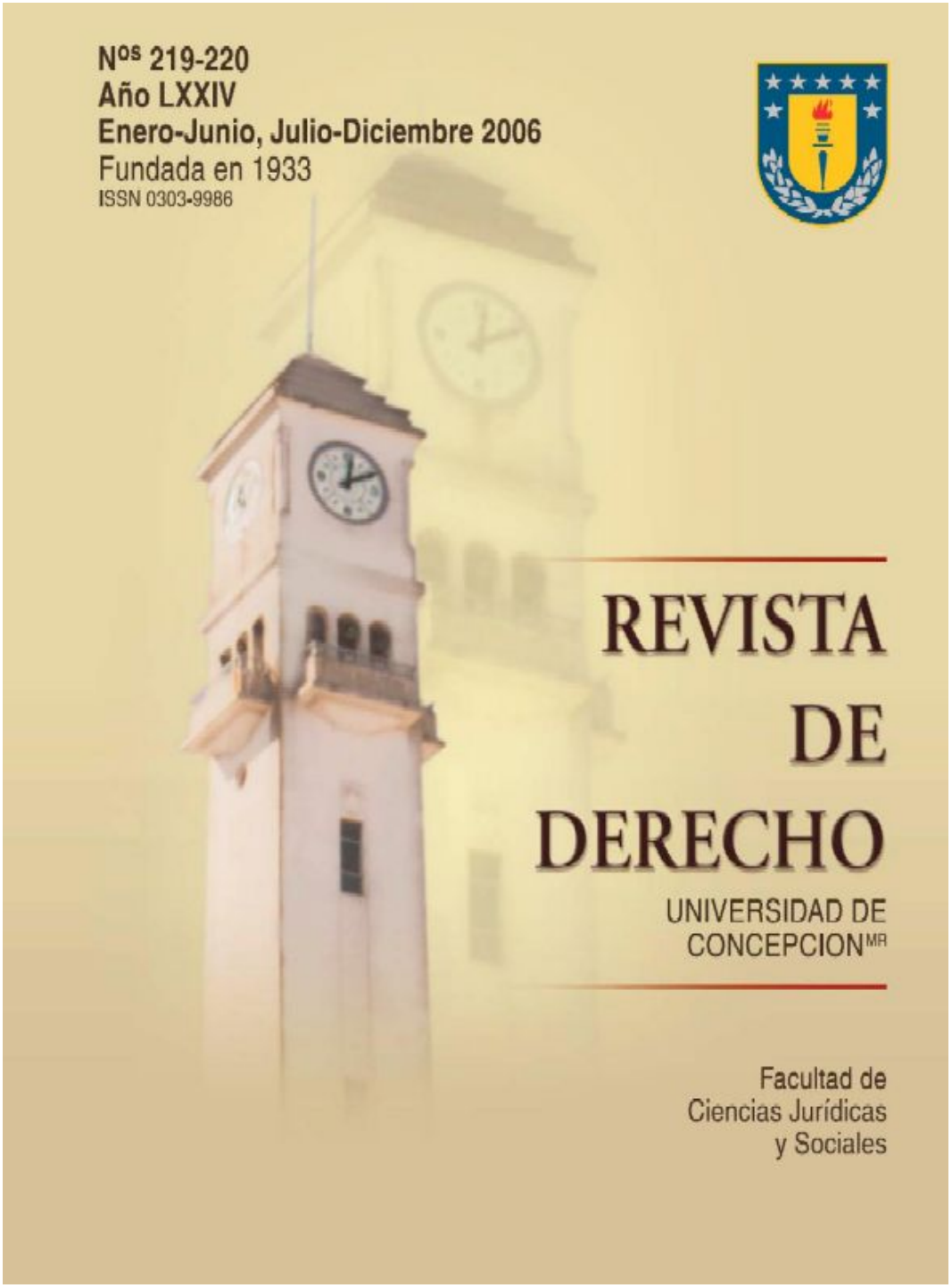
Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 219-220 (1-2): 129-156, 2006 ISSN 0303-9986

*LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN CHILE, COLOMBIA, ECUADOR Y EL SALVADOR: DEL MODELO DE BELLO A NUESTROS DIAS**

JOSE LUIS DIEZ SCHWERTER
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción**

I. INTRODUCCION

Este trabajo tiene por finalidad analizar la solución que al problema de la resarcibilidad del daño no patrimonial en la responsabilidad civil se ha dado en el derecho chileno, colombiano, ecuatoriano y salvadoreño, partiendo de la base que en ellos se comparte un mismo modelo normativo general: el Código Civil chileno (promulgado el 14 de diciembre de 1855, y adoptado luego en Colombia, Ecuador y El Salvador)[1], el cual omitió referirse expresamente a dicha categoría de perjuicios.

* El presente trabajo corresponde, sustancialmente, a la Parte IV, Capítulo II, de mi tesis doctoral (Diez Schwerter, José Luis, "El daño extracontractual y su reparación en América Latina. Análisis histórico comparativo", Universidad de Roma "Tor Vergatta", Italia, 2003, s/e).

** Magíster y Doctor en Derecho, Universidad de Roma "Tor Vergatta".

[1] Sobre la influencia del Código Civil chileno en Iberoamérica, véase especialmente Guzmán Brito, Alejandro, ***Historia de la codificación civil en Iberoamérica***, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, pp. 374 ss. Se refieren además a la materia: Peirano Facio, Jorge, "El Código de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos", en ***Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Chile***, 4ª ep., Nº 4 (1964-1965), pp. 64 ss; Bravo Lira, Bernardino, "La difusión del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y portugués", en ***Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*** Nº 7 (Valparaíso, 1982), pp. 71 ss., y Schipani, Sandro, "Andrés Bello romanista instituzionista", en el mismo, ***La codificazione del diritto romano comune***, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 243 ss. Sobre la codificación civil en Colombia, véase también: Balmes Arteaga, Enrique, "El Código de Bello en Colombia", en ***Congreso Internacional*** "Andrés Bello y el Derecho", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 411 ss.; Harker Puyana, Edmundo, "El Código de don Andrés Bello en Colombia", en ***Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*** 201, 1973, pp. 25 ss. Sobre la codificación civil en Ecuador, véase también Córdova, Andrés, ***Derecho civil ecuatoriano***, I, ***Parte general e historia de nuestro derecho civil***, Ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1956, pp. 65 ss. y Larrea Holguín, Juan, ***Derecho Civil del Ecuador***, I,

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Serán objeto de análisis particular las vías utilizadas en estos países para aceptar la resarcibilidad del daño no patrimonial, las nociones que de él se tienen, las categorías o especies reconocidas y los aspectos relevantes de su avaluación pecuniaria.

Finalizaremos señalando las conclusiones que arroja el análisis comparativo de las experiencias nacionales examinadas.

II. LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN CHILE

1. Introducción

El Código Civil chileno no se refirió expresamente a otros daños que no sean los materiales o patrimoniales.

Así, al tratar ***Del efecto de las obligaciones*** (Título XII del Libro IV), el artículo 1556 dispuso:

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

En tanto que al abordar ***De los delitos y cuasidelitos*** (Título XXXV del Libro IV) tampoco hay referencias expresas a daños no patrimoniales resarcibles, señalándose en el inciso primero de su artículo 2329 que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta", y añadiéndose en el artículo 2331 que "las imputaciones injuriosas en contra del honor o crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

Pese este marco normativo, en el siglo XX la jurisprudencia y doctrina chilena aceptaron resarcir el llamado "daño moral", tanto en el ámbito aquiliano como en el contractual de la responsabilidad civil.

Parte general y personas, Quito, 1964, pp. 16 ss. Y sobre la codificación civil en El Salvador, véase también: Rodríguez Ruiz, Napoleón, "El proceso histórico del Código Civil", en ***Código Civil de la República de El Salvador en Centroamérica. Estudios y conferencias sobre el Código Civil de 1860***, El Salvador, Universidad de El Salvador, Editorial Universitaria, 1960, pp. 49 ss.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. El "daño moral" en la responsabilidad civil extracontractual

En el ámbito aquiliano la resarcibilidad del daño moral se aceptó a comienzos del siglo XX[2], atendiendo especialmente al estricto tenor literal de la expresión "todo daño" utilizada por el artículo 2329 del Código Civil chileno, en el entendido que si no se hace distingo alguno, se deben comprender tanto los daños materiales como los morales[3]. Concordante con ello el artículo 2314 habla genéricamente de "daño" sin hacer tampoco distinción de ninguna especie[4].

En doctrina se ha puesto en evidencia que gramaticalmente la voz "todo" es "la suma de cuantas partes o distinciones puedan existir", en tanto que "todo daño" "reúne y considera a cuantas formas de daño pueden existir. Es como negar la exclusión de algo, pues nada se excluye"[5].

Además se estimó que el anotado artículo 2331 del Código Civil (sobre imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona) confirmaría la idea que en la responsabilidad extracontractual la regla general es la resarcibilidad del daño moral, ya que para negar lugar a ella, como sería ése el caso, el legislador debió dictar una regla expresa al respecto[6].

[2] Así por ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de julio de 1907, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 4, sección 2ª, p. 139. Fundamental en el cambio jurisprudencial: Corte Suprema, 16 de diciembre de 1922, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 21, sección 1ª, p. 1053.

[3] Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 26 de diciembre de 1983, en *Gaceta Jurídica* 46, p. 93, considerando 7°. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio de 1943, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 40, sección 2ª, p. 50; Corte Suprema, 11 de noviembre de 1947, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 45, sección 1ª, p. 291 y Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 70, sección 4ª, p. 65.

[4] Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de mayo de 1944, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 41, sección 2ª, p. 41.
En verdad, la mayoría de las sentencias se basan tanto en el tenor literal de la expresión "daño" usada por el artículo 2314, como en la expresión "todo daño" del artículo 2329 del Código Civil: así por ejemplo, Corte Suprema, 26 de agosto de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 39, sección 1ª, p. 203; Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 51, sección 4ª, p. 182; Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1967, confirmado por la Corte Suprema el 27 de septiembre de 1968, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 65, sección 4ª, p. 241; Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 70, sección 4ª, p. 65; Corte Suprema, 18 de abril de 1980, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 77, sección 2ª, p. 28; Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 1983, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 80, sección 2ª, p. 54; Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 81, sección 2ª, p. 121 y Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985, confirmando fallo del Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago, de 4 de junio de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 82, sección 2ª, p. 6, considerando 31°.

[5] Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 59.

[6] En este sentido, Corte Suprema, 26 de agosto de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 39, sección 1ª, p. 203, Corte Suprema, 8 de septiembre de 1954, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 51, sección 4ª, p. 182, Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de abril de 1980, en *Revista de Derecho y*

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A los mencionados argumentos se unió posteriormente el reconocimiento y protección constitucional del daño moral.

Al respecto, la Constitución Política de 1925 estableció en su artículo 20 que "todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente", disposición que será citada por los tribunales como apoyo a la resarcibilidad del daño moral[7], llegándose a afirmar incluso que los artículos 2314 y 2329 del Código Civil (que legalmente sustentarían la reparación de los daños) se encuentran "enraizados en el artículo 20 de la Constitución Política (de 1925) que dispone indemnización aun para los daños meramente morales"[8].

Por su parte, la actual Constitución Política de 1980 se refiere expresamente al daño moral en su artículo 19 N° 6 letra i, disponiendo que "una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiese sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido".

En todo caso se estima que el mayor aporte que la Constitución de 1980 hizo en la materia se produjo al consagrar entre las garantías constitucionales el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 N° 1), así como el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (artículo 19 N° 4); en el entendido que su lesión originará ciertas especies de daño moral, que no podrían quedar sin reparación (sea o no de manera pecuniaria), en cualquier ámbito de la responsabilidad civil, por cuanto el artículo 6 de la Constitución[9] impide que el legislador, los jueces, las autoridades

Jurisprudencia 77, sección 2ª, p. 28; Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de junio de 1983, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 80, sección 2ª, p. 54 y Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985, confirmando sentencia del Cuarto Juzgado de Policía Local de Santiago de 4 de junio de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 82, sección 2ª, p. 6, en donde se expresa que de los términos utilizados por el artículo 2331 se ha desprendido que el legislador chileno "acepta la existencia de otro daño distinto del daño emergente y lucro cesante, que no puede ser otro que el daño moral".

[7] En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de marzo de 1939, en *Gaceta de los Tribunales*, 1940, 1er. Semestre, p. 271, considerandos 8º a 11º; Corte Suprema, 24 de septiembre de 1943, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 41, sección 1ª, pág. 228.

[8] Corte de Apelaciones de Concepción, 21 de octubre de 1967, confirmado por la Corte Suprema, 27 de septiembre de 1968, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 65, sección 4ª, pág 241.

[9] Artículo 6 de la Constitución Política de 1980: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.
Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.
La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

administrativas o los particulares, desconozcan la eficacia de las garantías constitucionales (que, por lo demás, son reflejo de principios y valores generales de nuestro derecho)[10].

Por todas las razones apuntadas la resarcibilidad del daño moral en la responsabilidad extracontractual no admite discusiones en la actualidad; como lo reconoce la Corte de Apelaciones de Santiago al sostener en sentencia de 14 de septiembre de 1990 que "la jurisprudencia que se aduce para negar la posibilidad de reparar el perjuicio que se cobra en la demanda (daño moral) corresponde a un periodo ya superado por nuestros tribunales, ignorándose por el recurrente todo el desarrollo posterior, abundante y sostenido en sentido inverso al invocado, de la doctrina judicial al respecto, a contar del fallo contenido en el Tomo 21 de la ***Revista de Derecho y Jurisprudencia,*** sección primera, pág. 1053"[11].

Además, hace poco se ha sostenido que el aludido artículo 2331 debe interpretarse "restrictivamente", ya que atentaría "a los principios generales del derecho, contenidos por ejemplo en el artículo 2329 ya citado, y a la equidad natural que un hecho vejatorio (...) pueda quedar (...) sin que se indemnice el daño moral sufrido por el ofendido"[12].

Finalmente cabe consignar que recientemente se ha consagrado legislativamente la resarcibilidad del daño moral en algunos sectores especiales de responsabilidad civil[13].

[10] Así lo señalaron primeramente Domínguez Aguila, Ramón y Domínguez Benavente, Ramón, en "Comentarios de jurisprudencia", en ***Revista de Derecho***, Universidad de Concepción, 193, 1993, p. 163.

[11] Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1990, en ***Gaceta Jurídica*** 123, p. 45, considerando 7°. En este mismo sentido la Corte de Apelaciones de Concepción había señalado en 1965 que "ha sido superada la doctrina y jurisprudencia que, durante mucho tiempo negó la posibilidad de que el daño puramente moral pudiera ser susceptible de una adecuada indemnización" (Corte de Apelaciones de Concepción, 19 de agosto de 1965, en ***Revista de Derecho***, Universidad de Concepción, 136, 1966, p. 85, considerando 76°).

[12] Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 1991, en ***Revista de Derecho y Jurisprudencia*** 88, sección 4ª, p. 29.
Inclusive hemos ya denunciado la eventual inconstitucionalidad del precepto por contravenir la garantía constitucional de protección de la honra, artículo 19 Nº 4 (Diez Schwerter, José Luis, ***El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina***, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 125 y 126).
En todo caso cabe hacer presente que en materia de libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo la Ley 19.733 de 4 de junio de 2001 establece que la acción civil para obtener las reparaciones de perjuicios derivados de alguno de los delitos ahí referidos se rige en principio por las reglas generales del derecho común, es decir el Código Civil (art. 40 inciso primero), pero con expresa mención a la resarcibilidad del daño moral (artículo 40 inciso 2º).

[13] Así:
— Ley 19.496, de 3 de marzo de 1997 en materia de protección a los derechos de los consumidores; "Artículo 3: Son derechos y deberes básicos del consumidor:
(...) e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daño materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3. El "daño moral" derivado de incumplimiento contractual

Tradicionalmente se sostuvo en Chile que al aludir el artículo 1556 Código Civil únicamente al daño emergente y al lucro cesante, estaba excluyendo la resarcibilidad del daño moral derivado de incumplimiento contractual[14], conclusión que además concordaría con los precedentes franceses de la norma, particularmente con las enseñanzas de Domat y Pothier[15].

A nivel legislativo en 1968 se consagró expresamente la resarcibilidad del daño moral en la órbita del contrato de trabajo, al disponer el artículo 69 de Ley Nº 16.744 (de 1º de febrero de 1968), que cuando un accidente del trabajo o enfermedad profesional se deba "a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan (...) b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral". Sin embargo, el reconocimiento legislativo no se extendió a otras figuras contractuales, donde el problema permaneció entregado a la interpretación.

---

deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea".
— Ley N° 19.628 de 28 de agosto de 1999, en materia de protección de la vida privada.
"Artículo 23 inciso 1°. La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal".
— Ley 19.966 de 3 de septiembre de 2003, en materia de responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria:
"Artículo 41. La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas.
No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos".
Véanse también los artículos 69 de la Ley N° 16.744 de 1 de febrero de 1968 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (que se transcribe más adelante en el cuerpo de este trabajo) y 40 de la Ley Nº 19.733 de 4 de junio de 2001 en materia de libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo (referido en la nota anterior).

[14] En tal sentido, por ejemplo: Alessandri Rodríguez, Arturo, ***De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno***, Santiago, Editorial Universitaria, 1943, Nº 26, pp. 48 y 49; y, Gatica Pacheco, Sergio, ***Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato***, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, pp. 144 a 147 (aun cuando criticaba dicha posición del Código Civil). Y en la jurisprudencia: Corte Suprema, 18 de abril de 1950, en ***Revista de Derecho y Jurisprudencia*** 47, sección 1ª, p. 127 (donde se negó resarcir el daño moral derivado del incumplimiento del contrato de transporte).

[15] Así por ejemplo, Pothier señalaba que "daño y perjuicio es la pérdida que uno tiene, o la ganancia que uno deja de hacer" (Pothier, ***Tratado de las obligaciones***, Barcelona, Editorial Avaluce, s/f, 3ª edición, Tomo I, N° 159, p. 133).

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En doctrina la resarcibilidad del daño moral en este ámbito de la responsabilidad civil comenzó a ser sostenida desde la segunda mitad del siglo XX por autores como Fernando Fueyo Laneri[16], Leslie Tomasello Hart[17], Ramón Domínguez Aguila, Ramón Domínguez Benavente[18], Carmen Domínguez Hidalgo[19] y Claudio Illanes Ríos[20], entre otros[21].

En lo que atañe a la jurisprudencia, si bien en 1951 y en 1954 se dictaron sentencias aceptando resarcir el daño moral derivado de contrato[22], el primer reconocimiento expreso, fundado y general en tal sentido, lo constituye el fallo de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1994[23].

En dicha sentencia la Corte Suprema sostuvo que "al decir el artículo 1556 que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye de un modo forzoso la reparación del daño meramente moral, como quiera que no se ha dicho allí que la indemnización sólo comprenda o abarque los señalados rubros, caso en que quedaría marginada cualquiera otra consecuencia lesiva, derivada de un incumplimiento imperfecto de deberes emanados de un contrato", añadiéndose que "menos aún puede sostenerse que la ley haya prohibido este tipo de indemnización, fuera del ámbito de los delitos o cuasidelitos, por el contrario, los artículos 544 (en relación con el 539) y el 1544 del mismo Código abren la puerta a esa clase de reparaciones de daños no patrimoniales, el uno en las relaciones de familia y el otro en el área de las convenciones".

Agrega ahí nuestro máximo tribunal que aceptar la resarcibilidad del daño moral en materia contractual es la tendencia vigente en el derecho comparado (citándose expresamente al derecho francés, belga, español, suizo y argentino), lo

[16] Fueyo Laneri, Fernando, ***El cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones***, Vol. II, Santiago, Editorial Universitaria, 1958, pp. 95 a 126.
[17] Tomasello Hart, Leslie, ***El daño moral en la responsabilidad contractual***, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969.
[18] Domínguez Aguila, Ramón y Domínguez Benavente, Ramón, en "Comentarios de Jurisprudencia", en ***Revista de Derecho***, Universidad de Concepción, Nº 193, 1993, pp. 159 a 163, y en "Comentarios de Jurisprudencia", publicado en la misma revista, Nº 196, 1994, pp. 155 a 160.
[19] Domínguez Hidalgo, Carmen, "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho Civil chileno y comparado", en ***Revista Chilena de Derecho***, Pontificia Universidad Católica, vol. 25, Nº 1, 1998, pp. 27 ss.; y muy especialmente en ella misma, ***El daño moral***, 2 tomos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
[20] Illanes Ríos, Claudio, ***El daño moral en la responsabilidad contractual***, Santiago, Folleto del Colegio de Abogados de Chile, diciembre de 1994.
[21] Diez Schwerter, José Luis, ***El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina***, cit., pp. 104 y 105.
[22] Así pueden verse sentencias de la Corte Suprema de 3 julio 1951, en ***Revista de Derecho y Jurisprudencia*** 48, sección 1ª, p. 252; y de 14 de abril 1954, en ***Revista de Derecho y Jurisprudencia*** 51, sección 1ª, p. 74.
[23] En ***Fallos del Mes*** Nº 432, pp. 657 a 663.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que concuerda además con la debida protección que se debe dar a garantías constitucionales tales como el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona y el respeto y protección a la vida privada y pública y la honra de su persona y de su familia (Nos 1 y 4 del artículo 19, y artículo 1 de la Constitución de 1980)[24], todo lo cual se enmarca dentro de "una corriente de pensamiento universal, como se desprende de las declaraciones contenidas en diferentes acuerdos internacionales" como son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 5º) y el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 11).

Finalmente esta sentencia señala que "si la jurisprudencia ha dado cabida desde hace tiempo a la indemnización exclusivamente moral respecto de los perjuicios a daños causados por un delito o cuasidelito civil, no se divisa el motivo que justifique que se la niegue si la lesión a esos intereses extrapatrimoniales procede de la defección culpable o maliciosa de uno de los contratantes".

Fallos posteriores han reiterado esta solución[25], llegándose a sostener incluso

[24] Señalándose al efecto que "no hay que olvidar que entre las orientaciones básicas de nuestra Carta Fundamental se halla el artículo 19 Nº 1, a través del cual se asegura no sólo el derecho a la vida sino a la mencionada integridad física y psíquica de la persona. Esta última, como en el caso de autos, puede verse trastornada, precisamente, por la falta en que uno de los contratantes incurrió frente a los deberes que le imponía el contrato. El mismo comentario cabe hacer con referencia al Nº 4 del mismo artículo 19 que se pronuncia en el sentido de que la Carta garantiza con el mismo énfasis el respeto y protección a la vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia".

[25] Así, Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, Rol Nº 1368-00, *LexisNexis* Nº 19231; y, Corte Suprema, 3 de septiembre de 2002, *LexisNexis* Nº 25838; y Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de marzo de 2003, Rol Nº 1.392-2000, *LexisNexis* Nº 30585.

Cabe destacar que en la referida sentencia de 5 de noviembre de 2001 nuestra Corte Suprema consignó que "nuestro Código Civil se inspiró en numerosas materias de que trata en el Código de Napoleón, como son las relacionadas con las obligaciones en general, entre ellas la que refiere la disposición del artículo 1556. En esa época y en la fecha en que entró en vigencia el Código de Bello, hace ya casi un siglo y medio, el daño resarcible sólo comprendía el perjuicio material o patrimonial, único concebible o reconocido, en razón que el concepto de reparación del daño moral no existía, por haberse elaborado y desarrollado mucho tiempo después, pudiendo decirse que no estuvo en la mente de Bello ni en la de los legisladores del Código Civil francés, como lo expresa doña Carmen Domínguez Hidalgo en su reciente obra sobre *El daño moral*, tomo I, página 347; de modo entonces que la reparación de los rubros que incorpora el artículo 1556 en su contenido eran todos los posibles a la fecha de su redacción. No puede afirmarse, por consiguiente, que las nuevas tendencias sobre reparación de perjuicios extrapatrimoniales o daño moral surgidas después, proveniente de incumplimiento de obligaciones contractuales, se entendieran excluidas de la referida disposición por haberlo querido así su creador"; agregando luego que "este criterio de marco rígido ha ido evolucionando", citándose como ejemplo en tal sentido la referida sentencia de la Corte Suprema de 20 de octubre de 1994, lo que se enmarca dentro de una "tendencia natural y necesaria de las ciencias en general de ir adaptándose a las necesidades y nuevos requerimientos de la sociedad y que ha hecho que las ciencias del Derecho evolucionen constantemente para ir dando satisfacción a las necesidades de justicia de los nuevos tiempos". Se traen además en apoyo a esta decisión las opiniones de autores tales como Fernando Fueyo Laneri, Leslie Tomasello Hart, Ramón Domínguez Aguila, Ramón Domínguez Benavente y Carmen Domínguez Hidalgo, todo lo cual se enmarcaría en una "tendencia de hacer del derecho civil el asiento de la consideración de la persona, como el primer valor

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que "el concepto de daño emergente que emplea la norma del artículo 1556 del Código Civil comprende no solamente el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial o moral"[26].

4. Concepto de "daño moral": Tendencias

En Chile se reitera con frecuencia que el daño moral consiste en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona[27].

Entendido así, el perjuicio moral no es más que el ***pretium doloris***[28], resolviéndose que los daños morales "consisten exclusivamente en el pesar, dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos"[29]; o que existen estos perjuicios cuando se lesionen "los afectos" o los "atributos o facultades morales del que sufre el daño"[30]; o que tal categoría

que ha de perseguir la regla jurídica, lo que implica, agrega, ampliar su concepto, para abarcar todo atentado a diversos intereses, como la integridad corporal, la salud, el honor, la esfera de intimidad, la integridad y estabilidad psíquica, etc.".

[26] Así, Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001, Rol Nº 1368-00, en *LexisNexis* Nº 19231; y Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de marzo de 2003, Rol Nº 1.392-2000, *LexisNexis* Nº 30585.

[27] En este sentido Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de enero de 1963, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 60, sección 4ª, p. 55, considerando 29º. Otras afirmaciones de nuestros jueces en esta línea son las siguientes: "El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más cercanos", Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de junio de 1973, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 70, sección 4ª, p. 65; "el daño moral está representado por el dolor, aflicción y angustia que naturalmente debe sufrir la víctima de un hecho ilícito", Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 20 de junio de 1989, en *Gaceta Jurídica* 108, p. 82; "el daño moral consiste en los dolores físicos, sufrimientos y angustias experimentados por la víctima", Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 81, sección 4ª, p. 140, considerando 1°; "el daño moral consiste en el dolor, sufrimiento y molestias sufridas con ocasión de las lesiones recibidas", Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de marzo de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 81, sección 4ª, p. 35; "El daño moral consiste en el dolor o pesar que a una persona irroga la muerte de un ser querido y no en la privación de una ventaja o beneficio pecuniario que de él recibiera", Corte Suprema, 15 de diciembre de 1983, confirmando la sentencia dictada por el juez del Segundo Juzgado de Concepción, don Guillermo Silva G., el 7 de diciembre de 1982, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 80, sección 1ª, p. 128.

[28] En tal sentido la Corte Suprema ha dicho que "daño, según el Diccionario de nuestra lengua, es el 'mal, perjuicio, aflicción, o privación de un bien'; y 'moral' en una de sus acepciones, es 'el conjunto de facultades del espíritu por contraposición a físico' por lo que debe entenderse que *el* daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, perjuicio o aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales; un dolor o aflicción en sus sentimientos" (Corte Suprema, 10 de agosto de 1971, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 68, sección 4ª, p. 168)

[29] Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de marzo de 1958, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 56, sección 4ª, p. 195; repitiendo las palabras de Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, cit., N° 143, p. 220.

[30] Corte Suprema, 26 de agosto de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 39, sección 1ª, p. 203; y sentencia de la jueza doña Carmen Miranda Parraguez, de 30 de septiembre de 1986, en *Gaceta Jurídica* 105, p. 20.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de perjuicios consiste en "los sufrimientos físicos y psíquicos que el hecho (ilícito) ocasiona"[31], llegándose, incluso, a usar la expresión ***doloris pretium*** para referirse al perjuicio moral[32].

Cabe consignar en todo caso que existen tendencias jurisprudenciales y doctrinarias, minoritarias aun, para quienes los daños morales o extrapatrimoniales son aquellos que lesionan derechos "extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad"[33] o simples "intereses extrapatrimoniales" de la víctima[34].

5. ¿Qué se ha incluido dentro del concepto de "daño moral"?

Pese a lo expresado anteriormente, un detenido análisis de la jurisprudencia permite concluir que bajo el concepto de "daño moral" no sólo se resarce el ***pretium doloris*** sino que además los atentados a la integridad psicofísica en sí, los perjuicios estéticos, las alteraciones en las condiciones de vida, entre otros variados aspectos[35].

[31] Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de agosto de 1981, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 78, sección 4ª, p. 120; en el mismo sentido: Corte Suprema, 3 de julio de 1951, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 48, sección 1ª, p. 252.

[32] Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 88, sección 4ª, p. 138.

[33] En este sentido, Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 26 de diciembre de 1983, en *Gaceta Jurídica* 46, p. 93, considerando 8°; Corte de Apelaciones de Santiago 13 de marzo de 1985, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 82, sección 2ª, p. 6; Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril de 1989, en *Gaceta Jurídica* 106, p. 67 (en donde se indica que hay daño moral al lesionarse un "derecho extrapatrimonial" de la persona) y Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990, en *Gaceta Jurídica* 123, p. 47, considerando 1°.
En doctrina comparte esta opinión Fernando Fueyo Laneri, para quien el fundamento del daño moral está, precisamente, en los "derechos subjetivos extrapatrimoniales, comprendiendo en éstos la persona física, los bienes y derechos de la personalidad y los de familia propiamente tal" (Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, cit., p. 95).

[34] Así, Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, cit., pp. 88 y 89; y Domínguez Hidalgo, Carmen, *El daño moral*, Tomo I, cit., p. 83.
En el campo jurisprudencial, nuestra Corte Suprema, a lo menos en una ocasión, siguió expresamente este criterio, resolviendo que "el daño engendrará responsabilidad delictual o cuasidelictual cada vez que lesione intereses, tanto materiales como morales" (Corte Suprema, 16 de octubre de 1970, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 67, sección 4ª, p. 424, considerando 17°).

[35] Así, frente a la pérdida de un brazo experimentada por una niña de corta edad se indemniza el "daño moral que toda persona recibe al verse privada de un miembro de su cuerpo" (Sentencia del Juez de Letras Sr. Guillermo Muñoz Cristi de 18 de julio de 1944, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 43, sección 1ª, p. 495; y en el mismo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 81, sección 2ª, p. 121, donde se estableció que el daño moral que se produce "siempre que un hecho externo afecte la integridad física y moral del individuo") y en caso de quemaduras que afectaron la cara y extremidades de un joven de 14 años el daño moral se configura por haberse alterado "visiblemente su estética facial" (Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de junio de 1972, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 69, sección 4ª, p. 66), llegándose a sostener incluso que existe

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6. Avaluación del "daño moral"

Tratándose del daño moral, se sostiene que su indemnización pecuniaria cumple una función "satisfactiva" destinada a aminorar a la víctima las consecuencias de un perjuicio que en verdad jamás podrá ser borrado[36] y respecto del cual es imposible fijar un "valor o medida de reemplazo" (o compensación), como ocurre respecto de los daños materiales[37].

En cuanto a la fijación del ***quantum*** del daño moral, no existen pautas claras en la jurisprudencia, la cual ha atendido a factores tan variados como la entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño; la clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido; las consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado; su duración y persistencia que impliquen convertirlo en un perjuicio moral futuro; la culpabilidad empleada por el ofensor en su actuar; la culpabilidad empleada por la víctima; las condiciones personales de las víctimas; y las facultades económicas del ofensor y/o del ofendido, entre otros[38].

daño moral cuando se restan las posibilidades "de alcanzar una mayor cultura o preparación intelectual", o cuando se priva "del goce de circunstancias que le proporcionaban alegrías o complacencias espirituales" (Corte Suprema, 7 de mayo de 1947, en *Gaceta de los Tribunales*, 1947, 1er. semestre, p. 283) o de los "afectos y cooperación que son inherentes a las relaciones familiares" (Corte Suprema, 3 de agosto de 1940, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 38, sección 1ª, p. 239).

[36] En este sentido la Corte de Apelaciones de Temuco ha dicho que cualquiera sea la cantidad de dinero, es incapaz de reponer para un padre las cosas al estado anterior a la muerte de su hijo (Corte de Apelaciones de Temuco, 25 de junio de 1963, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 60, sección 4ª, p. 290).

[37] En este sentido véase Domínguez Aguila, Ramón y Domínguez Benavente, Ramón, "Jurisprudencia comentada", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 191, 1992, p. 175 (citando en apoyo a sus dichos lo expresado por G. Viney y B. Markesinis); Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, cit., pp. 110 y 111 (en donde indica que ha de tomarse el verbo "satisfacer" en dos de las acepciones que indica el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, ellas son: "hacer una obra que merezca perdón de la pena debida" y "aquietar y sosegar las pasiones del ánimo") y el mismo, "El daño moral es materia que siempre dependerá de la sabiduría de los jueces", en *Gaceta Jurídica* 123, 1990, pp. 13 y 14 (en donde señala que la condena a reparar los daños morales "será de naturaleza satisfactiva y sancionatoria moral; jamás compensatoria, como sucede en el caso del daño material"). Del mismo pensar es la jurisprudencia: Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 1984, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 81, sección 4ª, p. 140; Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 1985, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 82, sección 2ª, p. 6; Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril de 1989, en *Gaceta Jurídica* 106, p. 67; Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1990, en *Gaceta Jurídica* 123, p. 45 y Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 87, sección 3ª, p. 167 y en *Gaceta Jurídica* 123, p. 47. Esta última Corte indicó en otra oportunidad que con esta indemnización "en ningún caso se da una retribución o proporción relacionada a bienes de personas distintas" (Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de septiembre de 1990, en *Gaceta Jurídica* 123, p. 45).

[38] Sobre el particular véase Diez Schwerter, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, cit., pp. 249 ss.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Todo lo anterior ha generado una fuerte disparidad a la hora de fijar los montos de las indemnizaciones por daños morales semejantes.

La "lotería de los daños" es así un fenómeno que también vierte sus nocivos efectos en Chile[39], donde la determinación del monto indemnizatorio se considera además una cuestión de hecho, sometida soberanamente a la decisión de los jueces del fondo, escapando al control de la Corte Suprema por la vía de la casación[40].

III. LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN COLOMBIA

1. Marco normativo

El Código Civil colombiano establece en su artículo 1613 que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante..."[41], disposición que, pese a estar ubicada dentro de la regulación de la responsabilidad contractual, se estima aplicable también al ámbito aquiliano[42].

A más de ello, este código define expresamente el daño emergente y lucro cesante en su artículo 1614[43] y, al igual que su modelo chileno, omite referirse expresamente al daño no patrimonial[44].

[39] Expresión que corresponde al título de un profundo y reciente trabajo donde se denuncia un sistema injusto, costoso y poco funcional de resarcimiento de daños en ambiente de *common law*: Atiyah, P.S., *The damages lottery*, Oxford, Hart Publishing, 1997.
En Chile dada la enorme disparidad de criterios para fijar indemnizaciones ante idénticos perjuicios, se ha llegado a tildar la situación de "justicia al ojo" (Domínguez Aguila, Ramón, "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 188, 1990, p. 157, nota 133).
[40] En este sentido véase Corte Suprema, 8 de enero de 1945, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 42, sección 1ª, p. 394; Corte Suprema, 9 de enero de 1969, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 66, sección 4ª, p. 13 y Corte Suprema, 18 de marzo de 1976, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 73, sección 4ª, p. 125.
[41] Equivalente al artículo 1556 del Código Civil chileno.
[42] En este sentido, Durán Trujillo, Rafael, *Nociones de responsabilidad civil (contractual y delictuosa)*, Bogotá, Editorial Temis, 1957, pp. 93 ss.; Hinestrosa, Fernando, *Obligaciones, negocio – daño*, Bogotá, Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1969, p. 531; Martínez Rave, Gilberto, *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, p. 319; Pérez Vives, Alvaro, *Teoría general de las obligaciones*, Tomo II, *Parte Primera. De las fuentes de las obligaciones (continuación). De la responsabilidad civil. De la ley*, Bogotá, Temis, tercera edición, 1968, p. 264, citando sentencia de la Corte Suprema: "S. de N. G., 3 de agosto de 1949, 'G.J.', LXVI, ps. 588 y ss"; y, Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, IV, *De los perjuicios y su indemnización*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 136.
[43] El artículo 1614 del Código Civil colombiano, que no tiene equivalentes en el Código Civil chileno, señala que daño emergente es "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento", en tanto que el lucro cesante será "la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento".
[44] Inclusive en Colombia no se incorporó el artículo 2331 del Código Civil chileno, en virtud del cual "las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. *Evolución interpretativa*

Pese al anotado panorama normativo, la jurisprudencia y doctrina colombiana aceptaron resarcir el comúnmente llamado "daño moral", comprendiendo en él no sólo el dolor o sufrimiento, sino también otros variados aspectos, tales como el perjuicio "estético"[45], "la supresión de las alegrías de la vida", o los atentados "al honor sexual de la mujer" o a "cosas que tienen valor de afección"[46], y más en general la lesión a bienes "inmateriales, intrínsecos, inherentes a la persona humana"[47].

Pionera en esta línea fue la sentencia de la Corte Suprema de 21 de julio de 1922[48], la cual admitió resarcir el daño moral en sede aquiliana, afirmándose en tiempos recientes que en este ámbito "es principio de vigencia indubitable en el ordenamiento nacional aquél de acuerdo con el cual, por mandato del artículo 2341 del Código Civil leído en consonancia con el primer inciso del artículo 2356 ibídem [sic], todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque antijurídico a un interés que ante el derecho debe juzgarse digno de protección"[49]. Y esta solución no tiene contradictores en doctrina.

---

una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero, pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación"; y ello en el entendido, señala Vélez, que una norma de ese tenor habría pugnado con el artículo 15 Nº 7 de la Constitución colombiana de 1863 –vigente al expedirse el Código Civil de ese país–, el cual consagraba la "libertad de expresar sus pensamientos de palabra o por escrito, sin limitación alguna" (artículo 15, Nº 7°), siendo inaceptable de ese modo "que se debiese indemnización por el ejercicio de una garantía constitucional, aunque de él resulten perjuicios" (Vélez, Fernando, ***Estudio sobre el Derecho Civil colombiano***, París, Imprenta París-América, s.f., segunda edición, corregida y aumentada por el autor y por Luis-Angel Arango, tomo IX, p. 16).

[45] Así se ha resuelto que "el acortamiento de un pie en un individuo joven, que era normal anteriormente, la visible demostración del defecto al caminar, determinan sin lugar a duda, en su persona un complejo de inferioridad no sólo física, sino psíquica, que en muchas ocasiones le cohíbe para actuar socialmente en forma normal" (Corte Suprema, Sala de Negocios Comunes, 29 de abril de 1943, en ***Gaceta Judicial*** 55, pp. 450 y ss.).

[46] Valencia Zea, Arturo, ***Derecho Civil***, III, ***De las obligaciones***, Bogotá, Temis, 1990, octava edición, pp. 191 ss. Tamayo Jaramillo, por su parte, se manifiesta partidario que en casos excepcionales se indemnicen los perjuicios morales causados por daños a las cosas: Tamayo Jaramillo, Javier, ***De la responsabilidad civil***, IV, ***De los perjuicios y su indemnización***, cit., pp. 158 ss., citando jurisprudencia al respecto.
Cabe tener presente que la Corte Suprema ha definido la "afección o afición" como "un estado psicológico que se revela mediante actos externos por los cuales el sujeto que lo tiene o padece pone de manifiesto su vinculación especial con el objeto o cosa que motiva aquel estado" (Corte Suprema, 28 de marzo de 1931, en ***Gaceta Judicial*** 36, p. 301).

[47] Corte Suprema, Sala de Negocios generales, 13, de diciembre de 1943 *G. J.*, LVI, p. 672 ss.

[48] ***Gaceta Judicial*** 29, p. 220.

[49] Corte Suprema, 25 de julio de 1992, citada por Gamboa Bernate, Juan Fernando, ***Tasación del daño***, Tesis de grado presentada para optar al título de abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1996, pp. 377 a 389). En el mismo sentido se ha resuelto que "cuando la ley obliga a resarcir todo daño

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por su parte, en lo que atañe al daño moral derivado de incumplimiento contractual, su resarcibilidad fue aceptada desde fines de la década de 1970[50], siendo trascendente para ello el reconocimiento que el artículo 1006 del Código de Comercio de 1971 (DL 410 de 1971) hizo a la resarcibilidad de este tipo de daño en el contrato de transporte[51], solución que, por analogía, se extendió a otras figuras contratuales[52].

Cabe hacer presente, por otra parte, que también los códigos penales reconocieron la resarcibilidad del "daño moral" como una de las consecuencias civiles de los ilícitos penales.

En tal sentido el Código Penal de 1936 indicaba en su artículo 95 que "cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos".

Por su parte el Código Penal de 1980[53] reiteraba que "el hecho punible

del hombre que ocasione perjuicios a otro [artículo 2356 del Código Civil], no distingue: cualesquiera que sean los derechos, patrimoniales o extrapatrimoniales, a que ese daño afecte, procede la acción de responsabilidad civil para las indemnizaciones correspondientes" (sentencia publicada en *Gaceta Judicial* 51, p. 450, citada por Durán Trujillo, Rafael, *Nociones de Responsabilidad Civil (contractual y delictuosa)*, cit., p. 86). En el mismo sentido ya una sentencia de 1942 era categórica en sostener que "no es exacto que cuando se haga estimación de perjuicios materiales se entiendan incluidos en éstos los de orden moral, o viceversa. Pueden ocurrir simultáneamente las dos clases de perjuicios" (Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, 14 de marzo de 1942, en *Gaceta Judicial* 52, pp. 920 y ss.).

[50] Antes la jurisprudencia negaba la resarcibilidad del daño moral en la responsabilidad contractual: así, por ejemplo, sentencias de la Corte Suprema colombiana de 20 de febrero de 1944 (en *G.J.*, t. LVIII, p. 613); y de 29 de octubre de 1945 (en *G.J.*, t. LIX, p. 748); ambas citadas en Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, T. IV, *De los daños y su reparación*, cit., pp. 155 y 156.

[51] Artículo 1006 del Código de Comercio: "Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral".

[52] Así, por ejemplo, señala que "esta interpretación se ha hecho extensiva a otros contratos aunque la ley nada diga al respecto. De hecho nuestros tribunales actualmente otorgan indemnización de los daños morales cuando se trata de demandas por responsabilidad contractual de los médicos o de los hospitales, cuando se trata de acciones de tipo laboral por accidentes del trabajo" (Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, T. IV, *De los daños y su reparación*, cit., p. 157. En el mismo sentido: Navia Arroyo, Felipe, *Del daño moral al daño fisiológico, ¿una evolución real?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 46; e, Hinestrosa, Fernando, *Obligaciones, negocio – daño*, cit., p. 539; y el mismo en "Devenir del derecho de daños", en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, Roma, 10, 2000, p. 33, donde señala que "la posibilidad de producción de daño moral en el incumplimiento de contratos, en un principio rechazada por la mayoría de la casación civil (Cas. 20 de febrero de 1944, LVIII, 613), pero en 1971 vino a ser reconocida en la legislación, a propósito del contrato de transporte, pero que la doctrina extiende a todos aquellos casos en que la ejecución de una obligación tiene que ver con un derecho de la personalidad y, por ende, su inejecución puede llegar a vulnerarlo"). También se acepta el resarcimiento del daño moral derivado de incumplimiento contractual en: Martínez Rave, Gilberto, *Responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, cit., p. 364.

[53] Decreto Nº 100 de 1980, en vigor desde el 23 de enero de 1981.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan" (artículo 103 inciso 1º).

Y el actual Código Penal del 2000 dispone en su artículo 94 que "la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquélla".

3. Categorías de daños no patrimoniales resarcidos en derecho colombiano: el "daño moral objetivado", el "daño moral subjetivo", el "daño fisiológico" y el "daño a la vida de relación"

En una primera etapa la jurisprudencia y doctrina colombianas distinguieron frecuentemente entre el llamado "daño moral objetivado" y el "daño moral subjetivo" (o "***pretium doloris***")[54].

La expresión "daño moral objetivado" se empleó para aludir a "aquellos daños resultantes de las manifestaciones económicas de la angustia o trastornos psíquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso"[55].

En tanto que con la expresión "daño moral subjetivo" (o ***pretium doloris***) se hace referencia a aquellos daños "que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, emocionales, que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o definir"[56].

La distinción en comento fue objeto de fuertes críticas, pues se estimó que el llamado "daño moral objetivado" conduciría a dobles indemnizaciones al confundirse con el lucro cesante[57]. Inclusive Tamayo Jaramillo fue lapidario en señalar que "tal vez ninguna creación jurisprudencial le haya hecho más daño a nuestro ordenamiento jurídico" que la referida a los "daños morales objetivados"[58].

[54] Sobre la gestación, evolución y críticas a esta clasificación en derecho colombiano véase: Navia Arroyo, Felipe, ***Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?***, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 37 a 52.

[55] En este sentido Martínez Rave, Gilberto, ***Responsabilidad civil extracontractual en Colombia***, cit., p. 196. También se ha dicho que son "los hechos que por lo profundo de la lesión moral ocasionan un estado de ánimo capaz de influir en la capacidad de trabajo del individuo, por el desequilibrio anímico que producen; o que se refieren a los atributos inherentes a la personalidad como el honor, la buena fama, etc., que determinan una mengua de la reputación o crédito del hombre de bien, que se refleja directamente sobre el desarrollo de la actividad económico-social" (Montoya Gómez, Mario, ***La responsabilidad extracontractual***, Bogotá, Editorial Temis, 1977, p. 128).

[56] Martínez Rave, Gilberto, ***Responsabilidad civil extracontractual en Colombia***, cit., p. 197.

[57] En tal sentido, Hinestrosa señala con agudeza que el "incorrectamente denominado" "daño moral objetivado" "no es otra cosa que un daño patrimonial en la forma de lucro cesante" (Hinestrosa, Fernando, "Apreciación del daño moral (Aclaración de voto en la Sentencia de 25 de febrero de 1982 de la Sección 3ª del Consejo de Estado)", en Hinestrosa, Fernando, ***Escritos varios***, Bogotá, Umaña Trujillo Impresores, 1983, p. 722).

[58] Tamayo Jaramillo, Javier, ***De la responsabilidad civil***, IV ***De los perjuicios y su indemnización***, 1986, cit., p. 157.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde la década pasada el Consejo de Estado colombiano sostendrá que junto a los perjuicios morales subjetivos, existiría el llamado "perjuicio fisiológico" (siguiendo el modelo del ***préjudice d'agrément*** francés), el cual "tiene su punto de partida en una lesión física, es decir, se da sólo en hipótesis de atentado a la integridad física que no desemboca en la muerte de la víctima, y en razón de la cual ésta no podrá, en lo sucesivo, dedicarse a las actividades placenteras de la vida en la forma como lo hacía antes del accidente"[59-60]. E inclusive en la reciente sentencia del 19 de julio de 2000 (Nº 11842) este organismo llegará a postular el reemplazo de la expresión "daño fisiológico" en favor de la expresión "daño a la vida de relación", en atención a que esta última expresión es "más amplia puesto que una lesión a la esfera extrapatrimonial, distinta del daño moral, puede surgir de distintos hechos y no sólo como consecuencia de una lesión corporal (por ejemplo, una acusación calumniosa), y así en la reparación se puede comprender la merma no sólo provocada por el daño a la salud, sino también a otros derechos de la personalidad"[61].

4. Avaluación del daño no patrimonial

La indemnización dineraria es el modo usual de proceder al resarcimiento del daño no patrimonial en Colombia[62], atribuyéndosele una función "satisfactiva"[63].

[59] Navia Arroyo, Felipe, ***Del daño moral al daño fisiológico ¿una evolución real?***, cit., p. 81. Sobre la recepción del "daño fisiológico" en el Consejo de Estado colombiano, véase especialmente, Henao, Juan Carlos, ***El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés***, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 264 ss.; y Cortés Moncayo, Edgar, ***El resarcimiento del daño a la persona en el Derecho Latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de dos modelos europeos***, en AA.VV., ***Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Homenaje a Fernando Hinestrosa***, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 339 a 341.

[60] En este punto la influencia de las ideas de Tamayo Jaramillo es notoria, pues este autor ha sido un firme partidario de resarcir el "perjuicio fisiológico" en Colombia, perjuicio que lo concibe como la "privación que sufre la víctima de su integridad física y mental para disfrutar de aquellos placeres elementales que la vida le proporcionaba antes de sufrir el daño por el cual se pide indemnización" (Tamayo Jaramillo, Javier, "Balance y perspectivas de la responsabilidad civil en el Código de Bello y en el Proyecto Valencia Zea", en AA.VV. [Tamayo Jaramillo, Javier Ed.], ***Tendencias modernas del derecho civil. Propuestas de reforma a la legislación civil***, Temis, Bogotá, 1989, p. 452.

[61] En tal sentido, Cortés Moncayo, Edgar, ***El resarcimiento del daño a la persona en el Derecho Latinoamericano. Elementos para una discusión traídos de dos modelos europeos***, cit., pp. 339-341.

[62] Aun cuando se acepta que pueda ser resarcido a través de medidas diversas el pago de una suma de dinero, como por lo demás sucedió en la primera sentencia que aceptó satisfacer un daño moral en Colombia. Los hechos que originaron ese proceso fueron los siguientes: los empleados del cementerio de Bogotá arrojaron, por equivocación, a la fosa común los restos de la que había sido la esposa del actor y con la cual lo habían unido fuertes vínculos de afecto. Y la medida de satisfacción ordenada consistió en ordenar al municipio de dicha ciudad construir un mausoleo dedicado a la memoria de la esposa del demandante (Corte Suprema, 21 de julio de 1922; ***Gaceta Judicial***, 29, p. 220).

[63] Así, por ejemplo, la Corte Suprema citando expresamente a K. Larenz ha dejado consignado que "la reparación, cuando de daños morales se trata, la identifica un sentido resarcitorio de significado especial

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Importante particularidad del derecho colombiano en este punto lo constituye la adopción de diversos métodos limitativos del ***quantum*** del daño moral[64-65].

Así, hasta el año de 1974 todas las ramas de la jurisdicción se entendieron sujetas al límite de los $ 2.000 consagrados en el artículo 95 del Código Penal de 1936.

En sentencia de 27 de septiembre de ese año (1974), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia abandona ese postulado, sosteniendo que en lo sucesivo ese límite sólo sería aplicable a los jueces penales, procediendo a fijar periódicamente topes indemnizatorios diversos a los contenidos en el Código Penal para este rubro de perjuicios.

El Código Penal de 1980 fijará un nuevo tope indemnizatorio en su artículo 106, al establecer que "si el daño moral ocasionado por el hecho punible no fuere susceptible de valoración pecuniaria, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido o perjudicado hasta el equivalente, en moneda nacional, de un mil gramos oro. Esta tasación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencia del agravio sufrido".

Cabe mencionar que si bien el Consejo de Estado se sujetó a los límites impuestos por el Código Penal de 1980, estimó que ellos operaban únicamente tratándose del daño moral en sentido estricto, pero no respecto del "daño fisiológico", para el cual las cantidades fijadas han oscilado entre los 600 y los 4.000 mil gramos/oro[66].

Una última estapa en esta particular evolución la constituye la dictación

---

que, para decirlo con palabras de un renombrado expositor (K. Larenz. ***Derecho de Obligaciones,*** Tomo II, p. 69), consiste en "...proporcionar al perjudicado o lesionado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida..." (Corte Suprema, 25 de julio de 1992, transcrita parcialmente por Gamboa Bernate, Juan Fernando, ***Tasación del daño***, cit., pp. 377 a 389).

[64] En todo caso, cuando se acepta la existencia del llamado "daño moral objetivado" se estima que su avaluación se rige por las mismas reglas de los perjuicios materiales, al consistir en consecuencias patrimoniales tasables y cuantificables (incluso con el auxilio de un dictamen pericial). A su respecto no se reconocen limitaciones cuantitativas previas (Martínez Rave, Gilberto, ***Responsabilidad civil extracontractual en Colombia***, cit., p. 362).

[65] En este punto seguiremos con especial atención los antecedentes contenidos en: Koteich, Milagros, ***La reparación del daño extrapatrimonial en Colombia***, artículo, s/e, Bogotá, 2004, que la autora tuviera la gentileza de proporcionarnos.

[66] Sentencias del Consejo de Estado del 02-10-1996, y del 04-04-1997.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

del Código Penal de 2000, actualmente vigente, el cual, al referirse a la ***Indemnización por daños***, señala en su artículo 97:

> En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.
> Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.
> Los daños materiales deben probarse en el proceso.

La genérica referencia hecha en este precepto al "daño derivado de la conducta punible" ha generado una serie de problemas interpretativos, como el determinar si el tope indemnizatorio ahí contenido rige tanto para los daños morales como para los materiales; o sólo para los primeros; y, aun en esta última alternativa, si debe distinguirse entre el "daño moral objetivado", el "daño moral subjetivo" y el "daño fisiológico".

En todo caso, en sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002 la Corte Constitucional declaró expresamente "exequibles los incisos primero y segundo del artículo 97, de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible"[67].

El Consejo de Estado sin embargo, en sentencia del 6 de septiembre de 2001, resolvió apartarse definitivamente de las limitaciones contenidas en la legislación penal para la fijación del ***quantum*** de la indemnización por daño moral, gobernándose en adelante por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998[68], el

[67] En http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC916_02.HTM
En el recurso se sostenía que el artículo 97 del Código Penal del 2000 desconocía los artículos 13 y 58 de la Carta Fundamental, "por cuanto no garantiza el derecho a la reparación integral de quienes han sido perjudicados por la conducta punible en cuantía superior a la máxima reconocida en la norma", lo cual supondría un detrimento patrimonial injustificado y discriminatorio.

[68] Consejo de Estado, Sección Tercera, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 13232-15646: "En cuanto a la jurisdicción contencioso administrativa, ha quedado clara la sujeción directa al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que, conforme a lo expresado, hace no sólo innecesario, sino improcedente, el recurso a la analogía, para aplicar el Código Penal vigente, a fin de decidir aspectos relativos a la valoración del daño moral. Visto lo anterior, considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal".

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cual deja entregado el punto a la apreciación judicial guiada por el principio de la reparación integral, al establecer que "dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"; previniendo dicha corporación que "con el objeto de buscar cierta homogeneidad en la jurisprudencia, pueda establecer pautas referenciales para la indemnización de tal rubro, como efectivamente lo hizo en la sentencia apenas referida, en una cantidad equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales cuando el daño moral sea de la mayor intensidad"[69].

Finalmente cabe consignar que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han precisado que los topes que ellos han establecido para la indemnización del daño moral no son obligatorios[70].

IV. LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN ECUADOR

1. Categorías de daños extracontractuales resarcibles: principio

En Ecuador jamás existieron dudas sobre la resarcibilidad de los daños patrimoniales en la responsabilidad civil, puesto que el artículo 1572 (anterior 1599[71]) del Código Civil sostiene expresamente que "la indemnización de

[69] Koteich, Milagros, ***La reparación del daño extrapatrimonial en Colombia***, cit.

[70] Así, Koteich, Milagros, ***La reparación del daño extrapatrimonial en Colombia***, cit. reproduciendo sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del 6-05-98, M. P. Rafael Romero Sierra: "(...) Nunca pretendió la Corte, y mal podía hacerlo, señalar con carácter de obligatorio un tope a la suma que como compensación por los referidos daños puede fijar el juez. Ha sentado sí esta Corporación ciertas pautas con el ánimo de facilitar semejante tarea, pero nada más. Esto quedó bien definido, cuando se puntualizó: "Acerca de tal aspecto y en vista de la ausencia de un explícito mandato legal al respecto, la Corte, con apoyo en la misión unificadora que por ley le corresponde, viene, de tiempo en tiempo y desde algunos años, señalando unos topes máximos de dinero dentro de los cuales es, a juicio de aquélla, admisible que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral. (...) Ahora bien, los topes que de manera periódica y por vía jurisprudencial ha venido indicando la Corte, no son, en modo alguno, de obligatorio acatamiento para los falladores de las instancias, pues, como legalmente consta, a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria (Artículo 17 C. C.). Esos topes, dícese de nuevo, no representan otra cosa que una guía para las jurisdicciones inferiores, máxime cuando son éstas las que deben ceñirse a su prudente juicio cuando tasan los perjuicios morales" –Cas. de 28 de febrero de 1990– (...)"; sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 6-9-01, C. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Exp. 13232-15646: "Lo anterior se expresa sin perjuicio de que, con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasen la indemnización del perjuicio aludido sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias".

[71] El Código Civil ecuatoriano fue numerado nuevamente en sus artículos por Suplemento del ***Registro Oficial*** N° 46 del 24 de junio de 2005.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante..."[72]. Y tal precepto, pese a estar ubicado dentro de la regulación dada la responsabilidad contractual, se ha aplicado también al ámbito aquiliano[73].

En lo que respecta al daño moral, cualquier aprehensión que haya podido existir en cuanto a su resarcibilidad se dilucidó al dictarse la Ley Nº 256 –***Registro Oficial*** Nº 446 de 4 de junio de 1970– que los hizo procedentes en caso de imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona (modificando el entonces artículo 2258 del Código Civil, actual 2231[74]); y, especialmente, luego que la Ley Nº 171 –***Registro Oficial*** Nº 779 de 4 de julio de 1984, llamada ***Ley de Reparaciones de Daños Morales***– agregara un nuevo inciso 3º al entonces artículo 1599 (actual 1572) y tres artículos innumerados entre los antiguos artículos 2258 y 2259 del Código Civil (actuales artículos 2232, 2233 y 2234), los que regularon a nivel general la resarcibilidad de ese tipo de perjuicios[75].

[72] Equivalente al artículo 1556 del Código Civil chileno.

[73] Así por ejemplo se afirma que "el artículo 1599 del Código Civil [actual 1572], es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual o aquiliana (Alessandri Rodríguez, ob. cit. Nº 457) y por tanto la indemnización de perjuicios, en uno y otro caso, comprende el daño emergente y el lucro cesante" (considerando 11º del Voto Salvado de los ministros Miguel Macías Hurtado y René Bustamante Muñoz, en sentencia de Corte Suprema, Sala de lo Civil y Comercial, de 29 de septiembre de 1993, en juicio ordinario por pago de daños y perjuicios seguido por Angel Gutiérrez en calidad de mandatario de Livina Vargas Morales en contra de la compañía Molinos Champión S.A. Mochasa, en *www.dlh.lahora.como.ec/paginas/judicial/paginas/D.Civil.10.htm* [visitado el 25.02.03]).

[74] Actual artículo 2231 del Código Civil ecuatoriano:
"Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral".

[75] El tenor de los tres artículos innumerados introducidos entre los entonces artículos 2258 y 2259 del Código Civil ecuatoriano por la Ley Nº 171, *Registro Oficial* Nº 779 de 4 de julio de 1984 es el siguiente:
Primer artículo innumerado (actual artículo 2232): "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.
Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.
La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo".
Segundo artículo innumerado (actual artículo 2233): "La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquélla, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derecho habientes,

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. Resarcibilidad de los daños "meramente morales"

En los motivos de la ***Ley de Reparaciones de Daños Morales*** se consignó que "en general las disposiciones del Título XXXIII del Libro IV del Código Civil, que tratan las indemnizaciones relativas a los delitos o cuasidelitos, y las demás que contienen el citado Cuerpo de Leyes en materia de indemnizaciones, versan únicamente sobre los casos de daños materiales causados a las personas", no obstante que "innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual, en virtud de las actuales normas, quedan sin reparación alguna", todo lo cual hacía imperioso "llenar este vacío legal incorporando preceptos acordes con las corrientes jurídicas actuales de las que el Ecuador se halla al margen en este ámbito".

De estos motivos, y de la redacción de los preceptos introducidos, queda en evidencia que el objetivo de esta ley fue consagrar a nivel general la resarcibilidad del daño moral[76].

Para ello esta ley agregó en primer término un nuevo inciso 3º al referido artículo 1599 (actual 1572), el cual reza: "Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en Título XXXIII del Libro IV de este Código".

A continuación la ***Ley de Reparaciones de Daños Morales*** introdujo 3 artículos innumerados entre los entonces artículos 2258 y 2259 del Código Civil –actuales artículos 2232, 2233 y 2234–, en los cuales consagró y reglamentó expresamente la resarcibilidad de los que llama "daños meramente morales".

Al efecto el artículo 2232 señala en su inciso 1º que "en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización

conforme a las normas de este Código.
Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes".
Tercer artículo innumerado (actual artículo 2232): "Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes".
Sobre la resarcibilidad del daño moral en Ecuador, véanse especialmente: Abarca Galeas, Luis Humberto, ***El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo Ecuatoriano***, Riobamba, 1995; y Barragán Romero, Gil, ***Elementos del daño moral***, Quito, Edino, 1995.

[76] Al respecto se ha sostenido que la resarcibilidad del daño moral procede incluso cuando éste proviene del incumplimiento contractual, señalándose que "si conjuntamente con la vulneración del derecho patrimonial amparado en el contrato se vulneran uno o más derechos extrapatrimoniales del acreedor, procede la reparación pecuniaria del daño moral, al tenor de lo prevenido en el tercer artículo innumerado contemplado en el Art. 2 de la Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales; y aunque esa indemnización es independiente de la indemnización por el daño patrimonial, por su relación conexa puede demandarse conjuntamente con ésta" (Abarca Galeas, Luis Humberto, ***El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo Ecuatoriano***, cit., p. 82).

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta"[77].

El inciso 2º por su parte agrega que "dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes, en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes".

Es decir en esta norma se establecen hipótesis específicas que generan daños morales (difamación, lesiones, violación, estupro o atentados contra el pudor, detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados) a las cuales se agrega una cláusula general: se producirá un daño moral cada vez que se origine a otro "sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes".

Sobre el particular se ha resuelto –citando a los Mazeaud y Josserrand– que daño moral "no sólo es toda lesión de sentimientos legítimos, como el afecto, el honor, la paz, la dignidad, el pudor, etc., sino, con criterio más amplio, el dolor que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana", agregándose que "ese es el criterio jurídico que informa nuestra párvula normativa, como puede apreciarse de la lectura del primero de los artículos innumerados, que manda agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil, por el artículo 2, de la ***Ley de Reparaciones de Daños Morales***, publicada en el ***Registro Oficial*** Nº 779 de 4 de julio de 1984. Se ha protegido así, contra toda lesión dolosa o culposa, con preceptos legales expresos, precisos e inequívocos, derechos extrapatrimoniales, igual o mayormente dignos de tutela que los materiales, aunque como éstos, aquéllos no puedan ser susceptibles de una exacta o matemática valorización pecuniaria o económica, contra toda conducta injusta y dañosa de terceros, que los sentimientos jurídicos, jurisprudenciales, académicos y, en general, colectivos, unánime y uniformemente,

[77] Pese a que este artículo recalca una función "resarcitoria" en la indemnización del perjuicio moral, la jurisprudencia le ha reconocido también un rol "punitivo" y "preventivo". Así se ha resuelto que "habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador (...). Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva" (Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 14 de junio de 2002, en ***Registro Oficial***, Nº 630, de 31 de julio de 2002, p. 30, considerando 8º).

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

exigían"[78]. Los autores que se han referido a la cuestión son de la misma opinión[79].

En el inciso final del artículo 2232 se añade que "la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado...", de donde se desprende que son dos entonces los requisitos necesarios para que proceda el resarcimiento de esta especie de perjuicios: por una parte la "ilicitud" de la "acción u omisión" del demandado; y por otra la existencia de una relación de causalidad "próxima" entre los mencionados daños y esta acción u omisión.

Citando a Gil Barragán Romero (redactor del proyecto que dio origen a la Ley 171, publicada en el ***Registro Oficial*** Nº 779 de 4 de julio de 1984) la Corte Suprema ecuatoriana sostuvo que "el padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio ***in re ipsa***... La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que ha afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y el fundamento para declararlo responsable"[80].

El artículo 2233 señala que la acción por daño moral corresponde "exclusivamente a la víctima o a su representante legal"; aunque en todo caso si a la víctima la afecta una "imposibilidad física" autoriza a que ejercite esta acción "su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad". Ahora si el hecho ilícito ha producido la muerte de un persona, pueden intentar la mencionada acción "sus derecho habientes, conforme a las normas de este Código".

[78] Sexto Juzgado de lo Civil de Guayaquil, 16 de agosto de 1988, en ***Revista de Jurisprudencia***, Fundación Antonio Quevedo, 4, junio de 1992, p. 29 ss. En el mismo sentido se ha resuelto –citando expresamente las palabras del profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez– que "el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria –el patrimonio de la víctima está intacto–, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de allí que la indemnización que lo repare se la denomine ***pretium doloris***, el daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño" (Corte Suprema, 5 de mayo de 1988, en ***Gaceta Judicial***, Serie XV, 2, p. 397, considerando 3º).

[79] Así, se ha dicho que el daño moral afecta "la síquis [sic] que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, es la doctrina del ***doloris pretium***" (García Falconí, José C., ***Daño moral en la legislación ecuatoriana***, en ***www.dlh.lahora.como.ec/paginas/judicial/paginas/D.Civil.10.htm*** [visitado el 23.02.03]).

[80] Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 17 de abril de 2002, en ***Registro Oficial***, Nº 626, de 25 de julio de 2002, p. 14, considerando 5º, citando a Barragán Romero, Gil, ***Elementos del daño moral***, cit., pp. 195 y 196.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si el daño moral afecta a "instituciones o personas jurídicas" la respectiva legitimación corresponde "a sus representantes", según dispone el inciso segundo del artículo 2233[81].

El artículo 2234 en tanto establece expresamente que "las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes regulan otras leyes".

Finalmente cabe señalar que el reconocimiento expreso a la resarcibilidad de los daños morales en el Código Civil ecuatoriano se había producido con la Ley 256, publicada en el ***Registro Oficial*** Nº 446 de 4 de junio de 1970 (cuyo redactor fue Juan Larrea Olguín[82]), la cual, modificando el precepto original tomado del modelo chileno[83], vino a establecer en el artículo 2258 (actual artículo 2231) que "las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria no sólo si prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral", recalcándose por la jurisprudencia que en este artículo "el adverbio 'también' ha sido usado para indicar que, además, puede demandar indemnización pecuniaria, quien hubiera sufrido daños morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta"[84].

3. La avaluación de los "daños morales"

Según reconoce la jurisprudencia "el acto delictual o cuasidelictual, en síntesis, el hecho ilícito, impone el deber de resarcir el daño causado por la transgresión reprobable de una norma de conducta prevista, como expresamente lo consagran los artículos 2241 y 2256 del Código Civil [actuales artículos 2214 y 2229]"[85].

Y particularmente en materia de daños morales el inciso final del artículo 2232 entrega "a la prudencia del juez la determinación del valor de la indem-

[81] Se ha dicho que le corresponderá esta acción por daño moral a una persona jurídica cuando sea víctima "de descrédito por falsas informaciones o datos erróneos" (Guzmán Lara, Aníbal, *Diccionario explicativo del Derecho Civil ecuatoriano. Obligaciones y contratos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 1992, p. 194).
[82] Los fundamentos teóricos de Larrea Olguín para proponer esta reforma legislativa aparecen reproducidos en: Barragán Romero, Gil, *Elementos del daño moral*, cit., pp. 118 y 119.
[83] El artículo 2350 del Código Civil ecuatoriano (en su precedente numeración) señalaba en efecto que "las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero. Pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación", repitiendo así lo dicho en el artículo 2331 del Código Civil chileno.
[84] Corte Suprema, Sala de lo Civil y Comercial, 24 de abril de 1995, en *Registro Oficial*, Nº 698, de 18 de mayo de 1995, p. 13, considerando 5º.
[85] Corte Suprema, Sala de lo Civil y Comercial, 7 de noviembre de 1996, en *Registro Oficial*, Nº 78, de 3 de junio de 1997, p. 7, considerando 3º.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nización atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo", es decir en consideración a la "gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta".

El daño moral –afirma un autor– "por su naturaleza subjetiva queda entregado a la estimación discrecional de los jueces de lo civil, conforme al mérito del proceso y a los principios de equidad, pues la valoración exacta del daño moral no existe, puesto que su medición material es francamente imposible y esto porque los bienes personales afectados no admiten una valoración propiamente tal o estricta, por eso se dice que la reparación es satisfice [sic], pero no compensativa"[86].

La jurisprudencia recalca que tratándose de la reparación del daño moral el sistema ecuatoriano se caracteriza por exigir "únicamente la prueba de la falta y delegando en el prudente criterio judicial la determinación del valor o cuantía de la indemnización, atentas las circunstancias, como lo estatuye el innumerado, que corresponde al primer artículo de la Ley de Reparación de Daños Morales"; subrayándose asimismo que "la acción de resarcimiento de daños morales no tiene como fundamento la especulación o el lucro con el dolor" pues "la institución ha sido creada para reparar un menoscabo moral, sin que pueda convertirse en causa de un enriquecimiento injusto o indebido"[87].

[86] García Falconí, José C., ***La prueba del daño moral y somo [sic] se fija el monto de la indemnización***, en ***www.dlh.lahora.como.ec/paginas/judicial/paginas/D.Civil.31.htm*** (visitado el 23.02.03). En todo caso la jurisprudencia le ha atribuido también un rol "punitivo" y "preventivo" a la indemnización, afirmando en tal sentido que, "habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador (…). Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva" (Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 14 de junio de 2002, en ***Registro Oficial***, Nº 630, de 31 de julio de 2002, p. 30, considerando 8º.

[87] Sexto Juzgado de lo Civil de Guayaquil, 16 de agosto de 1988, en ***Revista de Jurisprudencia***, Fundación Antonio Quevedo, 4, junio de 1992, p. 29 ss. Sobre el particular se ha resuelto también que "la legislación del daño extrapatrimonial, del daño meramente moral, y su consecuente reparación económica va tomando estructura jurídica apropiada en nuestro país; quedándose a la espera del perfeccionamiento que se irá consiguiendo a través del tiempo y de la formación de una casuística variada portadora de soluciones a las múltiples inquietudes que hoy abruman a quienes intentan su estudio y aplicación (…) el establecimiento de la discrecionalidad judicial para determinar el valor de la indemnización reparadora del daño meramente moral, instaurada a través de la ley reformatoria Nº 171 implica que la sentencia a dictarse en procesos como éste, si son condenatorios, pueden a un mismo tiempo ser declarativas y se [sic] condena. E igual fundamento (discrecionalidad judicial) debemos tomar en cuenta y aplicar para resolver sobre si el daño moral necesita demostrarse en el juicio. A este respecto el eminente profesor chileno Fernando Fueyo Laneri, en conferencia ofrecida en esta ciudad en 1974 con ocasión del homenaje a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de Guayaquil por el centenario de su fundación (conferencia recogida en la revista de dicho centro de estudios) sobre el tema 'El daño extrapatrimonial y su indemnización, especialmente en materia contractual', dice: 'prefiero, pues, la solución de la sentencia chilena recién citada, acorde con la naturaleza de las cosas. Reproduciré las

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cabe consignar finalmente que no han faltado las criticas a la entrega que se hace a la "prudencia del juez" de la determinación del daño moral; pero sin proponer, por cierto, un sistema alternativo[88].

V. LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO NO PATRIMONIAL EN EL SALVADOR

El artículo 1427 del Código Civil salvadoreño sienta el principio que "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante..."[89].

En todo caso, pese a no reconocer expresamente al daño moral, su resarcibilidad no se discute en la actualidad[90], concibiéndose como el sufrimiento que causa a una persona el ser molestada "en su seguridad personal o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas"[91].

Para arribar a esta conclusión se tuvo en consideración el tenor del inciso 1° del artículo 2080 del Código Civil, el cual, en el ámbito extracontractual de la responsabilidad civil, ordena reparar "todo daño", sin hacer distinciones, es decir comprendiendo tanto los de naturaleza material como moral, conclusión que reafirmaría "la regla del artículo 2082, que excluye la indemnización [del daño moral], la cual carecería de sentido si tal fuera la regla general"[92].

---

palabras pertinentes de ese fallo: 'la apreciación pecuniaria del daño moral debe considerarse por entero entregada a la apreciación discrecional del juez, pues dada su naturaleza es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditada'. Hasta aquí la transcripción ilustrativa y orientadora" (Sentencia del Séptimo Juzgado de lo Civil de Guayaquil, de 29 de abril de 1986, en *Revista de Jurisprudencia*, Fundación Antonio Quevedo, 3, diciembre de 1991, p. 9 ss).

[88] Así: Torres Chaves, Efraín, *El daño moral*, I, Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1994, p. 182, quien señala que "la 'prudencia' del juez equivale a la 'arbitrariedad' del juez, en materia contable, numérica y matemática como es el valor de una indemnización".

[89] Equivalente al artículo 1556 del Código Civil chileno.

[90] Dueñas Dueñas, José Antonio, *La responsabilidad extracontractual en el Código Civil salvadoreño*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1959, p. 35 ss.; en el mismo sentido, Trigueros, Guillermo (hijo), *Teoría de las obligaciones*, I, San Salvador, Editorial Delgado, 1984, p. 386 ss.

[91] Trigueros, Guillermo (hijo), *Teoría de las obligaciones*, I, cit., pp. 386 y 387. Cabe hacer presente en todo caso que si bien este autor identifica el daño moral con el sufrimiento experimentado, se manifiesta partidario que personas jurídicas puedan sufrir daños morales en el entendido que "nadie discute" –señala– que éstas "pueden gozar de buen nombre, fama, eficiencia, etc., por lo que si se atacan esas cualidades por difamaciones, para el caso, tales personas pueden legítimamente reclamar indemnización por daños morales" (Trigueros, Guillermo (hijo), *Teoría de las obligaciones*, I, cit., p. 391).
Para Dueñas Dueñas en tanto, el daño moral "consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito; no la lesiona en su patrimonio, sino en sus sentimientos, sus afectos o creencias" (Dueñas Dueñas, José Antonio, *La responsabilidad extracontractual en el Código Civil salvadoreño*, cit., p. 35).

[92] Dueñas Dueñas, José Antonio, *La responsabilidad extracontractual en el Código Civil salvadoreño*, cit., p. 35. Los artículos 2080 y 2082 del Código Civil salvadoreño equivalen, respectivamente, a los artículos 2329 y 2331 del Código Civil chileno.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador: Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, el más concluyente sustento para el reconocimiento de la resarcibilidad de los daños morales en El Salvador ha provenido de sus propias cartas fundamentales y de los códigos penales.

Así, el artículo 163 inciso 2º de la Constitución Política de 1950 señalaba que "se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral"[93]. Y la vigente Constitución Política de la República de El Salvador de 1983 incorpora entre los "derechos individuales" reconocidos a toda persona "la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral" (artículo 2º inciso final[94]).

Por su parte el Código Penal de 1973 (publicado en ***Diario Oficial*** de 30 de marzo de ese año), disponía que "la indemnización de perjuicios comprende los daños materiales y los morales que se hubieren causado al ofendido, así como también los irrogados por razón del delito, a su familia o a terceros" (artículo 134); y el actual Código Penal (en vigencia desde el 2 de abril de 1998) establece en su artículo 115 que "las consecuencias civiles del delito, que serán declaradas en la sentencia, comprenden: (...) 3) la indemnización a la víctima o a su familia por los perjuicios causados por daños materiales o morales".

VI. CONCLUSION

El estudio efectuado permite comprobar que el derecho chileno, colombiano, ecuatoriano y salvadoreño resarcen actualmente no sólo el daño emergente y el lucro cesante –contemplados expresamente en el modelo original de Bello[95]–, sino también el daño no patrimonial, usualmente denominado "daño moral".

Distintas han sido sin embargo las vías seguidas para aceptar la resarcibilidad del daño moral en estos países.

[93] Así en 1959 Dueñas Dueñas expresaba que "la indemnización del daño moral ya no merece ninguna duda en la legislación salvadoreña, puesto que a la [sic] Constitución Política del año 1950 vino a establecer, en forma expresa, en el artículo 163 inciso 2º, la indemnización del daño moral: 'se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral'" (Dueñas Dueñas, José Antonio, ***La responsabilidad extracontractual en el Código Civil salvadoreño***, cit., p. 36; en el mismo sentido G. Trigueros (hijo), ***Teoría de las obligaciones***, I, cit., pp. 390 y 391).

[94] El artículo 2º de la Constitución de El Salvador señala:
"Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.
Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral".
Además el artículo 245 de esta Constitución confirma la resarcibilidad de estos perjuicios al establecer específicamente que "los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución".

[95] Artículos 1556 del Código Civil chileno, 1572 del Código Civil ecuatoriano, 1427 del Código Civil salvadoreño y 1613 y 1614 del Código Civil colombiano.

Artículo: La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador:
Del modelo de Bello a nuestros días.
Revista: Nº219-220, año LXXIV (En-Dic, 2006)
Autor: José Luis Diez Schwerter

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así de determinante fue en Chile la jurisprudencia en conexión con la doctrina, uniéndoseles más tarde el constituyente y el legislador en ciertas leyes especiales; en Colombia, la jurisprudencia en conexión con la doctrina, y el legislador penal y el comercial[96]; en Ecuador el legislador civil y penal; y en El Salvador el constituyente y el legislador penal. Todo lo cual refleja un marcado proceso de descodificación de la materia.

En cuanto al contenido del daño no patrimonial, un atento examen de las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales vertidas en estos países revela que si bien en principio se tiende a circunscribirlo al simple dolor o sufrimiento (***pretium doloris*** o "daño moral subjetivo"), lo cierto es que en definitiva se incluirán también en él los atentados a la integridad psicofísica en sí, al honor, a la libertad personal, a la estética e inclusive a las condiciones normales de vida, entre otros variados aspectos.

Respecto de la fijación del ***quantum*** del daño no patrimonial es un fenómeno compartido en estas experiencias nacionales el que se produzcan significativas disparidades ante idénticos perjuicios[97].

Finalmente cabe destacar que un importante factor de acercamiento en las soluciones dadas en estos cuatro derechos nacionales ha sido la utilización compartida de un conjunto bastante homogéneo de autores en la materia, dentro de los cuales se pueden mencionar las tradicionales enseñanzas de Alessandri, Fueyo, los Mazeaud, Josserrand, de Cupis, Chironi, Larenz y Scognamiglio, entre otros.

[96] El origen jurisprudencial del daño moral ha sido reconocido en más de una oportunidad por los propios jueces chilenos, como cuando se afirmó que "esta indemnización [la del daño moral] la admite nuestra jurisprudencia desde la segunda década del presente siglo, dejándola generalmente entregada a la prudencia y criterio de los jueces, habiendo dado los estudiosos del derecho ciertas pautas para la aludida indemnización" (Corte de Apelaciones de Santiago 4 de septiembre de 1991, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 88, sección 4ª, p. 141); o que "la reparación del daño moral o extrapatrimonial, en la responsabilidad extracontractual, ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia nacionales desde hace más de medio siglo, abundando las sentencias que acceden tal reparación de modo invariable" (Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 26 de diciembre de 1983, *Gaceta Jurídica*, 46, p. 93, considerando 6º).
Referencia expresa al origen jurisprudencial de la resarcibilidad del daño moral en Colombia se encuentra en la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de ese país, de 12 de marzo de 1937, en la cual se expresa "en nuestra legislación, como en la francesa, no existe un texto preciso que consagre de una manera real e inequívoca el carácter de la acción en lo relativo a la reparación de los daños morales. Ha correspondido a la jurisprudencia la determinación del alcance que tienen los preceptos del Código Civil" (en *Gaceta Judicial*, 45, p. 368).

[97] En ninguno de los países examinados se ha implantado un sistema generalizado de tablas o baremos resarcitorios para regular las lesiones a la integridad psicofísica provenientes de la responsabilidad extracontractual (mecanismo propuesto recientemente en Europa por destacados juristas. Cfr. Busnelli, Francesco Donato, "Propuestas europeas de racionalización del resarcimiento del daño no económico", en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, 208, 2002, pp. 189 a 200).
A destacarse como particularidad en este ámbito son los constantes intentos por establecer topes indemnizatorios en el derecho colombiano.