcimiento por daño moral, deberá ventilarse en sede administrativa, que por consiguiente será expuesta ante la competencia de los respectivos tribunales, según cada caso concreto; ante lo expuesto, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa estipula en su artículo 3 las pretensiones deducibles, exponiendo que se encuentran las relativas a las actuaciones y omisiones administrativas, dentro de las cuales están:

“a) Actos administrativos;

b) Contratos administrativos;

c) Inactividad de la Administración Pública;

d) Actividad material de la Administración Pública constitutiva de vía de hecho; y,

e) Actuaciones y omisiones de naturaleza administrativa de los concesionarios.

También podrán deducirse pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario o del concesionario, así como la responsabilidad patrimonial directa o subsidiaria de la Administración Pública, en su caso.”

A su vez, genera la exclusión en el conocimiento del daño extrapatrimonial, limitando en el mismo artículo y cuerpo normativo lo siguiente: *“Se excluye de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los casos de responsabilidad regulados por la Ley de Reparación por Daño Moral”*. Esta exclusión será desarrollada más ampliamente en la parte final del capitulado, al encontrarse en la jurisprudencia una máxima o criterio interpretativo judicial que tiene un mérito especial para ser analizado, respecto al presente tema de investigación, en relación a la institución jurídica de responsabilidad patrimonial.

En cuanto al acto administrativo, se ha desarrollado como premisa de la investigación en todo su contenido, por lo que se omitirá redundar su contenido en el presente epígrafe, sin omitir manifestar que siempre se ve implícito en el conjunto concatenado de procedimientos que lleva a cabo la administración para emitir su voluntad ante los sujetos pasivos de la relación administrativa; ante ello, en los posteriores epígrafes serán desarrollados los literales que conforman pretensión contenciosa administrativa.

4.2.2.1. Los contratos administrativos y la vulneración al Derecho a la Protección de Datos Personales

Los contratos administrativos a los que hace alusión el citado artículo, deben ser desarrollados de una forma genérica, en cuanto a lo que se comprende que es un contrato y posteriormente como este se vuelve parte de una relación administrativa o es dotado de esta particularidad, ya que al desarrollarse del ámbito genérico civilista al específico en estudio, el administrativista, podremos separar la jurisdicción que tendrá la competencia material de aplicación. Es necesario comprender que los contratos

surgen de las obligaciones, entendiendo a estas como: “*el vínculo establecido entre dos personas (o grupo de personas), por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un servicio (hacer) o de una abstención (no hacer)*”.¹⁴³ De lo expuesto, se comprende por qué los contratos surgen de las obligaciones, ya que la principal fuente de relaciones obligatorias está constituida por los negocios jurídicos, que sirven como cauce de la expresión de la autonomía privada de las partes, por ello la doctrina aplica el concepto de contrato como: “*el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir [transmitir], modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*”.¹⁴⁴

Ahora bien, es necesario preguntarse: ¿Cuándo estamos presentes ante un contrato administrativo?, la pregunta responde a que los contratos administrativos constituyen una especie dentro de los contratos, pero con características especiales, estos se definen como actos bilaterales en los que participan la administración pública y los particulares, ya que de ellos deriva una relación jurídica de derecho administrativo, que se ve sometida a ciertas normas jurídicas, las cuales se ven relacionadas a las del derecho privado, pero que tienen particularidades en el trato o relación que puede llegar a tener la administración en sus procedimientos obligacionales que deben estar nutridos de transparencia. Fernández Ruiz expone que estos contratos son: “*una forma de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultados de una relación pluripersonal consensual, frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes (administración pública), guarda respecto de la otra (un particular), en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte*”.¹⁴⁵

¹⁴³ Federico Arnau Moya, *Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y contratos*, <https://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/142/8/978-84-691-5640-7.pdf>

¹⁴⁴ Ibid. 133

¹⁴⁵ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho Administrativo* (México, Biblioteca Constitucional, 2016). 180

En el desarrollo, las máximas jurisprudenciales no se quedan atrás, ya que a su vez estas exponen que: *“En el contrato administrativo una de las partes, la Administración Pública, debe de actuar dentro de su giro y competencia específica; la contraparte es un sujeto de derecho o ciudadano, comprometido a la prestación de un servicio público. Puede decirse, entonces, que el contrato administrativo es una especie dentro del género de los contratos, con características especiales, tales como que una de las partes es una persona jurídica estatal, que su objeto es un fin público y que contiene cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, prerrogativas de decisión unilateral en materia de interpretación, sanciones e incluso modificación y rescisión”*.¹⁴⁶

Por todo lo expuesto, se logra el objetivo de tener un preámbulo de actuación de la administración en el supuesto de actuar por parte de la administración en la sujeción de obligaciones con particulares, observándose la estrecha brecha que existe entre la definición del acto y como el contrato es una de las formas en las que se manifiesta la voluntad de la administración, por ello, si se retoma que el derecho a la protección de datos personales consiste en que el acceso a los datos personales es exclusivo de su titular o su representante, las posibilidades de ser vulnerado se ven reducidas, ya que dependiendo de cada caso concreto podría verse puesto en riesgo dicha información, encontrándose siempre relacionado al actuar de un servidor a la hora de suministrar dicha información y configurándose el ilícito normativo, como se ha estado desarrollando en la presente investigación, pero comprendiéndose que el acto del cual surge el ilícito normativo se encuentra sujeto a la relación obligacional de la administración con un particular; a pesar de la idea aportada, es importante desarrollar como la responsabilidad patrimonial, generada por un daño moral, podría verse relacionada con la vulneración de los datos personales.

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2013/10/B36D2.HTML>

La responsabilidad patrimonial de la administración pública, es una institución jurídica que forma parte del derecho sustantivo en la materia administrativa y constituye una de las garantías principales de los ciudadanos (o sujetos pasivos de la relación administrativa), para la reparación de los daños que puede llegar a ejercer la administración pública por medio de su manifestación de voluntad en su quehacer funcional, los cuales se puede efectuar durante la prestación de un servicio público o para el presente caso, en la relación obligacional entre el estado y el ciudadano, siendo la consecuencia del ejercicio de dicha institución jurídica el pago de una indemnización, que puede llegar a variar si se analiza que patrimonio le es dañado al ciudadano (ya sea el patrimonial o el extrapatrimonial).

Por lo anterior, Valenzuela Ortego manifiesta que, para la exigencia del reparo, uno elementos esenciales que debe de reunir esta relación obligacional es la lesión y la existencia de un nexo causal entre los daños y el funcionamiento de la administración.

147

Visto desde el derecho administrativo español, del cual se ve bastamente influenciado el derecho administrativo salvadoreño, Pintos Santiago y Moreno Molina exponen que: *“el régimen público de responsabilidad patrimonial en el ordenamiento jurídico español es que la responsabilidad se configura con un carácter objetivo, para que se reconozca no se debe acreditar la existencia de una conducta culpable de los agentes públicos, sino, únicamente, que el daño es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*,¹⁴⁸ de ello se puede ver relación en nuestro derecho sustantivo, según lo estipulado en el artículo 55 de la Ley de Procedimientos Administrativo, que establece: *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administración Pública de la lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que ésta sea a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública. La responsabilidad del Estado es de carácter institucional y*

¹⁴⁷ Daniel Valenzuela Ortego, “La Responsabilidad Patrimonial de la Administración en la Contratación Pública” *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla, La Mancha* (2022) 14

¹⁴⁸ Ibid. Pag 21

predominantemente objetiva, salvo las reglas especiales aplicables, cuando se trata de violación a derechos constitucionales”.

Desde una perspectiva superficial, la lectura de dicha disposición se vuelve controversial por el planteamiento que realiza la doctrina, ya que en la consecución de la investigación se trata al daño moral como una consecuencia del actuar típico de la administración pública o el ilícito normativo que se pueda llevar a cabo de la misma, pero al analizar la figura del derecho a la indemnización y los daños que pueden ser indemnizables, se comprende el porqué de manera tan genérica se expone que es por el actuar normal o anormal de la administración pública, por estipular el artículo 59 del mismo cuerpo normativo que: *“son indemnizables los daños de cualquier tipo, patrimonial, físico o moral, por daño emergente o lucro cesante, siempre que sean reales y efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación con una persona o grupo de personas”*; el hecho consiste en que la figura engloba de forma genérica cada uno de los tipos de patrimonios que pueden dañarse, pero es de particular importancia aclarar que el daño moral que se persigue reparar en la presente investigación es el que se genera sobre el derecho a la protección a los datos personales y como es de conocimiento general en el derecho, cada rama o materia protege particularmente objetos diferentes, siendo el caso del derecho penal y administrativo sancionatorio los encargados de velar por los bienes jurídicos del ciudadano (derechos que forman parte de la esfera patrimonial del sujeto pasivo de la relación administrativa), por ende solo se vulneran por el actuar típico o ilícito normativo de la administración, por la naturaleza del bien que se protege (lo que explica que se puede devenir daño moral de los contratos, pero difícilmente de este bien jurídico en particular con el mero incumplimiento del contrato administrativo).

Se robustece lo desarrollado, respecto a cómo se genera el daño moral para un derecho tutelado en la normativa administrativa, con lo expresado por Valenzuela Ortego en cuanto a los requisitos que deben presentarse para configurarse la responsabilidad en un sentido objetivo, aclarando que: *“no todo perjuicio que*

*provenga de una actuación administrativa —funcionamiento normal o anormal—, será indemnizable, pues como se analizará más adelante, es imprescindible que el daño presente determinados requisitos: debe ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado en relación a una persona o grupo de personas y antijurídico. Además, debe existir un nexo de causalidad entre el funcionamiento de la Administración y el resultado lesivo”; también aclarando que además de los requisitos, se encuentra presente el carácter de la lesión al derecho, que no se configura como un simple perjuicio, diferenciando estos términos de la siguiente manera: “el concepto jurídico de lesión se diferencia del de perjuicio al tratarse éste de un detrimento o pérdida patrimonial cualquiera, mientras que la lesión, añade al perjuicio el carácter antijurídico, es decir, un perjuicio que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar. La antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio material en una lesión propiamente dicha no deriva de que la conducta del autor de aquél sea contraria a Derecho. Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, siendo una antijuridicidad referida al perjudicado”.*¹⁴⁹

En cuanto a la configuración del daño y la consecuente responsabilidad patrimonial y su resarcimiento dentro de las relaciones contractuales de la administración pública, se puede aclarar que en las múltiples modalidades en las cuales la administración puede manifestar su voluntad por medio del acuerdos de voluntades de esta con los particulares, teniendo como ejemplo las concesiones o los contratos provenientes de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, esta cuenta con la figura de la responsabilidad en su apartado normativo, específicamente en su artículo 38, el cual establece: “*La responsabilidad del contratista por daños, perjuicios y vicios ocultos prescribirá en los plazos establecidos en el Derecho Común. Este plazo deberá estar incorporado en las bases de licitación*”; de lo anterior cabe aclarar que, en este cuerpo normativo no existe un capitulado

¹⁴⁹ Ibid. Pag 33-34.

dedicado a la responsabilidad, pero se denota dentro de todo su cuerpo sustantivo la mención del término responsabilidad y que en el expuesto artículo se relaciona con los daños o perjuicios que pueden dar cabida a la exigibilidad del resarcimiento según el patrimonio dañado o lesionado, que a falta de contenido en la norma o ley especial principal en materia de contratos, deberá aplicarse la supletoriedad en el contenido de exigibilidad de la Ley de Procedimientos Administrativos para su procedimiento sustantivo de exigibilidad (previo al jurisdiccional) y en este remitirse supletoriamente a la Ley de Reparación por Daño Moral para su establecimiento, exigiendo que sea una acción u omisión ilícita y que por ello el mero incumplimiento del contrato no configuraría el daño a la esfera extra patrimonial del ciudadano, pero si daría cabida a que exista este daño moral dentro de las responsabilidades contractuales, todo lo anterior según lo regulan los artículos 2 y 3 de este cuerpo normativo.

En síntesis, si ante el incumplimiento de las cláusulas del contrato se genera un daño en la esfera extrapatrimonial del administrado, deberá tenerse en cuenta los elementos que configurar la responsabilidad patrimonial para que sea relacionado el incumplimiento al daño moral identificable, que para la forma establecida de vulneración de bienes jurídicos tutelados (siendo el del presente tema la protección de datos personales), sería que en algún acto administrativo de trámite o en la configuración de la eficacia del acto administrativo y su consumación en la notificación, se consigne un acto administrativo o en este se omita proteger la información de carácter personal, configuraría el derecho a reparo que se viene sosteniendo en la presente investigación y que para la Ley de Acceso a la Información Pública y según lo consigna uno de los manuales publicados por el Instituto de Acceso a la Información Pública, se reconocen como datos personales: *“... la imagen o el nombre y apellidos. Y existen otros que son más difíciles de identificar como datos personales; es el caso de los datos de salud, biométricos, genéticos, de empleo, bancarios, datos vinculados a la personalidad como la orientación sexual, las creencias religiosas o la ideología política y afiliación sindical, u otros como el origen étnico, currículums, datos de consumo y preferencias de compra, la voz o la firma. A*

*los efectos de la LAIP, esta norma entiende por datos personales la nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico u otros análogos, así como datos personales sensibles como el credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que puedan afectar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.*¹⁵⁰

4.2.2.2. La inactividad de la administración pública en la vulneración al Derecho a la Protección de Datos Personales

En cuanto a la voluntad que puede ser manifestada por la administración, nos encontramos también con el término y pretensión de la inactividad administrativa, que consiste en la omisión por parte de la administración en una actividad jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible. Se sabe que la administración pública está sujeta al principio de legalidad y que se encuentra obligada a cumplir con las funciones y prestaciones que el ordenamiento jurídico le prescribe, involucrando no sólo la obligación de la Administración de “dar” o “hacer” determinadas prestaciones y/o funciones a favor del administrado, sino también en algunos casos exige un “no hacer”.

Ante el término de inactividad en el derecho administrativo, Nieto expone que: *“el concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma, una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad puede ser material o formal. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares y la inactividad material*

¹⁵⁰ Instituto de Acceso a la Información Pública, *Manual de protección de Datos Personales para el sector público salvadoreño*, (El Salvador, 2015)

sería aquella que se traduce en el incumplimiento por parte de la Administración de sus competencias ordinarias, en la pasividad de los entes administrativos para ejecutar o llevar a su debido cumplimiento los objetivos que le son propios".¹⁵¹ Ante ello y analizando el derecho protegido en análisis (protección de datos personales), el artículo 31 de la Ley de Acceso a la Información Pública estipula: *"Toda persona, directamente o a través de su representante, tendrá derecho a saber si se están procesando sus datos personales; a conseguir una reproducción inteligible de ella sin demora; a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean injustificados o inexactos y a conocer los destinatarios cuando esta información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición, en los términos de esta ley"*; ante dicha premisa, se puede configurar a su vez responsabilidad por el incumplimiento de la normativa, ya que significa un evento antijurídico cuando la Administración incumple un deber de actuar legalmente establecido, es decir, la inactividad puede constituir tanto el presupuesto que da lugar al incumplimiento de un deber legal de actuación –en cuyo caso estaremos ante una inactividad ilícita o antijurídica–, como la prestación a la cual el administrado tiene derecho –.¹⁵²

Del actuar antijurídico por inactividad y que vulnere el derecho a la protección de datos personales citado en el párrafo anterior, podemos colocar el ejemplo de una particular solicitando conocer el estado del procesamiento de sus datos personales y que en el plazo de respuesta de admisión a la petición no reciba respuesta por parte del agente o que el funcionario que deba suministrarle a este no le quiera brindar la información en su custodia, consignándose así una omisión ilícita, generando una causa para reparación por daño moral, como lo regula el artículo 3 letra a) de la Ley de Reparación por Daño Moral. Es así que Huapaya y Sánchez exponen que: *"la inactividad, entendida entonces como el incumplimiento ilícito de un deber de*

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2018/09/D3EB5.HTML>

¹⁵² Ramón Huapaya Tapia, "La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la Administración pública en el ordenamiento peruano. Notas para el estudio de su régimen jurídico" *Revista Derecho y Sociedad*

actuación legal y posible por parte de la Administración, puede generar daño sobre el administrado. En tal sentido, más allá de la lesión del ordenamiento, la dejadez o inercia de la Administración puede generar lesión en el patrimonio del administrado (la denominada “responsabilidad por omisión”).”¹⁵³; a ello, se suma el actuar ilícito por omisión regulado en el artículo 76 inciso primero letra c) e inciso segundo letras a) y c) de la Ley de Acceso a la Información Pública, en cuanto al suministro de información y la sustanciación de solicitudes.

Tomando un ejemplo más puntual de lo expresado en el párrafo precedente, se pone de manifiesto lo expuesto en el proceso 000120-20-ST-COPC-CAM, en la resolución pronunciada a las quince horas diez minutos del día cuatro de marzo de dos mil veintidós, por la Cámara de lo Contencioso Administrativo, correspondiente a un procedimiento de inexistencia de información, considerando lo siguiente:

[...]“*El artículo 3 letra h) LAIP, establece que dicha ley tiene como finalidad, entre otros, la protección de los datos personales en posesión de los entes obligados y garantizar su exactitud. De conformidad al artículo 6 letra a) LAIP, los datos personales son la información privada concerniente a una persona, identificada o identificable, relativa a su nacionalidad, domicilio, patrimonio, dirección electrónica, número telefónico u otra análoga*”; a su vez, los datos personales sensibles, de acuerdo a lo estipulado en la letra b) del referido artículo 6, son “*los que corresponden a una persona en lo referente al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. [...]

[...]El art. 31 LAIP establece el derecho a la protección de datos personales en el siguiente sentido: “*Toda persona, directamente o a través de su representante, tendrá*

¹⁵³ Ibid. 259

derecho a saber si se están procesando sus datos personales; a conseguir una reproducción inteligible de ella sin demora; a obtener las rectificaciones o supresiones que correspondan cuando los registros sean injustificados o inexactos y a conocer los destinatarios cuando esta información sea transmitida, permitiéndole conocer las razones que motivaron su petición, en los términos de esta ley. El acceso a los datos personales es exclusivo de su titular o su representante”.

*A su vez, el art. 36 LAIP establece que se pueden solicitar a los entes obligados los siguientes datos personales por sus titulares o representantes: “**Solicitud de datos personales** Art. 36.- Los titulares de los datos personales o sus representantes, previa acreditación, podrán solicitar a los entes obligados, ya sea mediante escrito libre, en los términos del artículo 66 de esta ley o formulario expedido por el Instituto, lo siguiente:*

*a. La información contenida en documentos o registros sobre su persona.
b. Informe sobre la finalidad para la que se ha recabado tal información.
c. La consulta directa de documentos, registros o archivos que contengan sus datos que obren en el registro o sistema bajo su control, en los términos del artículo 63 de esta ley.*

d. La rectificación, actualización, confidencialidad o supresión de la información que le concierna, según sea el caso, y toda vez que el procedimiento para tales modificaciones no esté regulado por una ley especial. Tratándose de los literales a, b y c, los entes obligados deberán entregar en un plazo de diez días hábiles, contados a partir de la presentación de la solicitud, en formato comprensible para el solicitante, la información correspondiente; o bien, le comunicarán por escrito que ese registro o sistema de datos personales no contiene los requeridos por el solicitante.

En el caso del literal d, la solicitud deberá ser acompañada de la documentación que respalde lo pedido. El Oficial de Información deberá entregar al solicitante, en un plazo de treinta días hábiles desde la presentación de la solicitud, una comunicación que haga constar las modificaciones; o bien, le informará de manera motivada, la razón por la cual no procedieron las reformas”. [...]

[...]Con relación al principio de legalidad, el referido Tribunal ha sostenido en sus precedentes (...) que como primer aspecto debe indicarse que en el artículo 86 inciso 3° de la Constitución se establece el Principio de Legalidad acotando en su vinculación positiva que: “[l]os funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”.

La SC en sentencia del doce de febrero de dos mil dieciocho, dictada en el proceso de inconstitucionalidad referencia 147-2015, ha sostenido que: “[...] el principio de legalidad es una derivación de la seguridad jurídica. Dicho principio consiste en la sujeción del ejercicio de las potestades públicas al ordenamiento jurídico, lo que convierte en un pilar fundamental que da vida al Estado de Derecho.” (...) Y es que, el principio de legalidad expresamente consagrado en la Constitución, rige a todos los poderes públicos, por lo que toda actuación de ésta ha de presentarse necesariamente como ejercicio de un poder atribuido por ley, la que construye y delimita” (Sentencia dictada el treinta y uno de agosto de dos mil quince, en el proceso de inconstitucionalidad referencia 115-2012).

En conclusión, tal como lo ha concretizado la jurisprudencia, los funcionarios de la Administración Pública deben actuar conforme a lo prescrito en la ley, sus potestades deben tener cobertura legal de forma expresa; de lo contrario su actuación es ilegal y como previamente se acotó una de las principales expresiones de este principio es la competencia que se le atribuye a un órgano o funcionario que es uno de los requisitos esenciales de validez del acto y una garantía del administrado. [...]

[...]Para determinar el referido tribunal si en el presente caso ha existido un exceso por parte del IAIP respecto de las competencias conferidas por la ley, vio imprescindible determinar si los datos personales solicitados y cuya inexistencia afirmó la Oficial de Información se encuentran enmarcados dentro de la información que ordinariamente debería poseer el ente obligado. [...] Tanto el origen como el fin de las relaciones laborales de los empleados públicos se realiza por un acto administrativo en el caso en que la Presidencia hubiera separado del cargo al solicitante de información, debería poseer los datos personales requeridos ya que se

trata del documento que respalda la separación del cargo del solicitante con la administración, lo cual, de acuerdo a la jurisprudencia antes reseñada “debe hacerse también por medio de un acto administrativo –acuerdo o resolución por escrito-, el cual debe darse a conocer al empleado en la forma que indiquen las leyes correspondientes”. [...]

[...]“Aunque esta entidad [la Presidencia] cuenta con la atribución legal de emitir dicho documento este no fue elaborado pues la cesación laboral de este, como de muchas otras personas, se realizó con base a un Acuerdo Ejecutivo” que “al realizarse la derogación de dichas Secretarías y las cesaciones de plazas inherentes, ocurrió una reestructuración orgánica de esta Presidencia, Sin embargo, y como ya se dijo con anterioridad un documento relativo a Acuerdo o nota de cesación del señor OV es inexistente en los archivos de las dependencias que funcionalmente podrían generar dicha documentación”

Se tiene por un lado que, para que se dé una separación de un cargo entre una empleado público y la administración, debe mediar un acto administrativo por escrito, “Aunque esta entidad cuenta con la atribución legal de emitir dicho documento este no fue elaborado pues la cesación laboral de este”; y, por otro, que durante el desarrollo del incidente de apelación, los procuradores de la Presidencia manifestaron no haber generado la información solicitada en virtud que “la cesación laboral de este, como de muchas otras personas, se realizó con base a un Acuerdo Ejecutivo no obsta que, no exista documentación que plasme cada una de estas, garantizando que se llevó un procedimiento conforme a leyes, reglamentos o directrices vigentes que tengan como resultado la remoción del cargo, la cual podría estar adjunta al expediente laboral de cada una de estas personas, finalizando la relación laboral con el ente obligado” declaratoria de inexistencia se dio en virtud del segundo supuesto señalado por la jurisprudencia contencioso administrativa citada supra –sentencia de la SCA de las quince horas dos minutos del diecisiete de enero de dos mil diecisiete, dictada en el proceso 220-2014; y sentencia de la SCA de las catorce horas con cuarenta minutos del dieciséis de junio de dos mil diecisiete, dictada en el proceso 26-

2015–, en la que se señala que conforme las pruebas aportadas en el procedimiento administrativo, el IAIP estima que la información puede existir; y es que, si los datos personales solicitados se refieren a las competencias u obligaciones que el ordenamiento jurídico regula respecto de los entes obligados, es razonable presumir que la información existe.

Por lo cual este Tribunal advierte que dicha revocación se hizo en virtud que el IAIP estimó que dicha información “puede existir” y no en virtud que necesariamente dicha información “existe” ya que en caso que el IAIP conforme las pruebas aportadas en el procedimiento administrativo, estimara con certeza que la información solicitada existe, hubiera ordenado el acceso a la información solicitada; sin embargo, lo que ordenó fue realizar una nueva búsqueda y su documentación. Lo anterior indica que, en armonía con la jurisprudencia emitida por la SCA, la revocación de una declaratoria de inexistencia no se da únicamente cuando la información fácticamente no existe, sino cuando de lo acontecido en el procedimiento ante el IAIP, este considera que puede existir – consideración que puede darse, entre otros motivos, por la obligación legal que tenga el ente obligado de generar esa información–.[...]

De la resolución expuesta en párrafos precedentes, podemos denotar un claro ejemplo de omisión en el actuar de la administración pública, que genera a su vez un ilícito normativo al no contener los datos personales que debía poseer la administración a la hora de requerírseles para un proceso que tuvo que haber sido realizado con el debido proceso, vulnerando a si otra esfera de derechos constitucionales, y que apertura en su totalidad del genero de responsabilidad patrimonial, por medio de daños materiales y morales.

4.2.2.3. Actividad material de la Administración Pública constitutiva de vía de hecho en la vulneración al Derecho a la Protección de Datos Personales

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos esta pretensión desarrollada en el artículo 7 inciso segundo de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa,

con respecto a la figura de vía de hecho, estipulando que: “*Constituye vía de hecho la actuación material de la Administración Pública realizada sin respaldo en un acto administrativo previo, o en exceso del contenido de este*”; en cuanto a la doctrina, Gomez Rodríguez establece en su obra una postura española que define lo que es la vía de hecho, estableciendo: “*...Así, ha estimado que por vías de hecho hay que entender los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico. De esa forma, el Tribunal Constitucional Español reserva la expresión vía de hecho para las actuaciones materiales realizadas sin la preceptiva cobertura legal, sin norma o principio habilitante y sin acto previo*”.¹⁵⁴

En cuanto a la jurisprudencia, esta sostiene que habrá vía de hecho cuando la Administración Pública ejerza coacción sin un acto administrativo o un servicio público que les otorguen cobertura o fundamento, también cuando median las circunstancias propias que motivan el ejercicio de la coacción directa o anómala; los elementos de esta se ven reflejados, en primer lugar, por un comportamiento material, que se concreta con una mera actuación física carente de un acto administrativo que le sirva de base total o parcialmente; en segundo lugar, cuando la actuación material es ejecutada por quien tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa, de no ser así, es decir si se tratare de la actitud de un administrado particular, la vía de hecho en cuestión sólo constituiría un hecho o un acto puramente de derecho privado, ajeno en todo sentido al derecho administrativo; y en tercer lugar, cuando se trata de un comportamiento material que carece de respaldo de un acto administrativo previo, o se ha realizado en exceso del acto administrativo correspondiente. En ese sentido, la vía de hecho se configura cuando de manera pura y simple, la Administración pasa a la acción sin emitir acto alguno; es decir la actuación que realiza la Administración no está precedida de una declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo, emitida

¹⁵⁴ Henry Rodolfo Gómez Rodríguez, *La ocurrencia de la vía de hecho, un criterio autónomo para predicar la responsabilidad patrimonial del estado colombiano* (Tesis Maestría, Universidad Externado de Colombia, 2019) 47

en el ejercicio de sus facultades, que le dé cobertura al accionar material o físico de la Administración, sino que son meras acciones o actuaciones físicas desprovistas de actos administrativos que autoricen y delimiten su accionar.¹⁵⁵

En síntesis, podría configurarse responsabilidad patrimonial por medio de esta pretensión, pero con otra variante, debido a que la calidad de la parte que actúa como sujeto activo en la lesión generada sería administrativa, si en su función se encontrara realizar o manejar la información vulnerada, siendo el caso contrario conocedora de la lesión la materia privativa, al no configurarse todos los requisitos de validez necesarios para la existencia de un acto administrativo (a pesar que el sujeto ostente un cargo funcional dentro de la administración), lo anterior según lo estipula el artículo 22 de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Es necesario aclarar que la pretensión de responsabilidad patrimonial debe haber sido interpuesta en vía administrativa, al tener la premisa de la pretensión que se ataca, que para el caso práctico se puede evidenciar que se podría interponer la pretensión de vía de hecho ante la jurisdicción contencioso administrativo y que de la resolución de esta se pueda demostrar que el acto concreto no tuvo que haber sido soportado por no encontrarse dentro de la legalidad del actuar del funcionario y falto de sustento normativo o de un acto administrativo previo, siendo exigible el daño moral por la simple faceta de la acción intencional del funcionario al ciudadano, regulada en el artículo 3 letra a) de la Ley de Reparación por Daño Moral y que vulnere el derecho a la protección de datos personales, a pesar que no configurara el ilícito normativo contenido en la Ley de Acceso a la Información Pública, el cual está más direccionado al actuar de la institución que a la calidad de funcionario como sujeto especial, que al interpretar el artículo 55 del mismo cuerpo normativo, obtenemos que puede ser consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración Pública, la cual se vería manifestada con la resolución que ponga fin al proceso contencioso

¹⁵⁵ <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2019/07/DF54A.HTML>

administrativo en el cual se identifique la vía de hecho y la vulneración al derecho, como sustento para el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

4.2.2.4. El silencio administrativo positivo y negativo.

En derecho administrativo la palabra silencio configura una institución jurídica debidamente regulada, que podemos encontrar en reglada en el artículo 133 de la Ley de Procedimientos Administrativos, y esta se puede entender de una manera simple exponiendo que cuando la Administración no brinda respuesta a una petición o una demanda interpuesta por un administrado, su silencio transcurrido un cierto plazo, se considera como una resolución, positiva o negativa según el caso, variabilidades que encontramos descritas en el precitado artículo.

La honorable Sala de lo Contencioso Administrativo, en su resolución de referencia 409-2017, de fecha nueve de enero de dos mil dieciocho,¹⁵⁶ expone que el silencio administrativo se configura cuando un administrado hace una petición a la Administración, y ésta no le notifica resolución alguna transcurridos sesenta días hábiles contados a partir de la fecha de interposición de la petición, sin que tal circunstancia sea imputable al interesado, entendiéndose como regla general que la respuesta de la Administración ha sido desestimatoria, lo cual provoca una ficción legal sujeta a control de legalidad, teniendo esta como objeto servir de garantía administrativa para los ciudadanos frente al hecho que la Administración incumple con el deber legal de dictar y notificar resolución expresa en un plazo determinado, es decir constituye un instrumento para tutelar el fundamental derecho al acceso a la jurisdicción -consagrado en los artículos 2 y 11 de la Constitución-, además de garantizar paralelamente otros derecho fundamentales.

¹⁵⁶ Sentencia Referencia 409-2017 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, 2018)

La diferencia entre ambos tipos de silencio radica cuando se toma en cuenta que el silencio es positivo a la petición del ciudadano, en el caso que interpuesta la petición sin respuesta de la administración en el plazo aclarado anteriormente, se concibe por estimada; sin embargo, se comprende que el silencio tendrá efecto negativo o desestimatorio, según lo regula el artículo 133 del cuerpo legal citado en los casos siguientes: *1. Cuando el supuesto constitutivo se origine exclusivamente del derecho constitucional de petición, sin que exista regulación infraconstitucional alguna relativa al supuesto constitutivo de la petición; 2. Cuando la solicitud tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público; 3. Cuando se trate de peticiones dirigidas a la impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando se hubiere interpuesto recurso de apelación contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud, se producirán los efectos positivos del silencio si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo; y, 4. Siempre que una norma con rango de Ley así lo establezca. La producción de los efectos positivos del silencio administrativo tiene la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, con todas sus consecuencias. Por el contrario, la producción de los efectos negativos del silencio administrativo, únicamente habilita la interposición del recurso administrativo o el inicio de la vía Contencioso Administrativa, según resulte procedente.*

Expuesto lo anterior y aclarando que en ambos casos no se vuelve configurable los requisitos desarrollados previamente en la presente investigación para vulnerar los datos personales mediante el tipo sancionatorio regulado de la publicación de datos personales del ciudadano, se concluye que no es procedente o viable afirmar que puede ser objeto de estudio para el verbo rector citado, pero en atención al ejemplo jurisprudencial citado en el apartado de la omisión en la actuación de la administración pública, en el sentido de suministrar los datos personales requeridos por los ciudadanos, y con el deber de la entidad que lo contiene de brindarlos, decida tener una actitud silente a brindar respuesta, provocaría no solo una vulneración a los bienes inmateriales

del ciudadano, sino una vulneración al derecho de respuesta y correría el riesgo de que le sea requerida responsabilidad administrativa,

4.2.2.5. Potestad reglamentaria de la Administración Pública y la Protección de Datos Personales.

En el presente epígrafe, se verterá información correspondiente al actuar de la administración pública previo a la emisión de la Ley de Acceso a la Información Pública y como se deberá dar tratamiento al resarcimiento por daño moral ocasionado a los datos personales, cuando no estaba constituida la citada institución jurídica por su normativa de carácter especial; es necesario comenzar exponiendo el significado de potestad reglamentaria y esta puede ser conceptualizada como la posibilidad de regular, limitar y especificar los derechos consagrados en la Carta Magna y los conferidos por las leyes que tienen las autoridades públicas que ejercen función administrativa.

Ahora bien, de lo anterior se puede aclarar que se realizan dichas acciones por un medio específico, que para el caso práctico mencionaremos al reglamento, el cual lo podemos definir como una norma jurídica de carácter general, emitida por un organismo que ordinariamente no tiene la capacidad de legislar, que desarrolla las disposiciones contenidas en otra norma jurídica de superior jerarquía. Estas normas cuentan con elementos y rasgos genéricos, dentro de los elementos tenemos en primer lugar, que son normas de carácter general, en segundo lugar, que constituyen un desarrollo de los principios y disposiciones contenidas en otras normas al tener como fin facilitar y hacer viable la aplicación de las normas amplias, estableciendo otras que indican la manera como esto se hará, implicando que la norma reglamentaria este subordinada jerárquicamente a la norma que desarrolla, por lo que no puede contradecirla, ampliarla o restringirla, sino simplemente limitarse a establecer los preceptos que permitan a los aplicadores de la misma realizar lo que dicha norma ordena, y finalmente, en tercer lugar, el reglamento es emitido por un órgano del Estado que no tiene como función primordial la emisión de normas jurídicas de carácter

general, es decir, por uno que no es el legislativo, ya que la ley formal no puede prever todas las circunstancias posibles de su aplicación, por lo que el poder legislativo necesita la cooperación de otros órganos en su labor creadora de normas, y que, por razones prácticas, no puede ser excesivamente detallada.¹⁵⁷

En atención a los rasgos genéricos de la potestad reglamentaria, tenemos que en primer lugar la potestad reglamentaria es una potestad atribuida inmediata o mediatamente por la Constitución, en segundo lugar, que es una potestad pública, cuyo ejercicio está confiado a la Administración, así como a otras entidades administrativas, tercero que es normativa, pues su ejercicio da lugar a auténticas reglas o normas jurídicas y cuarto que es una facultad subordinada a la función legislativa.¹⁵⁸ De todo lo expuesto, podemos destacar que previo a la regulación de la Ley de Acceso a la Información Pública, no se regulaba explícitamente la protección de datos de carácter personal, por lo que no existía tipo antijurídico o herramienta jurídica que permitiese generar una relación causal del actuar dañoso del servidor público con el ciudadano, en la esfera extrapatrimonial.

De aquí se parte entonces a explicar que en el supuesto de no existir una ley especial que regulase la protección de los datos personales y que en el supuesto que la administración regulase el manejo de datos personales como mecanismo preventivo para respetar el derecho a la autodeterminación informativa y la intimidad de los ciudadanos, sería siempre procedente aplicar la Ley de Reparación por Daño Moral, según lo regulado en su artículo 4 inciso segundo, que establece: "... Así mismo, cuando se haya producido una violación de los derechos constitucionales y los derechos reconocidos por tratados internacionales vigentes y las Leyes secundarias"; lo anterior siendo exigible por medio del derecho privativo, al no encontrarse estipulado en el supuesto de hecho la figura de responsabilidad patrimonial administrativa, ya que si no

¹⁵⁷ http://biblioteca.utec.edu.sv/siab/virtual/estudios_legales_fusades/fel_17.htm

¹⁵⁸ <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2016/04/BE9A6.HTML>

existiese la Ley de Acceso a la Información Pública que regula la protección de datos personales como institución jurídica, mucho menos la Ley de Procedimientos Administrativos y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo actual.

En relación a la existencia de la autodeterminación informativa, que se encuentra intrínseca en la Constitución de la República de El Salvador, en su artículo 2 inciso segundo, la jurisprudencia resalta que: *“la autodeterminación informativa es una manifestación del derecho a la intimidad...hace referencia al ámbito que se encuentra reservado ad intra de cada persona, en el ámbito informático, tal derecho implica la protección de todo individuo frente a la posibilidad de acceso a la información personal que se encuentre contenida en bancos informatizados. En ese sentido, el derecho implicaría la posibilidad y la facultad de toda persona a controlar, de forma razonable, la transmisión o distribución de la información personal que le afecte o que le pudiera afectar en el futuro. Así, la seguridad jurídica sirve de fundamento a la autodeterminación informativa al trazar el rumbo hacia el cual debe orientarse la defensa del individuo frente al poder fáctico o jurídico: la instauración de resguardos eficaces frente a los riesgos del abuso en el flujo ilimitado e incontrolado de la información personal. En ese orden de ideas, la autodeterminación informativa presupone –frente a las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de información– que los individuos tienen la capacidad de decidir y controlar las actividades relacionadas con sus datos personales –individuales y familiares–, ante su posible uso indiscriminado, arbitrario o sin certeza sobre sus fines y límites. [...] En consonancia con esos fines de tutela, el derecho a la autodeterminación informativa concede un especial interés al desarrollo de reglas de seguridad del procesamiento, de transparencia y de información de la persona, a fin de que dicha aspiración no vaya a declinarse para privilegiar usos ilegítimos de la información a espaldas del individuo, sin el consentimiento de la persona titular de los datos”*.¹⁵⁹; por lo todo lo expuesto se concluye la viabilidad de existencia de daño moral por vulneración a datos

¹⁵⁹Sentencia, Referencia: 000120-20-ST-COPC-CAM (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2022) 3

personales, aun cuando no existía la norma sustantiva especial que lo regula, por encontrarse regulada constitucionalmente.

4.2.3. Instancia concedora de la pretensión de indemnización por daño moral causado por la administración pública

Como se ha estado desarrollando en los epígrafes anteriores, existen pretensiones que se encuentran dentro de la competencia material la jurisdicción contenciosa administrativa, que además de ser enumerados han sido incluso desarrollados con supuestos de hecho que dan lugar al conocimiento de la pretensión resarcitoria; ahora bien, las pretensiones citadas y contenidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contempla las capacidades y limitantes del juzgador para dirimir las controversias entre particulares y la administración pública, situación que se vio redireccionada en jurisprudencia reciente por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que será citada y desarrollada en el transcurso del presente epígrafe.

Para el particular caso de la figura de reparación por daño moral, si bien es cierto que la Ley de Procedimientos Administrativos contempla como daño indemnizable esta figura como apartado sustantivo de la institución jurídica de responsabilidad patrimonial, no la desarrolla como tal, dejando al interprete que supletoriamente se remita a la ley especial que se encarga de regir a dicha figura, para lo no contemplado en la ley general; en la parte sustantiva encontramos como se desarrollará y algunas de las reglas de cómo se ejecutara el procedimiento de responsabilidad interno que llevarán las administraciones y que en lo sustancial le servirán al juzgador para dirimir la pretensión de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pero no hay que olvidar, que en la citada parte sustantiva, esta figura se encuentra como genero (abarcando tanto daño patrimonial como extrapatrimonial), por lo que en sede administrativa, previo a la emisión de la Ley de Procedimientos Administrativos, podían ventilarse actuaciones vulnerantes a la

esfera extrapatrimonial de los ciudadanos que al entrar en conocimiento de la vía jurisdiccional contenciosa y ser determinantes de daño moral generaban la obligación de su resarcimiento, y por la especialidad de la materia debían ser remitidos para su conocimiento a los tribunales con conocimiento en materia civil; ahora bien, una vez emitida la Ley de Procedimientos Administrativos, no existió limitante de competencia para conocer del daño a ambos tipos de patrimonio en vía administrativa, la cual al no encontrarse regulada en alguna norma de naturaleza organizativa sobre quien es el encargado de operarla, se expone en la citada norma que será el superior jerárquico de la institución quien deberá llevar a cabo el procedimiento.

La dificultad de ascender a la instancia jurisdiccional radicaba en que, si el ciudadano se remitía al derecho adjetivo correspondiente a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 3 estipula que: *“También podrán deducirse pretensiones relativas a la responsabilidad patrimonial directa del funcionario o del concesionario, así como la responsabilidad patrimonial directa o subsidiaria de la Administración Pública, en su caso.”* A su vez, la exclusión en el conocimiento del daño extrapatrimonial, limitando en el mismo artículo y cuerpo normativo lo siguiente: *“Se excluye de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los casos de responsabilidad regulados por la Ley de Reparación por Daño Moral”*. De lo citado, a simple vista y con lo aclarado, se sobre entiende que al hablar de responsabilidad patrimonial, hace referencia al daño indemnizable que contemplaba únicamente la Ley de Reparación por Daño Moral, se encontraba excluida en los incisos posteriores por la competencia limitada del daño extrapatrimonial, por lo que lo consecuentemente lo regulado en la norma era entendido como género que abarcaba la esfera general patrimonial del dañado, enfocado únicamente al daño material que se le pudo haber afectado al ciudadano.

En el mismo orden de ideas y al dejar claro la limitante en cuanto a la competencia que poseía dicha materia para el conocimiento de la figura del daño moral, nos remitimos supletoriamente a la Ley de Reparación por Daño Moral, la cual

contempla dentro de sus causas, en el artículo 3 de este cuerpo normativo, la posibilidad de lesionar lo extrapatrimonial a través de una acción u omisión ilícita, intencional o culposa por parte del ámbito administrativo, dejando claro que esto habilita la vía administrativa de reclamo dentro del procedimiento de la administración, pero dejando la duda en la capacidad de conocimiento en materia jurisdiccional de esta pretensión en esa época, por lo que si se da lectura y se interpreta los artículos 9 y 10 de ese mismo cuerpo normativo, se nos aclara que la acción para reclamar se tramitará siguiendo los procedimientos previstos para el proceso declarativo común, establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil y se tomaran en cuenta para la demanda los requisitos previstos de ese mismo Código, dejando claro que estos dos puntos estarán relacionándose a la estimación del daño moral y la identificación de los funcionarios públicos o empleados públicos con responsabilidad personal de ser el caso; lo expresado dejaba claro que, la competencia para conocer esta pretensión estaba sujeta al derecho privativo y no al administrativo en materia jurisdiccional, por la especialidad de la materia en cuanto a la búsqueda del resarcimiento por el daño moral causado por la administración pública, aclarándose que la pretensión de reparo moral no estaba relacionada en si a buscar la legalidad del acto administrativo, sino que busca reparar la esfera extrapatrimonial del ciudadano.

Antes de concluir el epígrafe, es necesario citar una sentencia muy imperante en la actualidad, la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, con número de referencia 34-19-PC-SCA; en síntesis, de ella podemos destacar que el caso concreto se presentó reclamación por daño moral efectuado por parte del presidente de la república, reclamando como daño indemnizable el daño moral ocasionado con la actuación material expresada por medio de la cuenta de twitter que es titular el Presidente, en la cual se tomó en consideración lo ya planteado en el presente epígrafe, pero con la variante que el juzgador interpreto de una forma diferente, tomando en consideración la vigente Ley de Procedimientos Administrativos, argumentando que: “... *el inciso 2º del artículo 9 de la LJCA dispone expresamente “La Administración Pública no podrá ser demandada por*

*responsabilidad patrimonial ante otras jurisdicciones, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares. En este último caso, la Jurisdicción Contencioso Administrativa también será competente para conocer de las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial ocasionada por los particulares. tal aseveración confirma el carácter especial de la LJCA, por lo que a pesar que la Ley de Reparación por Daño Moral, es la normativa aplicable para la indemnización por ese tipo específico de afectación, cuando tal perjuicio sea reclamado a la Administración Pública, será la jurisdicción contencioso administrativo la encargada de resolver dicho asunto. Del mismo modo, tal como se relacionó en párrafos anteriores, la LPA regula como uno de los daños indemnizables por la Administración Pública: el daño moral, y ante el punto desarrollado en el párrafo anterior, que cuando tal menoscabo sea exigido a la Administración Pública, los tribunales competentes para resolver la mismas, serán los que conforman la jurisdicción contencioso administrativo”.*¹⁶⁰

Al respecto, se comparte lo sostenido en el contenido de la sentencia en cuanto a que en la narrativa y argumentación se mencionaba que no existía un superior jerárquico ante quien interponer el procedimiento de responsabilidad patrimonial y que por ello debía tener conocimiento la Sala de lo Contencioso Administrativo de manera directa, lo cual llevo a emitir la máxima que consta en el párrafo anterior, ahora bien, en relación a que se utilice esta premisa como apertura futura de tener la jurisdicción contenciosa administrativa la atribución de conocer de todas las pretensiones futuras correspondientes a la responsabilidad patrimonial por daños generados en la esfera extrapatrimonial de los ciudadanos, se complementa la primera jurisprudencia citada con lo argumentado por la referida Sala en su resolución de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del día once de marzo de dos mil veintiuno, con referencia 26-27-19-PC-SCA, del cual se extrae el siguiente esbozo:

¹⁶⁰ Sentencia, Referencia: 26-27-19-PC-SCA (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2021)

“4.3.1.) Cambio de precedente jurisprudencial

[...]En la resolución pronunciada a las quince horas treinta minutos del quince de mayo de dos mil diecinueve en el trámite de la apelación con referencia 3-19-RA-SCA pronunciada por la Cámara de lo Contencioso Administrativo el nueve de enero de dos mil diecinueve por la cual declaró no ha lugar la inaplicación del artículo 3 inciso final LJCA y, por consiguiente, sostuvo su incompetencia para conocer de una pretensión de reparación por daño moral derivada de actuaciones administrativas] esta Sala sostuvo: «(...)el daño moral «(...) 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(...)»; el artículo 8 de la LRDM utilizado por la Cámara, que indica la autonomía de la acción cuyo ejercicio regula de la siguiente manera: «El daño moral tiene naturaleza propia y, por tanto, la acción de reparación tiene carácter autónomo respecto de otras pretensiones, aunque pueda ser ejercida en su conjunto, si las circunstancias del caso lo ameritan». De ahí que puede haber otras pretensiones que se ejerzan conjuntamente con las del daño moral, pero siempre y cuando el tribunal ante quien se entablen sea competente para conocerlas en conjunto. [...]

[...]En tal sentido, al existir previamente a la LJCA la regulación adecuada [LRDM], que potencia el acceso a la jurisdicción, en cuanto al ejercicio de la pretensión por reparación por daño moral, la exclusión expresa del conocimiento de tal materia en la LJCA, pues es especial, no contradice a la Constitución; bajo tal línea esta Sala comparte la decisión de la Cámara en el sentido que el artículo 3 inciso tercero de la LJCA, por los motivos invocados, no puede ser inaplicado; en consecuencia, es [sic] este punto, debe ser confirmada la resolución de ese Tribunal.»[...]

[...]Esta postura se vio coincidente, en aquel momento, por la resolución dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia a las diez horas veintitrés minutos del doce de septiembre de dos mil diecinueve en el conflicto de competencia que se originó entre la Cámara de lo Contencioso Administrativo y el Juez Tercero de lo Civil

y Mercantil de San Salvador, siempre en el marco del mismo proceso en el cual se había pronunciado la resolución del nueve de enero de dos mil diecinueve, en la que se había declarado incompetente la Cámara de lo Contencioso Administrativo para conocer de la pretensión de reparación por daño moral. En dicho pronunciamiento el Pleno no examinó las razones expresadas por las juzgadoras para rechazar la competencia, sino que se limitó a señalar que, como la institución denunciada era la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, no respondía la institución sino el funcionario y, por ello, debía ser demandado ante los tribunales comunes.[...]

[...] En virtud del principio de independencia judicial, no puede sostenerse la inmutabilidad de la jurisprudencia perpetua, un criterio jurisprudencial innovador o mantener un criterio jurisprudencial diferente al adoptado por otros tribunales, o aún por el mismo tribunal; [...] La Sala de lo Constitucional, en su vasta jurisprudencia, entre ellas la sentencia pronunciada a las diez horas con veinticinco minutos del día diecinueve de diciembre de dos mil doce, en el proceso de amparo referencia 1-2011, manifiesta que: «(...) se admiten como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él—entre otros— los siguientes supuestos: i) estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; ii) el cambio de la conformación subjetiva del Tribunal; y iii) que los fundamentos fácticos que le motivaron hayan variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario con la realidad normada (...)». En ese sentido, la Sala de lo contencioso administrativo considera que, aunque la interpretación que se desarrolló en la sentencia de apelación 3-19-RA-SCA tenía sentido al momento de su pronunciamiento, hay una variación en los fundamentos normativos que vuelve aquella interpretación en incompleta para esta época en particular, como se explicará en líneas sucesivas y por ello, es necesario modificarla.[...]

[...] Para establecer la competencia del Tribunal se examinan las disposiciones existentes en la LJCA vigente y se obtiene: En el artículo 1, inciso 1º de la ley se dispuso: «La jurisdicción contencioso administrativa será competente para conocer

de las pretensiones que se deriven de las actuaciones u omisiones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo. También tendrá competencia para conocer de las pretensiones derivadas de actuaciones u omisiones de los concesionarios de la Administración Pública». Así, en principio, la competente para conocer cualquier pretensión que derive de actos u omisiones de funcionarios o de las administraciones es la jurisdicción contencioso administrativa siempre que estas actuaciones se encuentren sujetas al derecho administrativo.[...] se pueden dilucidar en esta jurisdicción se determinó en el artículo 3 de la LJCA: [...] «Se excluye de la jurisdicción contencioso administrativa los casos de responsabilidad regulados por la Ley de Reparación por Daño Moral».[...] para conocer pretensiones sobre diversas actuaciones u omisiones que se consideran sujetas al derecho administrativo. Entre ellas se ha incluido, de manera particular, la responsabilidad patrimonial, ya sea la que se impone a la Administración [con independencia de que sea institucional, es decir, la que ella se ve obligada a pagar directamente o subsidiaria, que recae primero en el funcionario y solo bajo ciertas condiciones pasa a la Administración] o la que se impone al funcionario directamente.[...]

[...]Al final de esta disposición se introduce una exclusión que ha sido redactada de manera particular pues no se ha utilizado un lenguaje de prohibición absoluto, como el que se ha establecido de manera expresa en el artículo 11 letra “d” LJCA; A manera de ejemplo, la prohibición absoluta equivalente vendría a señalar: “se excluyen en su totalidad las pretensiones por daño moral” o “no se pueden deducir pretensiones de reparación patrimonial por daño moral”.[...] En lugar de ello se utiliza un lenguaje de prohibición relativo al indicar que se encuentran excluidos «...los casos de responsabilidad regulados por la Ley de Reparación por Daño Moral». [...]

[...]Además de las disposiciones antecedentes también se tomará en consideración el artículo 9 LJCA: «La jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial en los términos establecidos en el artículo 3 de la presente ley no podrá ser demandada por

responsabilidad patrimonial ante otras jurisdicciones, aun cuando en la producción del daño concurra con particulares. A manera de conclusión preliminar se arriba a que, por este conjunto de normas, la jurisdicción contencioso administrativa es competente[...]

[...] 4.4.3) Unidad y coherencia del ordenamiento, antinomias reales y aparentes, métodos de solución.

Tras la exposición relativa a la jurisprudencia constitucional concerniente a los tipos de responsabilidad corresponde el contraste con las normas establecidas para la competencia en la LJCA vigente tal cual se han citado previamente.

(a) se ha señalado que existen responsabilidades patrimoniales derivadas de la actividad administrativa que pueden ser de dos tipos: una responsabilidad patrimonial de la administración que es institucional, objetiva y derivada del funcionamiento normal o anormal de la Administración, por la cual, aunque es el funcionario quien realiza el acto administrativo que genera el daño, la consecuencia no recae en él pues no es el directamente responsable de pagar la indemnización por el daño causado; otra responsabilidad patrimonial personal, subjetiva y directa del funcionario como tal que no se deriva del funcionamiento normal, sino de los casos de infracción o actividad ilícita de la administración atribuible a título de dolo o culpa al funcionario. Ambos tipos de responsabilidad pueden devenir de daños materiales o de daños morales y tienen en común que son consecuencia de actos realizados en el ejercicio de la función pública, es decir, se derivan de actuaciones u omisiones que están sujetas al derecho administrativo, por lo que, en principio, ello colma la exigencia del artículo 1 de la LJCA vigente y otorga la competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer.[...]

[...](b) Asimismo, se observa que el artículo 9 LJCA citado supra, ordena a la jurisdicción contencioso administrativa que conozca sobre los casos de responsabilidad de la Administración o de los funcionarios en los términos

establecidos en el artículo 3 LJCA y prohíbe demandar a la Administración Pública por responsabilidad patrimonial ante otras jurisdicciones.

(c) El artículo 3 LJCA contiene la regla antes indicada que excluye del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa “los casos” regulados en la ley de Responsabilidad por Daño Moral. Lo precedente pone de manifiesto una aparente contradicción normativa, puesto que indica, por una parte, que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública no puede ser demandada en otras jurisdicciones que no sean la contenciosa administrativa, pero por otra parte, contiene un elemento que parece contradecir directamente tal prohibición cuando indica que “los casos” que regule la LRDM están excluidos de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.[...]

[...] 4.4.4) Breve remisión a la teoría del derecho, patologías de la coherencia y soluciones propuestas. [...] A los conflictos internormativos los denomina Bobbio “antinomias”. Para que exista una antinomia es necesario que dos normas del mismo sistema y con el mismo ámbito de validez, que conectan un mismo supuesto de hecho, tengan dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles; de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas con base ambas, en dos normas presentes dentro del sistema. De lo contrario, si el conflicto deviene de la vaguedad y ambigüedad del lenguaje, entonces será el aplicador de la norma, vía interpretación, quien debe determinar la manera correcta de encajarla dentro del andamiaje jurídico, ya que se presume es un todo compatible.

Las antinomias, dice Bobbio son aparentes o reales, unas se pueden resolver y otras no, y ofrece para solucionarlas los siguientes criterios: «Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias: a) El criterio cronológico; b) el criterio jerárquico; y c) El criterio de especialidad.

El criterio cronológico, denominado también de la lex posterior, es aquél según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior [...] El criterio jerárquico, denominado también de la lex superior, es aquél según el cual, de dos

normas incompatibles, prevalece la norma jerárquicamente superior: lex superior derogat inferiori. [...] El tercer criterio, llamado precisamente el de la lex specialis, es aquél con base en el cual, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda; lex specialis derogat generali» [Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición en español segunda reimpresión, México D.F., 1982. Páginas 191-195].

En ese sentido, «...la norma especial deroga a la norma general; la norma posterior no deroga a la norma anterior sino que la abroga; la norma jerárquicamente superior ni deroga a la norma inferior, ni la abroga, sino que la convierte en inválida» [Guastini, R., Estudios sobre la Interpretación Jurídica, 9ª edición, 3ra reimpresión, trad. de Marina Gascón – Miguel Carbonell, editorial Porrúa-UNAM, México: 2014, p. 68]. [...]

[...]4.4.5) La supremacía de la Constitución y la interpretación conforme.

En todo caso, los suscritos consideran que, en realidad lo que se suscita entre los artículos 2, inciso 3 primero al penúltimo y 9 LJCA por una parte, y artículo 3 inciso final LJCA por la otra, no constituye una colisión internormativa entre el artículo 172 de la Constitución y un precepto de la LJCA sino una antinomia tan solo de carácter aparente que sucede en una misma ley, es decir, que, según se verá, se supera mediante interpretación de su lenguaje y contexto.

La idea de la colisión antagónica de competencias relacionadas con la reparación patrimonial por daño moral más bien surge de una contextualización inadecuada de las normas en relación y de una lectura imperfecta del propio texto de las supuestas normas antinómicas. La apariencia de la antinomia se desvanece al abordar la contextualización de la responsabilidad moral en orden cronológico de las normas que contienen regulaciones relativas a su régimen y, como se verá en el siguiente apartado, mediante la interpretación de su texto.

i.- *En un principio no existía una norma secundaria que regulase qué debía entenderse por daño moral o cuál debía ser el procedimiento para su determinación. Esta omisión legislativa dio lugar a la sentencia de inconstitucionalidad 65-2007, pronunciada a las nueve horas del día veinte de enero de dos mil nueve.*

ii.- *Como consecuencia de tal declaración de omisión constitucional y de la orden de suplirla, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto Legislativo No 216 del seis de enero de dos mil dieciséis, que contiene la Ley de Reparación por Daño Moral, el cual fue publicado en el Diario Oficial No 5, tomo No 410, del ocho de enero de dos mil dieciséis y entró en vigencia ocho días después de su publicación.*

iii.- *La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa actualmente vigente se encuentra contenida en el Decreto Legislativo No 720, del veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, el cual fue publicado en el Diario Oficial No 209, tomo No 417 del nueve de noviembre de dos mil diecisiete. En el artículo 126 de la ley se consignó como fecha de inicio de su vigencia el 31 de enero de 2018.*

iv.- *La Ley de Procedimientos Administrativos -LPA- se encuentra contenida en el Decreto Legislativo No 856 del quince de diciembre de dos mil diecisiete y en su artículo 168 se dispuso que entraría en vigencia doce meses después de su publicación en el Diario Oficial. La publicación se realizó en el Diario Oficial No 30, tomo No 418 del trece de febrero de dos mil dieciocho y entró en vigencia el catorce de febrero de dos mil diecinueve.*

Implica esta cronología que, al momento de entrar en vigencia la LJCA, no existía la LPA, pero sí se encontraba vigente la LRDM. Lo precedente es relevante porque la LRDM regulaba todos los casos de responsabilidad por daño moral, incluyendo la que se atribuye a los funcionarios tanto con fundamento en el artículo 2 (artículo 1 LRDM) como del 245 de la Constitución (artículo 4 inciso 2 LRDM) por consiguiente, en ese momento, el artículo 3 parte final al referirse a la exclusión de los casos regulados por la LRDM de la jurisdicción contencioso administrativa, efectivamente constituía una excepción total. De ahí que, en este contexto tuviese

sentido el pronunciamiento emitido por la Cámara de lo Contencioso Administrativo en su sentencia del nueve de enero de dos mil diecinueve (antes de la vigencia de la LPA) sostenido en apelación por este Tribunal y fortalecido por la declaratoria en conflicto de competencia por el Pleno de esta Corte según se ha citado anteriormente, pues todos estos pronunciamientos recaían en un proceso en el cual la incompetencia se declaró cuando la LRDM era la única norma vigente que regulaba las reparaciones por daño moral.

Empero, la LRMD contiene el artículo 21 cuyo tenor es el siguiente: «Las causales y procedimientos sobre daño moral previstos en Leyes especiales, se tramitarán conforme a lo previsto en dichas normas». La claridad de esta norma no admite confusión sobre su sentido, pues indubitablemente señala que, cuando existan leyes especiales que regulen las causales y procedimientos relativos a la responsabilidad por daño moral, se tramitará la pretensión conforme a esas leyes especiales. Lo precedente implica que, lejos de arrogarse una competencia exclusiva y preeminente, la LRDM se posiciona como subsidiaria.

La LPA desarrolla la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como la responsabilidad subjetiva directa de los servidores públicos, en su Título II Capítulo IV, en el cual define la responsabilidad patrimonial, los casos de responsabilidad institucional, aquellos que por derivar del artículo 245 Cn. constituyen responsabilidad personal directa y subjetiva del funcionario y solo subsidiaria de la Administración y, particularmente, regula tanto la responsabilidad por daños materiales como la que se puede atribuir por daños morales.

En suma, esta ley, que es especial y más nueva, define los casos de responsabilidad que se deben conocer en la Administración – y que generan actos administrativos, los cuales no pueden ser controlados en la jurisdicción civil habida cuenta de los artículos 1 y 9 de la propia LJCA, por lo que, se entiende, que aquellos casos que, cuando entró en vigencia la LJCA eran regulados por la LRDM, ahora ya no lo están, sino que se encuentran regulados en la LPA. [...]

[...]En el presente caso, la LJCA estatuye la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para conocer todas las pretensiones, incluyendo las patrimoniales, contra la Administración o los Funcionarios Públicos y establece una prohibición en el artículo 9 de promover estas pretensiones en otras jurisdicciones, pero luego excluye “los casos regulados por la Ley de Reparación por Daño Moral” ley que, a su vez remite estas pretensiones a sus procedimientos específicos cuando éstos estén regulados en leyes especiales.

De acuerdo a lo expuesto, la jurisdicción contencioso administrativa debe entenderse competente para conocer de todo tipo de pretensión patrimonial contra la Administración de forma institucional o contra los funcionarios de manera personal, por cuanto los casos que estaban regulados en la LRDM, por estar sujetos a la cláusula de excepción establecida en su artículo 21, va no lo están, desde la vigencia de la LPA, pues dicha cláusula extrae de la aplicación de esta ley los daños morales derivados de las actuaciones de la administración pública en tanto estén sujetos a leyes especiales; de manera que, si no hay casos derivados de actuaciones de la administración pública regulados en esa LRDM no existirán exclusiones al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, considerando que la redacción del artículo 3 inciso final LJCA, en la actualidad no genera ningún conflicto normativo con el resto de normas de la misma ley ni con la LRDM, no se estima que dicho inciso se encuentre derogado, abrogado o invalidado, puesto que, eventualmente, el legislador podría dotarlo de algún contenido mediante futuras reformas tanto a la LPA como a la LRDM, por lo que, sólo se encuentra excepcionado ad casum.[.]

[...]La solución a las lagunas es la integración de la ley. Hay lugar a ella cuando el funcionario, ante la ausencia de un precepto que regule el caso, tiene que “crearlo”, es decir, tiene que hacer uso de una serie de elementos, que se pueden encontrar dentro o fuera del cuerpo normativo relacionado, para jurisprudencialmente establecer una solución. La integración del Derecho se produce, generalmente, ante la ausencia de normas que regulen el caso y se realiza a través de la autointegración o de la heterointegración.” [Resaltado suplido.] [Sentencia

dictada en el proceso de amparo constitucional con referencia 161-2016 a las diez horas con veinticuatro minutos del día veinte de diciembre de dos mil diecisiete, considerando V.4.B. tercer párrafo y siguientes]. [...]

[...]“En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso.” La principal forma de solventar las lagunas en una ley, es la aplicación de norma supletoria. Por lo general, en el ordenamiento jurídico existe alguna norma que servirá para completar supuestos no contemplados en la ley aplicable que, para el caso es la LJCA.

Ya se había señalado que la norma supletoria en materia de daño moral es la LRDM, empero, también se ha indicado que la regla de exclusión que contiene el artículo 21 LRDM implica que, a la fecha, dicha ley no regula ningún caso de responsabilidad patrimonial por daño moral de la Administración o de los Funcionarios Públicos, se base en el artículo 2 inciso 3º o en el artículo 245, de la Constitución. Debido a que no existe otra ley de carácter supletorio, que pudiere ayudar a complementar la laguna de la LJCA respecto a las pretensiones patrimoniales de reparación por daño moral, necesariamente se acudirá a la denominada integración jurídica, que comprende suplir el vacío o laguna, mediante otra disposición que contenga similitud o identidad con aquella que se pretender integrar.

La idea fundante de la integración normativa es que el sistema es una unidad plena, contiene la solución a los vacíos en alguna de sus normas y cuando se detecta en una, puede suplirse con otra, considerando la validez de ambas normas, máxime cuando son de la misma jerarquía – así, las leyes son idóneas para integrarse a otras leyes porque comparten la legitimación de norma secundaria dictada por el legislador—. Si esta integración se lleva a cabo dentro de un mismo cuerpo normativo o sector del ordenamiento, estaremos ante una autointegración normativa, mientras

que, si ocurre entre dos normas distintas, aunque de un mismo sistema (derecho administrativo) se denomina heterointegración; asimismo, si el supuesto no es idéntico sino similar, se acude a una integración por analogía, utilizando la figura más parecida, aunque no sea exacta.

En el caso de mérito, la responsabilidad de los servidores públicos se encuentra desarrollada en el Título II Capítulo IV de la LPA, iniciando con el artículo 55 de dicho cuerpo legal. La existencia de este régimen tiene dos implicaciones (a) que existe un régimen en una ley especial que específicamente atate a la responsabilidad de la Administración y de los a la de los Funcionarios Públicos y (b) que esta responsabilidad puede pedirse ante la administración, lo cual provocará actos administrativos cuyo control corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que implica que, en esos casos, no se hace necesaria la integración normativa, pues se aplica la LPA como parámetro del control de legalidad. [...]

[...]La jurisdicción contencioso administrativa puede conocer de pretensiones de responsabilidad patrimonial por cualquier clase de daño, incluso moral, como consecuencia de (a) la impugnación de un acto administrativo que la deniegue, o (b) en razón de que se promueva la pretensión directamente en sede judicial, sin necesidad de acudir previamente a la vía administrativa En el primer caso, como se ha señalado en las líneas antecedentes, la LPA es parámetro de control de legalidad del acto impugnado, pero lo que se vuelve obligatorio utilizar sus disposiciones para resolver pretensiones patrimoniales por daño moral.

Es solamente en el segundo caso donde se manifiesta la laguna, puesto que no hay una remisión de la LPA a la LJCA, empero, examinada la adecuación de esta ley y habida cuenta que ya hay constancia que se utiliza para resolver procesos en la jurisdicción contenciosa administrativa se constituye en una norma idónea para realizar heterointegración normativa Para el caso, el artículo 56 LPA, que regula el alcance de dicha norma, establece una suerte de supletoriedad limitada, lo que refuerza la posibilidad de utilizarla a efecto de completar los vacíos legales relacionados con la pretensión de responsabilidad por daño moral.

El referido artículo establece las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública se regirán por la presente ley, salvo en aquellos gestos en que sectoriales que sean también de aplicación a la Administración Pública establezcan un régimen especial de responsabilidad. La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento del Órgano Judicial, se regirá por lo establecido en la Ley Orgánica Judicial, sin perjuicio de la aplicación supletoria que pueda tener la presente ley.

La supletoriedad de la norma, está específicamente limitada a que se pueda declarar como resultado del funcionamiento del órgano judicial-en su función jurisdiccional, en aquello que no se encuentre normado en la Ley Orgánica Judicial (en adelante LOJ] no obstante, es evidente que la LPA contiene reglas clara definitivas y directamente aplicables(...)de lo que debe entenderse por responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, como y cuando se incurre en ella, que pueden servir de parámetro en la jurisdicción contencioso administrativa cuando examine la legalidad de aquellos actos que la otorguen o denieguen en sede administrativa.” [...].

4.3. La Prueba en el Derecho Adjetivo

Es una necesidad medular hablar de la prueba, así como lo fue el desarrollo de la potestad sancionatoria, situación que será más clara en el epígrafe procedimental en la continuación de la presente investigación, es por ello importante aclarar, que dentro de todo proceso o procedimiento importa el establecimiento de prueba, como la singularización comprobable de las pretensiones o derechos que se desean ejercer, por lo que se puede afirmar que no se puede comprender el proceso o procedimiento como mecanismo de resolución de conflictos sino se comprende el concepto de prueba, su finalidad y el papel que cumple en el seno de estos. Por lo expuesto, la noción de prueba se encuentra presente en todas las manifestaciones de la vida humana, estando dicha noción sujeta a la clase de actividades o de ciencia en la que se quiera aplicar, siendo sustancial en la investigación científica; dentro de las controversias existentes para

establecer cuál es su noción más precisa, se encuentra la más común, que establece que la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación.

Ahora bien, una vez analizada la noción, es necesario avanzar y analizarla desde un punto de vista Jurídico, la Prueba posee diversas acepciones: la primera como actividad probatoria, la segunda como medio, la tercera como resultado, la cuarta como concepto múltiple y la quinta desde un plano moderno. Primero se encuentra la actividad probatoria, la cual expone que la prueba constituye la demostración de la existencia o inexistencia de un hecho o serie de hechos, o puede decirse, según Manuel Ossorio, que la Prueba es: *“El conjunto de actuaciones que dentro de un Juicio cualquiera que sea su índole, se encaminan a demostrar la verdad o falsedad de los hechos aducidos por cada una de las partes en defensa de sus respectivas pretensiones litigiosas”*.¹⁶¹

Como segunda acepción, sujeta al medio, la prueba es todo lo que sirve para conocer cualquier cosa o hecho; es decir que es hecho que puede servir de conducto para que llegue al Juez el conocimiento de los hechos. Como tercera acepción sujeta a la prueba como resultado, se refiere al estado Psicológico que se produce en la mente del Juez, sobre la realidad o verdad de los hechos. Es decir, la convicción o certeza que desarrolla en la mente del Juzgador en relación con los hechos. Así puede decirse que existe prueba y no existe, según se produzca o no convencimiento o certeza. Como cuarta acepción, sujeta a la concepción múltiple, la define como aquella que considera que ésta se constituye “Por el largo recorrido que comienza con las afirmaciones de haber cometido un delito y termina con la resolución del Tribunal comprendiendo la actividad que tiene como propósito la demostración de las afirmaciones de la comisión de un hecho; el conjunto de medio empleados para producir la convicción del Juez y el estado de ánimo de éste después de alcanzada tal convicción”.¹⁶²

¹⁶¹ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, <https://bit.ly/3HgbSXu>

¹⁶² Enciclopedia Jurídica Omeba. Vol. XXIII. Pág. 772.

Finalmente, como quinta acepción, sujeta al concepto moderno de prueba, funda en la separación de diversos conceptos que tienen relación con la Prueba; por ello, antes de pasar a conocer en concreto la opinión moderna sobre la Prueba, es necesario señalar los conceptos fundamentales que tiene relación con la Prueba:

- **Medio Probatorio:** Es la cosa o actividad por la cual se llevan al proceso los hechos constitutivos de objeto de Prueba; otra definición expone que es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto directo, entre el Juez (juntamente con los demás sujetos procesales) y el objeto de Prueba.
- **Objeto de Prueba:** es lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la Prueba, es una noción puramente abstracta y objetiva, no limitada a los problemas concretos de cada proceso ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades procesales y extraprocesales; sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de la Prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual. El objeto de Prueba en concreto está constituido por todo aquello que es pertinente y relevante para los fines del proceso, en su caso concreto.
- **Órgano de Prueba:** es la persona que suministra el conocimiento del objeto de Prueba, sea tercero o parte, pero nunca el Juez;
- **Actividad Probatoria:** es la actividad dirigida a buscar, proporcionar, introducir y utilizar objetos y órganos de Prueba.
- **Procedimiento Probatorio:** regula la manera como se desarrolla la actividad probatoria, el modo como los objetos aparecen eventualmente en el proceso, y la forma como se aducen y actúan en él los órganos de Prueba. Establece

requisitos de existencia y varios se refieren a la forma procesal que se debe cumplir para que la Prueba sea legítima.

El fin que cumple dentro del proceso o procedimiento es la aplicación de justicia sobre la verdad de los hechos vertidos, ya que la irreparable violación del derecho de los ciudadanos provocaría que el Estado no pueda ejercer su función jurisdiccional o administrativa para amparar la armonía social y restablecer el orden jurídico, es decir, la administración de justicia sería imposible sin la Prueba que sustente la pretensión de los mismos.

Es por esto que se dice que la importancia de la prueba radica principalmente en los cimientos de los intereses de la sociedad, con la necesidad de imponer al verdadero culpable el ostracismo social como castigo y así mismo, en la protección de la libertad del ciudadano, para salvaguardar la imposición de no aplicar jamás ningún tipo de medida o sanción a un inocente, siendo el caso de interés para el procedimiento de responsabilidad, el establecimiento de reparo al patrimonio del ciudadano vulnerado, debido a que si bien es cierto que el procedimiento sancionatorio establece una sanción de carácter pecuniaria para el tipo establecido, no repara la esfera jurídica del ciudadano, dejando a salvo dicha vía para el procedimiento administrativo, que como se deviene desarrollando, está dotado del mismo sistema probatorio que se utiliza en el derecho adjetivo.

Antes de comenzar a desarrollar los diferentes sistemas de valoración de la prueba en nuestra Legislación, es necesario determinar en qué consiste lo que es Sistema, Valoración y Prueba.

- **Sistema:** “Es el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazadas entre sí”. Dicho de otra manera “es el ordenamiento, el conjunto de reglas o disposiciones sobre una materia determinada los cuales se encuentran vinculados o relacionados entre sí”.

- **Valoración:** “Es la acción y efecto de valorar”, es decir que la valoración de la prueba, es la operación mental que tiene por finalidad conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido.

Puede decirse entonces que en la apreciación de la prueba se van a analizar tanto los motivos, los medios probatorios, el procedimiento, los hechos que constituyen objeto de prueba, y el estado psicológico que se haya producido en el sujeto valorador; ya que, es el Juez quien realiza una apreciación de cada uno de estos elementos en particular y después en conjunto, para que con posterioridad se valoren las pruebas como un todo; los cuales llevarán al Juez al convencimiento de los hechos que se quieren probar, por lo tanto, la prueba constituye la culminación del proceso ya que de ella depende necesariamente el resultado del Juicio.

4.3.1. Clasificación de Medios de Prueba

Una vez desarrollada la Prueba, es importante clasificarla dentro de los medios en los que pueden ser consideradas desde un punto de vista jurídico, el cual, puede presentarse en dos vertientes. De acuerdo con el primero, se entiende por medio de Prueba “La Actividad del Juez o de las partes” que suministra, al primero, el conocimiento de los hechos del proceso, es decir, la confesión de la parte, la declaración del testigo, el dictamen del perito, la inspección o percepción del Juez, la narración contenida en el documento, la percepción e inducción en la Prueba de indicios.

Desde un segundo punto de vista se entiende por medio de Pruebas los instrumentos y órganos que suministran al Juez ese conocimiento, a saber: el testigo, el perito, la parte confesante, el documento, la cosa que sirve de indicio, es decir, los elementos personales y materiales de la Prueba; también este concepto es correcto

porque comprende la manera cómo se verifica la adquisición procesal de la Prueba y se lleva al Juez el conocimiento de los hechos que prueban.

Existen dos sistemas para la fijación de los medios de prueba: el de prueba libre, que deja al Juez en libertad para admitir u ordenar los que considere aptos para la formación de su convencimiento, y el de pruebas legales, que señala legislativamente cuáles son. Puede existir también un sistema mixto, en el cual se enumera los medios que el Juez no puede desconocer, pero se le otorga la facultad de admitir u ordenar otros que estime útiles. En los sistemas de tarifa legal, se limitan por el legislador los medios de pruebas utilizables en el proceso, es decir, el sistema de pruebas legales, pues, de otra manera no se podría fijar de antemano el mérito de cada uno; el Juez sólo puede servirse de determinados medios y luego debe apreciarlos según reglas determinadas. Se produce así la acumulación de dos sistemas vinculados entre sí, pero de diferentes contenidos. El sistema de libre apreciación, también llamado de sana crítica o apreciación razonada, puede coincidir con el de pruebas legales que limita los medios admisibles.

Por lo expuesto, la libertad de medio de prueba o sistema de la Prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación, en segundo lugar, si se considera que la Ley puede prohibir determinados medios en general o para ciertos hechos en particular, aún dentro de un Sistema de libertad de medios como excepciones al mismo, existiendo libertades y prohibiciones implícitas, cuando hayan razones de moral o se violen derechos subjetivos que la Ley ampara, puede hablarse de medios lícitos o permitidos e ilícitos o prohibidos.

La actividad probatoria del mismo modo, es una actividad procesal desarrollada en el seno del proceso o procedimiento, a través de unos determinados y específicos medios y conforme a ciertos procedimientos legales. A tal efecto los distintos medios practicados y su resultado quedan plasmados con el objeto que el Juez los aprecie y dicte una sentencia con base a las pruebas aportadas por las partes. Por ello, la

valoración de la prueba constituye un conjunto de operaciones mediante las cuales el Juez logra un convencimiento sobre los hechos, aceptando como válida la hipótesis de la parte que aporte más elementos probatorios que la corroboren, respetando claro está los sistemas de valoración de prueba previstos por el legislador."

4.3.2. Medios de Prueba Idóneos

4.3.2.1. Prueba Instrumental

La prueba instrumental como su nombre lo indica, es aquel medio objetivo o la atestación escrita por medio del cual llegamos a la verdad que se persigue. Esta prueba se divide en públicos, auténticos y privados, relacionado con el Título XXI del Código Civil que habla de la prueba de las obligaciones. Se definen de la siguiente manera:

- **Los Documentos Públicos:** son los autorizados con las solemnidades legales por el competente funcionario.
- **Los Documentos Auténticos:** son los que el Notario levanta a requerimiento de los interesados, el Notario los extiende para dar valor de instrumento público, a los documentos privados de descargo o de cualquier otra clase que hubiere otorgado.
- **Los Documentos Privados:** son todos aquellos escritos en que se incluyan, sin intervención de un notario, declaraciones capaces de producir efectos jurídicos.

En cuanto a la investigación que atañe, los documentos emitidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones tienen lugar dentro de los documentos públicos, el cual demuestra la voluntad estatal con su emisión, por ser uno de los instrumentos principales dentro de los cuales se puede apreciar al acto administrativo, el cual se ve intrínseco en el cumplimiento del tipo sancionatorio en referencia; como consecuencia de lo expresado, es que se emite la resolución del Instituto de Acceso a la Información Pública, el cual expresa en su contenido la producción de prueba que configura el ilícito normativo y al ser catalogada esta

resolución como un documento público, puede ser interpuesto como medio probatorio para sustanciar el procedimiento de responsabilidad por daño moral.

4.3.2.2. Prueba por Peritos

Los peritos son personas que van a dar un informe sobre hechos facultativas profesionales y de acuerdo con la Ley deben tener título sobre la ciencia o arte a que pertenecen los hechos que van a informar, siempre que dicha profesión estuviere regulada. Como se hará una adaptación por parte del superior jerárquico del derecho adjetivo supletorio al procedimiento administrativo, tomara en cuenta este último en como implementan los jueces en los procesos judiciales y adecuará en lo que sea posible en su medio, teniendo en cuenta la naturaleza de cada institución pública y el servicio que esta brinda sobre la esfera de bienes y derechos de cada ciudadano; lo expresado se ve relacionado con lo estipulado en la Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 109, el cual expresa: *“Los dictámenes y peritajes de cualquier tipo serán encargados por la Administración a los funcionarios o empleados públicos expertos en la materia de que se trate. Cuando el órgano que conoce del procedimiento carezca de personal idóneo para realizar un peritaje, podrá solicitar la colaboración de otros órganos que cuenten con personal especializado. Existirá un deber de colaboración entre los órganos de la Administración Pública. Solo en casos de carencia de expertos institucionales, podrán nombrarse peritos particulares. En el caso que la prueba hubiese sido solicitada por el interesado, corresponderá a éste el pago de todos los gastos para su realización”*.

Por lo todo lo manifestado, se puede decir que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa y que nada prohíbe al Juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos por la ley, siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio o que, esencialmente, atiendan a alguna de las categorías previstas.

4.3.3. Sistemas de valoración de prueba

- **De la prueba legal:** Son aquellos en los cuales la Ley señala por anticipado el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio, y no se debe descartar que este régimen de pruebas legales que todavía existe en nuestras legislaciones.
- **De la libre convicción:** Es aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al Juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Ya que en el sistema de la libre convicción, el juez no tiene por qué apoyarse en hechos probados, sino que el Juez puede apoyarse en circunstancias que le consten a él, aún por su saber privado; no es necesario tampoco que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori; basta con que el Juez afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera, sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida.
- **De la Sana Crítica:** Este sistema viene a constituir una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la prueba legal y sin la excesiva incertidumbre de la libre convicción, ya que por ello se dice que este sistema configura una feliz fórmula elogiada por la doctrina, de regular la actividad intelectual del Juez frente a la prueba. Por lo tanto, este sistema de valoración de la prueba pone en juego los principios lógicos y las máximas de la experiencia, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento donde, el Juez está sometido únicamente a esos principios y reglas de la experiencia, con la obligación de explicar el motivo de su fallo.

En el mismo orden de ideas, la libre apreciación no se refiere a la libertad para la arbitrariedad, ni para tomar en cuenta conocimientos personales que no se deduce

con el material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores. Si no que, por el contrario este sistema tiene sus principios como son la experiencia, la psicología, y la lógica, ya que la libertad de apreciación no exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y las llamadas generales de la experiencia; es decir que siempre debe existir sana crítica al momento de resolver y es a partir de esta posición que niegan la existencia de la sana crítica como sistema de apreciación autónoma, ya que han manifestado que los sistemas de prueba libre y prueba legal llevan incorporados los principios lógicos y máximas de la experiencia, que constituyen la sana crítica. La diferencia radica en que la prueba legal es el legislador quien recoge en forma obligatoria en la Ley la experiencia de muchos años, y de diversos corrientes; la prueba libre, es el Juez quien tiene que hacer uso de las máximas de la experiencia según su capacidad personal y libre razonamiento. Por lo tanto, la sana crítica es sólo un contenido de los sistemas principales mencionados.

4.3.3.1. Diversos Sistemas de Valoración de la Prueba Utilizados en Nuestra Legislación

Los distintos sistemas de valoración de la prueba en la legislación salvadoreña, han sido influenciado por: El Sistema de Tarifa Legal o Tasada de las pruebas, El Sistema de la Libre convicción y El Sistema de la Sana Crítica. Estos tres sistemas de valoración de la Prueba tienen como arranque histórico los sistemas dispositivos y los inquisitivos, los cuales fueron fundamentales para la regulación legal de las pruebas dentro del proceso. Ya que de las pruebas depende el éxito o fracaso del proceso.

A continuación se desarrollará brevemente en qué consiste cada uno de ellos; así el Sistema Dispositivo, en donde lo que se pretendía era dejar en manos de los particulares, la facultad de disponer y promover el elemento probatorio, toda la tarea de iniciación determinación del contenido y objeto de impulsión del proceso aportación de las pruebas, o sea que consiste en limitar la actuación del juez ya que en este sistema

es el interesado quien inicia el proceso y el Juez, no tiene la facultad ni la obligación de buscar las pruebas por iniciativa propia convirtiéndose el Juez en un sujeto pasivo en el proceso y con base a ello el Juez resuelve en forma limitada es decir, solo en base a lo que el actor le pide; ya que el Juez no tiene libertad para investigar oficiosamente ya que es una facultad que le corresponde a las particulares de disponer del juicio y el juez se limita a mero observador.

El Sistema Inquisitivo que permite al Juez investigar oficiosamente los hechos, ya que tiene la facultad y la obligación de buscar las pruebas para hacerles llegar al proceso; y es que esta facultad inquisitiva probatoria se otorga como una defensa indispensable a las partes pobres y débiles del proceso; y ya que está orientada a suplir los errores, olvidos, inactividad y dolor de los apoderados en razón del interés público que existe en que la sentencia sea verdaderamente justa y de acuerdo con la realidad de los hechos y no con la simple apariencia que presente una prueba incompleta.

Cabe mencionar también que cada uno de estos sistemas ha prevalecidos indistintamente, es decir, que algunas veces prevaleció el sistema inquisitivo y otras veces el dispositivo. Después de haber hablado de los dos sistemas que dieron origen a los tres sistemas de valoración de la prueba, comenzaremos a desarrollar cada uno de ellos:

4.3.3.1.1. Sistema de la Tarifa Legal o Tasada.

Este sistema representó un gran avance trascendental en la administración de justicia y en el ordenamiento jurídico general de los Estados al excluir los medios bárbaros y fanáticos que caracterizaron el período del sistema inquisitivo y dispositivo en el imperio romano. Ahora bien, en El Salvador se dice que este sistema se introdujo a partir de 1857 con el Código de Procedimientos Judiciales y de Fórmulas, hasta el actual Código de Procedimientos Civiles, elaborado por el ilustre, presbítero y doctor Don Isidro Menéndez, en el cual se ha amparado la valoración de la prueba de acuerdo

al sistema de la prueba legal, tasada o tarifa legal, y es a partir de dicho código en el cual se comienza a mecanizar la función valorativa del Juez al restarle considerablemente su ministerio a la mera tarea de comprobar y contar los requisitos indispensables determinados previamente por el legislador quien desconoce la verdadera necesidad social que la norma debe cubrir.

Debiendo entenderse como aquel sistema en virtud del cual se regula en cada caso el valor y eficacia que debe darse a las pruebas. Tal es así que el legislador establece grados de valor de las pruebas, Ejemplo: La Prueba plena o semiplena de acuerdo con el cumplimiento de las exigencias legales se hayan hecho, asignando así un valor a las pruebas según sea el medio probatorio por el cual han llegado al proceso, Ejemplo: La confesión hace plena prueba, también, este sistema determina el grado de valor de las pruebas conforme a la cantidad y calidad, es así que dos declaraciones de testigos conformes y contestes hacen plena prueba, el momento probatorio está pensado por el legislador y no por el Juez; ya que el legislador partiendo de consideraciones de normalidad general fija de modo abstracto de manera de recoger determinados elementos de decisión, separando esta operación lógica de aquellas que el Juez debe realizar libremente por su cuenta para formar su convencimiento. Es decir que el legislador le señala a cada medio probatorio el grado de convicción que producirá en el Juez; ya que se establece qué medio de prueba es suficiente y cual no lo es; esto hace que la valoración de la prueba no depende del criterio del Juez; porque la valoración de cada una de las pruebas ya se encuentran reguladas previamente por la Ley, lo cual hace que la tarea del Juez se vuelva mecánica, ya que el Juez se limita a confrontar el medio de pruebas con el valor que el legislador le da.

Entre sus características se encuentran:

- **Mecanizar o automatizar la función del juez:** Es tan importante aspecto del proceso, quitándole personalidad al juez, impidiéndole formarse un criterio personal y obligándole a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado.

- **Conduce con frecuencia a la declaración:** Como verdad de una simple apariencia formal, por lo cual la doctrina suele hablar de que cuando rige la tarifa legal, sólo se consigue la declaración de la verdad formal y no la de la verdad real; denominación que es inapropiada e ilógica, porque la verdad es una sola y lo real o formal es la certeza obtenida con uno u otro sistema por eso Furmo, citado por Echandia, propone con muy buen criterio, hablar más bien de “Certeza Histórica Judicial” (cuando hay libertad de valoración) y de “Certeza Histórica Legal” (cuando existe tarifa legal).
- **Como consecuencia:** Se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia; se convierte el proceso en aleatorio propicio a sorpresas y habilidades reñidas con la ética; se sacrifican los fines naturales de la institución por el respeto a formular sus abstracciones y se olvida que el derecho tiene como función primordial realizar la armonía social, para lo cual es indispensable que la aplicación de aquel a los casos concretos, mediante el proceso, responda a la realidad y se haga con justicia.
- **Las pruebas legales:** “Se entiende que es el señalamiento por la Ley de los medios admisibles en los procesos, sea en forma taxativa o permitiendo la inclusión de otros, a juicio del Juez, en oposición a las pruebas libres, que implican el dejar a las partes en libertad absoluta para escoger los medios con que pretenden obtener la convicción del Juez, respecto de los hechos del proceso”.

Entre las ventajas se pueden destacar:

- **Mayor seguridad jurídica:** ya que al establecer valores fijos o pautas determinadas se impide resultados inesperados, y con certidumbre avistamos los efectos o proveemos los resultados. De esta manera muchas veces las partes se ven impulsadas a la composición de litigio antes de iniciado o terminando el proceso, y esto es así, porque se tiene la seguridad sobre los hechos que son o van a ser aceptados como verdaderos; pero en materia penal, esta composición

anticipada del litigio, solo puede darse en casos especiales, pues en general en dicha materia están en juego intereses de orden público.

- **Evita la arbitrariedad:** más que todo en relación con el sistema de la libre convicción, pues establece exigencias que se convierten en obstáculos ante las decisiones antojadizas que se pudiesen producir; pero en relación con la sana crítica no existe ventajas de un sistema de valoración sobre el otro, pues también se establece una exigencia que evita los abusos que pudiesen cometerse en las sentencias, y esa es la motivación del fallo.
- **Supera la ignorancia de los Jueces:** pues estos no necesitan una preparación extraordinaria para aplicar reglas fijas.

Sus desventajas son:

- **Es antinatural:** pues se trata de detener “con reglas fijas la facultad innata en todos los hombres de investigar y descubrir lo cierto de las cosas”. Es este sentido la función valorada se vuelve artificial, mecánica o automática.
- **No es posible enumerar por anticipado todos los casos posibles o que las hipótesis contengan siempre el hecho concreto:** pues son infinitas las alternativas que pueden darse en la realidad.
- **Elimina la certeza y como efecto también el carácter social de la misma como base de la armonía social:** pues no interesa que el Juez obtenga certeza de los hechos, mucho menos que cualquiera como ciudadano esté convencido o no, sino que el objetivo es el cumplimiento del orden trazado por el legislador.

4.3.3.1.2. Sistema de la Libre Convicción.

Isidro Eisner, dice que el sistema de las libres convicciones persigue reconocerle al Juez la facultad de tener por probado un hecho cuando según su convicción moral, u obtenida de una intuición sensible o intelectual creyere que el hecho es como él lo supone; desde este punto de vista se entiende que el Juez podría apreciar los hechos de manera caprichosa o arbitraria porque no está el control de las

partes. De lo anterior, podríamos decir que la convicción del Juez no está ligada a un criterio legal. Sino más bien, a la valoración personal, racional, y de conciencia que él debe apreciar.

Al respecto, Couture dice: Que la libre convicción “debe entenderse por aquel modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exige, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes. Dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, sin la prueba de autos y contra la prueba de autos, que circunscribió a la libre apreciación de la prueba”. Es decir, que lo que se pretende con este sistema, es que la Ley no se ocupe para nada de los elementos de prueba por los cuales el Juez valora que los hechos que se discuten le consten a él, lo que interesa es el convencimiento que obtiene el Juez de los hechos que se le presentan.

Este sistema otorga al Juez una absoluta libertad en la estimación de las pruebas, o sea que entra en juego la conciencia en la apreciación de los hechos, se puede hacer referencia nuevamente a Couture quien sostiene que: “la libre convicción no tiene por qué apoyarse en circunstancias que le consten al Juez aún por su saber privado; no es menester tampoco que la construcción lógica sea perfecta y susceptible de ser controlada a posteriori, basta con que el magistrado afirme que tiene la convicción moral de que los hechos han ocurrido de tal manera sin que se vea en la necesidad de desarrollar lógicamente las razones que le conducen a la conclusión establecida”. En este sistema entra en juego, la conciencia y la apreciación de los hechos, o sea, que el Juez juzga como la conciencia le indique, no obligándose a fundamentar su decisión.

Se debe de aclarar que este sistema más que todo se aplica a los jurados populares que en razón de la forma en que ellos dicen se les llama tribunales de conciencia. Al respecto, Casimiro Varela, ve desde dos perspectivas al tribunal de jurado y lo explica de la siguiente manera: la primera perspectiva, es que, por un lado,

el derecho del ciudadano a ser juzgado por sus partes, y la segunda, es la participación ciudadana en la administración de justicia.

En este sentido Caballero y Hemdier, citados por Casimiro A. Varela; señalan que esta doble concepción que tiene origen en el derecho anglosajón (El derecho del ciudadano a ser juzgado por sus partes) y el iluminismo que está constituida por la participación ciudadana en la administración de justicia; es una doble perspectiva republicana, lo que ha sido puesto en evidencia por la corte de los Estados Unidos de América que sin perjuicio de recordar el sentido garantizador que tiene el jurado en la traducción anglosajona; no ha dejado de advertir o crea de su fundamento democrático.

Entre las características del sistema se pueden considerar las siguientes:

- Consisten en eximir al Juez de hecho de la obligación de motivar su conclusión.
- Permitir que administren justicia personas que no tienen conocimiento en la rama del derecho.
- Las pruebas de libre convicción permiten al magistrado determinar la verdad sin ajustarse ni siquiera a preceptos de lógica jurídica.
- Este sistema puede ser aplicado por jueces de hecho o de jurados de conciencia y no por jueces de lo civil.

Entre las ventajas se encuentran:

- Para las dificultades que algunos hechos ofrecen en relación con su demostración o prueba. De esta manera los jueces de hecho obtienen un convencimiento, dejando de lado los obstáculos originados por requisitos formalistas y rígidos.
- No está sujeto a reglas fijas o imposiciones formalistas que en determinado momento podrían entorpecer la acción valoradora de los jueces.

- Con la participación de jueces de hechos, se educa al pueblo en la administración de justicia, se le rodea de mayor garantía a la sentencia y se revisa directamente por el pueblo la certeza del Juez de derecho.

Entre las desventajas se detallan las siguientes:

- Puede convertirse en instrumento arbitrario de la Justicia si no se le rodea de las garantías necesarias.
- Puede dar origen a incertidumbre jurídica si no limita su acción con otros sistemas o disposiciones.
- El desconocimiento jurídico de los jueces de hecho puede dar origen a veredictos errados y a la pérdida de credibilidad en la justicia por infinidad de fallos impropios por variadas circunstancias, tales como la selección de personas inadecuadas.

4.3.3.1.3. La Sana Crítica como Juicio de Valoración Necesario para Cuantificar el Daño y el Resarcimiento.

Constituye aquel sistema de valoración en que el Juez aprecia las pruebas basadas en principios lógicos y máximas de la experiencia que se entrelazan al momento en que se pone en juego el libre raciocinio, que no tiene más obstáculos que demostrar ese sometimiento a dichas normas mediante la motivación de la decisión judicial, es decir que se fundamenta en un correcto raciocinio para elaborar la decisión y ésta debe ser explicada en la resolución describiendo las razones que tuvo para tener por ciertos determinados hechos, además es necesario relacionar las máximas de la experiencia y los principios lógicos para examinar las pruebas.

Se sostiene entonces, que el sistema de la sana crítica surge como una categoría intermedia entre el sistema legal y el sistema de la íntima convicción; ya que frente a la absoluta libertad que tiene el juez para apreciar y valorar las pruebas y frente a la restricción valorativa de la prueba legal, surge la sana crítica la cual deja al juez formar libremente su convicción, pero obligándose a establecer los fundamentos de la misma.

El legislador le dice al juez, juzga como tu inteligencia lo indique, utilizando un sistema racional de deducciones, es decir, que va a apreciar las pruebas en base a las reglas de la sana crítica, las cuales Couture las define como: “Las reglas del correcto entendimiento humano (porque nacen de cada caso particular, de la razón y de la conciencia del legislador) contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.

Por lo que se puede decir, que las reglas de la Sana Critica, son aquellas que permiten al juzgador adecuar su fallo a la prueba que reconstruya un hecho en su natural desenvolvimiento; o al menos, se aproxime a la realidad ocurrida, basadas en la lógica, la psicología y la experiencia de la vida. Las reglas de la Sana Critica, dice Couture, no son sino el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia normal de un hombre juicioso y reposado. Así, la sana crítica: Es la facultad que tienen los funcionarios jurídicos para resolver basados en consideraciones de orden lógico, ético y de experiencia en la vida. En cuanto a las reglas que brinda la experiencia se entienden que éstas hacen desarrollar el sentido común que se adquiere en el devenir de las experiencias adquiridas en la vida, de ahí que los principios lógicos y las experiencias de la vida le sirven al Juez de brújula para orientar sus pasos hacia la verdad en el proceso y que sin éstas el Juez difícilmente podría llegar a la meta de la justicia. En consecuencia, se puede establecer que las máximas de la experiencia son aquel fundado sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel mental medio.

Por lo tanto, las reglas de la sana crítica son reglas indeterminadas a priori y que nacen en cada caso particular de la razón y de la conciencia del Juzgador, lo cual lo confirma el Maestro Couture al decir que las reglas de la sana crítica son ante todo las reglas del correcto entendimiento humano, porque en ellas intervienen las reglas de la lógica, y las reglas de la experiencia del Juez, que contribuyen a que el juzgador puede analizar la prueba ya sea ésta de testigos, de peritos, de confesión y de inspección

judicial, etc. Se puede agregar también, que la sana crítica requiere además de las reglas lógicas, otro factor valorativo que junto a ésta configuran su concepto íntegro, y ellas son las máximas de la experiencia de la vida y de la cultura general formada por inducción mediante la observación de la práctica y las reglas especiales de la técnica. Así mismo, el Juez se ve en la necesidad de motivar sus resoluciones porque es una obligación del Juez exponer las razones de su convencimiento, demostrando el nexo entre las afirmaciones o negaciones de acuerdo a los elementos de prueba utilizados, y su valoración crítica tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión en la que se apoya.

Apreciar la prueba según la sana crítica requiere un caudal de conocimiento, de experiencia y de buen sentido que ello constituye la verdad para un Juez; se considera también que el legislador adoptó este sistema no solo por el simple hecho de adecuarse a las doctrinas modernas, sino porque este sistema mejorará la administración de justicia en el medio, y desde luego obligará a los jueces a superarse no solo en el sentido de superar sus conocimientos científicos y doctrinas, sino además, en el sentido de adquirir una verdadera preparación jurídica y antropológica, porque actúa sobre un material humano que formula juicios de razón que es una tarea lógica y una tarea ética. Las reglas de la lógica en el recto entendimiento: no bastan por sí solas para guiar al Juez en la sentencia justa; sino también es necesario que el juez se auxilie de las máximas de la experiencia, las cuales Stein citado por Arce Gutiérrez, las define como el conjunto de juicios formados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y puede formularse en abstracto por toda persona de un nivel medio, ya que estas reglas lógicas pueden y deben orientar al Juez en la valoración de la prueba; y las normas de la experiencia propias o ajenas del Juez son el complemento.

Al respecto, Isidro Eisner opina, que en el sistema de la sana crítica se exige al juez que como hombre juzgue de un modo normal los hechos, que les atribuya significado y efectos similares a los que cualquier hombre normal atribuye a los hechos y su manifestación. Allí se interfieren las reglas de la lógica con las normas de la

experiencia; y sostiene que las reglas de la lógica son permanentes y únicas, porque las lógicas son estructuras vacías que valen para todos los contenidos; y las reglas de la experiencia; son mutables a través del tiempo y a través de los lugares porque la experiencia se va transformando junto con el cambiar de las costumbres y de las ciencias, por lo tanto el Juez al momento que va a valorar la prueba ya sea de un testigo, el informe pericial, el valor de una confesión pericial, el valor de una confesión o sus propias observaciones en una inspección judicial debe de valerse de ambas reglas al momento de emitir un fallo.

Las reglas de la sana crítica, son aquellas reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse las sentencias. Establece que las reglas de la sana crítica se encuentran consignadas o reglas en las experiencias diarias de la vida, particulares del Juez y generales de la comunidad. Por eso requiere una cultura amplia y vocación por la justicia de parte del Juzgado.

Por lo tanto, se puede decir que la sana crítica no puede desentenderse de los principios lógicos ni de las reglas de las experiencias; los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; los segundos son contingentes, variables con relación al tiempo y el aspecto. Sana crítica será, pues permanente e inmutable en un aspecto variable y contingente en otro. El contenido y eficacia de la lógica razonable y de máximas de experiencias, rebasa el ámbito de la prueba de testigos, se dice también que la prueba instrumental es por sí misma una prueba legal y no de sana crítica; pero una vez que se ha impugnado de falsedad pierde su significado como prueba legal y funciona como prueba racional; otro ejemplo sería la prueba de la confesión, esta cuando es lisa y llana. Algunas de las ventajas son:

- Liberaliza la función del juez acentuando su personalidad en el proceso, lo que implica mayor flexibilidad en las actuaciones, con el objeto de llegar al estado psicológico requerido y alcanzar la aprobación del conglomerado social.
- Evita el peligro de que se desvíe la justicia mediante la preparación de pruebas formalmente obligatorias, pero de contenido falso.
- El juez tiene mayor libertad para valorar las pruebas, pero en base a las reglas de la sana crítica, fundamentando así sus fallos.

Algunas de las desventajas son:

- No se puede encomendar a toda clase de jueces, sino que requiere funcionarios con nivel elevado de preparación y cultura.

Existe incertidumbre e inseguridad con este sistema, ya que las partes jamás pueden calcular con certeza absoluta el resultado que alcanzarán sus pruebas y no pueden proveer con seguridad sus medios, las razones o el momento en que el juez habrá alcanzado el convencimiento necesario para fallar.

CONCLUSIONES

Se logra concluir por medio de la presente investigación, que cuando hablamos de daño moral, hacemos referencia a un tipo específico de daño civil, en el cual se vulnera la esfera extrapatrimonial del ciudadano o el particular y se puede definir como todo lo que involucra la ciencia y conducta espiritual en sentido abstracto.

En síntesis, también se concluye que el daño moral constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o si se prefiere de la responsabilidad jurídica, ya que no existe responsabilidad jurídica si no hay perjuicio, sin embargo, para que el menoscabo llegue a generar responsabilidad, debe haberse generado en base a un acto antijurídico que se le atribuye a un sujeto a título de culpa, dolo u otro factor de atribución objetivo, mediando además una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable y el daño, que en el desarrollo de la presente investigación se presenta para el caso particular del derecho a la protección a los datos personales, la posibilidad de ser vulnerado por otro tipo de manifestaciones de voluntad de la administración pública y sus servidores públicos, como lo es la actuación material por vía de hecho, los contratos administrativos, la omisión del actuar y la inactividad de la administración pública; lo anterior ya que el daño se materializa cuando un funcionario público en el desempeño de su cargo causa un daño al administrado ya sea intencionalmente, por error o simplemente por el desarrollo normal de la actividad que realiza o por los servicios públicos que presta, quedando dicha responsabilidad a cargo del que ha causado ese daño.

Que en observancia del procedimiento administrativo y el proceso judicial, se protege un bien jurídico en común, el derecho del ciudadano a la protección de datos personales, figura jurídica que en efecto se encuentra relacionada con diversos derechos de la personalidad, pero que por el enfoque de la investigación, se concluye que se relaciona con el derecho a la intimidad, estando sujeta a cada caso concreto, lo que vincula a un doble daño a la esfera jurídica del sujeto y que, de alguna medida u

otra, siempre forma un daño moral en la personalidad de los ciudadanos a los cuales se les divulgue su información sin su consentimiento, o se les menoscabe el derecho a la protección de los datos personales, el cual será impulsado dependiendo la pretensión que de origen al daño, siendo el caso del acto antijurídico y la divulgación de información del procedimiento de contratación pública, por medio del procedimiento sancionatorio del Instituto de Acceso a la Información Pública, el caso de la vía de hecho o la inactividad por medio de la jurisdicción contenciosa administrativa respecto a la ilicitud o la omisión de los actos para su posterior exigibilidad en la jurisdicción privativa si es un daño moral generado previo a la emisión de la LPA, o vía contenciosa administrativa si es con la especialidad de la citada norma, atendiendo al principio de seguridad jurídica y atendiendo la jurisprudencia planteada en el desarrollo de la presente investigación.

Que dichas resoluciones servirán de base para fundamentar los escritos que se presentarán para dar inicio ante la institución que emitió el acto administrativo que genero el daño al ciudadano, sirviendo como medio de prueba catalogado como documento público, que como ya se explicó en la investigación se utiliza como aplicabilidad supletoria del régimen probatorio del Código Procesal Civil y Mercantil, lo anterior al tener en cuenta que ya no será necesario establecer la antijuricidad del acto emitido o la ilicitud y omisión del actuar, por constar ya como prueba documental la resolución del citado Instituto o jurisdicción contenciosa, siendo necesario probar la singularización del daño que genera el Estado por medio del servidor público a la esfera extrapatrimonial del ciudadano y como estos se vinculan al daño emergente o lucro cesante según sea el caso, estableciendo los cálculos pertinentes en los cuales se suponga la cuantificación del agravio.

Que los criterios de cuantificación a utilizar por el superior jerárquico, según lo estipula el procedimiento que establece la Ley de Procedimientos Administrativos con relación a la supletoriedad existente en la forma que debe producirse la prueba y cuál es la pertinente de aportar según lo regula el Código Procesal Civil y Mercantil, deberán

aplicarse y analizarse por medio del sistema de valoración de la sana crítica, la cual se podrá ver robustecida con los criterios de cuantificación citados por la doctrina romanística y anglosajona en general, dentro de los cuales se encuentra: En cuanto al sistema Anglosajón, se ha determinado la existencia de baremos que sirven de estándares para la valoración de daños, los cuales fueron establecidos para asegurarse que las compensaciones por daños no vulnerasen los derechos constitucionales, en cuanto al sistema romanística, se pueden tomar como criterios la intencionalidad de generar el agravio, la configuración de la antijuricidad que da apertura al daño a la personalidad, el establecimiento de la relación entre el dato personal divulgado y la falta de consentimiento, catalogar si en efecto es un dato personal vulnerado y finalmente, observar si existe una relación de causalidad entre el hecho y la intensidad, sujeto a un acto administrativo y no a un acto jurídico.

Analizado lo anterior, se puede aportar una explicación de cómo se realiza dicha determinación y ponderación de una forma más medida y razonada, sin que sea un arbitrio desmesurado que pueda más a una parte sobre la otra, ya que con la aplicación de la sana crítica con los criterios de cuantificación retomados por la doctrina, permite a la Administración Pública, mediante el funcionario competente, adecuar su resolución a la prueba que reconstruya el acto dañoso y como este de forma conexa genera el detrimento en la esfera de sentimientos del administrado, sea este persona natural o jurídica, teniendo en cuenta su aplicabilidad según sea el caso de cada entidad pública y los servicios que brinda, ayudando a aproximarse a la realidad ocurrida del detrimento mencionado, basándose en la lógica, la psicología y la experiencia de la vida.

Finalmente, la presente investigación sostiene el criterio que la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer del daño moral, siendo lo correcto ventilar las pretensiones administrativas y posteriormente exigir con la resolución que estableciese el actuar ilícito o la omisión, para posteriormente exigir la reclamación en vía privativa, si es previo a la emisión de la Ley de Procedimientos

Administrativos, ya que como se expuso en la presente investigación, la responsabilidad patrimonial a la que hace referencia la Ley de Procedimientos Administrativos es la especialidad que remite la Ley de Reparación por Daño Moral, que revoca el límite de la competencia del juzgador de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de daños extrapatrimoniales, quienes estaban limitados a conocer de la especie de responsabilidad patrimonial que podía conocer esta materia, siendo únicamente interpuestos los daños materiales que no pueden conocerse en otras materias por proceder de actos administrativos.

RECOMENDACIONES

Para finalizar, se sugieren algunas recomendaciones en base a los hallazgos dogmáticos y conclusiones obtenidas por la presente investigación, teniendo en cuenta que dichas recomendaciones servirán para dar apertura a futuros investigadores a aplicar el conocimiento expuesto en tesis más delimitadas a campos de estudio específicos, según los servicios que pueda brindar cada institución pública y como hace efectivos sus procedimientos con sus leyes aplicables, siendo la primera recomendación dar una lectura a lo expresado en la presente tesina, con el objetivo que las instituciones públicas generen un marco normativo preventivo o lineamientos preventivos con el objetivo de evitar que sus servidores públicos incurran en el ilícito citado en la presente investigación.

A su vez se recomienda tener en cuenta por parte de las instituciones públicas, los criterios retomados para develar la conexión entre el daño producido y la ilicitud del acto, como los medios probatorios pertinentes que pueden ser utilizados, pensando en los criterios de cuantificación retomados por la doctrina y la jurisprudencia comparada presentada en la investigación, haciendo un buen uso del juicio en el uso del sistema de la sana crítica. En el mismo orden de ideas, se invita a las instituciones públicas a realizar una investigación de campo, en cuanto a los actos administrativos que emiten y que contengan datos personales y sensibles, para identificar si están respetándose los mecanismos, lineamientos y las leyes sustantivas aplicables, teniendo un mayor control de sus actos y suministrando a través de sus departamentos o unidades jurídicas, jornadas de capacitación a sus trabajadores, para sensibilizarlos en el uso de información sensibles y datos personales de los administrados, generando una ampliación del conocimiento jurídico para estos, evitando el daño que ha sido mencionado recurrentemente en la presente tesina.

Como principal observación a la aplicabilidad de la Ley de Procedimientos Administrativos, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, los ciudadanos

deben tener en cuenta quien es la máxima autoridad jerárquica para interponer la pretensión, según su artículo 62, que otorga la competencia para llevar a cabo dicho procedimiento, pero deben prestar especial atención a la excepción a la regla, en cuanto a que exista otra ley que regule el procedimiento a seguir, a su vez, la excepción de aplicabilidad de la referida ley en su artículo 163 que estipula: *“No obstante, no se derogan los procedimientos administrativos en materia tributaria y aduanal, de prestaciones de seguridad social, de expropiación forzosa, procedimientos seguidos por la administración militar, procedimientos de selección del contratista y procedimientos relativos al medio ambiente, los cuales se regirán por lo dispuesto en su Ley Especial. En todo lo no previsto se aplicará lo establecido en esta Ley”*; por lo que se recomienda sean acuciosos y observen si el órgano al cual se desea interponer la pretensión cuenta con la competencia material para conocer dicho reparo dentro de su procedimiento interno, evitando hacer uso de alguna disposición existente pero no aplicable, como por ejemplo instituciones públicas que dividan la emisión de un acto con la ejecución del mismo entre organismos, estando facultadas para ellos por medio del principio de reserva de ley.

Aunado a lo anterior, el ciudadano ya sea por su cuenta o a través de representación, deberá tener suma atención en cuanto a la posible remisión por parte de la entidad pública, en cuanto esta remita la competencia del superior jerárquico a uno de menor jerarquía por supuesta competencia delegada, ya que a pesar que el artículo 62 de la Ley de Procedimientos Administrativos regule: *“Salvo que una Ley establezca algo diferente, los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial se instruirán y resolverán por la máxima autoridad de la institución contra la que se reclama”*; la competencia no es delegable si no consta por reserva de ley, al ser una figura jurídica de nivel constitucional, por lo que además de necesitar cumplir con elementos para su eficaz aplicación y requisitos para su nacimiento, no puede ser delegable por simple potestad regulatoria, ya que el acto nacería ilícito y por ende nulo absolutamente, siendo consecuentemente cualquier resolución de dicho procedimiento de responsabilidad nulo. Por lo expuesto, se invita a otros jurisconsultos a realizar una

apertura indagar sobre la institución jurídica de la competencia, relacionada al procedimiento de responsabilidad para cada institución pública y su regulación normativa particular.

También se recomienda al ciudadano tener en cuenta el plazo perentorio que posee la Administración Pública para finalizar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, ya que, si esta resuelve o no transcurridos sesenta días desde que se hubiera iniciado el procedimiento, se entenderá que la indemnización solicitada ha sido denegada, según lo regula el artículo 62 número 3 y 4 de la Ley de Procedimientos Administrativos, dejando en apertura la vía contenciosa administrativa, debiendo tener en cuenta que para impulsar la pretensión por esta vía contará con el plazo perentorio de sesenta días contados, desde la resolución o no del mencionado procedimiento, según lo estipulan los artículos 24 y 25 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en consecuencia de lo anterior, es importante aclarar que no existirá recurso necesario para finalizar la vía administrativa y que al plantear la pretensión por daños patrimoniales ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, deberá interponerla mediante proceso abreviado, todo mientras lo reclamado no excedan los quinientos mil dólares, según lo manifestado por el artículo 12 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el mismo orden de ideas, se debe comentar que, para la investigación planteada, existe falta de competencia para conocer del daño moral ante los mencionados juzgados previo a la emisión de la Ley de Procedimientos Administrativos, y se aclara que a pesar de no ser el objetivo de la presente explicar la consecución del procedimiento a las variantes que sucedan de esta en los procesos contenciosos según la variedad de tipos o ilícitos normativos existentes, previo a la considerada ley especial que contenía la competencia para conocer del daño moral en materia administrativa, el legislador es tajante al estipular en el artículo 3 inciso tercero de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que: *“Se excluye de la Jurisdicción Contencioso Administrativa los casos de responsabilidad regulados por*

la Ley de Reparación por Daño Moral”; por lo cual, y en atención a la apertura interpretativa que brindó la Sala de lo Contencioso Administrativo para aclarar la especialidad de la Ley de Procedimientos Administrativos en materia de daño moral, para aperturar la competencia de su jurisdicción para conocer de esos daños que nacen de los actos administrativos vulneratorios, se incita a futuros juristas ampliar la aplicabilidad de dicho tema, por ser de vital importancia para los ciudadanos, ya que a pesar de efectuarse diversas lecturas a las máximas de jurisprudencia salvadoreña, estas nacen de una interpretación que cambió con el tiempo y que a la fecha no existe una modificación directa que deje más claro el contenido específico del artículo que limitaba la competencia de esa jurisdicción respecto a los daños morales, por lo que siendo el Poder Legislativo el que tiene la exclusiva competencia de otorgar atribuciones como la de emitir leyes que contengan competencia para conocer de la responsabilidad por daño moral, siendo esta institución jurídica (la competencia) de rango constitucional, y con el objetivo futuro de tener mayor claridad y una concreta e única interpretación teleológica del artículo que regula la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la cual limitaba la competencia de esta instancia para conocer del reparo moral, se recomienda a los jurisconsultos o a la comunidad jurídica en general, sea solicitada una interpretación auténtica a la asamblea legislativa, para poseer una interpretación teleológica y pura, para facilitar la determinación correcta en hechos concretos posteriores, y no se genere dudas en ningún momento que el operador de justicia tiene competencia de dicha pretensión, considerando las causales existentes a la fecha que han obligado a los operadores de justicia a rendir su interpretación, y así deducir cuando se tendrá la atribución de determinarlo el Juzgador en la materia civil y cuando en la materia administrativa.

A su vez es imperante recomendar que se realicen propuestas de reforma de ley, con el objetivo en dejar más clara la Competencia para los operadores de justicia en materia administrativa, para que posterior a que se determine si el actuar del sujeto activo de la administración pública fue antijurídico y sancionable, y se haya evacuado la vía de reclamo administrativa del daño moral sin una respuesta favorable, sea

remitido directamente a la vía contenciosa legítimamente, y que con las máximas de la experiencia, el Juzgador haga aplicación oportuna de la sana crítica para cuantificar el resarcimiento necesario para satisfacer el daño moral infringido.

Por último, también es importante recomendar enfáticamente la imperiosa necesidad de establecer un cuerpo normativo diseñado para salvaguardar el derecho a la protección de datos personales en el país; ya que la creciente digitalización y el constante intercambio de información, vuelve esencial contar con un marco legal específico que garantice la integridad y privacidad de los datos personales de todos los ciudadanos. La ausencia de una regulación clara y específica en este ámbito puede dejar a las personas expuestas a vulnerabilidades y riesgos significativos en cuanto a la protección de su información personal. Por lo anterior, la creación de un cuerpo normativo robusto y actualizado en materia de protección de datos no solo es una responsabilidad legal del Estado, sino también un factor clave para preservar la privacidad y seguridad de la información de todos los salvadoreños.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

LIBROS:

- Adame Goddard, Jorge, *Filosofía Social para Juristas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Chileno*, (Santiago: Imprenta Universitaria, 1943)
- Arriaga Martínez, Jorge Sergio. “Clasificación del Daño, la Reparación Integral y su Alcance en el Proyecto de vida”. México: Cedip, 2018.
- Arrollo Yanes, Luis Miguel, *La carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1994.
- Ayala, José María, *La Protección de datos personales en El Salvador*, El Salvador, UCA Editoriales, 2005.
- Batuecas Caletrío, Alfredo, *Intimidad personal, protección de datos personales y geolocalización* (España, Centro de Estudios Políticos, 2015)
- Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles, 5a. ed.*, México, Oxford, 1999.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel. 2020. *Estudio jurídico-crítico sobre la ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*. Madrid: Editorial Reus, 2019.
- Bolívar Galindo, Cielito. *SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA: NOVENA ÉPOCA*, tomo XXX. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
- Bolívar Galindo, Cielito. *SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA: NOVENA ÉPOCA*, tomo XXIX. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009.
- Brebbia, Roberto Horacio “*Responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina*”. Rivista di diritto della integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina, núm. 10 (2000)

- Burzaco Samper, María. 2020. Protección de datos personales. Dykinson, 2020. eLibro.
- Clará, Mauricio Alfredo, et. al.: XXV Aniversario de la Constitución de El Salvador, El Salvador: Sección de publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2008
- Cazorro Barahona, Víctor. 2020. *Antecedentes y fundamentos del Derecho a la protección de datos*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2020. eLibro.
- Cid Cabello, Monserrat. *La práctica del Derecho Mexicano*. México: Tirant Lo Blanch, 2014.
- Conde Ortiz, Concepción. 2020. *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*. Madrid: Dykinson, 2006. eLibro.
- Comadira, Julio Rodolfo, Et. Al.: *La Profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica*, México: INAP, 2002.
- Creus, Carlos *La acción resarcitoria en el proceso penal*. España: SCC Editores.,1985.
- Dri, Roxana Sandra. *Daño Moral. Legitimación Activa, Daños Punitivos, Cuantificación*. Rosario: Universidad Abierta Interamericana, 2001.
- Escola, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo, Volumen II"*. Buenos Aires Ed. Depalma, 1990.
- Faundez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Editorial IIDH, 2000
- Fayol, Henry, *Escritos de la Ciencia de la Administración*, Estados Unidos: Galick & Urwick, ed. 1ª, 1987.
- Fernández Ruiz, Jorge, *El régimen Jurídico de Responsabilidad de los Servidores Públicos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo*. México, Biblioteca Constitucional,2016.

- Giannini Massimo, Severo, *Derecho Administrativo*, Madrid: MAP, 1991.
- Goldenberg, Isidoro, *Indemnización por Daños y Perjuicios: nuevos perfiles desde la óptica de la reparación*, Buenos Aires: Hammurabi, 1993.
- Guerrero Orozco, Omar, *Teoría Administrativa de la Ciencia Política*; México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1976
- Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio*, (México, Porrúa, 1990)
- Hernández Mendible, Víctor Rafael. *EL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS*. El Salvador: Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2018.
- Lucas Thomas, Joseph, *Siete partidas del sabio rey 1758*. Valencia, Plaza de las Comedias, 1758, edición facsimilar, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*. México, Porrúa, 1987.
- Martínez Díaz, José Guillermo “Análisis de los Efectos constitucionales y Administrativos en la Aplicación de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública” (San Salvador, Texto Inédito, 2002.)
- Mejía, Henry Alexander, *Manual de Derecho Administrativo*, (El Salvador: Ed. Cuscatleca; 2022)
- Mejía Valdivieso, Yemmi: “Responsabilidad Patrimonial de los Funcionarios Públicos Municipales por sus Actos Administrativos” (Texto Inédito. San Salvador, 2010)
- Mendoza Martínez, Lucia Alejandra, *La acción civil del daño moral*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad Civil por Daños* Argentina: Ediar, 1982.
- Marta Morineau, *Una Introducción al Common Law* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004).

- Luis Moisset de Espanés, *Reflexiones sobre el "Daño Actual" y el "Daño Futuro", con relación al Daño Emergente y al Lucro Cesante* (Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2005)
- Muñoz Machado, Santiago: *La Responsabilidad Civil Concurrente de las Administraciones Públicas*. Madrid: Ed. Civitas, 1990.
- Nézard, Henry, *Tratado de Derecho Administrativo sobre la Teoría Jurídica de la Función Pública*, París: Ed. Tiran Lo Blanch, 1901
- Nieto, Alejandro, *Estudios Históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo*, Madrid: INAP, 1986
- Nieto, Santiago y Medina Pérez, Yamilé (comps.), *Control externo y responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Ochoa Olvera, Salvador, *La demencia por Daño Moral*. México: Monte Alto, 1996.
- Oró Badia, Ramon, *La protección de datos*. Barcelona: Editorial UOC, eLibro, 2015
- Parejo, Alfonso Luciano, *Eficacia y Administración*, Madrid: Ministerio de las Administraciones Públicas, 1994.
- Pérez Carrillo, Antonio, *La Responsabilidad Jurídica, Conceptos Dogmáticos y Teoría del Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Ileana Hidalgo Rioja, *Derecho a la protección de datos personales* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018).
- Roberto García López, *Responsabilidad civil por daños morales* (Barcelona, Editorial Bosch, 1990): 163
- Rojima Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, 26a. ed.*, México, Porrúa, 2006.

- Sandulli, Aldo, *Manual de Derecho Administrativo*; Italia: Ed. Dott Eugenio Jovene, 1960.
- Serrano Ruíz, Miguel Ángel, *El daño moral por incumplimiento del Contrato*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Schmidt-Assmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Madrid; Ed. Marcial Pons, 2003.
- Vicente Domingo, Elena, “*El daño*”, en Reglero Campos, Luis Fernando et al., *Lecciones de responsabilidad civil* (Navarra, Arizandi, 2002)
- Wilson Woodrow, *Estudio de la Administración*, (México: Ed. Trillas, 1995) 85
- Zavala de González, Matilde, *Daños a las personas. Integridad física*. Argentina: Hammurabi, 1996.
- Zúñiga, Francisco, *Responsabilidad patrimonial del Estado legislador*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

SENTENCIAS

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Azul Rojas Marín en contra de la República del Perú, 2020.
- Sentencia Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Referencia 729-2005, 29 de septiembre de 2005.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 53-2012, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 23 de enero de 2015.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 103-2007, Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 14 de diciembre de 2007.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 63-2007/69-2007, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 16 de octubre de 2007.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 27-2008, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 19 de diciembre de 2008

- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 36-2004. Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 02 de septiembre de 2005.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 58-2007 Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 08 de marzo de 2013.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 65-2007 Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 20 de enero de 2009.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008 (El Salvador, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 2009).
- Sentencia de Amparo, Referencia: 934-2007, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 04 de marzo de 2011.
- Sentencia de Amparo, Referencia: 142-2012 (El Salvador: Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 20 de octubre de 2014).
- Sentencia de Amparo, Referencia: 118-2002 Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 02 de marzo de 2004.
- Sentencia de Amparo, Referencia: 589-2001, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, 10 de octubre de 2002.
- Sentencia de Amparo, Referencia: 227-2000, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, 18 de diciembre de 2001
- Sentencia, Referencia: 19-21-PC-SCA, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 21 de mayo de 2021.
- Sentencia Referencia 409-2017 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, 2018)
- Sentencia Referencia 114-L-2004 (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, 2007)
- Sentencia, Referencia: 26-27-19-PC-SCA (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2021)

- Sentencia, Referencia: 000120-20-ST-COPC-CAM (El Salvador, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Suprema de Justicia, 2022)

LEYES:

- Constitución de la República de El Salvador, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983)
- Ley de Acceso a la Información Pública, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011)
- Ley de Protección al Consumidor, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2005)
- Ley de Regulación de los Servicios de Información sobre el Historial de Crédito de las Personas, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011)
- Ley de Procedimientos Administrativos (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2017)
- Ley de Reparación por Daño Moral (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, 2016.)
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (Francia: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (ONU, Costa Rica, 1969)
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995,
- Propuesta de Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas (México: Organización de Estados Americanos, 2012)
- Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos (Colombia: Red Iberoamericana de Protección de Datos, 2016)

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (Unión Europea: 2016)

REVISTAS

- Alonso, Juan Ignacio, “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen” *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 78 (2007): 384.
- Checa González, Clemente, “La responsabilidad patrimonial de la Administración pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, *Revista Ius et Praxis*, n. 1 (2004): 45-75
- Escutia Romero, Raquel, “La difamación Pública En Derecho Romano». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22 (2016).
- Francisco Tulio Eusebio, “El daño moral como parte de la responsabilidad civil en el Derecho Internacional Comparado” *Biolex, Revista Jurídica del Departamento de Derecho*. (2019)
- González Díaz, Jaime, “Naturaleza de la Investigación”, *Revista Aglala* n.1.(2010): 45-57
- López Torres, Jonathan, “Antecedentes Internacionales en Materia de Privacidad y Protección de Datos Personales”, *EAFIT*, Vol. 05, Núm. 2 (2014): 103-118
- Martín Urquijo Angarita “El origen de la moral” *Revista UIS – Humanidades*, vol. 28. n.2 (1999): 120-126
- Núñez Leiva, Ignacio “Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno”, *Revista Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (2008): 137-154
- Ordorica Mellado, Manuel, “El Censo como instrumento en la planeación de políticas públicas”, *Estudios Demográficos y Urbanos* 24, n. 2 (2009): 463-467
- Puccinelli, Oscar Raúl, “Tipos y Subtipos de Hábeas Data en América Latina”, *Cuadernos del Instituto de Derecho Público*, (2006), 163-177
- Saldaña, María Nieves, “The Right to privacy, La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El Centenario

Legado de Warren y Brandeis” *Revista de Derecho Político*, n. 85 (2012): 195-239

- Andrés Sánchez Ramírez. “El daño a la persona en la experiencia comparada: The damage to the person in the compared experience” *Revista Aequitas*, n. 1 (2018)
- Zúñiga Urbina, Francisco “Responsabilidad Patrimonial del Estado Administrador”, UNED. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 26 (2005), 114.

WEB:

- Arciniega Ávila, Federico Guillermo *Derecho a la Intimidad y de los Datos Personales de los Trabajadores* <https://bit.ly/3p8r9Dm>
- Federico Arnau Moya, *Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y contratos*, <https://libros.metabiblioteca.org/bitstream/001/142/8/978-84-691-5640-7.pdf>
- Corte Suprema de Justicia, *Indemnización por Daños Morales, Inconstitucionalidad por omisión*, (Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2015) <https://bit.ly/34NPF5V>
- Henríquez Amaya, Rafael Santiago, “*Habeas Data en El Salvador, Mecanismo de Protección de Datos*” (Centro de Documentación Judicial de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. 2010) 1. <https://bit.ly/3scw7Ro>
- Hernando Devis Echandia, “*Teoría General de la Prueba Judicial* (Buenos aires: TEMIS, 1970) 85. <https://bit.ly/3t3vMjh>
- Vanessa Massaro. *El Desarrollo del Derecho Inglés: Breve resumen histórico*. <https://bit.ly/3BFq3UE>
- Mariela Rubano Lapasta. *El Sistema del Common Law en el Derecho Inglés y el Derecho de los Estados Unidos de América* (2014) <https://bit.ly/3sWnzNB>
- Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, <https://bit.ly/3HgbSXu>

TESIS

- Brugman Mercado, Harry “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común Norteamericano” (Tesis, Universidad de Valladolid, 2015)
- Chacón, Álvaro Enrique, “La Autodeterminación Informativa, como un mecanismo de Protección a la Información, que garantiza el Derecho Constitucional a la Intimidad”, (Tesis, Universidad Católica de El Salvador, 2016)
- Chanamé Orbé, Raúl, “Habeas Data y el Derecho Fundamental a la intimidad de la persona” (Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2003)
- Juliana Leiva Méndez y Aleza Méndez Castillo, “Criterios Jurisprudenciales para Determinar la Estimación del Daño Moral en Sede Penal” (Tesis de grado, Universidad de Costa Rica, 2010) 16
- Zapata García, Pedro, “Fundamentos, límites y convergencias de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, Tesis de Doctorado. Universitat de Barcelona, 2018.
- Pereira Moreira, Daniela, “El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo”, (Tesis, Universidad Complutense de Madrid, 2019)
- Rodríguez Quinteros, Edwin Rafael. “*La cuantificación del daño moral*”. (Tesis, Universidad del Azuay, 2016.)