

Tipología y reparación del daño no patrimonial  
Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia  
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

MARÍA CECILIA  
M'CAUSLAND SÁNCHEZ

# **Tipología y reparación del daño no patrimonial**

Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia  
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-347-2

© 2008, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND SÁNCHEZ  
© 2008, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 0288  
publicaciones@uexternado.edu.co  
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2008

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones  
Correctora de estilo: Lilia Carvajal Ahumada  
Composición: Marco Robayo  
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores EU.  
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia  
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son de responsabilidad del autor.

## CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN	13
ARGENTINA	17
El Código Civil	17
La tipología del daño inmaterial según la doctrina	20
La tipología del daño inmaterial según la jurisprudencia	23
Algunos desarrollos particulares. Casos de <i>wrongful birth</i> , <i>wrongful life</i> y <i>wrongful pregnancy</i> o <i>wrongful conception</i>	26
La reparación del daño inmaterial	29
El proyecto de Código Civil	33
PERÚ	37
La Constitución de 1993	37
El Código Civil de 1984	38
El daño moral y el daño a la persona según la doctrina.	
El daño al proyecto de vida	39
El daño inmaterial según la jurisprudencia	45
BRASIL	49
La Constitución de 1988	49
El Código Civil de 2002	50
La tipología del daño inmaterial según la doctrina y la jurisprudencia	51
La reparación del daño inmaterial	56

COLOMBIA	59
La tipología del daño inmaterial en el ámbito contencioso-administrativo	59
La tipología del daño inmaterial en el ámbito civil	64
La reparación del daño inmaterial en el ámbito civil	71
La reparación del daño inmaterial en el ámbito contencioso administrativo	76
El programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de grupos armados organizados al margen de la ley	85
Limitaciones previstas en la aplicación del programa	85
Naturaleza de la reparación	87
Medidas de reparación	89
OTROS CASOS LATINOAMERICANOS	93
Chile, Uruguay y Ecuador	93
Bolivia, Paraguay y Venezuela	98
México	107
Cuba	111
ESPAÑA	113
La tipología del daño inmaterial	113
La reparación del daño inmaterial	119
Normas recientes sobre la responsabilidad patrimonial	122
La protección del honor, la intimidad y la propia imagen	122
El daño causado en la circulación de vehículos a motor	124
Algunos desarrollos particulares. Casos de <i>wrongful birth</i> , <i>wrongful life</i> y <i>wrongful pregnancy</i> o <i>wrongful conception</i>	127
PORTUGAL	131
BREVE OBSERVACIÓN SOBRE EL PANORAMAGENERAL DE IBEROAMÉRICA	133

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	135
Tipología del daño inmaterial. Reconocimiento del daño al proyecto de vida	136
La reparación del daño inmaterial. Adopción de medidas no pecuniarias	144
Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables	147
Búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas	151
Acto público de reconocimiento de responsabilidad	151
Conmemoración	154
Publicación de la sentencia	155
Tratamiento físico y psicológico para los familiares de las personas ejecutadas o víctimas de desaparición forzada	156
Educación en derechos humanos	157
Otras medidas no pecuniarias	157
El daño punitivo. Imprudencia de su reconocimiento	158
La legitimación para reclamar la indemnización del daño inmaterial	159
El <i>quantum</i> de la indemnización pecuniaria del daño inmaterial	160
REFLEXIONES FINALES	163



## AGRADECIMIENTOS

En el proceso de elaboración de este trabajo conté con la ayuda de varias personas, entre ellas DANIEL ROJAS TAMAYO, quien como auxiliar de investigación del Departamento de Derecho Civil del Externado, llevó a cabo la importante labor de recolección de buena parte del material bibliográfico; el doctor FELIPE NAVIA ARROYO, quien leyó pacientemente el texto inicial y formuló sobre él valiosos comentarios; el doctor ÉDGAR CORTÉS MONCAYO, quien generosamente me permitió conocer el texto inédito de su libro *Responsabilidad civil y daño a la persona*, en proceso de publicación, y la doctora MILAGROS KOTEICH, quien me facilitó el acceso a algunos textos jurisprudenciales recientes de la República de Venezuela. A ellos mi gratitud.





## INTRODUCCIÓN

Este ensayo tiene su origen en la ponencia presentada en las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, realizadas en la Universidad Externado de Colombia en el mes de julio de 2007. El texto inicial, referido de manera específica al daño en el ámbito de lo contencioso-administrativo y las modalidades de reparación, ha sido complementado para incluir el estudio de los mismos aspectos desde la óptica civil, así como la referencia a algunos avances que se han producido en los últimos meses.

A la importancia –tradicionalmente reconocida– del estudio de la tipología del perjuicio no patrimonial, fundada no solo en su utilidad académica, sino en la injerencia evidente que tiene en la realización efectiva del principio de reparación integral y, por lo tanto, de los derechos a la igualdad y a la justicia<sup>1</sup>, se suma el interés siempre puesto en su reparación, ahora fortalecido por la inquietud que genera la búsqueda de formas de satisfacción más acordes con la naturaleza de dicho perjuicio.

Estos son los temas objeto de este escrito, cuyo alcance pretende extenderse al ámbito iberoamericano, y que incluye los desarrollos más recientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues esta constituye referencia obligada porque da cuenta de la aplicación efectiva de medidas muy valiosas para dar solución a la inquietud aludida.

Los problemas de la clasificación del daño y su reparación están íntimamente ligados a la definición que de él se haga y a la deter-

---

<sup>1</sup> En ese sentido, MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, "Reflexiones sobre el contenido del daño inmaterial", en *Estudios de derecho civil, obligaciones y contratos*, Libro homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 años de rectoría: 1963-2003, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 325 y 326.

minación de las funciones de la responsabilidad patrimonial, dos aspectos antiguos y suficientemente tratados, por lo cual podrían considerarse fuera de discusión, pero que en realidad nunca han perdido vigencia e, incluso, puede decirse que han recuperado en el presente, gran protagonismo. Por esta razón, consciente de la imposibilidad de extenderme sobre dichos temas en este ensayo, y aunque sé que tendré que volver sobre ellos en el desarrollo del mismo, considero necesario presentar dos brevísimas observaciones que me permitirán plantear, desde ahora, mi posición personal.

En primer lugar, la revisión de la doctrina más recurrida<sup>2</sup> permite advertir, con facilidad, que una es la noción general de daño y otra la de daño indemnizable, sea que esta se presente explícitamente o que resulte del análisis de las situaciones concretas a las que se hace referencia. Por esta razón y teniendo en cuenta que el objeto de este trabajo lo constituye, sin duda, el daño indemnizable, es importante anotar que, en mi opinión, mientras el primero podría definirse como la lesión a un interés legítimo –concepto que me parece más apropiado que el referido a la lesión de un bien jurídico o de un derecho subjetivo<sup>3</sup>–, el segundo está determinado por las consecuencias o el resultado de esa lesión<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr., entre otros, ROBERTO BREBBIA, *El daño moral*, Rosario, Orbir, 2.<sup>a</sup> ed., 1967, pp. 75, 76, 233 a 237; GIUSEPPE CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Verona, Cedam, 1999, p. 49; PHILIPPE LE TOURNEAU et ál, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2004, p. 318; GIOVANNA VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (trad.), Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1999, p. 19; MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños. Daños a la persona*, vol. II, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p.19, citada por ALBERTO BUERES, “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n.º 1, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, julio de 1995, p. 248.

<sup>3</sup> Cfr., sobre el tema, ALBERTO BUERES, “El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 237 y ss.

<sup>4</sup> Comparto, al respecto, el criterio de la profesora argentina MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, quien expresa que el daño resarcible, que interesa civilmente, no apunta a la lesión a los derechos o al interés, sino a las consecuencias, a los efectos de dicha lesión, y agrega

En segundo lugar, en lo que se refiere a la función de la responsabilidad patrimonial –civil o administrativa–, considero que es esencialmente resarcitoria. No corresponden a su naturaleza, en mi opinión, funciones de carácter punitivo y disuasivo o ejemplar, al margen de que esta última resulte cumplida de modo indirecto<sup>5</sup>. Adicionalmente, no tiene la responsabilidad por objetivo remediar desequilibrios que no provengan del daño mismo y, por lo tanto, es este el único elemento que debe determinar la medida de la indemnización.

Debo advertir que, dado el importante número de naciones que conforman Iberoamérica y la dificultad que supone abarcar el estudio detallado de la situación de todas ellas en un ensayo, he concentrado mi atención en algunas cuya experiencia estimo especialmente interesante, por razones de diversa índole, que explicaré en cada caso. Por último cabe destacar que el desarrollo del tema objeto de este escrito ha partido, en la medida de lo posible, del estudio de textos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, y que he considerado necesario hacer una mención particular de los códigos civiles, teniendo en cuenta que su revisión se considera generalmente pertinente en los distintos países, para la definición del tema de la responsabilidad patrimonial, incluida, en no pocos eventos, aquella de carácter administrativo.

---

que, de otro modo, no será posible diferenciar el daño público del privado, pues el primero no requiere un resultado diferente de la lesión misma. Cfr., *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, vol. 2, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, 19 y ss. y 29 y 30, citada por ALBERTO BUERES, cit., p. 249.

<sup>5</sup> El profesor FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, quien manifiesta nunca haber negado que, de hecho, la amenaza de la responsabilidad civil pueda prevenir, expresa sin embargo, su coincidencia con quienes plantean que, si a una persona no la previene saber que al conducir un automóvil a gran velocidad corre el riesgo de matarse, de quedar herido, de matar, de herir a otros, de ser privado del permiso de conducir o, incluso, de ir a la cárcel, difícilmente puede considerarse que lo hará la amenaza de tener que pagar una determinada cantidad de dinero. Cfr., “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También en las Administraciones públicas)”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 443.

Me referiré, entonces, en primer lugar, a la situación de la clasificación del daño no patrimonial y a su reparación en algunos países de Latinoamérica; continuaré con el análisis de la situación española, haré una breve referencia a la situación de Portugal y después, abordaré el estudio de la jurisprudencia más reciente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Por último, presentaré algunas reflexiones personales.

## ARGENTINA

La intensa actividad académica que existe en este país en materia de responsabilidad civil, evidente en la publicación de múltiples textos de doctrina, así como el trámite actual de un proyecto de reforma al Código Civil que modificaría de modo importante el actual, justifican, en mi opinión, el estudio detallado de la situación argentina.

### EL CÓDIGO CIVIL

Son relevantes varias disposiciones del Código Civil vigente<sup>6</sup>; por una parte, el artículo 1068, incluido en el título de los actos ilícitos, establece que “[h]abrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, *o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*”. (Se resalta en bastardilla). Acepta, entonces, esta norma, que el daño puede recaer en los bienes del otro o en su persona misma.

En sentido similar, el artículo 1075, incluido en el título de los delitos, prevé que “[t]odo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona”.

En cuanto a la reparación, llama la atención el artículo 1083, que dispone lo siguiente: “[e]l resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera

---

<sup>6</sup> Fue aprobado a libro cerrado, es decir sin modificaciones, el 25 de septiembre de 1869, mediante la Ley n.º 340, y entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Ha sido reformado en varias oportunidades.

imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero". Se hace, aquí, un llamado al juez para buscar, en todos los casos, en primer lugar, una reparación *in natura*.

Por su parte el artículo 1071 bis, agregado por la Ley 21.173, establece una forma de reparación no pecuniaria de daños no patrimoniales que podría ser considerada *in natura*, al regular que quien se entrometa en la vida ajena, perturbando sus costumbres o sentimientos, o su intimidad, será obligado a cesar tales actividades y a pagar la indemnización respectiva, si el hecho no es un delito penal, y al disponer que también se podrá ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si fuere procedente para una adecuada reparación<sup>7</sup>.

Una restricción importante, en cuanto a la legitimación se refiere, subsiste en el artículo 1078, reformado por la Ley 17.711 de 1968. Si bien, en su primer inciso, este artículo dispone que la obligación de resarcir el daño incluye la reparación del agravio moral, en el segundo prevé que la acción, en tal caso, solo competirá al damnificado directo, y si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción sus herederos forzosos. El texto original derogado en 1968 era el siguiente:

---

7 El texto completo de la norma es el siguiente: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación". En opinión de MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, "la situación patrimonial de las partes y la necesidad de contrarrestar las ventajas económicas de la agresión también son elementos integrantes de la óptica equitativa a que alude el art. 1071bis del Cód. Civ.". Agrega, sin embargo, que comparte la orientación prevalenciente, según la cual la referencia a la valoración equitativa es desacertada y superflua, porque la reparación del daño causado a la intimidad no es en equidad, como sí lo es la contemplada en el artículo 907 del Código Civil. Cfr. MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ. *Resarcimiento de daños*, 2d, "Daños a la persona", Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 156 y 157.

Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas.

Se observa, entonces, que la restricción era mayor en cuanto solo se consideraba reparable el daño moral proveniente del delito penal, de modo que la importancia de la reforma salta a la vista<sup>8</sup>.

El artículo 1099 dispone que “[s]i se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”.

En cuanto a la indemnización misma, el párrafo segundo del artículo 1069, incluido por la Ley 17.711 de 1968, autoriza al juez para reducir, en equidad, el valor de la indemnización a favor del ofendido, cuando se trate de daños causados con culpa –y no con dolo–, dada la situación patrimonial del deudor<sup>9</sup>. Se introduce, sin duda, un elemento impropio de la responsabilidad civil, en cuanto no toma en cuenta su función esencialmente resarcitoria.

El artículo 907, incluido en la sección sobre los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones, establece que “[c]uando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido”.

Finalmente el artículo 522, también modificado por la Ley 17.711 de 1968, dispone que, tratándose de responsabilidad contractual,

---

8 Al respecto, se puede consultar la opinión de JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4ª ed., 2002, p. 38.

9 El texto completo del párrafo aludido es el siguiente: “Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”.



el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral, “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.

Se advierte, entonces, en lo que se refiere a la tipología del daño, que en el código civil argentino se alude al daño o agravio moral, como único daño no patrimonial. En cuanto a la reparación, se establecen restricciones importantes, teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta que causa el daño o la naturaleza del mismo.

#### LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL SEGÚN LA DOCTRINA

Una parte de la doctrina considera que el daño moral y el daño extrapatrimonial son uno solo. De este criterio es el profesor BREBBIA, quien acoge la propuesta de definición de CASSIELLO: el daño moral o extrapatrimonial resulta “de la violación a un derecho o interés jurídico de naturaleza extrapatrimonial (v. gr., lesiones o menoscabos a la integridad física, al honor, a la libertad u otros derechos de la personalidad protegidos por el ordenamiento jurídico)”<sup>10</sup>. Agrega el profesor BREBBIA que en Argentina se ha creído necesario olvidar la mencionada clasificación fundamental, para ensayar otras que a él le resultan vagas e imprecisas, como las que contemplan el daño psicológico y el daño estético<sup>11</sup>.

La doctrina más reciente, en efecto, ha reconocido la existencia de otras categorías. De ello hay constancia en las conclusiones de las *Jornadas de responsabilidad por daños*, realizadas en homenaje al profesor J. BUSTAMANTE ALSINA, en Buenos Aires, en 1990. Allí se expresó que

<sup>10</sup> Cfr. J. J. CASSIELLO, en *Revista Jurídica La Ley*, 1998-E, citado por ROBERTO BREBBIA, “La responsabilidad extracontractual en el proyecto de unificación del derecho privado en América Latina”, en *Roma e America, Diritto romano comune. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, 2000, p. 43.

<sup>11</sup> ROBERTO BREBBIA, *ibíd.*, pp. 43 y 44.

la lesión estética, “según su naturaleza, circunstancia y condiciones personales de la víctima”, puede dar lugar, además del daño material... y del daño moral, relacionado con el sufrimiento que de ese orden se puede producir, al resarcimiento autónomo del “daño estético en sentido propio: derivado de la simple violación del derecho subjetivo de la víctima de mantener intangible la imagen somática de su integridad”<sup>12</sup>.

Otros autores, como la profesora brasileña MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, que ha publicado trabajos referidos al derecho de su país y al argentino, aluden al *préjudice d'agrément*, fundado en la reducción efectiva de las satisfacciones y placeres de la vida y en la incomodidad constante y el esfuerzo mayor que la deficiencia acarrea a la víctima. Concluye esta autora que, por razones metodológicas, porque cuanto mayor es la especificación mejor es el análisis, este daño debe corresponder a una categoría distinta del daño moral<sup>13</sup>.

MOSSET ITURRASPE, por su parte, explica cómo la superación de la concepción clásica de daño, como lesión a un derecho subjetivo, y por lo tanto, del daño a la persona reducido a los derechos reconocidos (vida y honor), ha permitido tomar en consideración las diversas funciones naturales del sujeto, que tienen relevancia en los distintos ámbitos donde se desarrolla la vida (biológico, social, cultural, estético, privado, etc.). Así, dice, hoy puede hablarse de otros detrimentos como los perjuicios juvenil, del placer, estético, sexual, de sufrimiento, y tantos otros que la doctrina descubre cada día<sup>14</sup>. Incluso, del daño a la identidad personal, a la intimidad, a la vida de relación, del daño biológico, del daño psíquico,

<sup>12</sup> Citado por EDGAR CORTÉS, *Responsabilidad civil y daño a la persona*, en proceso de publicación, Universidad Externado de Colombia, cap. 3.º, sec. III, num. 80, párr. 4.

<sup>13</sup> MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, *Método de valuación del daño moral. De los lenguajes al derecho*. Buenos Aires, Hammurabi, 2001, p. 79.

<sup>14</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 11 a 13.

y también del daño a la persona como categoría independiente. Comenta, al respecto, que la doctrina argentina no ha escapado a la que se ha denominado “guerra de las etiquetas” o “guerra de las autonomías” y precisa que, por su parte, se adhiere a la tesis que distingue simplemente, entre daño material y daño moral<sup>15</sup>. No obstante, en un trabajo posterior, este autor alude al daño a la vida de relación y al daño estético como categorías autónomas del daño moral<sup>16</sup>.

ALBERTO BUERES da cuenta del reciente trajín que ha tenido el denominado daño a la persona en el derecho argentino, pero precisa que de él pueden derivarse daños patrimoniales o morales (extrapatrimoniales)<sup>17</sup>, de lo que se desprende, claramente, que el daño a la persona no constituiría una categoría autónoma de perjuicio indemnizable, sino un tipo específico de lesión que sería causa del mismo.

LORENZETTI se refiere a la tendencia doctrinal que busca el reconocimiento del daño a la salud como un *tertium genus*, y se apresta a aclarar que ella es innecesaria y no se ajusta a la dogmática del derecho argentino. Reconoce, sin embargo, que se ha producido “un cambio en la comprensión de los supuestos de hecho de la norma que consagra el resarcimiento del daño material y moral por agravio físico”. En ese sentido, si bien el daño puede afectar a la persona o a las cosas, en ambos casos podrá ser material o moral<sup>18</sup>. Una opinión similar es expuesta por VÁZQUEZ FERREYRA, quien, recurriendo al concepto aprobado por la Comisión n.º 1 del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, manifiesta que el daño a la persona es una “expresión genérica abarcativa

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pp. 32 y 33.

<sup>16</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, p. 70 y 71.

<sup>17</sup> ALBERTO BUERES, *cit.*, p. 263.

<sup>18</sup> RICARDO LUIS LORENZETTI, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, pp. 104 y 105.

(sic) de distintas manifestaciones de hipótesis singulares de lesividad que, en su manifestación patrimonial o extrapatrimonial, comprometen la existencia, la plenitud o la dignidad misma de la persona humana”<sup>19</sup>.

#### LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, en algunos casos, ha hecho expreso reconocimiento de nuevas categorías de daño no patrimonial, como el daño psíquico o el daño a la vida de relación. Sobre el primero, dijo en 1990, que debe distinguirse del daño moral<sup>20</sup>, y en 1991 precisó que la indemnización de cada uno de ellos tiene distinto objeto<sup>21</sup>. Sobre el segundo expresó en 1989, que debe indemnizarse, teniendo en cuenta que el progreso de una persona en el medio donde vive depende de una serie de factores, entre ellos, de su mayor o menor facilidad para vincularse con los demás<sup>22</sup>. Ya en un fallo de 1980 se había afirmado que “[l]a disminución física incide obviamente sobre toda la vida de relación del damnificado, lo que constituye un daño indemnizable...”<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Cfr. ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, “El daño a la persona en la jurisprudencia”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 293.

<sup>20</sup> Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala B, del 12 de octubre de 1990, citada por JORGE MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 37.

<sup>21</sup> Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala E, del 2 de agosto de 1991, citada por ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, cit., p. 301.

<sup>22</sup> Sentencia de la Cámara 7ª Civil y Comercial de Córdoba, del 13 de marzo de 1989, citada por JORGE MOSSET ITURRASPE. “El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 38.

<sup>23</sup> Sentencia de la CNEECCOM, Sala VI, del 9 de mayo de 1980, citada por JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, p. 67.

En un fallo del 29 de noviembre de 1982, proferido por la Cámara Tercera de Apelación en lo Civil y Comercial, de Córdoba, se dijo:

Aunque no sea desagradable y repulsiva—la desfiguración del rostro—no por eso deja de ser motivo de mortificación para el sujeto, que su rostro presente un aspecto extraño, anormal, como consecuencia de la mutilación del lóbulo de la oreja, de la pigmentación de la nariz y de la desviación de la misma.

Respecto de este fallo, en el voto del vocal NOVILLO SARAVIA se precisó que el daño mencionado no es patrimonial, sino moral<sup>24</sup>.

Sin embargo, en otro pronunciamiento, del 8 de agosto de 1984, proferido por la Cámara Civil y Comercial de Morón, se expresó que el daño estético implica un daño autónomo, que no se confunde con el daño moral y con el daño patrimonial, pudiendo (sic) afectar solo la vida de relación, aunque no ocasione padecimientos en las afecciones ni deterioro de la capacidad de ganancia<sup>25</sup>. En el mismo sentido, la Sala J de la Cámara Nacional Civil profirió una sentencia el 26 de mayo de 1989<sup>26</sup>. Esta misma posición había sido planteada en 1979, en un fallo en el que se expresó que

[l]a lesión estética debe ser claramente diferenciada del daño moral, ya que en tanto la primera constituye un daño material derivado de una desfiguración permanente, e incide sobre las futuras posibilidades económicas de la víctima y sobre su vida de relación, la segunda consiste en el resarcimiento de la lesión a las afecciones íntimas del damnificado y se encuentra circunscripta al plano espiritual<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Citado por JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, p. 72.

<sup>25</sup> Citada por ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, cit., p. 301.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> El fallo es de la CNECCOM, Sala V, del 6 de abril de 1979, citado por JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, p. 72.

Se observa cómo el agravio estético ha sido considerado una causa de daño a la vida de relación.

En otros casos, sin embargo, la jurisprudencia parece ir en una dirección diferente, buscando el engrosamiento del concepto de daño moral. De hecho en otras sentencias, se afirma expresamente la carencia de “capítulo independiente” del daño psicológico y del daño estético. Se indica, en efecto, que de ellos pueden derivarse daños patrimoniales o morales<sup>28</sup>.

Asimismo, en un fallo posterior del 9 de diciembre de 1995, la Suprema Corte afirma que el daño moral comprende el daño estético, el daño al proyecto de vida y el daño que consiste en la imposibilidad de gozar de ciertos placeres que ofrece una vida normal (practicar un deporte, oír música, asistir a un concierto, etc.) o, en general, todo lo que comporte “una frustración en el desenvolvimiento pleno de la vida”<sup>29</sup>. Merecen mención, igualmente, algunos pronunciamientos de 1982 y 1993, en los que, con ocasión de la violación del derecho a la imagen, se precisa que este es autónomo de los derechos al honor o al decoro y que tal violación produce un daño moral constituido por “el disgusto de ver avasallada la propia personalidad”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr., sentencias de la Cámara Nacional Civil, Sala D, del 12 de julio de 1977, citadas por JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, pp. 194 y 195 de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 3ª, del 14 de noviembre de 1989, expedida en la causa Paján Luis c/Gobierno Nacional; de la Cámara Nacional Civil, Sala A, del 20 de junio de 1989, expedida en la causa Martínez de Flores c/Stubrin, Darío, y de la misma Cámara, Sala D, del 12 de junio de 1990, expedida en la causa Rodrigo de Gaizo c/René, Martín, citadas por VÁZQUEZ FERREYRA, cit., p. 302.

<sup>29</sup> Citada por EDGAR CORTÉS, cit, cap. 3.º, sec. IV, num. 85, párrafo 5. De la misma opinión es el profesor ALBERTO BUERES, quien refiriéndose a los daños estético, síquico y a la vida de relación, expresa que “existe una cierta anarquía de criterios en derredor de sus esencias”, y precisa que su origen está en la confusión entre los menoscabos naturalísticos a los bienes y la amonioración de los intereses, que puede ser patrimonial o moral. Cfr., cit., pp. 264 y ss.

<sup>30</sup> Sentencias de la CNCiv., Sala D, del 30 de noviembre de 1993 y del 6 de mayo de 1982, citadas por MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños, 2d Daños a la persona*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 172 y 173.

Se advierte, adicionalmente, que se encuentran muchos fallos en los que se fijan indemnizaciones globales, lo que genera dificultades para comprender la naturaleza y el contenido del daño que es objeto de reparación<sup>31</sup>.

Así las cosas, es claro, como lo advierte el profesor VÁZQUEZ FERREYRA, que la autonomía o independencia de ciertos daños no patrimoniales, respecto del daño moral, es una cuestión que no parece haber obtenido respuesta pacífica en la jurisprudencia. Y debe llamarse la atención sobre el hecho de que esta circunstancia no tiene implicaciones meramente académicas, dado que, en el evento en que se considere que tales tipos de daño forman parte del moral, su reparación estará cobijada por la limitación de la legitimación activa establecida por el artículo 1078 del Código Civil<sup>32</sup>.

#### ALGUNOS DESARROLLOS PARTICULARES. CASOS DE *WRONGFUL BIRTH*, *WRONGFUL LIFE* Y *WRONGFUL PREGNANCY* O *WRONGFUL CONCEPTION*

Es importante mencionar, por otra parte, que ha sido muy activa la doctrina argentina<sup>33</sup> en el tratamiento de temas que se encuentran en el primer puesto de atención en Europa y Estados Unidos, y que dan lugar al debate sobre el reconocimiento de formas especiales de daño no patrimonial. Me refiero a aquellos referidos a los derechos a suspender un embarazo (*wrongful birth*), a no nacer (*wrongful life*), a no concebir luego de un procedimiento de

<sup>31</sup> A ello alude VÁZQUEZ FERREYRA, quien cita, entre otras sentencias, una de la Cámara Federal de San Martín, del 8 de noviembre de 1991, proferida en la causa BLJC c/ Transportes Automotores Luján S. A., cit., p. 297.

<sup>32</sup> ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, cit., pp. 301 y 302.

<sup>33</sup> Entre otros autores, JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, p. 31 a 34, y ELENA HIGHTON, "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n.º 1, *Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, pp. 175 y ss.

esterilización o aborto (*wrongful pregnancy* o *wrongful conception*), a morir, etc.

No obstante, dado que en Argentina no se admite el aborto eugenésico, su desarrollo jurisprudencial ha tenido un rumbo negativo previsible. Así, puede mencionarse un fallo en el que se negó la autorización solicitada por una mujer para efectuar una cesárea anticipada en dos meses, con el fin de evitar un perjuicio psicológico, dado que se sabía que la criatura se encontraba afectada de una falencia constitucional que le provocaría la muerte al poco tiempo de nacer, de modo que eran nulas sus posibilidades de sobrevivir. El juzgado consideró que el caso no podía considerarse como de aborto terapéutico, por no estar en juego ni en peligro la vida o la salud de la madre, y se refirió a la falibilidad de la ciencia, a la factibilidad de nuevos avances tecnológicos y a que el “niño por nacer podría deparar sorpresas”. Consideró, así, que la autorización solicitada permitiría un aborto provocado no admitido legalmente<sup>34</sup>.

En otro pronunciamiento, se obligó a una menor oligofrénica a llevar a término el embarazo. El Asesor de Menores de la Cámara manifestó que las eventuales razones eugenésicas que pudieran fundar la medida implicarían la violación del concepto del derecho, según el cual la persona es el bien superior y su vida se justifica frente a toda alternativa<sup>35</sup>.

Adicionalmente, en cuanto a otro tema más debatido, el derecho a no ser concebido, se destacan las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones celebradas en Santa Fe, en

---

<sup>34</sup> Caso C. A. y V. de C. A., fallado el 31 de octubre de 1986 por el juzgado n.º 2 de San Martín, Provincia de Buenos Aires, citado por ELENA HIGHTON, cit., p. 195. Debe advertirse que el Código Penal argentino considera el aborto como un delito contra la vida, salvo en algunos casos: cuando se hace con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y el peligro no puede ser evitado por otros medios, o cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

<sup>35</sup> Caso S. M. E., Juzgado Civil n.º 25, fallado el 26 de abril de 1988, citado por ELENA HIGHTON, cit., p. 195.



homenaje a la profesora MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA, en el sentido de que “[e]s viable la pretensión indemnizatoria deducida por el hijo contra sus padres reclamando la reparación del daño genético por haberlo procreado conociendo la sustancial gravedad de la transmisión de afecciones o infecciones que sobrevendrían”, y las obtenidas en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el sentido de que “[l]os padres son responsables frente a sus hijos por las taras hereditarias que aquéllos ocasionan a éstos a raíz de una enfermedad grave de la que aquéllos tuvieran conocimiento (por ej. Sífilis, sida, etc.)”<sup>36</sup>.

Llama la atención, además, un pronunciamiento del 31 de marzo de 1989, en el que se negó la petición de cambio de sexo y de nombre, efectuada por una persona que se había hecho practicar una operación mutilante en el extranjero, que le quitaba atributos masculinos. El juzgado –aunque con disidencia minoritaria– hizo prevalecer el sexo genético por sobre el psicológico y social, por considerar que no podría ser alterado por decisión unilateral, por estar involucrados el orden público y la moral social<sup>37</sup>.

En esta breve presentación, resultan evidentes la postura progresista de la doctrina y, en cambio, la tendencia conservadora de la jurisprudencia, que hace reparos éticos, más que jurídicos, al reconocimiento de los daños causados en los eventos mencionados. Es evidente, además, que, dadas las particularidades de estos eventos, la naturaleza de los daños reparables, así como el tipo de indemnización procedente se encuentran en el centro de la discusión que no ha sido abordada con profundidad.

---

<sup>36</sup> Cfr. ELENA HIGHTON, cit., p. 193.

<sup>37</sup> Caso P. F. N., fallado por la Cámara Nacional Civil, Sala E, citado por ELENA HIGHTON, cit., pp. 209 y 210.

## LA REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL

Ahora bien, respecto de la reparación del daño no patrimonial, la doctrina<sup>38</sup> y la jurisprudencia<sup>39</sup> consideran, unánimemente, que su naturaleza es satisfactoria y no compensatoria y, generalmente, consiste en una suma de dinero, fijada por el juez según su arbitrio, que, si bien no pretende –por ser imposible– reemplazar el interés perdido, ni siquiera con un equivalente, sí busca ofrecerle al ofendido los medios necesarios para buscar consuelo en otras actividades.

El profesor LÓPEZ CABANA explica cómo, en Argentina, ninguno de los dos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial incluyeron un tope indemnizatorio en supuestos de responsabilidad objetiva, y cómo sí lo hizo, en cambio, la Ley 24.032, aprobatoria del Código Único de Derecho Privado, que fue vetada íntegramente por el Decreto 2719 de 1991. Esta ley limitaba la indemnización que podía reconocerse a cada damnificado directo a dos mil argentinos oro, en casos de atribución objetiva del deber de reparar. También precisa el profesor LÓPEZ CABANA que existen límites específicos en el Código Aeronáutico en materia laboral –tratándose de accidentes de trabajo– y en el caso de los daños sufridos por personal de las Fuerzas Armadas<sup>40</sup>, los cuales serían, entonces, excepciones a la regla general de inexistencia de topes legislativos.

---

<sup>38</sup> Cfr., entre otros, MAILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, 2d “Daños a la persona”, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 328; ALBERTO BUERES, cit., p. 251 y ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA, “Limitaciones cualitativas y cuantitativas de la indemnización”, p. 223, ambos en *Roma e America, Diritto romano comune. Revista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editores, 2000.

<sup>39</sup> Cfr., entre otras, las sentencias de la Cámara Nacional Civil, Sala A, del 14 de octubre de 1988; de la Cámara Federal de San Martín, del 8 de noviembre de 1991, y de la Cámara Nacional Civil, Sala K, del 7 de septiembre de 1989, citadas por VÁZQUEZ FERREYRA, cit., pp. 302 y 303.

<sup>40</sup> ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA, Ob. cit., pp. 225 a 227.

Respecto de la valoración de elementos distintos a la entidad del daño, que hace el juez para fijar la indemnización, se advierte que parte de la doctrina justifica las previsiones normativas anteriormente citadas (arts. 522, 907 y 1069 del Código Civil). Así, el profesor MOSSET ITURRASPE manifiesta que no ve contradicción alguna entre la búsqueda de una reparación justa e integral y la necesidad de que ella sea también equitativa. En efecto, explica, el juez tratará de determinar cuál es la suma que sirve para hacer desaparecer el detrimento, pero, luego, si el daño no fue intencional, considerará las circunstancias del caso para decidir, como lo son las propias de la víctima y del victimario, y con fundamento en ellas corregirá la suma considerada primeramente<sup>41</sup>.

Al margen de la indemnización pecuniaria, que tiene todos los problemas y cuestionamientos propios del tema en todas las latitudes (ausencia de criterios generales que permite la realización de cuantificaciones dispares en casos similares y, por lo tanto, produce injusticias e inseguridad jurídica)<sup>42</sup> y que ha dado lugar a que gran parte de la doctrina recomiende dar un paso por vía legislativa, para establecer tablas o baremos obligatorios o, al menos, indicativos, para los jueces<sup>43</sup>, son importantes los avances de la jurisprudencia argentina en relación con la garantía de los derechos de réplica y de rectificación, como formas de reparación *in natura*. Sobre el primero, se ha discutido si tiene vigencia en el

<sup>41</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 4.ª ed., 2002, p. 174.

<sup>42</sup> Sobre el tema, puede consultarse, entre otros, a GABRIEL ALEJANDRO RUBIO, "Una asignatura pendiente: la cuantía del daño moral", en X Congreso Nacional de Jóvenes Abogados, por la Comisión Nacional de Jóvenes Abogados, Mar del Plata, 20 y 21 de octubre de 1995, citado por MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., p. 71.

<sup>43</sup> Cfr., GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, quien cita a los autores argentinos defensores de esta propuesta. "Pautas y limitaciones de la evaluación del daño a la persona", en *Roma e America, Diritto romano comune. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Mucchi Editore, 2000, p. 44. Igualmente, MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, t. 2.º, "Daños a las personas. [Integridad sicológica]", p. 513 y ss., citado por MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., pp. 73 y 74.

derecho argentino, con apoyo en lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica (art. 14). La jurisprudencia ha optado por la tesis positiva, expresando que “[e]l derecho a réplica se puede considerar inmerso en el art. 33 de la Constitución Nacional, pues esta norma protege derechos de la personalidad, e integra un aspecto fundamental del derecho a la información, que a su vez se apoya en la libertad de expresión”<sup>44</sup>.

En cuanto a la rectificación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>45</sup> ha considerado que procede cuando la información difundida puede afectar la dignidad, la honra o la reputación de una persona y sus más profundas convicciones<sup>46</sup>.

También se ha visto un remedio preventivo y de reparación en especie en la acción de hábeas data, en cuanto permite rectificar o completar la información inexacta o suprimir la que es irrelevante o perjudicial. Posibilita, entonces, “el retorno de la situación fáctica al estado anterior al del registro o difusión de los datos lesivos”, conforme a lo dispuesto por el artículo 1083 del Código Civil<sup>47</sup>.

Igualmente, la jurisprudencia se ha referido a la “publicación reparatoria”, en casos de ofensas contra el honor, como forma de reparación en especie. Ha dicho, en una sentencia de 1992, que con la publicación, “se trata de borrar el mal causado por la difusión

---

<sup>44</sup> CNCiv., Sala D, 27 de febrero de 1987, citada por MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, 2d “Daños a la persona”, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 384 a 393.

<sup>45</sup> Sentencia del 7 de julio de 1992, proferida en la causa “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros, citada por JULIO CÉSAR RIVERA, “Jurisprudencia, comentarios críticos, Derecho Civil, parte general”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1*, *Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, pp. 271 a 275.

<sup>46</sup> La alusión a la afectación de las más profundas convicciones ha llevado a JULIO CÉSAR RIVERA a considerar que la Corte desnaturalizó absolutamente el derecho de rectificación, y se alzó contra la letra expresa del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, resulta absurdo que proceda la rectificación contra la expresión de opiniones o ideas. Cfr., *Ibíd.*, pp. 275 y 276.

<sup>47</sup> MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, 2d “Daños a la persona”, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 431.

de la ofensa o de disminuir en la máxima medida sus efectos"<sup>48</sup>. Existen pronunciamientos anteriores y posteriores en el mismo sentido<sup>49</sup>.

Otra sentencia, de la Cámara Federal Civil y Comercial, Sala II, ordenó, como medida cautelar tuitiva del honor, que un canal de televisión se abstuviera de difundir escenas de un programa humorístico que hacía referencia a la actora, que era Jueza Federal en lo Criminal<sup>50</sup>.

JULIO CÉSAR RIVERA anota que la doctrina nacional es unánime en subrayar que, "en la materia de los derechos de la personalidad, han de concederse con amplitud las medidas cautelares tendientes a evitar la producción del daño amenazado"<sup>51</sup>. Se trata, entonces, de medidas preventivas, que si bien son esenciales para salvaguardar los derechos personalísimos, no suponen la existencia de un daño ni, por lo tanto, de responsabilidad resarcitoria<sup>52</sup>. Se considera, por ello, que este tipo de medidas rescatan la función preventiva de la responsabilidad patrimonial, consagrada legislativamente por el artículo 1067 del Código Civil, según el cual "[n]o habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior *que lo pueda causar...*"<sup>53</sup> (Se resalta en bastardilla).

<sup>48</sup> Cámara 1ª Civil y Comercial, La Plata, Sala III, del 28 de agosto de 1992, citada por MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, vol. 2d "Daños a la persona", Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 332.

<sup>49</sup> Cfr., fallos de la CNCiv., Sala F, del 30 de agosto de 1989, y de la Cámara 1ª Civil y Comercial, La Plata, Sala III, del 28 de agosto de 1992, ambos citados por MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *ibíd.*, pp. 334 y 335.

<sup>50</sup> Sentencia del 10 de junio de 1992, proferida en la causa "Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo, citada por JULIO CÉSAR RIVERA, *cit.*, p. 277.

<sup>51</sup> Julio César Rivera, "Responsabilidad por daños a los derechos de la personalidad", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario n.º 1*, *Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995, p. 62.

<sup>52</sup> MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, 2d "Daños a la persona", Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 152 y 153.

<sup>53</sup> *Ibíd.*, pp. 309 y 317.

## EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL

Como se ha advertido, resulta especialmente interesante la reglamentación que, en materia de protección de los derechos de la personalidad y reparación del daño no patrimonial, contiene el proyecto de Código Civil, liderado por el profesor ALTERINI, elevado el 18 de diciembre de 1998 ante el Ministro de Justicia de la Nación, que se encuentra actualmente en trámite ante la Cámara de Diputados de la Nación<sup>54</sup>.

Incluye el proyecto un capítulo sobre los derechos de la personalidad en el que los define, e indica que, en caso de menoscabo, el afectado podrá reclamar la reparación de los daños sufridos (art. 105). Allí se regula, de manera particular, el derecho a captar o reproducir la imagen o la voz de una persona (art. 107), así como el consentimiento del paciente (art. 112) y se prevén las medidas que tiene derecho a solicitar la persona a quien se ofenden los mencionados derechos, incluyendo la exigencia de que el atentado cese inmediatamente y de que se efectúen las publicaciones que le sean satisfactorias (art. 109).

Incluye este proyecto, también, una sección dedicada al daño. Así, el artículo 1600 se encarga de definirlo en sus varias manifestaciones, y prevé en su literal b), que el

daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas.

El artículo 1642 dispone que, cuando se trate de daño al proyecto de vida, la responsabilidad no podrá ser excluida, ni limitada, salvo en los casos autorizados por la ley. Se advierte, claramente,

---

<sup>54</sup> Su texto puede consultarse en varios sitios de la internet, entre ellos [www.alterini.org](http://www.alterini.org).

la influencia de la doctrina peruana y, de modo especial, de las tesis expuestas por el profesor CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO –considerado el autor de la categoría de daño al proyecto de vida–, cuyas opiniones se recogen más adelante en este ensayo.

El artículo 1601, por su parte, define el daño reparable, indicando que comprende tanto el patrimonial como el extrapatrimonial, sea directo o indirecto. Sería esta, entonces, la gran división de los daños.

Respecto de la reparación, el artículo 1600, ya citado, en su literal e) define la indemnización en equidad, como aquella que “otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”<sup>55</sup>. Y el artículo 1621 regula los modos de reparar el daño, incluyendo, en primer lugar, la reposición al estado anterior al hecho generador de la responsabilidad, y luego, entre otros, “la satisfacción del valor del daño extrapatrimonial”.

De manera más concreta, el artículo 1640 establece, sobre el daño extrapatrimonial, que el acreedor tiene derecho a requerir que sea satisfecho, total o parcialmente, mediante el pago de dinero o de otro modo distinto, y que el tribunal, según las circunstancias, dispondrá lo que corresponda, y podrá, en los casos de lesiones a la dignidad personal, ordenar la publicación de la sentencia.

En cuanto se refiere a la protección del nombre, el artículo 97 regula las acciones procedentes para lograrla y determina quiénes pueden utilizarla y con qué objetivo. Se alude entonces, al derecho a que se reconozca la facultad de usar el nombre y a que se prohíba toda futura impugnación por quien lo niegue. Igualmente, al derecho a que se ordene que cese el uso indebido por otro. Se dispone además, que en todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y que el tribunal podrá disponer la publicación de

---

<sup>55</sup> El artículo 1609 establece que “[l]a responsabilidad abarca las consecuencias que se hallan en relación de causalidad adecuada con el hecho generador. Quedan comprendidas en ellas las consecuencias inmediatas y las consecuencias mediatas previstas o previsibles y están excluidas las consecuencias casuales”.

la sentencia. Se establece, sin embargo, una limitación, en cuanto se prevé que la acción solo puede ser ejercida por el interesado, salvo que haya fallecido, evento en el cual podrán intentarla sus descendientes o su cónyuge y, a falta de ellos, sus ascendientes o hermanos.

Respecto del daño extrapatrimonial en general, el artículo 1689 regula la legitimación para pedir la satisfacción respectiva, indicando que corresponde a la persona humana damnificada directa. Prevé, además, que si sufre gran discapacidad o del hecho dañoso resulta su muerte, también tendrán legitimación, a título personal, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Sin embargo, la misma norma faculta a los tribunales para asignar legitimación a otras personas, en los casos especiales en los que el daño tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede lo ordinario, dada su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias. Así, esta norma regula los criterios específicos que tendrían que ser valorados por los jueces en cada caso, para determinar si procede o no el reconocimiento de una satisfacción a favor de personas diferentes a la víctima directa del daño.

En lo que se refiere a la transmisión de la acción por satisfacción del daño extrapatrimonial, el artículo 1690 prevé que procede por acto entre vivos, y por causa de muerte cuando el damnificado la ha interpuesto en vida, o ha fallecido dentro de los seis meses siguientes a la ocurrencia del daño. No se comprende el sentido de esta limitación, que parece desconocer la existencia de un crédito en el patrimonio del causante, derivado del daño que se le ha causado, y que, como derecho subjetivo de carácter patrimonial, debería considerarse transmisible a sus herederos sin restricción alguna.

Uno de los aspectos más debatidos es el referido a la limitación cuantitativa de la reparación del daño, regulada en el artículo 1634, aplicable a los casos de cosas riesgosas y actividades especialmente peligrosas. En tales eventos, en efecto, la reparación queda limi-



tada a la cantidad de trescientos mil pesos por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial por culpa del damnificado. La limitación no existirá, en cambio, si el responsable actuó sin diligencia, si razonablemente debió haber asegurado el riesgo y no lo hizo, si tomó el seguro y la aseguradora no responde oportunamente, o si se convino una indemnización mayor. También prevé esta norma que, si el damnificado directo sufre gran discapacidad, el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple. Esta disposición ha recibido el aval de la doctrina, según se desprende de las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Santa Fe, del 25 al 27 de septiembre de 1999<sup>56</sup>.

Por medio del artículo 1635, se autoriza al poder ejecutivo para aumentar la cantidad indicada en el artículo anterior, teniendo en cuenta el poder adquisitivo del dinero y la situación económica general.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse la disposición contenida en el artículo 1587 del proyecto, según el cual el tribunal tiene atribuciones para aplicar una “multa civil” a quien actúa con indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses colectivos. Esta multa será fijada por el juez de acuerdo con las circunstancias del caso, en especial los beneficios que obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta el autor de la misma, y tendrá el destino que le asigne el tribunal. Se trata, claramente, de la adopción general de la figura del daño punitivo, propia del *common law*.

---

<sup>56</sup> ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA, cit., pp. 233 y 234.

## PERÚ

La existencia de una Constitución Política y un Código Civil recientes, de 1993 y 1984, respectivamente, que dedican atención especial a los derechos de la personalidad o a la persona –como se designan allí– y a su protección, dan cuenta de la importancia de los avances últimos que, en la materia, se han producido en el Perú.

### LA CONSTITUCIÓN DE 1993

Incluye un título sobre la persona y la sociedad (Título I), el cual, en su capítulo I, artículo 2.º, regula en 24 numerales los derechos de la persona. Aunque todos resultarían pertinentes en esta exposición, mencionaré solo tres, que parecen especialmente relevantes. En primer lugar, el numeral 1 alude a los derechos a la vida, la identidad, la integridad moral, psíquica y física, al libre desarrollo y al bienestar. En segundo lugar, el numeral 7 se refiere a los derechos al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Este numeral prevé, incluso, una de sus formas de reparación, al establecer que “[t]oda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. En tercer lugar, el numeral 22 alude al derecho que toda persona tiene “a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”. Por lo demás, el artículo 3.º dispone que la enumeración

de los derechos establecidos en el capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

#### EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

Por su parte, el Código Civil<sup>57</sup> prevé, en su artículo 17, que “[l]a violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título [que son todos los inherentes a la persona humana], confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos”. Es importante tener en cuenta que el artículo 1º del código dispone que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. Sin embargo prevé, igualmente, que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece –con lo cual reitera lo expresado por la Constitución en el artículo 2, numeral 1–, aunque la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Este código se refiere al daño, de manera general, en sus artículos 1969 y 1970, que regulan la responsabilidad extracontractual por culpa y por riesgo, respectivamente. Sin embargo, en el artículo 1984, dispone que el daño moral será indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, y en el artículo 1985 se prevé que “[l]a indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral...” El artículo 1322, aplicable en materia contractual, establece que cuando se hubiere irrogado daño moral, también procederá su resarcimiento.

<sup>57</sup> Contenido en el Decreto legislativo 295, promulgado el 24 de julio de 1984 y vigente desde el 14 de noviembre del mismo año.

En cuanto a la reparación, llaman la atención, adicionalmente, los artículos 1976 y 1977, según los cuales no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal, pero si la víctima no ha podido obtener reparación, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Para apreciar la importancia de la reforma, debe mencionarse que el Código Civil anterior, de 1936, establecía en su artículo 1148, que el juez, al fijar la indemnización, podía “tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”. Como se indicó en la correspondiente exposición de motivos, se atribuyó, así, al juez, “la facultad de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido”.<sup>58</sup> Por otra parte, el artículo 1138 establecía un límite al monto de la reparación, si se privaba al causante del daño de lo esencial para subsistir<sup>59</sup>.

#### EL DAÑO MORAL Y EL DAÑO A LA PERSONA SEGÚN LA DOCTRINA EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

La explicación sobre la relación que existe entre los conceptos de daño moral y daño a la persona, contenidos en el artículo 1985 actual, se encuentra en los varios textos que sobre el tema ha escrito el profesor CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO<sup>60</sup>, quien intervino en la redacción de la norma. Precisa, en efecto, que el daño moral es una modalidad de daño a la persona, que se centra en la afectación del ámbito afectivo o sentimental, que trae como consecuencia

<sup>58</sup> Cfr. LEÓN LEYSER L., “Funcionalidad del daño moral e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano”, [http://dike.pucp.edu.pe/ver\\_pdf.php?area=civ&id=57](http://dike.pucp.edu.pe/ver_pdf.php?area=civ&id=57)

<sup>59</sup> Cfr. GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, cit., p. 200.

<sup>60</sup> CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El daño al proyecto de vida”, en Derecho PUC, revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, n.o 50, Lima, diciembre de 1996. Cfr. [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_7.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF)

sufrimiento, dolor, perturbación espiritual, y que el daño a la persona constituye el agravio o la lesión a un derecho, a un bien o a un interés de ella en cuanto tal, y que comprende, inclusive, la frustración del proyecto existencial de la persona humana”, que genera el denominado daño al proyecto de vida. Por tal razón, expresa este autor, “continuar otorgando autonomía conceptual al daño moral supondría, y, a la vez, justificaría, el brindarle igual rango a cada uno de los múltiples daños que, en número cada vez mayor, lesionan específicos aspectos o fragmentos del ser humano”, mientras que, dada la unidad de este, lo lógico sería incorporar todos los daños que se le ocasionen, para efectos de su reparación, en la genérica noción de daño a la persona.

Indica el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO que, si bien se logró incluir el daño a la persona en el artículo 1985, no se pudo eliminar del texto la voz daño moral, que claramente, en su opinión, resultaba repetitiva. En efecto, se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber terminado en la eliminación de aquella categoría<sup>61</sup>, dado que el daño moral se había convertido en un “cajón de sastre”, donde cabía una infinidad de categorías heterogéneas<sup>62</sup>.

La categoría daño a la persona atiende, según el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, a la naturaleza del ente dañado y no a sus consecuencias, de modo que de aquella pueden generarse resultados patrimoniales o no patrimoniales, que él prefiere llamar no personales y personales. Se observa, entonces, que el daño a la persona sería una forma de lesión y no un perjuicio indemnizable en sí mismo.

Precisa el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO que el daño al proyecto de vida tiene su fuente en un colapso psicossomático, que genera la afectación grave de la libertad de la persona, al punto que experimenta un verdadero vacío existencial. Se distingue, por ello, entre los diversos proyectos que pueda construir y desarrollar un

---

<sup>61</sup> *Ibíd.*

<sup>62</sup> *Ibíd.*

ser humano y aquel proyecto esencial que determina su destino y da sentido a su vida, y supone una afectación continuada, que generalmente permanece. Así, este daño presupone la causación de daños biológicos y a la salud, en su condición estática y dinámica, según su concepción en el derecho italiano, pero no se confunde con ellos. Presenta, como ejemplos, la pérdida de los dedos de la mano de un pianista o de un cirujano, la pérdida de las piernas de un deportista, la desfiguración del rostro de una modelo, etc.<sup>63</sup> Otros doctrinantes, como JOSÉ E. MILMAIENE, consideran que debe designarse como daño psíquico aquel que proviene de una lesión de esa naturaleza que afecta el núcleo existencial mismo del sujeto. Indica MILMAIENE que, en estos casos, “se anula todo proyecto futuro”, dado que “nada de lo que se le propone [a la persona] como compensación puede restituir la autoestima herida”, debida a “la pérdida de placer vital que genera el impedimento laboral, artístico o profesional”<sup>64</sup>.

Se cuestiona la posibilidad de que este daño exista, en los eventos en que la persona afectada carece de un proyecto de vida definido, a lo que el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO responde que, si bien no puede considerarse, en ningún caso, que un sujeto carezca de proyecto de vida, dada su naturaleza de ser libre y temporal, es cierto que en algunos eventos, dicho proyecto puede aparecer incierto y, en estas particulares circunstancias, las consecuencias del daño serán “irrelevantes o de escasa magnitud”<sup>65</sup>.

Parece curiosa y reveladora, en mi opinión, la precisión que se hace para distinguir el daño moral del daño al proyecto de vida. Se indica al respecto, que mientras este compromete la existencia misma del sujeto, dado que sus consecuencias devastadoras suelen perdurar, en cuanto difícilmente se logran superar, aquel

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> JOSÉ E. MILMAIENE, “El daño psíquico”, en *Los nuevos daños*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, pp. 70 y 71, citado por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *ibíd.*

<sup>65</sup> CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *ibíd.*

supone un agravio a los sentimientos y los afectos de la persona que, por profundo que sea, suele disiparse, disminuir o atenuarse con el tiempo.

Observo que la distinción propuesta por el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO entre el primero y el daño moral resulta cercana a aquella que en Italia se plantea entre este último y el daño psíquico, respecto de la cual tuve oportunidad de manifestar mi opinión en un trabajo anterior<sup>66</sup>, que me permito citar aquí:

[...]Plantea, en efecto, la doctrina italiana actual, que el daño síquico consiste en “la alteración duradera y objetiva de la personalidad individual en su eficiencia, en su capacidad de adaptarse, en su equilibrio”<sup>67</sup>. Se aclara que alude a verdaderos síndromes patológicos, destinados a durar en el tiempo, y no a las simples variaciones pasajeras del humor o del estado de ánimo de la persona. Puede manifestarse en varias formas; en una neurosis traumática, en la depresión, en anorexia o bulimia o en esquizofrenia, por ejemplo, y su existencia se deduce con el auxilio de criterios rigurosamente científicos, lo cual es tarea del perito médico-legal, siquiatra o psicólogo, según el caso<sup>68</sup>.

Se precisa que su distinción con el daño moral está determinada por el hecho de que éste se refiere exclusivamente a la sensación de dolor o sufrimiento que no hace mella en las facultades mentales de la persona, que no altera su equilibrio síquico. Pero, como lo advierte el profesor ROZO SORDINI, la “claridad conceptual parece desvanecerse en la realidad de los casos concretos”, sobre todo si se tiene en cuenta que el obstáculo al ejercicio de las actividades cotidianas ha sido considerado el aspecto sobresaliente del daño biológico, físico o síquico, de modo que la entidad de tal obstáculo –que representa el elemen-

<sup>66</sup> MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, cit., pp. 341 y 342.

<sup>67</sup> A. QUADRIO, en *Danno biológico e danno psicologico*, publicación dirigida por PAJARDI, Milán, 1990, p. 1, citado por PAOLO EMANUELE ROZO SORDINI, cit., p. 283.

<sup>68</sup> Cfr. PAOLO EMANUELE ROZO SORDINI, *El daño biológico*, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 283 y 284.

to dinámico del perjuicio y supone el impedimento total o parcial, temporal o permanente, para desarrollar la vida normal— constituye la base para calcular el monto del resarcimiento. La frontera se torna aún más borrosa si se considera que, conforme a los planteamientos de la jurisprudencia, si bien el daño moral, que es únicamente una hipótesis de daño-consecuencia, perjudica la vida cotidiana, no la hace imposible, dado que el dolor es un peso, pero no una enfermedad<sup>69</sup>.

Y qué decir si se echa un vistazo a los ejemplos de daño síquico extraídos de la jurisprudencia: depresión reactiva, efecto de emisiones acústicas intolerables o de olores desagradables e intolerables, desequilibrio por comportamiento ilícito del empleador—desconocimiento del derecho a ascender—, neurosis traumática en los siniestros automovilísticos, efectos del acoso sexual, desgaste nervioso debido a un comportamiento ilícito, estrés, pérdida total del cabello, síndrome depresivo por muerte de animal doméstico, muerte del familiar<sup>70</sup>. Es claro, entonces, que la doctrina italiana acepta que la afectación del ejercicio de las actividades cotidianas determina la medida de la indemnización del denominado daño síquico, lo que confirma, en mi opinión, que éste—como forma de “daño biológico”— no constituye una categoría autónoma de perjuicio. Cuando se causa a una persona una lesión que genera para ella una enfermedad mental, el objeto de la reparación lo constituye el desmedro que ocasiona dicha enfermedad en su patrimonio económico, en sus sentimientos y en su vida de relación, y lo que trata de hacer el planteamiento italiano es darle a la alteración de ésta última una relevancia mayor, al punto de entender que, para valorarla, resulta necesario el reconocimiento de un nuevo orden de perjuicio. Lo anterior explica que, al tratar de distinguir el denominado daño síquico del daño moral, se aluda más bien a las distintas consecuencias que pueden tener una patología mental y una afectación espiritual en la forma de vida del individuo.

Retomando esta última afirmación, considero que el planteamiento del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO se funda, igualmente, en la in-

<sup>69</sup> *Ibíd.*, pp. 287, 289 y 290.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, pp. 294 a 300.



tensidad y perdurabilidad de la afectación, y no en su naturaleza, lo cual no sería suficiente para justificar, en principio, la creación de una nueva categoría de daño indemnizable. Debo aclarar, no obstante, que formulo esta observación sin perjuicio de que, en mi concepto, el daño al proyecto de vida cabe, perfectamente, en la noción de daño a la vida de relación acogida por el Consejo de Estado colombiano, por lo cual su distinción del daño moral sí puede ser suficientemente establecida, aunque de un modo diferente, aspecto al que me referiré más adelante.

Sin duda, la idea de que el daño al proyecto de vida forma parte del daño a la persona es uno de los grandes aportes del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO. La consideración de aquel, por lo demás, ha trascendido los límites nacionales, dados su inclusión en el proyecto de reforma al Código Civil argentino, actualmente en trámite, y su acogimiento expreso por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con algunas variaciones, como se verá más adelante. No obstante, como él mismo lo advierte, esta categoría ha sido ignorada por la doctrina y por la jurisprudencia peruanas, las cuales, por lo tanto, no toman en cuenta su contenido para efectos de estimar el valor de la reparación<sup>71</sup>.

En cuanto a la doctrina, se observa, en efecto, que la previsión del daño a la persona ha sido cuestionada por el profesor FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, quien ha manifestado que se trata de una posible creación de la comisión revisora del código, que no ha sido explicada suficientemente. Indica que, tal vez, se refiere a los daños ocasionados a los derechos personalísimos, pero pone en duda que esa figura, que califica de "híbrida", no pueda incorporarse a las categorías ya existentes de daño patrimonial y daño moral<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, "El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte IDH", <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista10/LECTURA.htm>.

<sup>72</sup> FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, *Para leer el Código Civil*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1984, pp. 231 y 232, citado por ALBERTO BUERES, cit., p. 262.

También manifiestan su desacuerdo JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN<sup>73</sup>, quien la considera inexplicable, y LEÓN LEYSER, quien anota que el daño a la persona no tiene ningún valor especial como categoría, en el sistema italiano<sup>74</sup>.

#### EL DAÑO INMATERIAL SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

De la lectura de algunas sentencias de la Corte Suprema, se deduce que la jurisprudencia peruana identifica el daño moral con el daño no patrimonial. Puede citarse, a manera de ejemplo, la sentencia de casación n.º 949 de 1995<sup>75</sup>, cuya redacción genera, sin embargo, algunas dudas respecto del fundamento de la denominación de la categoría, que parece encontrarse en la naturaleza del derecho o del bien objeto del agravio y no en los efectos de este. En ella se expresa:

El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

En el mismo sentido, en el fallo de casación n.º 1070 de 1995<sup>76</sup>, se afirma lo siguiente:

---

<sup>73</sup> JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN, "Responsabilidad extracontractual", en D. Revoredo (comp.), *Código Civil*, cit., Exposición de motivos y comentarios, vol. VI, p. 807, citado por LEÓN LEYSER L., cit.

<sup>74</sup> Cit.

<sup>75</sup> Citada por LEÓN LEYSER L., cit.

<sup>76</sup> *Ibíd.*

Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que éste es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

En la sentencia de casación n.º 949 de 1995, ya citada, se hace esta importante afirmación respecto de la naturaleza de la reparación y las funciones de la responsabilidad:

El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario o en su defecto a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.

Y en el fallo de casación n.º 231 de 1998<sup>77</sup>, se indica que el daño moral es un daño extrapatrimonial que afecta los derechos de la persona, que “puede ser indemnizado atendiendo a su magnitud y al menoscabo producido a la víctima y a su familia”.

La misma Corte Suprema, en sentencia de casación n.º 31 de 1996<sup>78</sup>, expresa que, si bien en la doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, el Código Civil vigente, en sus artículos 1322, 1984 y 1985, optó por reconocerla, por lo cual “a ello debe atenerse el juzgador”.

Sorprende, en la época de este último fallo, la afirmación referida a las dudas de la doctrina, y aún más, la observación contenida en el fallo de casación n.º 399 de 1999<sup>79</sup>, en el sentido de que “[l]as legislaciones modernas acogen restringidamente el daño mo-

---

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> *Ibíd.*

ral por las dificultades que ella presenta como la de determinar el quantum de la reparación". Al margen de estas dificultades, comunes a todo el daño no patrimonial, que no han sido nunca desconocidas, es claro que desde hace mucho tiempo, prácticamente en todas las latitudes, la procedencia de su reparación no ha sido puesta en duda.

Lo anterior permite inferir que la evolución de la jurisprudencia peruana no se compadece del desarrollo normativo reciente ocurrido en el país. Algún doctrinante, inclusive, se queja de la dificultad que supone la consulta de las sentencias y del contenido insuficiente de las mismas<sup>80</sup>.

No obstante, resultan interesantes dos pronunciamientos<sup>81</sup> de la Sala de Familia de la Corte Superior de Lima sobre el artículo 351 del Código Civil, que se refiere concretamente, a la posibilidad que tiene el juez de concederle una suma de dinero, por concepto de daño moral al cónyuge inocente en el divorcio, cuando los hechos que lo han determinado comprometen gravemente su legítimo interés personal. En sentencia del 30 de abril de 1998 (expediente 382-98), manifestó esa Corte que le asiste legítimo interés personal al cónyuge inocente cuando ha sido víctima de los actos de violencia que configuran una de las causales de divorcio, y en uno posterior, del 2 de julio del mismo año (expediente 1152-98), indicó que aquella norma puede ser aplicada extensivamente, para justificar la reparación del daño moral que el demandado cause a su cónyuge y a su hijo, por haber promovido una acción de negación de paternidad de este, habido dentro del matrimonio, cuando la misma ha sido desestimada.

---

<sup>80</sup> LEÓN LEYSER L., cit.

<sup>81</sup> Citados por LEÓN LEYSER L., cit.



## BRASIL

Consideraciones similares a las efectuadas para incluir en este trabajo el caso peruano, justifican el estudio de la situación de Brasil. También en este país, en efecto, son muy recientes las reformas a la Constitución Política y al Código Civil, y en ambas se dedica especial atención a los derechos de la personalidad.

### LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Respecto de la Constitución de la República Federal, expedida el 5 de octubre de 1988, se ha dicho que cerró definitivamente la polémica acerca de la procedencia del reconocimiento del daño moral en el derecho brasileño<sup>82</sup>.

En el capítulo sobre los derechos y deberes individuales y colectivos, que forma parte del título de los derechos y garantías fundamentales, se hace referencia, en el artículo 5º, a los derechos a la igualdad, a la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad, en los términos que allí se establecen.

Se dispone, a continuación, en el numeral v, que se garantiza el derecho de respuesta proporcional al agravio, además de la indemnización por daño material, moral o a la imagen. Igualmente, en el numeral x, que son inviolables los derechos a la intimidad, a la vida privada, a la honra y a la imagen de las personas, y se garantiza el derecho a la indemnización por el daño material o moral que resulte de su violación.

---

<sup>82</sup> JUDITH MARTINS-COSTA, "Os danos à Pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação", en *Roma e America, Diritto romano comune. Revista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, cit., p. 166.

Adicionalmente, se prevé en el numeral xxxv, que la ley no excluirá de la apreciación del poder judicial la lesión o amenaza del derecho, y en el numeral xlv, que, si bien ninguna pena pasa de la persona condenada, la obligación de reparar el daño se extenderá, en los términos de la ley, a los sucesores, hasta el límite del valor del patrimonio transmitido.

## EL CÓDIGO CIVIL DE 2002

El Código Civil, expedido el 10 de enero de 2002, incluye el Título III sobre los actos ilícitos. Dentro de él, el artículo 186 dispone que aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violare un derecho y causare daño a otro, incluso cuando este fuere exclusivamente moral, comete acto ilícito.

En el Título IX se regula la responsabilidad civil que, en su capítulo primero, se refiere a la obligación de indemnizar.

De manera general, el artículo 927 establece que quien por acto ilícito, cause daño a otro queda obligado a repararlo.

En relación con los perjuicios causados por un incapaz, el artículo 928 prevé que este será obligado a responder, si las personas responsables del mismo no tuvieren obligación de hacerlo o no dispusieren de medios suficientes. Adicionalmente, dispone que la indemnización, que deberá ser equitativa, no tendrá lugar si con ella se priva de lo necesario al incapaz o a las personas que de él dependen.

En el capítulo segundo, se regula la indemnización. Se dispone, en el artículo 944, que esta se mide por la extensión del daño, pero en su párrafo esta norma prevé que si hubiere excesiva desproporción entre la gravedad de la culpa y la del daño, el juez podrá reducir equitativamente la indemnización. El artículo 945 establece que si la víctima concurre culposamente a causar el daño, su indemnización será fijada teniendo en cuenta la gravedad de su culpa, en comparación con la del autor de aquel. Se le da así,

evidentemente, mayor importancia a la valoración subjetiva de las conductas que a su relevancia causal.

Por último, el artículo 948 se refiere a la indemnización por daño emergente y lucro cesante procedente en caso de homicidio, “sin excluir otras reparaciones”. En sentido similar, el artículo siguiente alude a la indemnización de aquellos perjuicios causados al ofendido, en caso de lesión u otro agravio a la salud, así como de los demás que este pruebe haber sufrido.

El artículo 953 regula la indemnización en caso de injuria, difamación o calumnia, disponiendo que consistirá en la reparación del daño que se cause al ofendido, y que si este no puede probar un perjuicio material, corresponderá al juez fijar, equitativamente, el valor de la indemnización de conformidad con las circunstancias del caso. La misma norma se aplica en caso de ofensas a la libertad personal.

En Brasil, como en otros países, se advierte así la puesta reciente de la atención en la persona, más allá de su patrimonio, y la doctrina da cuenta de la veracidad de esta afirmación.

#### LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL SEGÚN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

La profesora JUDITH MARTINS-COSTA alude al daño a la persona como una categoría abierta, cuyo contenido es determinado por la jurisprudencia y depende, por ello, de la idea de persona humana acogida en cada momento histórico, por cada comunidad. Llama la atención la autora sobre la refundación del concepto de persona, antes referido a un ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, y hoy íntimamente ligado al reconocimiento de su dignidad, de su humanidad, de su valor existencial, y advierte que la referencia a todos los derechos e intereses que son inherentes a la persona podría suscitar un caos, por el “crecimiento de las especies”. Se pregunta, entonces, si se tratará de una categoría autónoma o si todas esas especies



podrían, más bien, reconducirse como parte del género daños extrapatrimoniales<sup>83</sup>.

Para el efecto, recuerda MARTINS-COSTA que las nociones de daño a la persona, daño biológico y daño a la salud constituyen creaciones de la doctrina y la jurisprudencia italianas, utilizadas como recursos para superar las limitaciones que, respecto de la indemnización del daño no patrimonial, prevé el artículo 2059 del Código Civil, y agrega que ellas no deben confundir al comparatista, teniendo en cuenta que, en el derecho brasileño, no existen, ni existían antes del Código Civil de 2002, previsiones similares que dificulten el reconocimiento del daño moral<sup>84</sup>.

En vigencia del código anterior, de 1916, se consideraba por la doctrina mayoritaria<sup>85</sup> que la posibilidad de indemnizar el daño moral surgía de la interpretación sistemática de los artículos 159 y 1553<sup>86</sup>. El primero establecía las condiciones para el surgimiento del deber de indemnizar<sup>87</sup>, y el segundo determinaba que en los casos no previstos en el capítulo II del Título VIII (en el que se encontraban tipificados los casos de homicidio, ofensas a la salud o a la integridad física, injuria o calumnia, deshonor sexual de la mujer, otros casos de violencia sexual y ofensas a la libertad personal), la indemnización se fijaría por arbitramento. No obstante, llama la

<sup>83</sup> JUDITH MARTINS-COSTA, cit., pp. 161 a 163.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, pp. 164 y 165.

<sup>85</sup> Entre otros, CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*, 1988, datilografado, p. 61; Bevilaqua, Código Civil, Tomo I, p. 256, observações ao art. 76, ambos citados por JUDITH MARTINS-COSTA, cit., p. 166.

<sup>86</sup> MARÍA FRANCISCA CANEIRO, cit., p. 88, menciona, entre otros autores, a ALMEIDA DO VALLE, *Dano Moral*, p. 69; BITTAR, *Reparação civil por danos morais*, p. 101; VALLER, *A reparação do dano moral no directo brasileiro*; ZENÓN, *Dano moral e sua reparação*; MONTENEGRO, *Resarcimento de danos pessoais e materiais*; CASILLO, *Dano à Pessoa sua indenização*, y REIS, *Dano moral*, 4ª ed., 3.ª, reimp., 1997.

<sup>87</sup> El texto de la norma era el siguiente: Art. 159. "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código".

atención que la jurisprudencia entendió que, a falta de previsión expresa, la posibilidad de reconocer el daño no patrimonial se limitaba a los pocos casos previstos en el propio Código Civil, y luego en algunas leyes especiales, de modo que la admisibilidad general de tales daños solo se ha ido reconociendo después de la vigencia de la Constitución de 1988<sup>88</sup>.

Se advierte, en todo caso, que tanto la Constitución como el Código Civil de 2002, identifican el daño moral con el daño no patrimonial, e igual entendimiento se encuentra en la jurisprudencia. Se citan, entre otros casos que dan cuenta de la amplitud del contenido del daño moral, algunos fallados por el Tribunal Federal: reconocimiento del daño moral causado a los herederos de un jugador de fútbol, por la presentación de un programa sobre él, sin autorización de aquellos (RExt 112263); a la compañera de la víctima de un accidente (RExt 98942); reconocimiento de daños morales por la modificación de la obra y la omisión del nombre del autor (RExt 99501). Igualmente, otros resueltos por el Supremo Tribunal de Justicia, en los que se ha reconocido el daño moral causado con la publicación de la fotografía de un periodista, sin autorización, en una revista especializada en chismes (REsp 221757); el causado por una institución bancaria (REsp 77117), y el causado a una persona jurídica, por ofensa a la honra objetiva<sup>89</sup> (REsp 60033-2)<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> JUDITH MARTINS-COSTA, cit., pp. 166 y 167.

<sup>89</sup> En esta sentencia se precisa que, cuando se trata de una persona jurídica, debe partirse de la distinción entre la honra subjetiva, propia de la persona física, que supone la afectación de la psiquis de quien es ofendido en su dignidad, respeto propio, autoestima, y la honra objetiva, externa al sujeto, que consiste en el respeto, la admiración, el aprecio y la consideración que los demás le dispensan a la persona. De esta última está provista la persona jurídica, en cuanto goce de una reputación frente a terceros, susceptible de ser agraviada por actos que afectan su buen nombre en el mundo civil o comercial donde actúa.

<sup>90</sup> Citados por JUDITH MARTINS-COSTA, cit., p. 168.

La profesora MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, sin embargo, considera que la aceptación del daño a la vida de relación en el derecho brasileño, como categoría independiente, “se hará *para i passu*” con las recomendaciones hechas en la Convención 158 de la Organización Internacional del Trabajo, que se refiere a las indemnizaciones laborales y admite, en el artículo 7º, que el trabajador conozca previamente los motivos por los cuales se rescinde su contrato, con lo cual, según CARNEIRO, se previene una de las posibles causas del daño aludido, en cuanto se disminuye el riesgo de lesionar el buen nombre y el concepto social del individuo<sup>91</sup>.

Parece especialmente interesante el caso fallado por el TJRGS, el 7 de diciembre de 1995, en relación con la violación del deber de sigilo, con perjuicio a la imagen. Se condenó solidariamente al médico, al hospital y al banco de sangre, a pagar una indemnización por los daños materiales y morales causados a una paciente como consecuencia de la divulgación del resultado positivo de un examen para identificar el virus del VIH, que no era definitivo y que, practicado nuevamente, permitió confirmar que el resultado era negativo. Se aludió, en este fallo, al sentimiento de dolor y miedo de morir, y se tuvo en cuenta que el médico le comunicó a la paciente que tenía máximo tres meses de vida<sup>92</sup>. Igualmente, un fallo del 26 de octubre de 1995, proferido por el Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que reconoció el derecho del nasciturus a ser indemnizado por el daño moral causado con la muerte de su padre<sup>93</sup>. También aquí se aprecia, claramente, la amplitud del concepto de daño moral acogido por la jurisprudencia.

MARTINS-COSTA precisa que la jurisprudencia distingue entre el daño moral subjetivo y el daño moral objetivo, y entiende por el primero, aquel que afecta directamente la esfera de la más directa

<sup>91</sup> MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., pp. 103 y 104.

<sup>92</sup> Citado por JUDITH MARTINS-COSTA, cit., p. 163.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 171.

subjetividad, y por el segundo, el que tiene repercusión social<sup>94</sup>. Es esta la misma distinción que en una época adoptó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, especialmente su Sala de Negocios Generales, y que me ha permitido afirmar, en un trabajo anterior, que en varias sentencias de los años 40 se encuentra un claro antecedente del reconocimiento del daño a la vida de relación. Me refiero a algunos fallos en los que se reconocieron indemnizaciones por “perjuicios morales objetivados” consistentes en el estado de inferioridad social o en el complejo social en que quedaron las víctimas en razón de las cicatrices producidas por la lesión<sup>95</sup>.

Indica la misma autora brasileña que son raros los textos doctrinarios o jurisprudenciales que utilizan la expresión “daños a la persona”, o que distinguen entre daño psíquico y daño moral. Cita, sin embargo, un importante antecedente, inclusive anterior a la expedición de la Constitución de 1988, referido al voto del entonces juez del tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, quien accedió a la solicitud de indemnización por el daño psíquico sufrido por una profesora perjudicada gravemente en su físico y en su pudor, como consecuencia de lesiones sufridas en un accidente de tránsito. La tesis defendida por el juez fue vencida en la 3.ª Câmara Cível, pero fue posteriormente acogida por el 2.º Grupo Cível del mismo Tribunal de Alçada, en apelación<sup>96</sup>.

Se conoce, igualmente, una sentencia del Supremo Tribunal de Justicia del 1º de febrero de 2000, en la que se debatió sobre la posibilidad de acumular la reparación del daño moral y la del daño estético, en un caso referido a las quemaduras graves sufridas por una persona a la que también le fueron amputados

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, *cit.*, pp. 327 a 329.

<sup>96</sup> La sentencia es de 1985 y es citada por JUDITH MARTINS-COSTA, *cit.*, pp. 168 y 169.

un brazo y una pierna<sup>97</sup>. En ella se alude a las distintas especies que podrían formar parte del daño moral o no patrimonial, pero se indica que es necesario enfrentar la “guerra de etiquetas” a la que alude el profesor MOSSET ITURRASPE, recordada en esta ocasión por el ministro RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR.

#### LA REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL

En lo que se refiere a la naturaleza de la reparación del daño moral, resulta importante mencionar un fallo del Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, en el cual se afirma que es de carácter mixto, en cuanto busca la satisfacción compensatoria de la víctima, que le servirá para mitigar la amargura que le fue impuesta y, adicionalmente, la sanción civil del causante del daño, que tendrá efecto represivo y pedagógico<sup>98</sup>.

Por otra parte, en cuanto a su valor, existen varias normas que establecen criterios aplicables a determinadas especies de daño. Así, por ejemplo, la Ley de Prensa (Ley 5250 de 1967), que alude expresamente al daño no patrimonial, cuando se causa mediante medios masivos de comunicación, prevé una indemnización tarifada sujeta a techos, que la jurisprudencia, sin embargo, no aplica cuando la conducta que causa el daño es dolosa (RT 616/46)<sup>99</sup>. Sobre la aceptación de formas de reparación no pecuniaria se menciona, también, la Ley 8952 de 1994, que modificó el artículo 461 del Código de Procedimiento Civil, al disponer que en las acciones que tengan por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si fuere procedente, ordenará las medidas que

<sup>97</sup> Citada por EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. IV, num. 85, párrafo 4.

<sup>98</sup> Ap. Civil n.º 196032965-9.ª Câ. Civ., Porto Alegre, TARS, Rel. juiz ANTÔNIO GUILHERME TÁNGER JARDIM, *Revista Julgados do TARGS* n.º 98/407 e 408, citada por JUDITH MARTINS-COSTA, cit., p. 183.

<sup>99</sup> JUDITH MARTINS-COSTA, *ibíd.*, pp. 176 y 177.

aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento. Se autoriza en este último caso, evidentemente, una forma de tutela típicamente inhibitoria<sup>100</sup>.

Antes de la expedición del Código Civil de 2002, como se ha explicado, en los casos no regulados expresamente la reparación debía tasarse “por arbitramento”, esto es, según el arbitrio del juez, y ha sido común el recurso a peritajes o “pareceres técnicos”, así como la no aceptación de pretensiones millonarias, lo que ha dado lugar a que se hable de la “frugalidad de los jueces” brasileños<sup>101</sup>.

Con fundamento en la nueva normativa deberá atenderse, en especial, la extensión del daño como regla general, en los términos del artículo 944, sin perder de vista la obligación del juez de reducir la condena, en equidad, cuando exista excesiva desproporción entre la gravedad de la culpa y la del daño, y en aquellos casos referidos a los perjuicios causados por incapaces, en los que, inclusive, la condena podrá no tener lugar si con ella se priva de lo necesario al incapaz o a las personas que dependen de él (art. 928). Igualmente, deberá darse cumplimiento al artículo 945, que ordena fijar la indemnización con fundamento en la ponderación entre la culpa de la víctima y la del demandado, en los eventos en que aquella intervino en la producción del resultado, lo que indica, evidentemente, que en el análisis no bastará un razonamiento dirigido a establecer el fenómeno de imputación, sino que entrará en juego la valoración subjetiva de las conductas.

---

<sup>100</sup> S. CRUZ ARENHARD, *A tutela inibitória da vida privada*, ed. Revista dos tribunais, 2000, p. 111, citado por JUDITH MARTINS-COSTA, cit., p. 177.

<sup>101</sup> MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., pp. 86 y 87.



## COLOMBIA

Luego de una evolución larga y compleja, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos han consolidado sus propias posturas respecto de la clasificación del daño no patrimonial y su reparación.

### LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo por un largo período siguió de cerca los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia, que durante varios años, como se verá en el acápite siguiente, reconoció el daño moral como único perjuicio no patrimonial. No obstante, dicha jurisprudencia abrió un nuevo campo de desarrollo en el ámbito de la tipología del daño inmaterial con la sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, el 3 de julio de 1992<sup>138</sup>, en la que se reconoció una indemnización por la suma equivalente al valor de dos mil gramos de oro, por concepto de “perjuicio fisiológico”. Encontró el Tribunal el fundamento legal para ello en el artículo 2341 del Código Civil, el cual, expresó, “establece, sin hacer ninguna distinción, la obligación de reparar los perjuicios que se infieran a la persona o los bienes de otro”, y aludió al contenido de la nueva categoría, en el caso concreto, indicando que “[l]a parálisis de los miembros inferiores (paraplejía) que padece el actor lo priva de placeres cotidianos de la vida, tales como los

<sup>138</sup> Confirmada por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia del 1.º de julio de 1993, exp. 7772.



de caminar, trotar, montar en bicicleta, bailar, trepar a un árbol, nadar, desplazarse cómodamente de una ciudad a otra y otras actividades similares”.

Luego, en sentencia del 6 de mayo de 1993 (expediente 7428), la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció, igualmente, la nueva forma de daño, a la que denominó “perjuicio fisiológico o a la vida de relación”, como categoría diferente de los perjuicios material y moral, e indicó que se refería a la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia.

Comenzó, de esta manera, una evolución, que superando varios tropiezos, llega hasta el momento, al planteamiento contenido en la sentencia del 19 de julio de 2000 (expediente 11.842), reiterada en varios fallos posteriores. Para resumir los aspectos más relevantes de dicha sentencia, recorro a la cita de las conclusiones obtenidas sobre ellos en un trabajo anterior de mi autoría<sup>139</sup>:

[...] se abandona la expresión *perjuicio fisiológico*, en cuanto no puede ser considerada sinónima de la de *daño a la vida de relación*, ni siquiera cuando el perjuicio proviene de una lesión física o corporal, dado que esta última noción “no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”<sup>140</sup>, y resulta, además, mucho más amplia, puesto que no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, sino que puede derivarse de la afectación de actividades simplemente rutinarias, que ya no pueden realizarse o requieren de un esfuerzo excesivo.

<sup>139</sup> MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, cit., pp. 330 a 332.

<sup>140</sup> Esta precisión se explica si se tiene en cuenta que, en sus sentencias anteriores, el Consejo de Estado nunca entendió referida la categoría de *daño fisiológico* a las disfunciones orgánicas en sí mismas, como podría deducirse de su denominación, sino a la imposibilidad o dificultad que, en virtud de ellas, se generaba para la realización de actividades placenteras.

Se precisa... que el daño a la vida de relación puede surgir de diferentes hechos, y no sólo de una lesión corporal. Así, puede derivarse de una acusación calumniosa o injuriosa, de la discusión del derecho al uso del propio nombre o de la utilización de éste por otro<sup>141</sup>, de un sufrimiento intenso (daño moral), o, inclusive, de una afectación al patrimonio, “como podría ocurrir en aquellos eventos en que la pérdida económica es tan grande que –al margen del perjuicio material que en sí misma implica– produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas”. Y puede ser sufrido el daño a la vida de relación tanto por la víctima, como por las personas cercanas a ella, entre otras razones, por parentesco o amistad.

Se descarta, por último, la utilización de la expresión *alteración de las condiciones de existencia*, para designar la categoría de daño mencionada, en cuanto puede resultar equívoca, dado que, “en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él”. Se expresa que resulta más adecuada la expresión *daño a la vida de relación*, tradicionalmente utilizada por la doctrina italiana, pero se advierte que esta categoría no está referida únicamente a la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean, sino también a la modificación negativa de “muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo”. Se hace, entonces, una precisión que considero relevante, en el sentido de que “se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior”, y se agrega que aquél que afecta directamente la vida interior será siempre un daño moral.

Entendida de esta manera, la nueva categoría reconocida por el Consejo de Estado resulta, sin duda, más comprensiva que la noción de *daño a la parte social del patrimonio moral* admitida en alguna época por la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que ésta sólo aludía a la afectación del honor, la reputación o la consideración del individuo, y resulta también más extensa que la reconocida en

---

<sup>141</sup> Esta hipótesis está expresamente prevista en el artículo 4.º del Decreto 1260 de 1970.

ciertos eventos por la misma Corte, en Sala de Negocios Generales, como *daño moral objetivado*, refiriéndose al complejo de inferioridad padecido por la víctima de una lesión física con implicaciones estéticas. Por lo demás, constituye una categoría más amplia que la acuñada por la Sala Civil de esta corporación bajo el mismo nombre de *daño a la vida de relación*, en la citada sentencia del 4 de abril de 1968, en cuanto ésta se refería únicamente a las proyecciones de la lesión inmediata –consistente en el desmedro a la integridad física o mental, la injuria al honor, la libertad o la intimidad– en la vida social de la persona.

Se advierte, adicionalmente, que, frente al nuevo tipo de perjuicio, se tornan por lo menos equívocas las alusiones hechas, de una parte, por los hermanos Mazeaud y André Tunc, a aquellos “daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo” y, de otra, por el mismo Consejo de Estado, para definir el concepto ahora desechado de *perjuicio* fisiológico, a la “perdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia”. En efecto, el daño a la vida de relación, en el entendimiento que de él hace hoy el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, comprende las consecuencias extrapatrimoniales que se generan en la vida exterior de la persona, al margen de que ellas concurran con la generación de un lucro cesante, y aun de que se produzcan como consecuencia de éste. Así, por ejemplo, en la sentencia del 19 de julio de 2000, se expresa que del hecho de que la incapacidad laboral del demandante sea total y permanente se infiere la existencia de un daño a la vida de relación, dado que no podrá seguir siendo productivo económicamente, situación que –además de los perjuicios materiales que le ocasiona– modifica radicalmente sus roles vitales. Se agrega, al respecto, a manera de explicación, que “la función de cabeza de familia, antes cumplida por él..., deberá ser asumida por su esposa, o por sus suegros, lo que altera gravemente su vida familiar”.

En otras sentencias, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de reconocer este perjuicio en casos en los que su causa no

la constituyó una lesión física, sino eventos diferentes, como la publicación de una acusación falsa<sup>142</sup>, la muerte de un hijo<sup>143</sup>, la muerte del padre que afecta a un hijo póstumo<sup>144</sup>, o la privación injusta de la libertad<sup>145</sup>, entre otros.

Se concluye, entonces, que el Consejo de Estado colombiano reconoce, hoy en día, dos formas de daño inmaterial, el daño moral y el daño a la vida de relación. No obstante, deben hacerse dos observaciones adicionales:

Por una parte, en un pronunciamiento reciente que, por ahora, debe ser considerado aislado, se ha afirmado –con un alcance evidente de *obiter dictum*– que la “alteración de las condiciones estéticas... bien podría originar un perjuicio de naturaleza independiente y autónomo”<sup>146</sup>. Es posible, entonces, que en decisiones posteriores este planteamiento dé lugar al reconocimiento, en un caso concreto, de una nueva categoría de daño inmaterial.

Por otra, en sentencias del 15 de agosto y del 18 de octubre de 2007<sup>147</sup>, se reconoció el perjuicio denominado “alteración de las condiciones de existencia”, propuesto especialmente por la doctrina francesa, consistente en la modificación anormal y negativa del curso de la existencia que sufrieron los demandantes, como consecuencia, en el primer caso, del desplazamiento forzado del que fueron víctimas, y en el segundo, de la vulneración de su derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente, imputable a las entidades demandadas

---

<sup>142</sup> Cfr., entre otras, sentencia de la Sección Tercera del 25 de enero de 2001, exp. 11413.

<sup>143</sup> Cfr., entre otras, sentencia de la Sección Tercera del 23 de agosto de 2001, exp. 13.745.

<sup>144</sup> Cfr., entre otras, sentencia de la Sección Tercera del 15 de agosto de 2002, exp. 14.357.

<sup>145</sup> Cfr., entre otras, sentencia de la Sección Tercera del 5 de mayo de 2005, exp. 14022.

<sup>146</sup> Cfr. sentencia de la Sección Tercera del 4 de diciembre de 2007, exp. 17918.

<sup>147</sup> Estas sentencias fueron proferidas por la Sección Tercera en los procesos identificados, en su orden, con los n.ºs AG-0004-01 y AG-00029-01.

que los indujeron a adquirir viviendas construidas en un terreno inapropiado.

Sobre estas dos últimas sentencias, llama la atención el hecho de que, si bien en ellas se precisa que la “alteración de las condiciones de existencia” no se confunde con el perjuicio moral, en cuanto este alude al sufrimiento producido por el hecho dañino, mientras que aquel supone una modificación de las condiciones habituales de vida “en modo superlativo..., en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba”, y evidencia “efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos”, un “cambio anormal de los hábitos en función de la proyección de vida”, ninguna consideración se hace sobre la posibilidad de distinguir este tipo de daño del perjuicio a la vida de relación. Por esta razón y teniendo en cuenta además, que la definición que se hace en estas providencias de la “alteración de las condiciones de existencia” corresponde a una forma de perjuicio que estaría claramente comprendida en dicha noción de perjuicio a la vida de relación, considero que en ellas solo se propone la asignación de un nuevo nombre a esta última, sin presentar argumentos que lo justifiquen, lo cual, por lo demás, parece necesario si se tiene en cuenta que, como se ha advertido en el fallo del 19 de julio de 2000, la misma corporación consideró improcedente utilizar la expresión tomada del derecho francés, por considerarla equívoca, por cuanto podría entenderse alusiva a cualquier forma de perjuicio, y encontró más adecuada la expresión “daño a la vida de relación”.

#### LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL EN EL ÁMBITO CIVIL

La Corte inició el proceso de reconocimiento del daño moral con la sentencia de la Sala de Casación del 21 de julio de 1922, complementada con la proferida por la misma Sala el 22 de agosto de 1924 –en la que se condenó al Municipio de Bogotá a pagar al demandante la suma de \$3.000, por concepto del daño moral sufrido por la pérdida de los restos mortales de su esposa, que fueron

sustraídos indebidamente por los empleados de dicho municipio—. Continuó, en épocas posteriores —en las que ya se contaba con el artículo 95 del Código Penal de 1936, que se refería expresamente al daño moral ocasionado por el delito citado—, acogiendo, en ocasiones, la clasificación propuesta por los hermanos HENRI y LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC<sup>148</sup>, al entender que el daño moral resultaba de la afectación a cualquiera de los derechos personalísimos y podía presentarse como un menoscabo a la parte social de dicho patrimonio, cuando eran vulnerados el honor, la reputación o la consideración de un individuo, o como un menoscabo a la parte afectiva del mismo, cuando la persona era alcanzada en sus afectos, en sus sentimientos<sup>149</sup> y, en otras, refiriéndose concretamente a la categoría denominada “daño moral no susceptible de objetivación”, que dividía de la manera que acaba de indicarse y que, junto con la de “daño moral objetivado”, determinaría el contenido del concepto general de daño moral<sup>150</sup>.

En otros fallos —mencionados anteriormente para mostrar su similitud con la clasificación propuesta en Brasil (ver pp. 54 y 55)—, utilizando la misma denominación de daño moral objetivado, con un contenido, sin embargo, claramente diferente, se reconocieron perjuicios inmateriales referidos a la afectación de la vida social sufrida por la víctima de lesiones físicas, especialmente estéticas, que no se confundían con el daño moral propiamente dicho, o daño moral subjetivo, conforme a los términos de la época<sup>151</sup>.

Posteriormente, en la sentencia del 4 de abril de 1968 de la Sala Civil, se presentó una nueva propuesta de clasificación del

<sup>148</sup> HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. I, 5.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, pp. 425, 426.

<sup>149</sup> Cfr., entre otras, sentencias de la Sala de Casación Civil del 28 de septiembre de 1937 y del 15 de marzo de 1941.

<sup>150</sup> Cfr., entre otras, sentencia de la Sala de Negocios Generales del 23 de abril de 1941.

<sup>151</sup> Cfr., entre otras, sentencias de la Sala de Negocios Generales del 5 de noviembre de 1942 y del 19 de diciembre de 1956.

daño, según la cual aquel que afecta a la persona puede consistir, de inmediato, en un desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptibles de traducirse en consecuencias patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en su equilibrio sentimental.

En épocas posteriores, sin embargo, esa corporación no reiteró el planteamiento efectuado en el fallo de 1968, sino que volvió a la clasificación propuesta en la sentencia del 23 de abril de 1941, citada anteriormente, y, después, aun en pronunciamientos muy recientes, se refirió al daño moral como única forma de daño inmaterial, y redujo su contenido a las afectaciones de los sentimientos, de los afectos, de la vida interior.

Podría considerarse que, en sentencia del 10 de junio de 1998 (expediente 6083), se aceptó una noción amplia del daño moral. En efecto, se indicó que el daño moral “proviene de un hecho ilícito que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona”. No obstante, analizados algunos pronunciamientos sobre situaciones en las que la afectación de la vida social resultaba evidente, cercanos en el tiempo a este fallo de 1998, se advierte que la Corte solo ordenó indemnizar el perjuicio consistente en el desmedro espiritual derivado de dicha afectación.

Así, por ejemplo, en la sentencia del 26 de junio de 2003 (expediente C-5906), al referirse al perjuicio moral de una persona que quedó con una deformidad física permanente (cojera, disminución de la visión, limitación en la flexión de los dedos de una mano), la Corte se refirió, exclusivamente, a la angustia y afección emocional que se deriva del tener que aceptarse en el medio familiar, social y laboral en el estado actual de su cuerpo, lo que generó la lesión de caros derechos de la personalidad y la autoestima.

En sentido similar, en la sentencia del 15 de octubre de 2004 (expediente 6199), al resolver sobre la situación de un menor que perdió una pierna como consecuencia de un tratamiento médico erróneo, luego de sufrir una lesión, se expresó:

[...] ha de suponerse la congoja y la aflicción incalculables que en él se produzcan; y es que resulta apenas natural entender que, aparte de la tristeza que desde un comienzo se experimente, este sentimiento con el paso de los años se incrementa y lo acompaña hasta el final de su existencia, al contemplar cómo, debido al traumatismo físico de las proporciones del sufrido, tempranamente se alteraron las condiciones de su vida, puesto que, ante las restricciones o limitaciones a que estará sometido por el uso permanente de una prótesis, algunas de sus esperanzas o posibilidades futuras quedaron truncadas prematuramente.

Se advierte cómo, si bien se reconocieron, en este fallo, la existencia de una alteración de las condiciones de vida del menor afectado y la frustración de algunas de sus esperanzas o posibilidades futuras, solo se tuvo en cuenta, para efectos de determinar el contenido del daño, el sentimiento de tristeza que, por tal razón, lo acompañaría toda su vida, de modo que no fueron valorados los efectos de tales alteración y frustración en la relación de la víctima con el mundo exterior.

Un comentario en el mismo sentido podría hacerse respecto de la sentencia del 19 de diciembre de 2006 (expediente 00109), en la que la Corte expresó que el accidente y sus funestas consecuencias “le causaron gran aflicción” a la víctima, “como debe colegirse no sólo del estado de postración sino de las secuelas sufridas, en particular la desfiguración del rostro y la disminución en su capacidad motriz”.

Ahora bien, esta concepción del daño no patrimonial, entendido como sinónimo del daño moral, referido, exclusivamente, a la afectación de los sentimientos, de las convicciones íntimas, ha sido revaluada muy recientemente por la Corte Suprema de Justicia, en



la sentencia del 13 de mayo de 2008, en la que se resolvió un cargo formulado contra la decisión de segunda instancia, por haberse incurrido en violación de la ley, al denegarse el reconocimiento del perjuicio “fisiológico o a la vida de relación” cuyo reconocimiento fue solicitado en la demanda.

En este importante pronunciamiento, retoma la Corte, por primera vez, el planteamiento expuesto en la sentencia, anteriormente mencionada, del 4 de abril de 1968, respecto del daño a la persona y, en particular, de una de las consecuencias que de él pueden derivarse, el daño a la vida de relación.

Expresa la Corporación lo siguiente:

[...] a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que

cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar.

Luego de referirse a la discusión que actualmente se presenta en Italia respecto de la posibilidad de reconocer al daño a la vida de relación el carácter de categoría autónoma, la Corte reconoce expresamente el aporte que, en el ámbito nacional, ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado en la configuración de esta forma de perjuicio. Cita, entonces, las conclusiones contenidas en la sentencia de la Sección Tercera, del 19 de julio de 2000 –ya analizada en este ensayo–, cuyos planteamientos acoge íntegramente, al concluir lo siguiente:

5. En este orden de ideas, la Corte, a manera de compendio, puntualiza que el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) *tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial*, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) *adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho*; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) *no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos*; e) *según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la com-*

*pañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas. (Se resalta en bastardilla).*

Llama la atención que la Corte se aparta de las polémicas planteadas en Italia sobre el daño a la vida de relación, muchas de las cuales, advierte –con razón–, encuentran su motivación en “el diverso tratamiento que se ofrece a los perjuicios patrimoniales y a los extrapatrimoniales”, o en “el surgimiento de novedosas categorías, tales como el daño biológico, el daño a la salud y el daño existencial”, y concluye que aquella figura, delineada conforme a los criterios establecidos en el fallo, “acompaña con los fines que en este campo persigue el sistema positivo colombiano, a la par que encaja dentro de una evolución institucional propia y auténtica, por lo que sigue mostrando considerable utilidad a fin de extender y profundizar las garantías efectivas con que cuentan las personas que acuden a la administración de justicia.

De esta manera, se enervan los eventuales cuestionamientos relativos a la imposibilidad de hacer una correspondencia exacta entre la noción colombiana de daño a la vida de relación y la que se ha reconocido, con el mismo nombre, en otras latitudes. En

efecto, al margen de las discusiones que se plantean en Italia sobre el alcance de esta categoría, su contenido, en el ámbito del derecho colombiano, se encuentra claramente definido.

Con la expedición de esta decisión, se logra finalmente una postura coincidente entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, respecto de la clasificación del daño no patrimonial, que se presenta, entonces, en dos formas distintas, el perjuicio moral y el perjuicio a la vida de relación, referidos, en su orden, a las afectaciones inmateriales que sufre la persona en su vida interior y en su vida exterior. En el futuro, es deseable que los desarrollos de la jurisprudencia, al respecto, se produzcan en lo posible de manera acompasada, de modo que pueda evitarse la adopción de decisiones divergentes, en desmedro del derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia.

#### LA REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN EL ÁMBITO CIVIL

En lo que se refiere a la reparación del perjuicio inmaterial, la jurisprudencia colombiana ha fijado su cuantía conforme a las pruebas allegadas, considerando que se trata de una indemnización satisfactoria. Inicialmente, tuvo en cuenta el límite de \$2.000 establecido en el artículo 95 del Código Penal de 1936<sup>152</sup>, que aplicaba analógicamente. Esta práctica, sin embargo, fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de septiembre de 1974<sup>153</sup>, desde la cual esa corporación ha procedido a sugerir topes aplicables a los casos en que el daño moral se presente en su mayor intensidad, los cuales, sin criterios de indexación, modifica

---

<sup>152</sup> El texto de la norma era el siguiente: “Art. 95.- Cuando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que correspondiera al ofendido, hasta la suma de dos mil pesos”.

<sup>153</sup> En esta sentencia se consideró que el artículo 95 establecía una restricción, por lo cual era una norma exceptiva, que solo podía aplicarse a los casos directamente regulados por ella, esto es, a los de daño moral proveniente del delito.

periódicamente. Así, en la sentencia del 7 de septiembre de 2001 (expediente 6171) sugirió un límite equivalente a \$15.000.000<sup>154</sup>.

No obstante, en sentencia del 30 de junio de 2005 (expediente 00650), la corporación decidió aumentar el valor de la indemnización fijada por el a quo, por concepto de perjuicio moral, estableciéndola definitivamente en \$20.000.000.00, con fundamento en los siguientes argumentos, que parecen dar cuenta de la consideración que hace la misma Corte sobre el carácter excepcional del caso concreto:

En relación con los perjuicios morales subjetivos que “por este lamentable suceso” tasó el a-quo en \$12.000.000.00, debe decirse que dicho monto debe ser incrementado, pues en el caso, la connatural aflicción que sufre una persona por la pérdida de un ser querido, como es apenas comprensible, adquiere mayores dimensiones por las particulares condiciones de la demandante, sobre quien, no hay que olvidar, contaba con algo más de dieciséis años al producirse el accidente en el que falleció su mamá, es decir, se encontraba en plena adolescencia al verse privada de un importante miembro de su núcleo familiar, en circunstancias por lo demás traumáticas, y en un momento en que ella misma debía afrontar la discapacidad corporal que le sobrevino por causa del mismo suceso, situación en la que la ausencia física, la pérdida del afecto maternal, la orientación, consejo, y sobre todo el apoyo de su progenitora, en tan difíciles circunstancias, y en las venideras, por lo irreversible de su propia condición, permiten entender que su desaparición afectara con mayor intensidad sus sentimientos, y que su pérdida le resultara y resulte más dolorosa y perturbadora, de ahí que la condena por el apuntado concepto, que como se sabe no compensa ese dolor y constituye apenas una medida de relativa satisfacción de él, deba *incrementarse a veinte millones de pesos (\$20.000.000.00), cuyo pago correrá por cuenta entonces de los demandados.* (Se resalta en bastardilla).

---

<sup>154</sup> La misma Corte ha manifestado que la concesión de indemnizaciones mayores a las propuestas por ella no son susceptibles de ser atacadas en casación. Cfr., entre otras, sentencia de la Sala Civil del 6 de mayo de 1998, exp. 4972.

Llama la atención lo expresado por la Corte en sentencia del 17 de agosto de 2001 (expediente 6492), en la que consideró que, cuando se condena por el daño moral sufrido, se trata simplemente de mitigar el dolor, y no en sentido estricto de repararlo, por lo cual “no tendría sentido acudir a patrones (corrección monetaria, oro, UPAC, dólar, UVR) cuya utilidad práctica consiste... en mantener en el tiempo la tasación del daño, en servir de correctivo de la desvalorización de la moneda nacional, que con el paso del tiempo pierde su poder adquisitivo y por lo tanto hace irrisoria una suma fijada en pesos, a modo de indemnización por equivalente”. Agrega la Corte que es deseable –por el fin paliativo y no resarcitorio de la indemnización–, que no se usen patrones de indexación, aunque aclara que su uso no vulnera de manera directa normas sustanciales.

Sorprende este planteamiento de la Corte, evidentemente aislado, que, en mi opinión, por una parte, desconoce el sentido de la denominada reparación satisfactoria, propia de todo daño no patrimonial, con la que, si bien no se pretende entregar una suma equivalente al valor de los intereses afectados, sí se busca hacer menos grave la situación del ofendido, proporcionándole los medios para desarrollar actividades que sean agradables para él y le permitan, de alguna manera, tomar distancia de su dolor o de sus alteraciones vitales y recuperar, en alguna medida, su alegría, su paz, su optimismo. Podríamos llegar, en cambio, siguiendo la tesis de la corporación, a la fijación de una suma meramente simbólica, cuya función parecería más cercana a la punición. Por otra parte, el planteamiento de la Corte desconoce, igualmente, la noción de equidad, que, como criterio auxiliar, debe informar al juez para adoptar una decisión justa, lo que supone consultar el sentido del equilibrio, para garantizar, además, que la igualdad se realice de manera real y efectiva.

Comparto íntegramente, por lo anterior, las consideraciones hechas en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

Al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es –por su menguado monto– meramente nominal y renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera –por imperfecta que sea– el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del *alterum non laedere* que tiene raíz constitucional (art. 19, Ley Fundamental) y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el Preámbulo de la Carta Magna [...] En el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin<sup>155</sup>.

En cuanto se refiere a la reparación del daño a la vida de relación, que, como se advirtió, ha sido reconocido recientemente por la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación expresó, en la sentencia del 13 de mayo de 2008, que su cuantía debe ser establecida por el juez, en cada caso, en forma mesurada y cuidadosa, para lo cual debe efectuar un análisis que permita establecer el alcance real de los obstáculos, privaciones, limitaciones o alteraciones que, como consecuencia de la lesión, deba afrontar la víctima. Anuncia, sin embargo, que la jurisprudencia trazará al respecto, un marco útil de referencia, como lo ha hecho en relación con el daño moral, sin perjuicio de la independencia que la Constitución y la ley confieren a los jueces. Al respecto, constituye el fallo un precedente importante, teniendo en cuenta que, en el caso concreto, impuso una condena por valor de \$90.000.000.00 –suma seis veces superior al tope sugerido por la misma corporación para el daño moral– a favor de la víctima afectada de parapleja como consecuencia del hecho imputable al demandado, advirtiendo que las secuelas desencadenadas sobre la vida de relación de

<sup>155</sup> Sentencia del 5 de agosto de 1986, en J. A. 1986-IV-624, proferida en la causa Santa Coloma, Luis, y otros contra Ferrocarriles Argentinos, citada por ROBERTO VÁZQUEZ FERREYRA, cit., p. 295.

aquella podrían ameritar el reconocimiento de una cifra superior, lo que, sin embargo, no podía hacerse, en virtud del principio de congruencia, que obligaba a ajustarse al límite máximo contenido en la respectiva pretensión.

Finalmente, debe mencionarse la sentencia del 24 de mayo de 1999, proferida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso radicado con el n.º 5244, que constituye un antecedente importante –aunque aislado– en el campo de las reparaciones no pecuniarias del daño inmaterial reconocidas por esa corporación. En esta sentencia, se declaró la responsabilidad de una sociedad impresora y comercializadora de un periódico de amplia circulación, por los perjuicios sufridos por el demandante, quien había sido identificado erradamente, en una noticia publicada en aquel, como autor intelectual de una masacre. En consecuencia, por concepto de perjuicios morales, se condenó al pago de una suma de dinero y, adicionalmente, se ordenó la publicación de la información referida a que el demandante no estaba vinculado legalmente a la masacre, así como la indicación de que, por un error informativo inexcusable, la mencionada sociedad fue condenada judicialmente al pago de perjuicios, para lo cual se dispuso la transcripción de la parte resolutive de la providencia y se previó que la publicación debía hacerse en las mismas condiciones de extensión, columnas, caracteres y en la misma página en que se había presentado la noticia errada.

Se advierte que esta medida no pecuniaria no había sido solicitada en la demanda, no obstante lo cual la Corte consideró que debía adoptarse, teniendo en cuenta lo siguiente:

Ahora bien, primeramente reitera la Sala la necesidad de aplicar para el caso de reparaciones del daño moral en los derechos al buen nombre y a la honra, el criterio del *arbitrium iudicis*, de tal manera que por lo menos se aproxime a una compensación equivalente o paliativa por la afección sufrida, sin que con ella se aspire a resarcir



plenamente a la víctima, ni tampoco se logre enmendar oportuna y totalmente las secuelas causadas por el error informativo nocivo que se ha cometido.

[...] estima la Corte que, de un lado, deben tenerse en cuenta, factores como los relativos a las condiciones personales trascendentes en el buen nombre y la honra de la víctima, al alcance y gravedad de la afectación de estos derechos, a la extensión de la difusión y las circunstancias de la información, a las condiciones periodísticas y económicas del medio de comunicación social, al interés de la víctima por la rectificación y a la disposición del medio para hacerlo, etc. Pero del otro, *también precisa la Corte la necesidad que, en desarrollo de una correcta aplicación del precitado principio [reparación integral], se seleccionen las formas de resarcimiento que se adecuen a la función compensatoria o paliativa de dicho daño, a fin de lograr en lo posible su justa reparación y evitar un aprovechamiento indebido.*

*Por ello, las medidas resarcitorias del mencionado perjuicio pueden ser directas, como la condena a la publicación en forma obligatoria y gratuita, de la rectificación correspondiente con la parte resolutive de esta sentencia, o indirectas o equivalentes, como la condena al pago de una suma de dinero, o bien unas y otras, según lo requiera la mencionada reparación. (Se resalta en bastardilla).*

#### LA REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En lo que se refiere al Consejo de Estado, se observa que siguió aplicando analógicamente el artículo 95 del Código Penal de 1936 después del pronunciamiento de la Corte de 1974, antes aludido. En sentencia del 9 de febrero de 1978, sin embargo, consideró prudente actualizar la suma de \$2.000 allí fijada como tope para la reparación del daño moral, teniendo en cuenta la cantidad de gramos de oro que, en la época en que comenzó la vigencia de dicha norma, podía comprarse con esa suma. Fue así como llegó a la cantidad de mil gramos de oro, que utilizó desde ese momento y que fue acogida, luego, por el artículo 106 del Código Penal de

1980, como tope de la reparación del daño moral proveniente del hecho punible<sup>156</sup>.

No obstante, desde la sentencia del 6 de septiembre de 2001 (expediente 13.232-15.646), el Consejo de Estado ha rechazado la utilización del oro como patrón para garantizar el reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero –y por lo tanto, aunque luego de su derogatoria, la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, que se hizo durante mucho tiempo–, y ha recurrido al salario mínimo como mecanismo de corrección. Se fijó, en la comentada sentencia, un límite sugerido, equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales (SMLM), para los casos en que el perjuicio se presente en su mayor intensidad, postura que hasta el momento no se ha modificado<sup>157</sup>.

En la misma sentencia, el Consejo de Estado consideró improcedente la aplicación analógica del artículo 97 del nuevo Código Penal<sup>158</sup> y, posteriormente, la Corte Constitucional adoptó una

---

<sup>156</sup> El artículo 106 del Código Penal contenido en el Decreto 100 de 1980 disponía lo siguiente:

“Art. 106. Indemnización por daño moral no valorable pecuniariamente. 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”. La referencia a la necesidad de valorar las modalidades de la infracción ha sido objeto de múltiples críticas, dada su impertinencia para la determinación de la responsabilidad patrimonial. Al respecto, puede consultarse la aclaración de voto del doctor FERNANDO HINESTROSA a la sentencia del 25 de febrero de 1982, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso radicado con el n.º 1651.

<sup>157</sup> Si bien en sentencia proferida por la Sección Tercera el 4 de diciembre de 2007 (exp. 17918) se condenó al pago de la suma equivalente a 120,25 salarios mínimos legales mensuales, por concepto de daño moral, esta cifra solo corresponde al resultado de la conversión, a este factor, de la condena impuesta por el Tribunal en una decisión anterior a la mencionada del 6 de septiembre de 2001, confirmada por el Consejo de Estado, correspondiente a 1.000 gramos de oro. No puede considerarse, entonces, que se haya modificado por esta última incorporación la suma tope sugerida para indemnizar dicho perjuicio, cuando se presenta en su mayor intensidad.

<sup>158</sup> El texto de la norma es el siguiente:

decisión en sentido similar, en sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002, por la cual declaró exequibles los dos primeros incisos de dicho artículo, “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”, y de que “[e]ste límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible”.

La importante diferencia que existe entre los toques que se aplicarían, entonces, en materia civil, contencioso administrativa y penal, para indemnizar el perjuicio moral –en su orden 15 millones de pesos, equivalentes en el año 2008 a 32,5 SMLM; 100 SMLM, y 1.000 SMLM– justifica la crítica formulada por el profesor FELIPE NAVIA ARROYO, quien califica la situación de “lamentable, porque a su amparo la suerte de la víctima depende del juez que deba decidir su caso, planteándose una desigualdad que es no solamente inconstitucional sino, a todas luces, injusta”<sup>159</sup>.

En cuanto al daño a la vida de relación, se observa que, en la época en que se reconoció el denominado perjuicio fisiológico, que se entendió como sinónimo de aquel, el Consejo de Estado impuso condenas máximas para indemnizarlo por la suma equivalente al

---

“Art. 97.- Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) 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”.

<sup>159</sup> Cfr. FELIPE NAVIA ARROYO, “Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado* 12-13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 294. También manifiesta el profesor NAVIA que “la finalidad de las normas penales [artículos 95 del código de 1936 y 106 del código de 1980]... no era la de fijar ‘topes a la indemnización del daño moral’, sino la de fijar toques a las condenas provisionales que, por ese concepto, hicieran los jueces penales”, por lo cual cuestiona, además, su indebido entendimiento por parte de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa. Cfr., *ibíd.*

valor de cuatro mil gramos de oro<sup>160</sup>. Y Luego de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, antes mencionada, esa corporación ha fijado en salarios mínimos las indemnizaciones correspondientes al daño a la vida de relación. Sin embargo, no se ha pronunciado expresamente sobre un tope sugerido que, como en el caso del daño moral, pueda ser utilizado en los casos en que la afectación sea de la mayor intensidad. Llama la atención el hecho de que las condenas más altas correspondan a un cuádruplo del tope sugerido para el daño moral, esto es, a cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales<sup>161</sup>, dado que, en mi opinión, la coherencia indica que el máximo reconocido para la indemnización del perjuicio fisiológico debe ser aumentado en términos reales, para la reparación del daño a la vida de relación, teniendo en cuenta la mayor amplitud que tiene hoy en día esta categoría, frente a aquella.

Finalmente, merece especial mención la sentencia proferida el 20 de febrero de 2008 por la Sección Tercera de la última corporación mencionada<sup>162</sup>, en la que se declara la responsabilidad de la nación colombiana y del Municipio de Tuluá por la muerte de dos personas cuyos cadáveres fueron hallados –decapitados y con las manos amputadas– cuatro días después de que, encontrándose privadas de la libertad y bajo la custodia y protección de la Policía, hubieran sido secuestradas por hombres armados desconocidos que llegaron a la Inspección en el momento en que eran oídas en indagatoria. La importancia del fallo radica en que se condena a las mencionadas entidades no solo a reparar pecuniariamente

---

<sup>160</sup> Cfr., sentencia del 5 de marzo de 1998, exp. 11041, M. P. LUIS FERNANDO OLARTE OLARTE, actores: SERGIO MAURICIO HERRERA GIRÓN y otros.

<sup>161</sup> Cfr., sentencia de la Sección Tercera del 16 de agosto de 2007, exp. 30114. Debe advertirse que, si bien en la sentencia proferida por la misma sección el 4 de diciembre de 2007 (exp. 17918) se condenó al pago de la suma equivalente a 481 salarios mínimos legales mensuales, por concepto de daño a la vida de relación, esta decisión fue simplemente el resultado de la expresión, en tales salarios, de la suma equivalente a cuatro mil gramos de oro, por la cual había condenado el tribunal de primera instancia, en sentencia que fue confirmada.

<sup>162</sup> Exp. 16.996.

los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes (parientes de las víctimas), sino, adicionalmente, a adoptar tres medidas de naturaleza no pecuniaria, en los siguientes términos:

1. El señor Director General de la Policía Nacional presentará públicamente, en una ceremonia en la cual estén presentes los familiares de los hermanos Cardona –demandantes en este proceso–, excusas por los hechos acaecidos entre el 27 y 31 de enero de 1995, en la población de Tuluá, relacionados con la desaparición forzada y posterior muerte de los mismos.
2. En similar sentido, el Comando de Policía de Tuluá (Valle del Cauca), a través de su personal asignado en dichas instalaciones, diseñará e implementará un sistema de promoción y respeto por los derechos de las personas, mediante charlas en diversos barrios y centros educativos de dicha ciudad, y con entrega, de ser posible, de material didáctico, en el cual la población tenga conciencia de los derechos humanos de los cuales es titular cada individuo.
3. La parte resolutive de la presente sentencia, será publicada, en un lugar visible, en el Comando de Policía de Tuluá, por el término de seis (6) meses, de tal forma que toda persona que visite dicha estación tenga la posibilidad de acceder al contenido de la misma.

Se funda el Consejo de Estado en la disposición contenida en el artículo 8 de la Ley 975 de 2005<sup>163</sup>, por la cual se dictan disposiciones

<sup>163</sup> El texto de la norma es el siguiente:

“Artículo 8.- Derecho a la reparación. El derecho de las víctimas a la reparación comprende las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

“Restitución es la realización de las acciones que propendan por regresar a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito.

“La indemnización consiste en compensar los perjuicios causados por el delito.

“La rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito.

“La satisfacción o compensación moral consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido.

“Las garantías de no repetición comprenden, entre otras, la desmovilización y el

para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios –la cual consideró aplicable a los casos sometidos a su conocimiento–, así como en el principio de reparación integral desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, para concluir que:

[...] cuando se habla del análisis de hechos relacionados con la violación de derechos humanos..., el juez de lo contencioso administrativo no debe estar limitado por su función principal, es decir, la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales, sino que debe ir mucho más allá, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado, para lo cual debe aplicar el conjunto de normas que le brindan suficientes instrumentos dirigidos a que se pueda materializar un efectivo restablecimiento integral del daño.

[...] En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona, reconocidas nacional e internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del *statu quo*, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que propenden por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos, máxime si se tiene en

---

desmantelamiento de los grupos armados al margen de la ley.

“Se entiende por reparación simbólica toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, el perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.

“La reparación colectiva debe orientarse a la reconstrucción sico-social de las poblaciones afectadas por la violencia. Este mecanismo se prevé de manera especial para las comunidades afectadas por la ocurrencia de hechos de violencia sistemática.

“Las autoridades judiciales competentes fijarán las reparaciones individuales, colectivas o simbólicas que sean del caso, en los términos de esta ley”.

cuenta que tales vulneraciones, tienen origen en delitos o crímenes que son tipificados como de *lesa humanidad*<sup>164</sup>.

La anterior conclusión se impone, a todas luces, como quiera que, en estos eventos, el reconocimiento de una indemnización económica con miras al cubrimiento de un determinado perjuicio o detrimento, en modo alguno puede catalogarse como suficiente, toda vez que la persona o conglomerado social ven afectado un derecho que, en la mayoría de los casos, es de aquellos que pertenecen a la primera generación de derechos humanos y, por lo tanto, por regla general, se ven cercenadas garantías de naturaleza fundamental, sin las cuales la existencia del ser humano no es plena.

Se expresa, entonces, en el fallo citado, que, conforme al principio de reparación integral, el juez contencioso administrativo puede, si los supuestos fácticos lo permiten (por tratarse de casos de violaciones de derechos humanos), además de ordenar indemnizaciones pecuniarias, adoptar medidas no pecuniarias similares a las reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellas la restitución o *restitutio in integrum* –cuando sea posible–, la rehabilitación –que comprende la financiación de la atención médica y psicológica o siquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole–, la satisfacción –que alude a las medidas morales de carácter simbólico y colectivo, como el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc– y las garantías de no repetición –que son aquellas medidas de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones a su dignidad, entre las cuales cabe mencionar las encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras–.

---

<sup>164</sup> Sobre el particular, se puede consultar: Estatuto de Roma (Por medio del cual se establece la Corte Penal Internacional), ratificado por Colombia, mediante la Ley 742 de 2002, la cual fue objeto de revisión automática de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-578 de 2002.

Se precisa, además, que, en estos eventos, la jurisdicción nacional debe tomar en consideración que, “ponderados los principios de reparación integral –por razones de violaciones a derechos humanos–, con los procesales de la *no reformatio in pejus* y de congruencia, es claro que éstos últimos tienen que ceder frente al primero”, teniendo en cuenta que “el Estado Colombiano, así como sus autoridades, no pueden sustraerse del deber jurídico superior... de reparar *in integrum* los daños que se deriven de la violación de derechos humanos”, lo cual, se agrega, no implica “el desconocimiento al debido proceso de las entidades o personas demandadas, quienes sabrán que, en tratándose de la solicitud de reparación de daños derivados del desconocimiento del sistema universal o americano de derechos humanos, es procedente adoptar todas las medidas conducentes a garantizar el restablecimiento de los mismos”.

Sin duda, constituye este pronunciamiento un paso adelante muy importante en la reparación del daño inmaterial en Colombia. Sin embargo, en mi opinión, debe reflexionarse con más cuidado sobre la procedencia del reconocimiento de algunos de estos tipos de reparación u otros similares en procesos distintos de aquellos en los que el daño implique graves violaciones de derechos humanos de la víctima. En ese sentido, considero que no encuentra suficiente fundamento el planteamiento del Consejo de Estado que, en principio, negaría tal posibilidad, en cuanto supone que la “función principal” del juez contencioso-administrativo es “la de establecer y decretar el resarcimiento económico de un perjuicio cuya valoración económica y técnica es posible en términos actuariales”, y que solo debe ir más allá cuando se presente un daño como el aludido, con el fin de que el principio de reparación integral se vea claramente materializado. Se hace de este modo, una interpretación restrictiva del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 (que obliga a todos los jueces de la República) según el cual, además de los criterios actuariales, el juez debe tener en cuenta para valorar



los daños, los principios de reparación integral y equidad<sup>165</sup>, cuyo alcance es, sin duda amplísimo, por lo cual no podría entenderse que dicha norma impide la imposición de condenas no pecuniarias, cuando ello sea procedente.

Al respecto, resulta pertinente recordar que, en la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, del 21 de julio de 1922, complementada con la proferida por la misma sala el 22 de agosto de 1924, ya mencionada en este ensayo, si bien se ordenó el pago al demandante de la suma de \$3.000 por concepto de indemnización del daño moral, se consideró que, con ella, este podría construir un monumento en el cementerio de Bogotá, en honor a la memoria de su esposa muerta, cuyos restos habían sido sustraídos indebidamente por los empleados del municipio. En principio, es claro que la obligación de respetar el principio congruencia –que, seguramente, dio lugar a que la condena, en el caso mencionado, tuviera carácter pecuniario, al margen de la sugerencia de su destino– no tendría excepciones en los eventos distintos a aquellos en que el daño suponga graves violaciones a los derechos humanos<sup>166</sup>, pero ello no obsta para que, existiendo petición concreta en la demanda, se ordene la adopción de medidas no pecuniarias para la reparación del perjuicio inmaterial, también en estos eventos.

---

<sup>165</sup> El texto de la norma es el siguiente:

Artículo 16.- Valoración de daños. 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.

<sup>166</sup> Por ello, en mi opinión, puede resultar cuestionable el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia colombiana el 24 de mayo de 1999, en el proceso 5244, mencionado anteriormente, dado que allí se ordenó la publicación de la rectificación de la noticia errada que causó perjuicios morales al demandante, no obstante que este no solicitó la adopción de tal medida en su demanda.

## EL PROGRAMA DE REPARACIÓN INDIVIDUAL POR VÍA ADMINISTRATIVA PARA LAS VÍCTIMAS DE GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS AL MARGEN DE LA LEY

Con posterioridad a la aprobación de la última providencia del Consejo de Estado mencionada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1290 del 22 de abril de 2008, por el cual se crea el “Programa de reparación individual por vía administrativa para las víctimas de los grupos armados organizados al margen de la ley”, que estará a cargo de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional–Acción Social–. Dada la particularidad de las formas de reparación allí previstas, su análisis se considera pertinente para complementar el estudio del caso colombiano.

*Limitaciones previstas en la aplicación del programa*

Se observa que este programa tiene aplicación restrictiva, en cuanto se establecen límites temporales para la determinación de los beneficiarios y para la solicitud de la reparación. Conforme a lo dispuesto en el artículo uno, su objeto es “conceder un conjunto de medidas de reparaciones individuales a favor de las personas *que con anterioridad a la expedición del... decreto* hubieren sufrido violación en sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados organizados al margen de la ley a los que se refiere el inciso 2 del artículo 1° de la Ley 975 de 2005” (Se resalta en bastardilla). Además, según el artículo treinta y dos, la solicitud de reparación por vía administrativa debe presentarse, a más tardar, dentro de los dos años siguientes a la fecha de expedición del decreto, salvo en caso de fuerza mayor o caso fortuito, evento en el cual el término se contará a partir del momento en que cesen los hechos que dieron lugar a dichas causas extrañas.

También tiene carácter restrictivo la aplicación del programa en cuanto se refiere a la determinación de las víctimas. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 418 de 1997 –al que remite el artículo dos del Decreto 1290– son víctimas

aquellas “personas de la población civil que sufran perjuicios en su vida, o grave deterioro en su integridad personal o en sus bienes, por razón de atentados terroristas, combates, secuestros, ataques y masacres en el marco del conflicto armado interno”, así como los desplazados, en los términos el artículo 1.º de la Ley 387 de 1997, y toda persona menor de edad que tome parte en las hostilidades. También se considera víctima, según lo establecido en el artículo 5.º de la Ley 975 de 2005 –al que remite igualmente el artículo dos del Decreto 1290– toda “persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales”, siempre que los daños sean “consecuencia de acciones que hayan transgredido la legislación penal, realizadas por grupos armados organizados al margen de la ley”. (Se resalta en bastardilla).

Por otra parte, si bien el decreto en su artículo dos considera “destinatarios” o “beneficiarios”, a todas las “personas que hubieren sufrido daño directo como consecuencia de la violación de sus derechos fundamentales por acción de los grupos armados al margen de la ley”, también prevé que, cuando a la víctima se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida, tendrán esa condición “el cónyuge o compañero o compañera permanente o el familiar en primer grado de consanguinidad o primero civil de la víctima directa o aquellos que dependían económicamente de la misma”.

Adicionalmente, se advierte que el programa protege, únicamente, los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud física y mental, a la libertad individual y a la libertad sexual, y precisa que los delitos contra la propiedad, el patrimonio y las violaciones colectivas o atribuibles a agentes del Estado no están incluidos en el programa, y que ellos se regulan, entonces, por las normas aplicables a esas materias (artículo dos).

Debe observarse al respecto que, como consecuencia de la violación de los derechos protegidos por el programa, pueden causarse perjuicios de distinta naturaleza, materiales e inmateriales. En efecto, por acudir a un solo ejemplo, como consecuencia de la violación del derecho a la integridad física, puede generarse para la víctima un daño emergente, un lucro cesante, un daño moral y un daño a la vida de relación. En ese sentido, la reparación, que se establece de manera general, sin distinguir la naturaleza de los perjuicios sufridos, puede corresponder a todos ellos. Esta afirmación, sin embargo, como se explicará más adelante, no será válida en relación con las denominadas “medidas de satisfacción”, que constituyen el aspecto de mayor interés para este ensayo.

### *Naturaleza de la reparación*

El Decreto 1290 distingue entre indemnización solidaria, que se rige por el principio de igualdad, y reparación administrativa individual, que tiene en cambio un “enfoque diferencial”. Ambas, sin embargo, se fundamentan en el principio de solidaridad del Estado con las víctimas (artículos dos y tres), y no tienen, por lo tanto, en principio, carácter indemnizatorio, entendida la indemnización como la prestación típica de la obligación de responsabilidad patrimonial. Esta precisión debe ser tenida en cuenta, para evitar confusiones generadas por el uso de los términos.

Al respecto, resulta muy importante tener en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C-370 de 2006, expresó que los primeros obligados a reparar son los autores de los delitos, y en subsidio, en virtud del principio de solidaridad, el grupo específico al que pertenezcan. Por ello, “[a]ntes de acudir a los recursos del Estado para la reparación de las víctimas, debe exigirse a los perpetradores de los delitos, o al bloque o frente al que pertenecieron, que respondan con su propio patrimonio por los daños ocasionados a las víctimas”, de modo que “El Estado ingresa en esta secuencia sólo en un papel residual para dar cobertura a los

derechos de las víctimas, en especial aquellas que no cuentan con una decisión judicial que fije el monto de la indemnización a que tienen derecho... y ante la eventualidad de que los recursos de los perpetradores sean insuficientes”.

En concordancia con lo anterior, el artículo doce del Decreto 1290 dispone que, si el Estado ingresa en la “secuencia de reparación en un papel subsidiario o residual para dar cobertura a los derechos de las víctimas, el Fondo para la Reparación de las Víctimas deducirá del valor decretado judicialmente... la reparación que hubiere otorgado en virtud del... programa y que fuere susceptible de valoración económica”, para lo cual informará lo pertinente a la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial competente para emitir la sentencia. Igualmente, el artículo trece prevé que, cuando se otorgue una reparación individual por vía administrativa, el Estado se subrogará en las acciones de la víctima contra el victimario, hasta el monto de aquella. En el mismo sentido, el parágrafo 3° del artículo cinco establece que “[d]el valor de la indemnización solidaria se descontarán las sumas de dinero que la víctima haya recibido de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social, o de otra entidad del Estado que constituya reparación”. Estas normas desarrollan el principio denominado “prohibición de doble reparación”, previsto en el artículo tres, según el cual “[n]inguna víctima podrá recibir una doble reparación económica por el mismo concepto o violación, con cargo a los recursos del Estado”.

Se advierte que podrían presentarse inconvenientes para la realización de estas deducciones, sobre todo en aquellos casos en los que se impongan condenas posteriores a cargo del Estado, en procesos contencioso-administrativos, teniendo en cuenta que, como se ha advertido, el monto de la reparación objeto del programa regulado en el decreto se establece de manera general, sin distinguir la naturaleza de los perjuicios sufridos. Esto obligará, seguramente, a efectuar deducciones en abstracto. En estos eventos, por lo demás, la reparación inicialmente reconocida en aplicación

del principio de solidaridad adquirirá carácter indemnizatorio, en cuanto en virtud de la posibilidad de deducir su valor del monto de la condena por imponer, solo podrá ser entendida como parte de la prestación debida por concepto de la responsabilidad patrimonial declarada.

### *Medidas de reparación*

Los artículos cuatro y siguientes del decreto regulan cinco clases de medidas de reparación administrativa –cuya previsión, según se indica en el artículo once, no excluye aquellas que solo fuere posible tramitar judicialmente–, así:

1. La indemnización solidaria, que supone el pago de una suma fija de dinero establecida para cada una de las violaciones sufridas (homicidio, desaparición forzada y secuestro; lesiones personales y psicológicas que produzcan incapacidad permanente; lesiones personales y psicológicas que no causen incapacidad permanente; tortura; delitos contra la libertad e integridad sexual; reclutamiento ilegal de menores, y desplazamiento forzado). En el evento en que concurren varias personas con derecho a reparación, la norma prevé una distribución de la indemnización, por grupos, de modo que el reconocimiento de la reparación a favor de algunas de ellas, o su monto, depende de que, en el caso concreto, no exista algún damnificado cuya prioridad se reconoce en la misma disposición (parágrafo 2º del artículo cinco). Adicionalmente, si, respecto de la misma víctima, concurren varias violaciones, tendrá derecho a que las reparaciones se acumulen, hasta un tope determinado en la norma (parágrafo 4º del artículo cinco).
2. La restitución, que se refiere a la realización, cuando fuere posible, de las acciones que permitan a la víctima regresar a la situación anterior a la comisión del delito. Constituye, claramente, una forma de reparación *in natura*.

3. La rehabilitación, que alude a la prestación, a las víctimas que lo requieran, de asistencia para su recuperación de traumas físicos y psicológicos sufridos.
4. Las medidas de satisfacción, que solo se aplicarán con el consentimiento de las víctimas. Se identifican en el decreto en la siguiente forma:
  - a. Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor.
  - b. Realización de las publicaciones a que haya lugar, relacionadas con el numeral anterior.
  - c. Realización de actos conmemorativos.
  - d. Otorgamiento de condecoraciones y otros reconocimientos públicos.
  - e. Realización de homenajes públicos.
  - f. Construcción de monumentos públicos.
  - g. Difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que las victimizó, siempre que no provoque daños innecesarios, ni genere peligros de seguridad.
  - h. Colaboración con la identificación de los cadáveres y su inhumación, según las tradiciones familiares y comunitarias.
  - i. Acceso preferente a los servicios sociales ofrecidos por el Estado.
  - j. Difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad hechas por los victimarios.

Las medidas a que se refieren los literales b. a g., así como el literal j. se adoptarán “a través de la Agencia Presidencial para la Acción social y la Cooperación Internacional – Acción Social”, y las mencionadas en los literales h. e i., a través de las entidades y organismos competentes para el efecto.
5. Las garantías de no repetición de las conductas delictivas, que implican la realización de todas las actividades de prevención pertinentes, como las campañas de capacitación, difusión y

promoción, para la observancia de las normas nacionales e internacionales sobre derechos fundamentales.

La reparación se hace a cargo del Fondo para la Reparación de las Víctimas, que es una cuenta especial sin personería jurídica, adscrito a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social (artículo dos).

Sobre las medidas de satisfacción, puede afirmarse que ninguna de ellas –salvo, eventualmente, la descrita en el literal i.<sup>167</sup>– parece apropiada para la reparación de perjuicios materiales. Constituyen, en efecto, típicas formas de reparación no pecuniaria del perjuicio inmaterial, cuyo reconocimiento por vía administrativa, en los casos especiales cobijados por el programa regulado en el Decreto 1290, seguramente, propiciará su consideración por la jurisprudencia, en eventos diferentes que, por sus especiales características, aconsejen su aplicación. Así permite deducirlo el pronunciamiento del Consejo de Estado del 20 de febrero de 2008, citado anteriormente en este ensayo, que abre un camino en esa dirección.

---

<sup>167</sup> Una vez logrado el acceso preferente a los servicios sociales ofrecidos por el Estado, que constituye una medida de satisfacción en cuanto se da un trato ventajoso para obtener el servicio, hay lugar a la efectividad de la rehabilitación, como medida de reparación que, como se ha explicado, alude a la prestación de asistencia a las víctimas para su recuperación de traumas físicos y psicológicos.





## OTROS CASOS LATINOAMERICANOS

### CHILE, URUGUAY Y ECUADOR

Los códigos civiles de Uruguay, Chile y Ecuador, de 1869, 1855 y 1860, respectivamente, como la mayor parte de los expedidos en esa época, no hacen alusión expresa al perjuicio moral o no patrimonial, cuando se refieren al daño de modo general. Todos ellos siguieron de cerca el modelo francés, incluyendo una norma que establece la obligación de reparar el daño, sin calificarlo (artículos 1319 del código uruguayo<sup>102</sup>, 2314 del código chileno<sup>103</sup> y 2241 del código ecuatoriano<sup>104</sup>).

El profesor EDGAR CORTÉS observa que el código chileno niega tácitamente la posibilidad de indemnizar el daño moral proveniente de imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona —en cuanto dispone, en el artículo 2331, que en esos casos no habrá lugar a indemnización pecuniaria, a menos de comprobarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero—, y precisa que la jurisprudencia de ese país, desde

---

<sup>102</sup> El texto de la norma es el siguiente: “Art. 1319. Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo. Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito. En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer”.

<sup>103</sup> El texto de la norma es el siguiente: “Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

<sup>104</sup> El texto de la norma es el siguiente: “Art. 2241.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

una sentencia de la Corte Suprema del 8 de septiembre de 1954, ha entendido que se trata de una excepción a la regla general de reparación de cualquier tipo de daño, mientras que autores como J. L. DIEZ SCHWERTER consideran que la norma es injusta y contraria a las normas constitucionales que prevén la protección a la honra de las personas<sup>105</sup>. Igualmente, menciona el profesor CORTÉS que el código ecuatoriano, en cambio, previó expresamente, en su artículo 2258, la procedencia de la reparación del daño moral en el mismo evento<sup>106</sup>, con lo cual se advierte, además, la existencia de una referencia concreta al daño moral en este código, en una situación particular.

Se anota que un sector de la doctrina chilena es partidario del reconocimiento del daño corporal, como categoría autónoma del daño moral, entendido aquel como el perjuicio que se causa a una persona en su organismo y en su mente y del que, a su vez, se pueden generar perjuicios patrimoniales y no patrimoniales. Lo anterior, a pesar de la inexistencia de tablas que fijen el valor de la reparación<sup>107</sup>. Parece clara, entonces, la tendencia de algunos autores al reconocimiento de la indemnización de la lesión propiamente dicha, al margen de sus consecuencias. La jurisprudencia, sin embargo, considera que en los casos de lesiones físicas, aun de pérdida de miembros, se produce un típico daño moral. Así se deduce de sentencias proferidas en distintas épocas<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. II, num. 73, párr. 2.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 199. El texto de la norma es el siguiente: "Art. 2258.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral".

<sup>107</sup> F. ELORRIAGA DE BONIS, "Configuración, consecuencias y valorización de los daños corporales", en *Cuadernos jurídicos*, Universidad Adolfo Ibáñez, 1, 1996, citado por EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. III, num. 80, párr. 9.

<sup>108</sup> Sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 18 de julio de 1944, del 31 de julio de 1947, del 27 de septiembre de 1968 y del 11 de octubre de 1984, así como el fallo del 16 de agosto de 1984, proferido por la Corte de Santiago. Mencionadas por J. L. DIEZ SCHWERTER, cit., p. 119 y ss., citado por EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. IV, num. 86, párr. 10.

Se menciona además, como caso particular, el resuelto en una vieja sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de mayo de 1947, en la que se da cuenta de la amplitud del concepto de daño moral, que comprendería la privación “del goce de circunstancias que le proporcionaban alegrías o complacencias espirituales”<sup>109</sup>.

Es importante resaltar que, en Ecuador, la Ley n.º 171, publicada en Registro Oficial 779 del 4 de julio de 1984, introdujo reformas relevantes al Código Civil. Incluyó, en efecto, los siguientes artículos:

Art. 2258-A.- 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.* (Se resalta en bastardilla).

Art. 2258-B.- *La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad*

<sup>109</sup> EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. IV, num. 85, párr. 4.

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 derechohabientes, 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. (Se resalta en bastardilla).*

Art. 2258-C.- 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.

Se observa, entonces, por una parte, la referencia legal expresa a la procedencia del daño moral de las personas jurídicas, asunto que ha sido objeto de no pocos debates en todas las latitudes, y por otra, la inclusión en época reciente, de limitaciones a la reparación del daño moral, que aluden no solo a la determinación de su existencia, en cuanto se exige la gravedad del perjuicio y de la falta, sino a la legitimación para solicitarla, que se reduce a la víctima (o sus representantes o causahabientes).

En Uruguay se admite, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la reparación del daño moral, aunque como en casi todos los países, se discute sobre su contenido y alcance<sup>110</sup>. Resultan especialmente interesantes, además, las reflexiones que se han propiciado en ese país respecto de la reparación del daño no patrimonial.

El profesor GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA considera que dicha reparación "cumple una función satisfactoria y concomitantemente punitiva, pues al mismo tiempo que contempla la situación del afectado en su persona, termina por sancionar a quien debe hacerse cargo de la suma de dinero a entregar". En opinión de este autor, en efecto, si bien en el derecho nacional no existe ninguna

---

<sup>110</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, cit., p. 236.

norma que induzca a aceptar que la valoración de la conducta dolosa o culposa de las partes tiene incidencia en la fijación de la cuantía de la indemnización del daño no patrimonial, en muchos casos, aunque no se explicita, puede advertirse en ese ejercicio la injerencia de factores emotivos, culturales, económicos y políticos. Alude, por ejemplo, a la valoración de la situación de víctimas que se encuentran en condiciones lastimosas o de especial vulnerabilidad, a la existencia de preconceptos sobre el comportamiento de ciertos grupos sociales y a la consideración de la situación económica de la víctima y del ofensor, incluidas las situaciones en que este es el Estado, siempre solvente<sup>111</sup>.

Cita el profesor ORDOQUI como ejemplo, una sentencia en la que se sostiene que la situación del autor del daño, el Estado, en el caso concreto, justificaba la elevación del valor de la indemnización, por ser aquel la persona de mayor solvencia en la República, y otra en la que se tiene en cuenta, para el mismo efecto, la situación de la víctima, que era un menor lesionado con un ascensor<sup>112</sup>. En sentido similar, se alude a otro fallo proferido en materia contractual, en el que el monto de la indemnización se fijó considerando la situación económica del deudor<sup>113</sup>.

La doctrina uruguaya sugiere, por las dificultades que en todos los países se advierten en la fijación discrecional de la reparación por parte del juez, la utilización de criterios objetivos, complementados con otros de carácter subjetivo, referidos a la necesaria adaptación a las circunstancias del caso<sup>114</sup>. La jurisprudencia, sin embargo, le da relevancia solo a estos últimos, al considerar que el juez puede fijar la cuantía de la reparación del daño no patrimonial según su arbitrio, por lo cual su discusión no puede darse

---

<sup>111</sup> Cit., pp. 193 y ss.

<sup>112</sup> Caso 6751 del tomo 55 de la Justicia Uruguaya, cit., pp. 198 y 199.

<sup>113</sup> Caso 8616 del tomo 75 de la Justicia Uruguaya, cit., p. 199.

<sup>114</sup> GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA, cit., p. 204.

en sede de casación<sup>115</sup>. Ha precisado, sin embargo, que la suma establecida no puede ser imposible de pagar<sup>116</sup>, aludiendo, inclusive, expresamente, a que no podrían fijarse las mismas sumas que se reconocen en Estados Unidos<sup>117</sup>, y ha reconocido que, para fijarla, toma en cuenta los valores establecidos en casos similares<sup>118</sup>.

Muy llamativo parece, respecto del último criterio mencionado, un caso resuelto el 3 de febrero de 1995, en el que se debía determinar el valor del daño sufrido por una persona que no contestó la demanda en el proceso, por lo cual, conforme a las normas procesales, debían tomarse por ciertos los hechos alegados por la actora. Se dijo, no obstante, que “tomar como buenas las sumas que se pretenden originariamente en las demandas por daño a la persona resulta generalmente abusivo y absurdo, por lo altas y fuera de contexto que son las mismas”, de modo que la aplicación exclusiva del criterio procesal podría “afectar la necesaria coherencia y armonía del sistema reparatorio”<sup>119</sup>.

#### BOLIVIA, PARAGUAY Y VENEZUELA

Bolivia y Paraguay tienen códigos civiles recientes, de 1976 y 1987, respectivamente. El venezolano es de 1942.

---

<sup>115</sup> Fallo n.º 7 de 1988 de la Suprema Corte de Justicia, citado por GUSTAVO ORDOQUI, cit., p. 201.

<sup>116</sup> Caso 11225 del tomo 99 de la Justicia Uruguaya, citado por GUSTAVO ORDOQUI, cit., p. 199.

<sup>117</sup> J. GAMARRA, “Guía para el cálculo del daño moral”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, xx, Montevideo, 1990, p. 319, citado por ROBERTO MANUEL LÓPEZ CABANA, cit., p. 223.

<sup>118</sup> Sentencia 242/86, proferida por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, 4.º turno, citada por GUSTAVO ORDOQUI, cit., p. 215.

<sup>119</sup> Sentencia proferida por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil, 5.º turno, citada por GUSTAVO ORDOQUI, cit., p. 219, quien anota que se abandonó la postura rígida que imponía la aceptación de los avalúos a veces desmesurados de los demandantes, que implicaban la abdicación de la función esencial de los jueces de buscar la realización de la justicia en cada caso concreto.

El código boliviano siguió de cerca al italiano de 1942, de modo que, desde el punto de vista normativo, se advierte la existencia de importantes limitaciones, tanto en lo que se refiere a la concepción misma del daño no patrimonial, como en lo que atañe a su reparación. Así, incluye una norma sobre la reparación del daño, en general<sup>120</sup>, y otra que limita expresamente la del daño moral, que solo procederá en los casos previstos por la ley. Esta última, además, prevé que el juez podrá disminuir equitativamente la indemnización, considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo<sup>121</sup>.

El código paraguayo tiene un amplio catálogo de normas que resultan pertinentes. Así, en el artículo 1833 contiene una disposición general sobre reparación del daño<sup>122</sup> y, en el 1835, establece:

Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.

La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

---

<sup>120</sup> “Art. 984.- (RESARCIMIENTO POR HECHO ILÍCITO). Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento”.

<sup>121</sup> “Art. 994.- (RESARCIMIENTO). I. El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso.

II. El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.

III. El juez puede disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento al fijarlo, considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo”.

<sup>122</sup> Su texto es el siguiente: “Art.1833.- El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente”.



En el artículo 1850 se prevé la posibilidad, para el juez, de condenar al autor del daño privado de discernimiento a una indemnización equitativa, en consideración a la situación de las partes, siempre que el perjudicado no haya podido obtener reparación de quien tiene a aquel bajo su cuidado.

El artículo 1857 da prioridad a la reparación *in natura* del daño, cuando ello sea posible, caso en el cual la indemnización será cumplida con el restablecimiento del estado de cosas anterior. Establece, además, que si la reparación directa fuese imposible, el deudor indemnizará el daño mediante una prestación en dinero que permita al acreedor procurársela, y que el juez podrá moderar la indemnización, y hasta dispensar de ella, si hubiese evidente desproporción entre la acción ejecutada con intención, o por culpa, y el daño efectivamente sufrido.

El artículo 1858 se refiere, de manera especial, a los casos de homicidio y, entre los daños reparables, incluye el moral, cuya indemnización –tanto en su monto como en la manera de satisfacerla– quedará a criterio del juez. Por su parte, el artículo 1859 prevé que en caso de lesiones corporales o de perjuicio a la salud, si la persona lesionada quedare desfigurada, se le indemnizará equitativamente del perjuicio que de esa circunstancia pudiere resultarle.

Finalmente, el art. 1863 dispone que en los casos de delitos contra el honor y la reputación, se indemnizará por el daño que el hecho causare a la honra, el crédito o los intereses del ofendido.

Se advierte, entonces, que el código paraguayo hace mención expresa del daño moral que, en principio, sería sinónimo del daño inmaterial –a pesar de la referencia en el artículo 1859, a las “lesiones corporales” y al “perjuicio a la salud”, que evidentemente son entendidos como formas de lesiones que generan perjuicios–. El Código se ocupa de establecer limitaciones precisas respecto de su reconocimiento y reparación, referidas en especial a la legitimación para formular la acción respectiva y a la obligación de los jueces de evaluar la conducta de las partes,

y en algunos casos incluso su situación, para establecer el valor de la condena.

En lo que respecta a Venezuela, la Constitución de la República Bolivariana publicada el 30 de diciembre de 1999 prevé, en su artículo 30, contenido en el título sobre los derechos humanos, las garantías y los deberes, que “[e]l Estado tendrá la obligación de indemnizar integralmente a las víctimas de violaciones a los derechos humanos que le sean imputables, y a sus derechohabientes, incluido el pago de daños y perjuicios”, y “adoptará las medidas legislativas y de otra naturaleza, para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas en este artículo”.

El Código Civil de ese país trae, como los anteriores, una norma general, contenida en el artículo 1185, cuyo primer inciso dispone que “[e]l que con intención, o por negligencia o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo”.

En el artículo 1187, cuya similitud con el artículo 1850 del código de Paraguay es evidente, se prevé que, “[e]n caso de daño causado por una persona privada de discernimiento, si la víctima no ha podido obtener reparación de quien la tiene bajo su cuidado, los jueces pueden, en consideración a la situación de las partes, condenar al autor del daño a una indemnización equitativa”.

Por otra parte, el artículo 1196 establece lo siguiente:

La obligación de reparación se extiende a todo daño material *o moral* causado por el acto ilícito.

*El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.*

El Juez puede igualmente conceder *una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima* (Se resalta en bastardilla).

En relación con esta norma, el profesor J. MÉLICH ORSINI ha considerado que no contiene una enumeración exhaustiva de los eventos que constituirían la causa del daño moral, sino solo una lista enunciativa<sup>123</sup>.

Sin duda, la jurisprudencia da a esta norma el mismo entendimiento; en varias sentencias, accede a la reparación del daño moral en situaciones distintas a las previstas en el artículo 1196. Así, se ha reconocido su existencia en casos de alteración de la estética personal –considerando que la magnitud del agravio moral está determinada por la edad, la profesión y la condición social de la víctima, entre otros factores<sup>124</sup> y de incapacidad producida por la pérdida de las dos manos de una persona –teniendo en cuenta que tal situación no solo le produce una limitación para trabajar, sino para desenvolverse personalmente, esto es, para desarrollar sus quehaceres cotidianos, como alimentarse o vestirse, lo que genera para ella un daño psíquico notorio<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> J. MÉLICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Caracas, 2001, p. 51, citado por EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. II, num. 74, párr. 3.

<sup>124</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 14 de febrero de 1990, citada por EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. IV, num. 85, párr. 4, y num. 86, párr. 9.

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala de Casación Social, del 7 de marzo de 2002, citada por EDGAR CORTÉS, cit., cap. 3.º, sec. IV, num. 86, párr. 8. Sobre ella, anota el profesor CORTÉS que al referirse a la reparación, el Tribunal indica que es equitativo indemnizar a la víctima con una cantidad que le permita pagar ciertos servicios que lo ayuden a procurarse sus necesidades básicas (como una persona que lo atienda), así como disfrutar de algunas actividades para él placenteras y servicios que le permitan sobrellevar la carga moral que significa su incapacidad. Cfr. EDGAR CORTÉS, cit., ibíd. Se advierte, sin duda, en la primera parte, una similitud con la decisión adoptada por el Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, el 6 de mayo de 1993 (exp. 7428), en la que, aludiendo a la reparación del daño denominado, en ese entonces, “fisiológico o a la vida de relación”, se consideró que podía ser reparado con una suma de dinero que sirviera a la víctima para pagar el salario de una enfermera o comprar una silla de ruedas, lo que supone, claramente, una confusión indebida entre el perjuicio inmaterial que pretendía indemnizarse y el material que, seguramente, pudo haberse causado de manera adicional, pero no había sido pedido. Un comentario similar puede hacerse respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político Administrativa, el 4 de octubre

Por otra parte, en estas sentencias, y en otras más recientes, se evidencia la adopción de una noción amplia de daño moral. Así, por ejemplo, en un caso concreto se valoran, para determinar la cuantía de la indemnización por este concepto, no solo el “padeamiento psíquico”, sino “el dolor físico” y “el defecto estético” producido por las quemaduras sufridas por el actor, así como “las consecuencias perjudiciales que han permanecido en el tiempo y que se traducen en la incapacidad parcial del demandante para desenvolverse en su vida cotidiana y para desempeñarse productivamente en la sociedad”<sup>126</sup>.

Sin embargo, el profesor EDGAR CORTÉS anota que en algunos pronunciamientos parece considerarse el daño corporal como daño autónomo<sup>127</sup>, y una sentencia del año 2000, en apariencia confirma esta apreciación. No obstante, se advierte una cierta confusión en cuanto se afirma, de un lado, que el daño corporal sería de naturaleza moral, y de otro, que se distingue de este último, aunque comparta algunas de sus características, lo que resulta relevante para efectos de la aplicación del artículo 1196 del Código Civil. En dicha sentencia se expresó:

---

de 2005 (expediente n.º 10689, M. P. LEVIS IGNACIO ZERPA), en la que, incurriendo en una confusión evidente entre el daño moral y el daño emergente, se expresa que las cantidades reconocidas por concepto de daño moral son “acordadas... en la espera que (sic) sean aprovechadas por la parte actora en los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que amerita para disminuir la incapacidad parcial y lesiones físicas que padece”. Igualmente, en sentencia de la misma sala, del 7 de diciembre de 2006, se confunden el daño moral y el material, al indicar –luego de negar la indemnización del segundo–, que el monto reconocido por el primero al hijo de la víctima muerta “debe destinarse a sus gastos de educación, alimentación, salud, vestido y vivienda”.

<sup>126</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político-administrativa, del 4 de octubre de 2005, expediente n.º 10689, M. P. LEVIS IGNACIO ZERPA.

<sup>127</sup> Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-administrativa, del 10 de octubre de 1973, y de la misma Corte, Sala de Casación Civil, del 3 de mayo de 1994. Citadas por EDGAR CORTÉS, cit., p. 227. En el mismo sentido, sentencia de la Sala de Casación Penal, del 1 de agosto de 2000, expediente 00-156, M. P. FRANKLIN ARRIECHE.

[...] Tal caso de daño físico o lesión personal lo estima el Legislador semejante al atentado al honor, reputación, o a los de la familia a la libertad personal, por lo que es evidente que tales daños corporales o lesiones físicas *las conceptúa como daño moral y no material, razón por la cual facultó especialmente al juez, para que en tales casos pueda acordar una indemnización a la víctima, en el primer aparte del artículo 1.196 del Código Civil*; e igualmente en el *IN FINE* de dicha norma, para conceder tal "...indemnización a los parientes, afines, o cónyuges, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima". *En ambos casos, se trata pues de una indemnización del daño moral, casos en los que el Juez está especialmente facultado por dicha disposición legal para acordar la indemnización correspondiente para cuya fijación prudencial deberá sopesar equitativa y racionalmente todas las circunstancias del caso...*

[...] Pero existe una especial consagrada en el Artículo 1.196 del mismo Código que autoriza a los Jueces a acordar *MOTU PROPRIO* una reparación a la Víctima por las lesiones o heridas que se inflijan sin necesidad de que haya prueba alguna de su monto en autos, con tal de que el hecho de la herida sí aparezca demostrado. *Este último criterio lo ha sostenido la Sala en relación con Sentencias referentes a demandas por indemnizaciones de daños morales, pero no es de dudarse que también es aplicable al caso de reclamaciones por daños resultantes de heridas o lesiones corporales, primero, porque así aparece del texto legal mencionado y, después, porque la razón que tuvo en cuenta el Legislador para conceder esa autorización a los Jueces en relación con la de Daños Morales propiamente dichos, milita también para considerar que igualmente la concedió en relación con la reclamación de daños corporales causados por heridas o lesiones: La imposibilidad de hacer una prueba de su evaluación.* El monto de los daños materiales, no corporales, puede llevarse a los autos mediante una Experticia, pero no el de los daños morales ni los corporales resultantes de heridas o lesiones. De ahí que, para que no quede frustrada la Justicia, debe entenderse que el Legislador facultó a los Jueces para acordar una indemnización, aunque el monto de los mismos no apareciere demostrado en los autos" (sentencia del 10 de octubre de 1973. *Gaceta forense* n.º 82, pp. 391 y 392).

Por lo expuesto, estima la Sala que el Juez de la recurrida incurrió en error de interpretación acerca del contenido y alcance de la norma del artículo 1196 del Código Civil... (Se resalta en bastardilla)<sup>128</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia venezolana considera que el daño moral “no está sujeto a comprobación material directa, motivado a que, por su naturaleza esencialmente subjetiva, no es en la práctica posible”. Por ello, al juzgador, conforme al artículo 1196 del Código Civil, le basta “apreciar si el hecho generador del daño material puede generar a su vez, repercusiones psíquicas, afectivas o lesivas de algún modo al ente moral de la víctima”<sup>129</sup>. Aunque no comparto el primer planteamiento, relativo a la imposibilidad de probar directamente el daño moral, porque considero que este puede ser acreditado mediante testimonios, peritajes e, incluso, documentos (piénsese en una carta donde se dé cuenta de los sentimientos de una persona), encuentro que el segundo no hace más que darle valor a la prueba indiciaria, que permite, a partir de un hecho probado en el proceso –indicador– y de la aplicación de las reglas de la experiencia, inferir otro hecho –indicado–. Así, de la gravedad de una lesión, puede inferirse la afectación moral de quien la padece. No hay en realidad, entonces, una exención de prueba del daño.

En cuanto a la indemnización, de la cual se precisa que es compensatoria, en cuanto no tiene por objeto “resarcir la pena padecida por las personas afectadas”<sup>130</sup>, se afirma, además, que debe ser fijada por el juez teniendo en cuenta aspectos “tales como la importancia del daño, el grado de culpa del autor, la conducta

---

128 Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, del 6 de abril de 2000, expediente n.º 99-496, M. P. CARLOS OBERTO VÉLEZ.

129 Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, del 22 de julio de 2004, expediente n.º 1993-10078, M. P. OCTAVIO SISCO RICCIARDI.

130 Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político-administrativa, del 4 de octubre de 2005, expediente n.º 10689, M. P. LEVIS IGNACIO ZERPA.

de la víctima..."<sup>131</sup> No puede dejar de advertirse, sobre el segundo factor mencionado (el grado de culpa del autor), que constituye un elemento extraño a la naturaleza y a las funciones de la responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, la jurisprudencia venezolana considera que el juez no está atado al principio de congruencia, para efectos de determinar el valor de la indemnización del daño moral. Así, no incurre en vicio de *ultrapetita* la sentencia en la que se condena, por ese concepto, por un valor mayor al solicitado en la demanda. Funda su postura el Tribunal Supremo de Justicia en el artículo 1196 citado, que dispone que el juez "puede" acordar una indemnización a la víctima, así como en los artículos 23 y 250 del Código de Procedimiento Civil. El primero prevé que "[c]uando la ley dice: 'El Juez o Tribunal puede o podrá', se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad". El segundo establece que lo dispuesto en el artículo 249 –que regula la procedencia de la prueba pericial para establecer el valor de los daños, cuando el juez no pudiere hacerlo según las pruebas– "no es aplicable a la reparación del daño moral, cuya indemnización puede acordar el juez de acuerdo al artículo 1196 del Código Civil". Entiende, entonces, la mencionada corporación, que se ha dejado "a la prudencia y sensatez" de los jueces "la tasación del monto de lo que pudiere corresponderle al peticionante", aspecto que es "de la soberana apreciación" de aquellos<sup>132</sup>, "no limitada a lo estimado en el libelo"<sup>133</sup>. Llama la atención esta conclusión, que

<sup>131</sup> Cfr. sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del 31 de marzo de 2004, expediente n.º AA20-C-2002-000697, M. P. CARLOS OBERTO VÉLEZ.

<sup>132</sup> Cfr. sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del 31 de marzo de 2004, expediente n.º AA20-C-2002-000697, M. P. CARLOS OBERTO VÉLEZ.

<sup>133</sup> Cfr. sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, del 12 de diciembre de 1995, expediente n.º 95-281, M. P. CARLOS TREJO PADILLA. En el mismo sentido, sentencia de la misma Sala, del 10 de agosto de 2000, expediente n.º 99-896, M. P. FRANKLIN ARRIECHE.

le da al prudente juicio del juez un alcance que parece contrario al derecho al debido proceso. En efecto, la congruencia, como principio procesal, no es más que el resultado de la garantía de contradicción del demandado, que a su vez, es un desarrollo de aquel derecho.

Finalmente, en cuanto a la forma que asume la indemnización, se observa que, en algunos casos, especialmente en aquellos referidos a la violación del derecho a la honra o a la imagen, se ordena la publicación de la sentencia en diarios de amplia circulación<sup>134</sup>, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley sobre el derecho de autor e, incluso, en los portales de internet de la entidad demandada<sup>135</sup>.

## MÉXICO

Respecto de México, si bien ha sido criticado duramente su desarrollo doctrinal, y considerado “aletargado”, aún en época reciente, lo cual en apariencia es explicable dada su desatención por parte de los jueces<sup>136</sup>, resulta interesante la revisión del Código Civil.

Este código fue expedido en 1928 y contiene una norma general en el artículo 1910, según la cual “[e]l que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

El artículo 1915 dispone que “[l]a reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios”. Esta norma prevé, además, una reparación tarifada

<sup>134</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, del 22 de julio de 2004, expediente n.º 1993-10078, M. P. OCTAVIO SISCO RICCIARDI.

<sup>135</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-administrativa, del 13 de diciembre de 2005, expediente n.º 2003-1071, M. P. LEVIS IGNACIO ZERPA.

<sup>136</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, cit., p. 245.



para los casos en que el daño produzca la muerte de la persona o su incapacidad; establece, en efecto, que “el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo”, y que, para calcular la indemnización, se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que esté en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala dicha ley.

Pero la regulación verdaderamente interesante se encuentra en el artículo 1916, reformado en sus párrafos 1.º y 2.º, en 1982 y en 1994, y adicionado, el 13 de abril de 2007, en sus párrafos sexto (con cuatro fracciones) séptimo y octavo. Igualmente, tiene interés el artículo 1916 bis, adicionado en su párrafo tercero, también por la última reforma citada. El texto actual de estas disposiciones es el siguiente:

Artículo 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querrelas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.

La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo.

La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

Artículo 1916 Bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

En ningún caso se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional. Tampoco se considerarán ofensivas las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo.

Se advierte que el nuevo artículo 1916 acoge un concepto de daño moral que podríamos calificar como “de amplio espectro”, y reconoce su reparación en materia contractual y extracontractual, al margen de la existencia o inexistencia de un daño material y de que su fundamento tenga carácter subjetivo u objetivo. Prevé, además, formas alternativas de reparación del daño, en casos de

afectación al honor, al decoro, la reputación o la consideración, tales como la rectificación, la respuesta y la publicación de la sentencia que reconoce el agravio.

Atrás quedan, entonces, las críticas que se hacían al antiguo artículo 1916, que, independientemente de los daños y perjuicios, establecía que el juez podría acordar, a favor de la víctima o de su familia y a cargo del responsable del hecho, una indemnización equitativa, a título de reparación moral, y que ella no podría exceder de la tercera parte de lo que importara a responsabilidad civil. Es claro que esta norma supeditaba la reparación del daño moral a la existencia de otro de carácter patrimonial.<sup>137</sup>

No obstante, no puede dejar de observarse que la nueva disposición establece limitaciones a la legitimación para formular la acción de reparación del daño moral, y que, entre las circunstancias que deben tomarse en consideración para determinar la indemnización, incluye la valoración de la situación económica del responsable y de la víctima, medidas ambas que parecen extrañas a la función de la responsabilidad patrimonial.

## CUBA

Permítaseme, finalmente, una breve mención al Código Civil de Cuba, de 1987, en el que se consagran especiales limitaciones para la reparación del daño no patrimonial. En efecto, se alude, en varios artículos, a la responsabilidad de las personas naturales y jurídicas, e incluso del Estado, y a la obligación de reparar el perjuicio (artículos 81, 82, 89 y 95 a 98, entre otros), y se prevé que el resarcimiento de la responsabilidad civil incluye la reparación del daño moral (artículo 83). No obstante, luego de precisar con detalle, en varias normas, el contenido de la reparación del material

<sup>137</sup> E. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Derecho de las obligaciones*, Cajica, Puebla, 1961, p. 567, quien también cuestiona la indemnización tarifada contenida en el artículo 1915. Citado por JORGE MOSSET ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, cit., pp. 246 y 247. En sentido similar, MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, *Método de valuación del daño moral*, pp. 96 a 98.

(arts. 84 a 87), haciendo referencia solo a él en los casos de muerte o de agravio a la integridad corporal, en el artículo 88 se dispone, claramente, que la del daño moral “comprende la satisfacción al ofendido mediante la retractación pública del ofensor”. Parece, por ello, que el reconocimiento de esta categoría de perjuicio se reduce al caso de los atentados contra la honra o el buen nombre, y que la reparación no contempla posibilidades diferentes a la retractación.

Esta apreciación limita entonces, la interpretación del artículo 38 según el cual, la violación de los derechos inherentes a la personalidad, consagrados en la Constitución, que afecte el patrimonio o el honor de su titular, confiere a este o a sus causahabientes la facultad de exigir el cese inmediato de la violación o la eliminación de sus efectos, de ser posible, así como la retractación por parte del ofensor, y la reparación de los daños y perjuicios causados. Estos últimos, en efecto, corresponderán, según el entendimiento del código, a la afectación meramente patrimonial.

## ESPAÑA

### LA TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL

Conviene precisar, en primer lugar, que no existe en el derecho español obstáculo normativo alguno para admitir el resarcimiento de los daños no patrimoniales<sup>168</sup>.

En materia civil, el fundamento fue encontrado, desde una importante sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912, en el artículo 1902 del Código Civil, que alude, de modo general, a la obligación “de reparar el daño causado”<sup>169</sup>, en el que se ha entendido incluido el daño moral. Se decidió, en este caso, sobre el daño causado a una joven por la publicación de una noticia errónea<sup>170</sup>. Se ha observado que en esta sentencia comenzó “a admitirse la reparación pecuniaria de los daños morales con base en la nueva función que se le asigna al dinero y en virtud de la cual éste asume, junto a su tradicional papel de medida de valor de los bienes materiales, el cometido de servir de compensación al daño moral sufrido”<sup>171</sup>. La suma asignada, en efecto, permite al

---

<sup>168</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, en *Anuario de derecho civil*, t. XLII, fasc. II, Madrid, Ministerio de Justicia, abril-junio de 1989, p. 621.

<sup>169</sup> El texto completo de la norma es el siguiente: “Art. 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

<sup>170</sup> ELENA VICENTE DOMINGO, “El daño”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 80.

<sup>171</sup> MAITA MARÍA NAVIERA ZARRA, “El evento dañoso”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ, (dir.) Barcelona, Cálamo, 2004, p. 51.

perjudicado procurarse las satisfacciones que le sirvan de contrapeso a ese daño<sup>172</sup>.

En materia de responsabilidad estatal, debe tenerse en cuenta, a más de la ruptura efectiva relativamente reciente del principio de irresponsabilidad, explicable por razones políticas y económicas, más que normativas, el hecho de que la limitación contenida en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa –LEF– de 1954, que aludía a los bienes y derechos protegidos por ella, quedó eliminada por la propia regulación del reglamento y, luego, por el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado –LRJAE–, expedida en 1957, y finalmente, por el artículo 106.2 de la Constitución Política de 1978. Se posibilita, entonces, la reparación de todo tipo de daños, incluso los morales. Así lo han entendido el Tribunal Supremo<sup>173</sup> y el Consejo de Estado<sup>174</sup>.

El Código penal actual, contenido en la ley orgánica número 10 del 23 de noviembre de 1995, dispone, en sus artículos 109 y 110, que la responsabilidad por la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios causados, entre ellos los morales. El artículo 113, por su parte, dispone que “[l]a indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado,

<sup>172</sup> *Ibíd.* ROVIRA SUEIRO anota que en este fallo, se reconoció un daño próximo al moral, un daño patrimonial impropio, y que ello supuso el avance hacia el reconocimiento de daños morales puros en una sentencia posterior, también del Tribunal Supremo, del 14 de diciembre de 1917. “La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 313.

<sup>173</sup> Suele citarse, como sentencia de inicio, la proferida por el Tribunal Supremo el 12 de marzo de 1975, Sala 4.ª (caso de los novios de Granada). José Manuel Bustos Lago, sin embargo llama la atención sobre el hecho de que, en realidad, en este caso, el resarcimiento se fundó en los daños patrimoniales derivados del incumplimiento de la promesa de matrimonio sin justa causa, conforme al artículo 44 del Código Civil. Cfr., “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, p. 486.

<sup>174</sup> JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, Barcelona, Bosch, 2.ª ed., 1999, pp. 151 y 152.

sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros”<sup>175</sup>.

Una sentencia del Tribunal Supremo, del 25 de junio de 1984, proferida en Sala Civil<sup>176</sup>, muestra claramente la amplitud del contenido del daño moral:

Así, actualmente predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta el acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc...

Respecto de los eventos que dan lugar al surgimiento de este tipo de daño, se precisa:

La proyección de la doctrina anteriormente indicada sobre las realidades de la vida práctica, tiene su reflejo en la declaración de indemnizables a título de *pecunia doloris* provocado por los sufrimientos experimentados por la muerte de un familiar..., e incluso por la convivencia y dependencia económica de aquél a quien se reputaba marido, muerto en accidente de automóvil..., o del sufrimiento experimentado por defectos funcionales y pérdidas de órganos, de carácter residual, derivados de un accidente..., así como también del que pudiera haberse provocado por la dispersión de los restos mortales de los antepasados del actor... e incluso, de los originados por los perjuicios que a los actores se produjeron al perder los locales y viviendas que ocupaban en el local parcialmente derrumbado.

---

<sup>175</sup> El código penal anterior se refería, igualmente, en los artículos 104 y 105, al daño moral o *pecunia doloris*.

<sup>176</sup> Citada por FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, en *Anuario de derecho civil*, t. XLII, fasc. II, Madrid, Ministerio de Justicia, abril-junio de 1989, pp. 621 y 622.



En cuanto a la reparación, se expresa en este fallo que “[...] si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”.

En otra sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, 7 de mayo de 1987, en la que se decidía sobre el perjuicio causado a una persona que perdió la rótula derecha y sufrió inmovilidad de la rodilla, se ordenó indemnizar el daño moral derivado del hecho de haber sido privada “durante el resto de su vida, de la posibilidad de disfrutar plenamente de sus propias energías y de la expansión genérica de su personalidad en el medio social, la pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia y, sin llegar a la depresión, una situación de parcial desvalimiento con el dolor moral inherente que acompañará al sujeto durante su existencia”<sup>177</sup>.

El mismo Tribunal, en sentencia proferida el 24 de noviembre de 1987 por Sala Cuarta de lo Contencioso-administrativo, al decidir un proceso contra el Ayuntamiento de Barcelona, incluyó, en la compensación del *Premium doloris*, una suma diaria por todo el tiempo que tardaron en curar las lesiones padecidas por la actora, y una suma adicional, mucho mayor, teniendo en cuenta las secuelas sufridas, representadas en cicatrices consiguientes a quemaduras de segundo grado que afectaron el veinticinco por ciento de su cuerpo, constitutivas de un grave defecto estético. Se tuvo en cuenta el hecho de que era una mujer soltera, de 23 años, lo que agrava las consecuencias, especialmente en el plano psíquico.

Sobre estos dos últimos pronunciamientos judiciales, el profesor PANTALEÓN PRIETO, quien los cita, expresa que “[u]n jurista de lengua francesa reconocería enseguida... sus tres grandes partidas del daño moral resarcible: *préjudice d'agrément, souffrances* y *préjudice esthétique*”<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> *Ibíd.*, p. 622.

<sup>178</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, *ibíd.*, p. 623.

Manifiesta, así, este profesor que, dada la amplitud que tiene en España el contenido de los daños no patrimoniales y la admisión de su resarcimiento, resulta claro el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia de ese país no hayan sentido la necesidad de construir, fuera de la órbita del daño moral, categorías distintas como las del daño biológico o el daño a la salud, “forzadas por un ordenamiento que sólo en los casos de delito admite la resarcibilidad del daño moral”<sup>179</sup>.

En épocas más recientes, se encuentran también pronunciamientos que dan cuenta del amplio contenido del daño moral. Así, en sentencias del Tribunal Supremo del 12 de julio de 1999 y del 31 de mayo de 2000, se alude a que aquel recae en “el acervo espiritual de la persona”. En la primera, se incluyó, en la justificación del daño moral, los sinsabores de una familia que adquirió un piso con un defecto de área de 12 metros cuadrados, y solicitó la reparación por el tiempo pasado sin vivienda, así como por las incomodidades respecto al trabajo y la vida cotidiana. En la segunda, se reconoció dicho perjuicio por el retraso de ocho horas en un vuelo, que provocó “tensión, incomodidades y molestias”<sup>180</sup>.

Refiriéndose al daño corporal, el profesor RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ explica que se trata, más bien, de la lesión corporal, cuyo resarcimiento supone, además de la reparación del daño patrimonial, la de otros daños, “susceptibles de incluirse en la calificación genérica de perjuicio moral, equivalente a los sufrimientos físicos o morales experimentados por la víctima y al perjuicio estético que ella experimenta”, que se valoran en equidad<sup>181</sup>.

En un trabajo diferente, indica este autor<sup>182</sup> que “el daño moral inherente a una lesión y a la incapacidad permanente que de ella

<sup>179</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, *ibíd.*, p. 622.

<sup>180</sup> ELENA VICENTE DOMINGO, *cit.*, pp. 80 y 81.

<sup>181</sup> RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 698 y 699.

<sup>182</sup> RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 142 y 143.

resulte puede constar de varios conceptos, también diferentes entre sí". Se refiere, entonces, a que "la lesión, como tal, implica un daño moral en el que pueden entrar aspectos como los siguientes: la aflicción que ocasiona el dolor físico..., la postración que entraña la salud quebrantada, la zozobra por la incertidumbre del desenlace, el sentimiento que produce a la víctima la inquietud de sus seres queridos, etc... Y por otro lado, además, el llamado genéricamente "perjuicio de disfrute" ...". Indica, también, que, con posterioridad a la lesión, la víctima puede experimentar daños morales como la propia sensación de invalidez o limitación, que de ordinario se subsume en lo que denominamos "las secuelas", y concluye que "aquí es donde todo intento de definición, enumeración o sistematización se escapa de nuestras manos".

Es claro, entonces, que no se considera el daño corporal como un concepto autónomo. La misma observación es formulada por la profesora VICENTE DOMINGO, quien alude a que el daño corporal puede tener consecuencias pecuniarias, como otras al margen de lo económico, que integran los llamados daños morales<sup>183</sup>.

No obstante, la profesora MARÍA E. ROVIRA SUEIRO ha interpretado en otro sentido un fallo del Tribunal Supremo del 10 de mayo de 1993, en el que se expresó, respecto de la indemnización compensatoria, que se contraía "a esa aminoración orgánica, funcional o estética en que toda secuela consiste". Expresa la autora, en efecto, que deben repararse tanto los daños patrimoniales y morales, y "[t]odo ello con independencia de la reparación que corresponda por el detrimento del bien lesionado en sí mismo considerado, tal y como lo afirma (sic) la moderna doctrina y jurisprudencia italiana y la jurisprudencia española"<sup>184</sup>.

En algunas sentencias, se repara el denominado "día de baja laboral", cuyo contenido no resulta claro. Se alude, en efecto, a los

---

<sup>183</sup> ELENA VICENTE DOMINGO, cit., p. 81.

<sup>184</sup> MARÍA E. ROVIRA SUEIRO, "La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad", en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit, pp. 305 y 306.

días de estancia hospitalaria o ambulatoria y se indemniza por igual a todas las personas, al margen de que trabajen o no. Por esta razón, se ha considerado que tal indemnización tiene como contenido el dolor físico, la tristeza, la dependencia que el lesionado tiene respecto de los demás, la angustia de no saber cómo quedará, si se curará o no, etc., y la imposibilidad de hacerse cargo, durante ese tiempo, de sus ocupaciones habituales, laborales o no<sup>185</sup>. Este planteamiento parece encontrar sustento en una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, del 20 de octubre de 1998, en la que, al decidir sobre la reparación del daño sufrido por un ama de casa, que no podía probar lucro cesante alguno, se consideró que ese hecho era intrascendente, puesto que “la cantidad en que se cifra la indemnización por los días en que la interesada tardó en obtener la sanidad médica tiene, por una parte, una función básica de compensación del daño moral que la pérdida o disminución temporal de la salud lleva consigo... y, por otra..., su función es la de compensar la incapacidad para el desarrollo de las actividades normales de la persona, aunque no se trate de actividades productivas en sentido económico”<sup>186</sup>. Es evidente, en todo caso, que no hay justificación para que la cifra diaria sea igual para cualquier lesionado, independientemente de la gravedad de su lesión y, por lo tanto, de las consecuencias de la misma<sup>187</sup>.

#### LA REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL

En lo que atañe al cálculo de la reparación de los perjuicios morales, se ha considerado como facultad de los falladores de instancia, que se ejerce teniendo en cuenta las pruebas que obren en el proceso<sup>188</sup>.

<sup>185</sup> ELENA VICENTE DOMINGO, cit., pp. 81 y 82.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>187</sup> Al respecto, se pronuncia el profesor RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit, pp. 153 y 154.

<sup>188</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO anota que las cuantías de las indemnizaciones han crecido,

Son múltiples las sentencias, de todas las épocas, que sostienen lo anterior como un dogma<sup>189</sup>, por esta razón, no es procedente el recurso de casación para atacar la cuantía resarcitoria fijada, salvo que se pruebe un evidente y notorio error de hecho, esto es, la modificación de las bases fácticas de la cuantificación<sup>190</sup>.

Se advierte que, en España, como en Argentina, se encuentran muchos fallos que establecen el valor global de la indemnización concedida al ofendido o a los varios ofendidos, lo cual no permite determinar, con suficiente claridad, el contenido de las categorías indemnizadas, ni los criterios de reparación. Y esta práctica no parece haberse eliminado, no obstante que el Tribunal Constitucional, en sentencia del 13 de junio de 1986, concedió un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de este talante, dictada en apelación por el juzgado de Instrucción n.º 16 de Barcelona, en la que se acogió parcialmente la pretensión del ofendido, reconociendo a su favor 1.130.000 pesetas (sin razonamiento distinto a que el criminalmente responsable lo era también civilmente), frente a la solicitud inicial de 6.391.818 pesetas, comprensiva de distintos valores correspondientes a secuelas, gastos de curación y daños materiales. Se consideró que la sentencia cuestionada desconocía el artículo 24.1 de la Constitución, según el cual “[t]odas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”<sup>191</sup>.

---

en los últimos años, en una proporción mucho mayor a aquella en la que ha aumentado el costo de la vida. “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, cit., p. 651.

<sup>189</sup> ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS, cit., pp. 293 y 294. Cita este autor, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala Primera, del 19 de febrero de 1945, del 20 de diciembre de 1979, del 20 de octubre de 1980, del 22 de diciembre de 1995 y del 8 de febrero de 1996.

<sup>190</sup> Entre otras, sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 24 de noviembre de 1996, citadas por ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS, cit., pp. 296 y 297.

<sup>191</sup> ÁNGEL VICENTE ILLESCAS RUS, “El daño moral estricto”, en *Valoración judicial de daños y perjuicios*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 310 a 312.

Las anteriores circunstancias, sumadas a la existencia de tres jurisdicciones, ejercidas todas por el Tribunal Supremo en sus distintas salas<sup>192</sup>, cuya reunión conjunta, sin embargo, no está prevista por el ordenamiento, da lugar en ocasiones a que se tracen líneas jurisprudenciales divergentes o, incluso, contradictorias<sup>193</sup>.

Se observa, por otra parte, que, en época relativamente reciente, en 1988<sup>194</sup>, la Sala Penal del Tribunal Supremo acogió la tesis de la Sala Civil, según la cual se entiende que, al fallecer una persona, surge la obligación de indemnizar a terceros, no en su condición de herederos, sino en la de próximos parientes, cuyo derecho es *ex novo* y no surge por virtud de la sucesión. Sin embargo, algunos fiscales y audiencias provinciales continúan con la vieja práctica de aquella sala, consistente en conceder una suma global a los herederos de la víctima, por concepto de indemnización<sup>195</sup>.

Por lo demás, el profesor PANTALEÓN PRIETO observa que “[e]s muy difícil encontrar alguna sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que nos ilustre con bastante detalle sobre los criterios que dicha Sala considera adecuados a la hora de valorar los daños derivados de lesiones”, y que mayor abundancia de datos, si bien no muy precisos, se encuentra en las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo. Indica este autor, además, que al menos no existe disparidad de criterios entre las Salas Civil y Penal, respecto de las partidas de daño resarcible<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> La Sala Primera o de lo Civil, la Sala Segunda o de lo Penal y las Salas de lo Contencioso-administrativo.

<sup>193</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, cit., p. 613.

<sup>194</sup> Sentencia del 15 de abril de 1988.

<sup>195</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, cit., pp. 617 a 619.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pp. 629 y 630.

En cuanto a la legitimación de terceros afectados para pedir reparación del daño moral, el profesor PANTALEÓN PRIETO llama la atención sobre la “generosidad” del Tribunal Supremo, que ha considerado indudable el derecho *iure proprio* del cónyuge, de los hijos, del hijo póstumo, de los padres, los nietos y los hermanos. Se observa, sin embargo, que en algunos casos la legitimación de unos se supedita al hecho de que no exista la de otros más cercanos<sup>197</sup>. En ciertos eventos, se ha reconocido el daño moral de la prometida, de la concubina del difunto y sus hijas, de una señorita que convivía con la anciana fallecida y cuidaba de ella, de los hijastros de la víctima, etc.<sup>198</sup>

#### NORMAS RECIENTES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Muy interesante resulta, en el caso español, la experiencia reciente en la expedición de normas relativas a la responsabilidad patrimonial. Mencionaré solo dos.

#### *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen*

La LOPDHIPI 1 del 5 de mayo de 1982, relativa a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen, establece en su artículo 9.3 que “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Parte de la doctrina es partidaria de limitar la presunción al daño moral, aun cuando el Tribunal Supremo ha llamado la atención sobre el hecho de que la norma no introduce distinción alguna (sentencia del Tribunal Supremo

<sup>197</sup> Sentencia de la Sala 2ª (Penal) del Tribunal Supremo del 20 de diciembre de 1982. En sentido similar, sentencia del mismo Tribunal, del 23 de diciembre de 1985. Citadas por MARIANO MEDINA CRESPO, “Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte, en el sistema de la Ley 30/95”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, p. 382.

<sup>198</sup> FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, cit., pp. 643 a 647.

del 25 de noviembre de 2002)<sup>199</sup>. También se ha debatido sobre la naturaleza de la presunción.

Llama la atención la previsión contenida en el artículo 9.3 citado, en el sentido de que “la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. También se valorará *el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma*”. (Se resalta en bastardilla).

Se incluye, entonces, evidentemente, un elemento extraño a las funciones naturales de la responsabilidad patrimonial, que normalmente es tenido en cuenta en el derecho anglosajón para la determinación del valor del daño punitivo. Algún sector minoritario de la doctrina española, sin embargo, considera que ello es loable, dada la utilidad de la norma para que el causante del daño “siempre salga perdiendo”, lo que permite cumplir una función disuasiva y sancionadora, en las que pone el acento la teoría moderna<sup>200</sup>.

Debe relevarse, también, el hecho de que, por fijarse en el citado artículo 9.3. algunos criterios para la valoración del daño, se ha considerado que la revisión del *quantum* indemnizatorio en casación sería procedente, “no por la vía de la impugnación directa de la cuantía, que sigue siendo imposible, sino de las bases de valoración especificadas en el mencionado artículo [SSTS 21-2-2000, (RJ,751), 19-04-2002, (RJ, 4155), 16-05-2002, (RJ, 6746), 14-11-2002, (RJ, 9816)]”.<sup>201</sup>

Ahora bien, en el artículo 9.º de la ley comentada se establece una forma de reparación *in natura*, en cuanto se dispone que el

<sup>199</sup> MARÍA E. ROVIRA SUEIRO, “La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit, p. 315.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, p. 316.

<sup>201</sup> *Ibíd.*, p. 317. En sentido similar, FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La indemnización por causa de lesiones o de muerte”, cit, p. 627.



demandante tiene derecho a que la rectificación y la sentencia en la que se reconoce la ofensa se publiquen. Esta norma ha sido aplicada por el Tribunal Supremo, en sentencia del 20 de julio de 2001, entre otras<sup>202</sup>. Algo similar dispone la LO 2ª de 1984, en su artículo 3.º, que regula el derecho de rectificación y dispone que esta deberá ser publicada<sup>203</sup>.

### *El daño causado en la circulación de vehículos a motor*

Reviste especial importancia la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor –LRCSVM–, Ley 30 del 8 de noviembre de 95, la cual, en su ámbito de aplicación, es obligatoria para los jueces. Ello se aprecia en la amplitud de su título. De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 1.1., esta ley se aplica en los casos en que en el hecho causante del daño ha intervenido un vehículo de motor y aquel ha sido causado con motivo de su circulación, salvo que se trate de un delito doloso (anexo 1º, 1)<sup>204</sup>.

En su artículo 1, numeral 2, esta ley determina el objeto de la reparación, incluyendo los daños materiales y morales, y señala el método para su cuantificación en un anexo. Las cuantías se actualizan anualmente, de acuerdo con la evolución del IPC<sup>205</sup>. Respecto de estos daños, por lo demás, se establece una presunción enervable en caso de parentesco próximo<sup>206</sup>.

<sup>202</sup> Citada por MARÍA E. ROVIRA SUEIRO, cit., p. 319.

<sup>203</sup> ENCARNA ROCA, “La obligación jurídica de reparar el daño”, en *Del daño, compilación y extractos de José N. Duque Gómez*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, 2001, p. 14.

<sup>204</sup> JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 230 y 231.

<sup>205</sup> La tabla V fue modificada por la Ley 50 de 1998, cuya técnica normativa ha sido cuestionada por JESÚS FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Penúltimos problemas en valoración del daño corporal: la reforma de 1998”, en *Valoración judicial de daños y perjuicios*, cit., pp. 113 y 114.

<sup>206</sup> MARIANO MEDINA CRESPO, cit., pp. 393 a 395.

Esta norma tuvo su antecedente inmediato en la Orden de 5 de marzo de 1991, que dio publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el seguro de responsabilidad civil, ocasionados por medio de vehículos de motor<sup>207</sup>, y que, si bien no tuvo vinculación para los jueces, fue aplicada por ellos en algunos casos, con el fin, seguramente, de superar los gravísimos inconvenientes de la determinación casuística de la indemnización, sin orientaciones generales<sup>208</sup>.

En sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 1997, se sostuvo que la aplicación forzosa del baremo contenido en la LRSCVM resultaría contraria al artículo 1902 del Código Civil, así como a la jurisprudencia reiterada que había interpretado que la regulación de la indemnización del daño causado correspondía a los órganos judiciales discrecionalmente y, por lo tanto, contraria también a los derechos a la vida y a la integridad física, en los casos en que la limitación impuesta impediría la reparación integral<sup>209</sup>. No obstante, la mencionada ley fue controlada por el Tribunal Constitucional, mediante sentencia 181 del 29 de junio de 2000, en la que se declaró su conformidad con la Constitución<sup>210</sup>, y este pronunciamiento fue acatado por el Tribunal Supremo, en sentencia del 20 de diciembre del mismo

---

<sup>207</sup> Esta orden adopta la fórmula propuesta en el trabajo privado denominado Sistema Seaida'91, elaborado por la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros. Cfr., RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 727.

<sup>208</sup> RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Ibíd.*, p. 730.

<sup>209</sup> JOSÉ LUIS CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, Barcelona, Bosch, 2.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 461.

<sup>210</sup> En esta sentencia se declaró inconstitucional únicamente una determinada aplicación del aparte B de la tabla V y, por extensión, una frase del aparte 2 del anexo, imponiendo una determinada interpretación de la indemnización por lucro cesante, cuando el daño es imputado a la culpa del conductor del vehículo causante del accidente. Así, la presunción de daño sigue vigente en el caso de daños imputables objetivamente. Cfr., JOSÉ MARÍA BUSTOS LAGO, "La responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor", en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 232 y 233.

año<sup>211</sup>, y en sentencias posteriores, como la del 20 de junio de 2003, en la que se anota que, al margen de los supuestos propios de la norma, se impone la observancia del principio de reparación integral del daño causado<sup>212</sup>.

Sin perjuicio de la observación obvia que surge de la reparación por igual a los desiguales, se cuestiona el hecho de que la LRCSVM vuelve al sistema de determinación de cuantías globales de la indemnización, en cuanto no se distinguen las distintas partidas que constituyen su objeto, ni siquiera entre los daños morales y patrimoniales. Sin embargo, el profesor HOYA COROMINA anota que, ni aun los más críticos del sistema niegan la necesidad de establecer un baremo para cuantificar el daño moral y lograr, así, que el sistema cobre seguridad jurídica, y explica que las líneas básicas del mismo –entre ellas la que se refiere a la predeterminación legal de la condición de perjudicado, que supone la aplicación de criterios de exclusión relativa cuando existen otros ofendidos o, dicho de otro modo, de “parentesco prioritario”, así como la referida a la legitimación *ex novo* y no por vía hereditaria de los parientes cercanos de la víctima en caso de muerte–, provienen de lo señalado por los Tribunales con anterioridad. Por lo demás, el sistema incluye la denominada “cláusula de salvaguardia”, para determinar una indemnización diferente a la fijada partiendo del ciudadano medio (mayor o menor), en los casos en que concurren condiciones especiales<sup>213</sup>.

Una regulación de difícil defensa la constituye, en mi opinión, la relativa al denominado “principio del perjuicio correspectivo”, cuya aplicación supone que las indemnizaciones se determinan por grupos, de modo que, existiendo alguno de los damnificados

---

<sup>211</sup> ELENA VICENTE DOMINGO, cit., p. 88.

<sup>212</sup> Citada por JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO, “La responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor”, en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 231.

<sup>213</sup> JOSÉ HOYA COROMINA, “La valoración del daño corporal”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, cit., pp. 262, 263, 274 a.287. En sentido similar, MARIO MEDINA CRESPO, cit., pp. 378 y ss.

incluidos en él, cuya prioridad se reconozca en la ley, disminuirá el valor de la indemnización para los demás<sup>214</sup>. Es evidente que la cuantía de la reparación queda sometida a una circunstancia aleatoria que no tiene relación alguna con la gravedad y la extensión del perjuicio.

ALGUNOS DESARROLLOS PARTICULARES. CASOS DE *WRONGFUL BIRTH*,  
*WRONGFUL LIFE* Y *WRONGFUL PREGNANCY* O *WRONGFUL CONCEPTION*

Por último, es importante mencionar cómo, en España, la doctrina ha tenido, como en Argentina, gran inquietud por los temas relacionados con los llamados “nacimientos erróneos”, esto es, no queridos, sea que se presenten daños corporales del niño (*wrongful birth*), o que este nazca con minusvalías o limitaciones congénitas que no fueron advertidas oportunamente por el médico (*wrongful life*). Igualmente, por el tema de las concepciones erróneas, por esterilizaciones defectuosamente ejecutadas o abortos fallidos (*wrongful conception* o *wrongful pregnancy*), y por el de los errores de diagnóstico prenatal, que suponen la existencia de información incorrecta sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones genéticas o hereditarias. En aquel país, sin embargo, algunos pocos casos han llegado al conocimiento de los jueces. Al respecto, debe anotarse que, en España, el aborto solo puede practicarse legalmente desde la expedición de la Ley del 5 de julio de 1985, que previó su “despenalización parcial”.

<sup>214</sup> Este principio es explicado por MARIANO MEDINA CRESPO, quien precisa que el mismo se ha denominado, también, principio de la concurrencia perjudicial, o de la relatividad de las indemnizaciones. Presenta este autor varios ejemplos que permiten comprender mejor su contenido; así, se refiere al caso de la muerte de una persona, que da lugar a la reparación de los perjuicios sufridos por su cónyuge y por su hijo. Conforme a la tabla, en el grupo I, se reconoce una indemnización básica al hijo por 5 millones de pesetas, mientras que la de la cónyuge supérstite corresponde a 12 millones de pesetas. Sin embargo, si no hubiera cónyuge, automáticamente el supuesto pasaría al grupo II y la indemnización del hijo, como perjudicado principal, ascendería a 18 millones de pesetas. Cfr., cit., pp. 388 a 390.

Un pronunciamiento importante fue producido por el Juzgado 11 de Bilbao, en sentencia del 26 de septiembre de 1994, en la que se absolvió a los demandados, uno de ellos la Administración Sanitaria del País Vasco, con fundamento en la prueba pericial practicada, de la cual no pudo deducirse una deficiente praxis médica que vulnerara la *lex artis* en la realización de las pruebas prenatales. Así, se concluyó que el diagnóstico errado, producido por un falso negativo, no tuvo relación con la conducta negligente del médico<sup>215</sup>. Es evidente, entonces, la aplicación del criterio subjetivo propio de la responsabilidad médica, en este caso de *wrongful birth*.

Otra sentencia relevante se expidió el 1º de junio de 1994 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), en un caso relacionado con la demanda de una mujer contra el Instituto Nacional de Salud. Dada su edad, así como el hecho de que había transcurrido un largo tiempo desde su último embarazo, se le prescribió un análisis prenatal que, practicado, resultó fallido, por lo cual debía repetirse. Esto, sin embargo, no se cumplió y, cuando la mujer fue informada de la posibilidad de repetir la prueba, ya había transcurrido el plazo legal para abortar y dio a luz un niño con síndrome de Down. En el fallo se consideró que la falta de diagnóstico prenatal, debido a fallas de los equipos, impidió a la actora acogerse a su derecho a interrumpir el embarazo por malformación del feto, razón por la cual se estimó correcta la sentencia recurrida, que condenó al instituto demandado a pagar a la demandante una determinada cantidad<sup>216</sup>.

En cuanto atañe al tipo de daño que se causa en estos eventos, se expresó, en una sentencia del Tribunal Supremo del 6 de junio de 1997, en la que se resolvió sobre el nacimiento de un niño afec-

<sup>215</sup> Citada por RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 5, julio-diciembre de 1996, Bilbao, 1996, p. 144.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 145.

tado con síndrome de Down, que “el daño derivado del referido dato no es patrimonial”<sup>217</sup>.

La doctrina<sup>218</sup> considera que el daño, en eventos de *wrongful birth*, sería tanto material como moral. La apreciación de ambos, sin embargo, entraña las dificultades propias de la necesidad de comparar el nacimiento no deseado con el no nacimiento. En cuanto al daño moral, sin embargo, se ha dicho que, para los padres, consistirá en “la contemplación del hijo doliente y las limitaciones que [a ellos] va a ocasionar la enfermedad”<sup>219</sup>. Se cita, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo del 25 de abril de 1994, proferida en un caso en que se reclamaba contra tres médicos por la operación de vasectomía practicada al demandante, que no impidió el posterior embarazo de su mujer. Allí, si bien se indica que la indemnización concedida no tiene por objeto reparar el perjuicio moral, sino ayudar a sufragar los gastos de alimentación y crianza de los hijos, la Audiencia, luego de precisar que no se puede considerar el nacimiento de un hijo como un mal en sí mismo, declaró que, en el caso concreto, debe tenerse en cuenta, además, “la situación de preocupación y de abatimiento del estado de ánimo de los esposos al enterarse del aumento de su familia”, por lo cual advirtió que era oportuno indemnizar los perjuicios morales derivados de la inesperada e imprevisible gravidez de la esposa del demandante<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> Al comentar este fallo, la profesora VICENTE DOMINGO expresa, con razón, que “el mayor gasto que en estos casos se produce sí tendría esa naturaleza”. Cfr., cit., 84.

<sup>218</sup> RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, cit., pp. 153 y 154.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, pp. 154 y 155.

<sup>220</sup> Citada por RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Ibíd.*, quien afirma que no puede descartarse la estimación de la demanda entablada por el propio hijo (caso de *wrongful life*), al menos para buscar la reparación del perjuicio material. En efecto, considera más dudosa, en este caso, la indemnización de los daños morales puros, derivados del hecho de estar enfermo.

Sobre este tema, quisiera simplemente mencionar que, en este tipo de acciones, existirá siempre un paso oscuro en el proceso causal<sup>221</sup>. En efecto, ¿podría, acaso, plantearse con certeza o, al menos, con un grado importante de probabilidad, que, efectuado el diagnóstico, los padres se habrían abstenido de procrear o de continuar con el embarazo? Bien podría pensarse que, en el primer evento, habrían decidido tomar el riesgo, contando con el porcentaje de posibilidades de tener un hijo sano, y, en el segundo, que no habrían decidido abortar por razones religiosas, ideológicas o de convicción personal. En ese sentido, el daño indemnizable se reduciría al derivado de la violación del derecho a elegir libremente, y no comprendería las consecuencias del nacimiento del niño. Algo similar sucede, en mi opinión, con los casos en que se desconoce, por parte de los médicos, el derecho del paciente a contar con un consentimiento informado respecto de los riesgos de la intervención que se le va a practicar.

---

<sup>221</sup> A esta situación se refiere el profesor de ÁNGEL YAGÜEZ, quien alude a los “cursos causales no verificables”. Cfr., “Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)”, cit., pp. 146 y 147.

## PORTUGAL

El Código Civil de ese país, que rige desde 1967, establece en su artículo 494, que cuando la responsabilidad tenga fundamento en la mera culpa, la indemnización podrá ser fijada equitativamente por el juez, en un monto inferior al que correspondería a los daños causados, siempre que lo justifiquen el grado de culpabilidad del agente, su situación económica y la del lesionado y las demás circunstancias del caso.

Por su parte, el 496 dispone en el numeral 1, que los daños no patrimoniales se repararán en aquellos eventos en los que, por su gravedad, merezcan tutela del derecho. Además, en el numeral 2, prevé que, por muerte de la víctima, el derecho a la indemnización del daño no patrimonial corresponde, en conjunto, al cónyuge no separado judicialmente y a los hijos u otros descendientes; a falta de ellos, a los padres u otros ascendientes y, por último, a los hermanos o sobrinos que los representen. Respecto de la evaluación del daño no patrimonial, establece en el numeral 3, que debe realizarse teniendo en cuenta, en cualquier caso, las circunstancias a que alude el artículo 494, y que si se produce la muerte, pueden ser reparados no solo los daños no patrimoniales sufridos por la víctima, sino también los sufridos por las personas con derecho a indemnización conforme a lo dispuesto en el numeral 2.

Finalmente, en el artículo 508, reformado en 1991, se establecen límites cuantitativos para la indemnización de los daños causados en un accidente de aviación y por un vehículo utilizado para el transporte colectivo, ambos eventos típicos de responsabilidad objetiva.



De la lectura de estas normas resulta clara la adopción de criterios atenuantes y limitativos de la responsabilidad por daños no patrimoniales. La profesora MARÍA FRANCISCA CARNEIRO encuentra el fundamento de ellos en la equidad, que, en su opinión, se distingue muy bien del arbitrio judicial, considerado por ella una falacia<sup>222</sup>. Sin perjuicio de la inquietud que me genera esta afirmación, a la que me referiré en las reflexiones finales, me tomo la libertad de repetir la hermosa cita de MOOG RODRIGUES<sup>223</sup> a la que acude la autora para mostrar el fundamento que tiene esta regulación en la forma de ser y de vivir del país lusitano, y que ella resume diciendo que “[a]mor y dolor no se adecuan a los catálogos de cálculo”:

Para los filósofos portugueses de la nostalgia, el análisis de la razón pura es un ejercicio de abstracción realizado sobre otra abstracción: el propio concepto de la razón pura. Lo entienden como una exigencia de la racionalidad descontaminada, ascética, consecuencia de la radical y efectiva separación entre razón y fe de la Época Moderna. Al contrario, en el pensamiento portugués, la razón jamás se encuentra disociada y pura. Está siempre acompañada de las emociones, de la afectividad y las valoraciones. No prescinde de la imaginación ni de la intuición. La fe es el presupuesto de toda actividad racional fructífera. Fe en la propia capacidad de la razón humana de develar la verdad en los significados encubiertos y de vislumbrar nuevos significados y nuevas verdades, aunque sean parciales.

---

<sup>222</sup> MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., pp. 105 y 106.

<sup>223</sup> MOOG RODRIGUES, “Considerações sobre a saudade portuguesa (epistemologia da saudade)”, en *Revista de Ciências Humanas*, año 19, n.º 31, 1996, p. 31, citado por MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., p. 106.

## BREVE OBSERVACIÓN SOBRE EL PANORAMA GENERAL DE IBEROAMÉRICA

Conforme al análisis precedente, puede decirse que en Iberoamérica se identifican, de manera general, en las decisiones jurisprudenciales, el daño no patrimonial y el daño moral. Este es, entonces, normalmente entendido como un orden amplio, que comprende las diferentes afectaciones de los derechos de la personalidad. Constituye una excepción visible el caso de Colombia, donde el Consejo de Estado y, recientemente, también la Corte Suprema de Justicia, conciben el daño no patrimonial como una categoría más amplia que el daño moral, en la que cabe, también, el daño a la vida de relación.

Se advierte que, en la mayoría de los países iberoamericanos, la doctrina, con frecuencia, alude a categorías distintas del daño moral, como el daño estético, el daño psicológico, etc. No obstante, el hecho no ha tenido repercusiones definitivas en la jurisprudencia, que solo se refiere ocasionalmente a tales categorías.

Por otra parte, en cuanto a la reparación del daño no patrimonial, se observa que ella es admitida de manera general, y que se reconoce su carácter compensatorio. Se considera, además, que debe ser fijada por el juez, en cada caso concreto, según su prudente arbitrio, y en varios casos, se acude a formas de indemnización no pecuniarias. No obstante, es recurrente el establecimiento legal o jurisprudencial de limitaciones al valor de la indemnización y a la legitimación para pedirla, así como la referencia a la valoración de la conducta y la situación económica de la víctima y del autor del daño para determinar el monto de la condena o, inclusive, su procedencia. En relación con estas limitaciones, también constituye una excepción evidente el caso colombiano.



## CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los organismos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuyas funciones se encuentran establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969<sup>224</sup>, así como en su estatuto<sup>225</sup> y en el reglamento<sup>226</sup>. Entre ellas, se encuentra la de conocer de cualquier caso que sea sometido a su consideración, relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana<sup>227</sup>, en cumplimiento de la cual profiere las sentencias que conforman la jurisprudencia a la que me referiré en este acápite.

La norma que constituye el fundamento de las reparaciones concedidas en dichas sentencias es el artículo 63.1 de la mencionada convención, que establece en lo pertinente:

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

<sup>224</sup> Colombia es Estado Parte de la Convención Americana desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 21 de julio de 1985.

<sup>225</sup> El Estatuto de la Corte Interamericana fue aprobado mediante Resolución n.º 448, adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

<sup>226</sup> El Reglamento vigente fue aprobado por la Corte en su periodo 61 ordinario de sesiones, celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

<sup>227</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 62.3.

TIPOLOGÍA DEL DAÑO INMATERIAL. RECONOCIMIENTO DEL DAÑO  
AL PROYECTO DE VIDA

En relación con el perjuicio no patrimonial reconocido por la Corte, se advierte que, inicialmente, se identificó con el daño moral. Sin embargo, en la sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998, correspondiente al caso Loayza Tamayo vs. Perú, se reconoció adicionalmente, de manera expresa, el denominado “daño al proyecto de vida”, que resultó de la aceptación de la iniciativa de demandantes peruanos, claramente influenciados por los planteamientos del profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO. En dicha sentencia se expresó:

147. Por lo que respecta a la reclamación de daño al “proyecto de vida”, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, *el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.*

148. *El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone.* En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva

de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.

149. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable –no meramente posible– dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. *Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.*

150. *En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos humanos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.*

151. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. *De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum.*

152. En el caso de la víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y

causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse.

153. *La Corte reconoce la existencia de un grave daño al “proyecto de vida” de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones.*

154. *La condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia acerca de los daños materiales y morales contribuye a compensar a la víctima, en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios, aunque difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privada. (Se resalta en bastardilla).*

La negativa a ordenar una reparación efectiva de esta categoría de perjuicio, no obstante su reconocimiento, dio lugar al voto parcial disidente del juez colombiano CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO, quien manifestó que aquella no era, en ese momento, del todo ajena a la jurisprudencia y a la doctrina, dado que tribunales judiciales de diversas latitudes habían reconocido la alteración de las condiciones de existencia, como daño reparable, y habían “evaluado esas condiciones, de alguna manera, en un sentido dinámico, que involucra las perspectivas y proyectos del damnificado”. Precisó además, que la alteración de las condiciones de existencia pueden estar relacionadas con hechos de

diversa índole, como la muerte de un ser querido, la invalidez propia o de un pariente inmediato, la interrupción de la carrera profesional, etc., y que, si bien tienen carácter inmaterial, son distintas del sufrimiento o la aflicción subjetivos de la víctima, indemnizados como perjuicios morales. Precisó que las citadas alteraciones, constituyen “modificaciones del entorno objetivo de la víctima y de la relación de ésta con aquél”, que privan a la persona “de satisfacciones o placeres que permiten disfrutar la vida o la dotan de sentido”.

Finalmente, hizo el juez DE ROUX las siguientes observaciones, que me parecen de la mayor importancia:

No toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastocuen a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños.

Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad, el monto de la respectiva indemnización.

En un pronunciamiento posterior, la Corte reconoció la relevancia de la afectación al proyecto de vida, considerándola, sin embargo, tácitamente, como una forma de daño moral, que resulta indemnizada, por lo tanto, en la suma total que se asigna para la reparación de este<sup>228</sup>. Así, en la sentencia de reparaciones del 26 de mayo de

<sup>228</sup> Esta decisión dio lugar al voto razonado del juez CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO, quien manifestó que, si bien compartía los resultados de la evaluación de la Corte, habría preferido, “que se abordaran y estimaran, por separado, las distintas categorías de quebrantos y menoscabos de carácter inmaterial que los hechos del caso le causaron a las víctimas”.



2001, correspondiente al caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), ese tribunal expresó:

89. *Los familiares de las víctimas y la Comisión han hecho referencia a diversas clases de daños morales: los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las víctimas directas y sus familiares; la pérdida de la vida, considerada ésta como un valor en sí mismo, o como un valor autónomo; la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados y de sus allegados, y los daños padecidos por tres de las víctimas directas en razón de su condición de menores de edad, al haber sido privadas de las medidas especiales de protección que debió procurarles el Estado.*

90. *Teniendo en cuenta las distintas facetas del daño al que se viene haciendo referencia aducidas por los representantes de las víctimas y la Comisión, en cuanto sea pertinente y responda a las particularidades de cada caso individual, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño moral, que deben efectuarse a favor de cada una de las víctimas directas y de sus familiares inmediatos, en los términos que se indican en el cuadro que se transcribe más adelante (infra párr. 93). La Corte precisa que, al efectuar esa estimación del daño moral, ha tenido también presentes las condiciones generales adversas de abandono padecidas por los cinco jóvenes en las calles, quienes quedaron en situación de alto riesgo y sin amparo alguno en cuanto a su futuro<sup>229</sup>. (Se resalta en bastardilla).*

Explícitamente, en la sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001, correspondiente al caso Cantoral Benavides vs. Perú, la Corte manifestó:

60. Es, por otra parte, evidente para la Corte, que los hechos de este caso ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en

<sup>229</sup> Cfr. Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63, párrs. 188 a 191.

particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. *Todo esto ha representado un serio menoscabo para su "proyecto de vida"*<sup>230</sup>. (Se resalta en bastardilla).

Visto el entendimiento que le da la Corte al daño al proyecto de vida, considero que este cabría en la noción de daño a la vida de relación aceptada por la jurisprudencia colombiana. Salta a la vista, al respecto, la similitud que existe entre las observaciones efectuadas por esta última, en el sentido de que se trata de un daño no patrimonial a la vida exterior, y las que hace el juez DE ROUX RENGIFO en su voto razonado, al expresar que se trata de modificaciones del entorno objetivo de la víctima y de la relación de esta con aquel. Igualmente, se advierte una clara correspondencia entre este tipo de perjuicio y la denominada "alteración de las condiciones de existencia" a la que se ha referido el Consejo de Estado en sentencias del 15 de agosto y el 18 de octubre de 2007, antes mencionadas, buscando, aparentemente, darle un nuevo nombre al perjuicio a la vida de relación.

Finalmente, debe advertirse que, según consideraciones del propio profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, la noción acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resulta más amplia que la propuesta por él en el ámbito peruano, en cuanto considera que el daño al proyecto de vida se causa no solo cuando este se frustra, sino cuando se limitan o restringen las opciones existenciales que tiene toda persona para llevarlo a cabo<sup>231</sup>.

La reparación del daño no patrimonial, también en esta sentencia del 3 de diciembre de 2001, fue fijada de manera global (párr. 62). Sin embargo, se consideró, adicionalmente, que "la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida" de la víctima

<sup>230</sup> Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 42, párr. 147.

<sup>231</sup> CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, "El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte IDH", <http://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista10/LECTURA.htm>.

consistía en que el Estado le proporcionara una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima eligiera, así como sus gastos de manutención durante el período de dichos estudios, en un centro de reconocida calidad académica, escogido de común acuerdo entre aquel y esta (párr. 80).

En las sentencias más recientes, se alude, de manera general, al daño inmaterial. En cuanto a su contenido, puede decirse que está constituido por elementos que, en nuestro país, serían propios tanto del daño moral, como del daño a la vida de relación, conforme al entendimiento que de estas categorías tiene actualmente la jurisprudencia nacional. Así, por una parte, se incluyen en él las afectaciones propias del espíritu, como el miedo, el sufrimiento, la ansiedad, la inseguridad, la frustración y la impotencia<sup>232</sup>, y, por otra, aquellas que se manifiestan en la vida social, como la humillación, degradación e inculcación de sentimientos de inferioridad<sup>233</sup>, o la obstaculización de valores culturales significativos para la persona lesionada<sup>234</sup>. También se han incluido las afectaciones resultantes de la violación de la integridad personal<sup>235</sup>.

En la sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001, proferida en el caso Cantoral Benavides vs. la República del Perú, esta conclusión resulta evidente. Allí se precisó:

---

<sup>232</sup> Sentencia del 22 de enero de 1999, proferida en el Caso Blake vs. la República de Guatemala, párr. 20.e. En este caso, el daño de los demandantes provenía de la desaparición de un familiar suyo. La Corte consideró, además, que su sufrimiento se había intensificado con la incineración de sus restos mortales.

<sup>233</sup> Sentencia de fondo del 17 de septiembre de 1997, proferida en el caso Loaiza Tamayo vs. la República del Perú, párr. 57.

<sup>234</sup> Sentencia de reparaciones del 3 de diciembre de 2001, proferida en el caso Cantoral Benavides contra la República del Perú, párr. 53.

<sup>235</sup> Cfr. Sentencias citadas en notas 183 y 184.

## B) daño inmaterial

53. La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. *El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia.* (Se resalta en bastardilla).

Se advierte la referencia explícita a la alteración de las condiciones de existencia, expresión recogida del derecho francés y que, en Colombia, entendida en términos similares a los expuestos por el juez DE ROUX RENGIFO, ha sido considerada equivalente a la de daño a la vida de relación.

Debe agregarse que la Corte considera que el daño moral o inmaterial es consecuencia necesaria de algunas violaciones de derechos humanos, por lo cual se exime de prueba. Este planteamiento ha sido expuesto desde las sentencias del 21 de julio de 1989, correspondientes a los casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras (par. 51) y Godínez Cruz vs. Honduras (par. 49), y ha sido confirmado posteriormente, en varios pronunciamientos. Así, por ejemplo, en sentencia de reparaciones del 10 de septiembre de 1993, correspondiente al caso Aloeboetoe y otros vs. la República de Suriname, expresó:

51. En el presente caso, las víctimas muertas en Tjongalangapassi sufrieron un perjuicio moral al ser vejadas por una banda armada que las privó de su libertad y luego las asesinó. Las agresiones recibidas, el dolor de verse condenado a muerte sin razón alguna, el suplicio de tener que cavar su propia fosa constituyen una parte del perjuicio moral sufrido por las víctimas. Además, aquella que no murió en un primer momento debió soportar que sus heridas fueran invadidas por los gusanos y ver que los cuerpos de sus compañeros servían de alimento a los buitres.

52. *El daño moral infligido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión y resulta suficiente el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Suriname en su momento.* (Se resalta en bastardilla).

Y en sentencia más reciente, del 29 de noviembre de 2006, en el caso *La Cantuta vs. Perú*, se encuentra la siguiente afirmación:

217. Tal como lo ha señalado la Corte en otros casos<sup>236</sup>, el daño inmaterial infligido a Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana resulta evidente, *pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a detención arbitraria, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, experimente un profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad, por lo que este daño no requiere pruebas.* (Se resalta en bastardilla).

#### LA REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL. ADOPCIÓN DE MEDIDAS NO PECUNIARIAS

En cuanto a la reparación del daño inmaterial, en la sentencia de reparaciones del 27 de agosto de 1998, correspondiente al caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*, se hicieron las siguientes precisiones:

41. En primer lugar, resulta útil precisar el vocabulario empleado. La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad

---

<sup>236</sup> Cfr. Caso *Goiburú y otros*, supra nota 1, párr. 157; Caso de las Masacres de Ituango, supra nota 8, párr. 384, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 3, párr. 255.

internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (*Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 189; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 199; *Caso Aloeboetoe y otros*, Reparaciones, *supra* 40, párr. 46; *Caso El Amparo*, Reparaciones, *supra* 40, párr. 16 y *Caso Caballero Delgado y Santana*, Reparaciones, *supra* 40, párr. 17). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.

Y en la sentencia ya mencionada del 3 de diciembre de 2001, correspondiente al caso Cantoral Benavides vs. Perú, se expresó:

Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. *En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir*<sup>237</sup> (Se resalta en bastardilla).

<sup>237</sup> Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, *supra* nota 2, párr. 84.

Sobre el contenido mismo de la reparación, resulta muy ilustrativa la sentencia de reparaciones del 29 de noviembre de 2006, correspondiente al caso *La Cantuta vs. Perú*, en la cual, reiterando otros pronunciamientos, se dijo, inicialmente:

201. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados<sup>238</sup>. Es necesario añadir las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso<sup>239</sup>.

La *restitutio in integrum* resulta normalmente imposible, tratándose de violaciones a los derechos humanos. Así, por ejemplo, en lo que se refiere al derecho a la vida, la Corte ha manifestado que “la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria”<sup>240</sup>. No obstante, en otros casos, alude la Corte a algunas medidas “de restauración” o “de rehabilitación”, que ofrecen, al menos, una reparación parcial del daño causado, como la orden de poner en libertad a la víctima recluida con fundamento en un proceso penal inválido, o la de reincorporarla a las actividades docentes

---

<sup>238</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 142; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 97, párr. 117, y Caso Ximenes Lopes, supra nota 6, párr. 209.

<sup>239</sup> Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 6, párr. 136; Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 142, y Caso Baldeón García. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C n.o 147, párr. 176.

<sup>240</sup> Sentencia del 27 de noviembre de 1998, correspondiente al caso Castillo Páez vs. Perú, párr. 52.

que desarrollaba en instituciones públicas al momento de su detención<sup>241</sup>.

Concretamente, sobre el daño inmaterial, se expresó en la citada sentencia del caso La Cantuta:

Dado que no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, *sólo puede ser objeto de compensación*, para los fines de la reparación integral a la víctima, *mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero*, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, *así como mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto el reconocimiento de la dignidad de la víctima y evitar que vuelvan a ocurrir violaciones a los derechos humanos*<sup>242</sup>. (Se resalta en bastardilla).

Así las cosas, la Corte reconoce, generalmente, una indemnización en dinero, fijada en equidad, y se refiere además, a las denominadas “otras formas de reparación”, que constituyen, según sus propios términos, “medidas de satisfacción y garantías de no repetición” que no tienen alcance pecuniario y buscan “reparar el daño inmaterial”. En la última sentencia citada, se identifican estas formas de reparación de la siguiente manera:

***Obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones del caso, e identificar, juzgar y sancionar a los responsables***

Se alude a que las víctimas y sus familiares tienen derecho a conocer toda la verdad de los hechos<sup>243</sup>, inclusive quiénes son todos

<sup>241</sup> Sentencia del 17 de septiembre de 1997, correspondiente al caso Loayza Tamayo vs. Perú. p. 238, y sentencia de reparaciones del mismo caso, del 27 de noviembre de 1998, párr. 114 y 116.

<sup>242</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 156; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 97, párr. 130, y Caso Ximenes Lopes, supra nota 6, párr. 227.

<sup>243</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 164; Caso Ximenes Lopes, supra nota 6, párr. 245, y Caso Masacre de Pueblo Bello, supra nota 3, párr. 266.



los responsables de los mismos, y se precisa que “[e]ste derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer<sup>244</sup>”.

Se aclara, adicionalmente que “en cumplimiento de su obligación de investigar y en su caso sancionar a los responsables de los hechos, el Estado debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves”. Igualmente, que aquel “no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos” y, en particular, “no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro (*supra* párr. 152), ni podrá argumentar prescripción, *irretroactividad de la ley penal*, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* (*supra* párr. 182), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables<sup>245</sup>”, de manera que “deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas en los procesos penales militares”.

Se indica, también que el Estado deberá “asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana<sup>246</sup>”, y que “dichos resultados deberán ser públicamente

---

<sup>244</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, *supra* nota 1, párr. 164; Caso Masacre de Pueblo Bello, *supra* nota 3, párr. 266, y Caso Blanco Romero y otros, *supra* nota 100, párr. 95.

<sup>245</sup> Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros, *supra* nota 6, párr. 154.

<sup>246</sup> Cfr. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), *supra* nota 97, párr. 139; Caso Baldeón García, *supra* nota 163, párr. 199, y Caso de Blanco Romero y otros, *supra* nota 100, párr. 97.

divulgados por el Estado, de manera que la sociedad peruana pueda conocer la verdad acerca de los hechos...”

Llama la atención la previsión referida a la imposibilidad, para el Estado, de aplicar las leyes de amnistía, que no generarán efectos en el futuro. Se trata, sin duda, de una de las medidas dirigidas a la cesación de las conductas violatorias de la Convención, cuando se presentan violaciones permanentes. Es una de las denominadas “garantías de no repetición”. Su carácter preventivo es evidente, lo cual permite advertir el entendimiento que tiene la Corte de las funciones de la responsabilidad. En efecto, buscan la eliminación o adopción de disposiciones legales, o la cesación de acciones o prácticas judiciales y de políticas administrativas que suponen la violación permanente de la Convención Americana.

En sentido similar, en la sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998, correspondiente al caso *Loaiza Tamayo vs. Perú*, la Corte manifestó que dos decretos-leyes que tipificaban los delitos de terrorismo y traición a la patria y eran incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana, por referirse a conductas no estrictamente delimitadas, fueron aplicados en los procesos seguidos en el fuero militar y el ordinario y causaron a la víctima una lesión, de modo que el Estado debía adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar su conformidad con el mencionado instrumento internacional. En ocasiones anteriores, peticiones de esta naturaleza habían sido negadas, con argumentos controvertidos por el juez CANÇADO TRINDADE, expuestos en varios de sus votos disidentes<sup>247</sup>.

En otros casos, ha ordenado la adopción de medidas legislativas –como la tipificación del delito de desaparición forzada<sup>248</sup>– y la adopción de acciones concretas adicionales para garantizar el cumplimiento efectivo de la Convención –como la disposición de

---

<sup>247</sup> Entre otros, el voto disidente expresado respecto de la sentencia de reparaciones del 29 de enero de 1997, correspondiente al caso *Isidro Caballero Delgado vs. Colombia*.

<sup>248</sup> Sentencia del 27 de febrero de 2002, correspondiente al caso *Trujillo Oroza*, párr. 98.

los medios necesarios para demarcar y titular las propiedades de determinadas comunidades indígenas, atendiendo sus valores, normas, usos y costumbres<sup>249</sup>—.

Si bien en el fallo Cantoral Benavides se reconoce, claramente, que este tipo de medidas tiene por objeto la reparación del daño inmaterial, no ha sido esta siempre la opinión de la Corte. En la sentencia de reparaciones del 27 de agosto de 1998, correspondiente al caso Garrido y Baygorria vs. Argentina, se expresó lo siguiente:

72. Se trata aquí de obligaciones de igual importancia. *La obligación de garantía y efectividad es autónoma y distinta de la de reparación.* La razón de esta diferencia se manifiesta en lo siguiente: la reparación prevista en el artículo 63.1, tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados. Dado que se trata de una medida dirigida a reparar una situación personal, el afectado puede renunciar a ella. Así, la Corte no podría oponerse a que una persona víctima de una violación de derechos humanos, particularmente si es un mayor de edad, renuncie a la indemnización que le es debida. En cambio, aun cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. *La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención.* (Se resalta en bastardilla).

Al respecto, resultan pertinentes las observaciones formuladas por el juez CANÇADO TRINDADE, en relación con las implicaciones reparadoras de la garantía del derecho a la verdad, a las cuales haré referencia luego.

---

<sup>249</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2001, correspondiente al caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. Operativo 3.

### *Búsqueda y sepultura de los restos de las víctimas desaparecidas*

Se indica que el “derecho de los familiares de conocer dónde se encuentran los restos mortales de éstas”<sup>250</sup> constituye una medida de reparación y por tanto una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las víctimas<sup>251</sup>, y que “los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos”<sup>252</sup>.

### *Acto público de reconocimiento de responsabilidad*

Sobre esta medida, se considera:

[...] para que el allanamiento efectuado por el Perú y lo establecido por este Tribunal rindan plenos efectos de reparación a la preservación de la memoria de... [las víctimas] y en desagravio de sus familiares, así como para que sirvan de garantía de no repetición, la Corte estima que *el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por la desaparición forzada o ejecución extrajudicial de las víctimas. Este acto deberá realizarse en presencia de los familiares de las mencionadas personas y también deberán participar altas autoridades del Estado. Este acto deberá celebrarse dentro de un plazo de seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. (Se resalta en bastardilla).*

En sentido similar, en varias sentencias, entre ellas la del 3 de diciembre de 2001, correspondiente al caso Cantoral Benavides vs. Perú, se ordenó, como medida de satisfacción, que el Estado

---

<sup>250</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 171; Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 3, párrs. 270-273, y Caso 19 Comerciantes, supra nota 110, párr. 265.

<sup>251</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 171; Caso 19 Comerciantes, supra nota 110, párr. 265, y Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 98, párr. 187.

<sup>252</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 171; Caso Baldeón García, supra nota 163, párr. 208, y Caso Acevedo Jaramillo y otros, supra nota 16, párr. 315.

realizara un desagravio público, en reconocimiento de su responsabilidad en el caso concreto y con el fin de evitar que hechos como los ocurridos se repitieran. Estas medidas habían sido negadas en varios pronunciamientos anteriores, entre ellos los correspondientes al caso *Isidro Caballero Delgado vs. Colombia* y al caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*.

Me parece relevante transcribir, al respecto, algunos párrafos del voto razonado del juez SERGIO GARCÍA RAMÍREZ a la sentencia aquí en cita, que dan cuenta de sus dudas sobre el carácter reparador de esta medida:

26. En el ámbito de estas satisfacciones puede figurar –y ha figurado, con alguna frecuencia, hecho alentador que la Corte ha destacado– alguna expresión pública adicional. En este sentido, se ha pedido disculpa o perdón a las víctimas o sus familiares, se ha deplorado la violación cometida, se ha ofrecido adoptar medidas que beneficien a aquéllas y prevengan nuevas violaciones, etcétera. Es preciso meditar con mayor profundidad sobre la posibilidad, conveniencia y pertinencia de solicitar a la autoridad que pida perdón u ofrezca disculpa a los agraviados, tomando en cuenta la naturaleza del acto de “perdón”, cuyo carácter moral es incuestionable, pero cuya naturaleza jurídica en esta hipótesis merece mayor examen.

[...] 28. Por lo que toca a la persona que recibe la solicitud, habría que reflexionar en el sentido que tiene el perdón que se pide y otorga: ¿absuelve de una culpa? ¿redime al solicitante? ¿carece de efectos jurídicos, aunque los tenga morales? En fin: ¿cuál es el sentido del perdón por hechos de gravedad extrema (que en ocasiones parecen imperdonables, para decirlo con franqueza) y cuál es su eficacia verdadera en relación con el proceso, la sentencia, el deber de justicia que atañe al Estado, las reclamaciones a las que tiene derecho la víctima? ¿forma parte de la conciliación y de la reconciliación? Y si es así, ¿cuál es su eficacia compositiva desde la perspectiva jurídica que corresponde a la sentencia del Tribunal internacional y trasciende hacia los deberes del Estado?

Una opinión completamente diferente ha expresado el juez CANÇADO TRINDADE, refiriéndose, de manera general, al carácter reparador de las medidas no pecuniarias de satisfacción y garantías de no repetición. En su voto razonado a la sentencia proferida en el caso Niños de la Calle (Villagrán Morales vs. Guatemala), cuya mención había anunciado en este ensayo, manifestó:

6. En una de las declaraciones en la audiencia pública ante la Corte, del día 11 de agosto de 2000, en el caso *Paniagua Morales y Otros*, se subrayó que la tortura y la muerte violenta de un ser querido puede afectar, de modo desagregador, todo su círculo familiar; *de ahí la importancia que se conozca la verdad de los hechos y se realice la justicia, de modo, inclusive, a estructurar el psiquismo de las víctimas indirectas (los familiares inmediatos). La realización de la justicia contribuye a ordenar las relaciones humanas, teniendo una función estructurante del propio psiquismo humano: las amenazas, el miedo y la impunidad afectan el psiquismo de los seres humanos, agravando la situación de dolor, mientras que la verdad y la justicia ayudan al menos a cicatrizar, con el tiempo, las heridas profundas causadas por la muerte violenta de un familiar querido*<sup>253</sup>.

[...] he constantemente expresado la gran importancia que atribuyo, a partir de la posición central de las víctimas, a las reparaciones no pecuniarias (*restitutio in integrum*, satisfacción, realización de la justicia y combate a la impunidad, rehabilitación de las víctimas).

[...] La realización de la justicia contribuye al menos a estructurar su psiquismo, redespertar su fe y esperanza, y ordenar las relaciones humanas con sus prójimos.

[...] El mal cometido, como ya señalé, no desaparece: es tan sólo combatido, y mitigado. *Las reparaciones otorgadas tornan la vida de los*

---

<sup>253</sup> Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Caso Paniagua Morales y otros / Reparaciones. Transcripción de la Audiencia Pública celebrada en la sede de la Corte los días 11 y 12 de agosto de 2000, pp. 144-175 (documento no-publicado, de circulación interna).

*familiares sobrevivientes quizás soportable, por el hecho de que, en el caso concreto, el silencio y la indiferencia y el olvido no han logrado sobreponerse a las atrocidades, y de que el mal perpetrado no ha prevalecido sobre la perenne búsqueda de la justicia (propia del espíritu). En otras palabras, las reparaciones otorgadas significan que, en el caso concreto, la conciencia humana ha prevalecido sobre el impulso de destrucción. En este sentido, las reparaciones, aunque no plenas, se revisten de innegable importancia en la labor de la salvaguardia de los derechos inherentes al ser humano. (Se resalta en bastardilla).*

### **Commemoración**

Se alude, en el fallo, a la solicitud de construcción de un monumento en honor a la memoria de las víctimas, sobre lo cual la Corte expresó:

236. Por otro lado, respecto de la solicitud referente a la creación de un monumento, la Corte valora la existencia del monumento y sitio público denominado “El ojo que llora”, creado a instancias de la sociedad civil y con la colaboración de autoridades estatales, lo cual constituye un importante reconocimiento público a las víctimas de la violencia en el Perú. Sin embargo, el Tribunal considera que el Estado debe asegurarse que, dentro del plazo de un año, las 10 personas declaradas como víctimas ejecutadas o de desaparición forzada en la presente Sentencia se encuentren representadas en dicho monumento, en caso de que no lo estén ya y si sus familiares así lo desean. Para ello, deberá coordinar con los familiares de las víctimas la realización de un acto, en el cual puedan incorporar una inscripción con el nombre de la víctima, según la forma que corresponda de acuerdo con las características del monumento.

Esta es considerada una medida de conmemoración, que tiene por objeto la recuperación y conservación de la memoria de las víctimas. Con el mismo objeto, en otros casos se han impartido órdenes diferentes; así, se ha dispuesto la designación de un centro

educativo con un nombre alusivo a las víctimas.<sup>254</sup>, o la creación de una beca de estudios universitarios, de carácter permanente, con el nombre de la persona lesionada y la designación, con el mismo nombre, de una calle o plaza reconocida en la ciudad, además de la instalación de una placa que hiciera alusión a las actividades que realizaba<sup>255</sup>.

La Corte se había negado a atender las peticiones referidas a este tipo de reparaciones hasta el año 2002, cuando, en el caso *Bámaca Velásquez*, expresó que la realización de obras de alcance o repercusión públicas que tuvieran efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas constituía una forma de compensación del daño inmaterial<sup>256</sup>.

### *Publicación de la sentencia*

La Corte, en todos sus pronunciamientos, considera que la sentencia constituye, per se, una forma de reparación. En el caso *La Cantuta*, además, se ordenó publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos relevantes de la parte motiva, y la parte resolutive. En este aspecto, este fallo –aunque no constituye el pronunciamiento pionero al respecto– da cuenta de la modificación de la jurisprudencia anterior de la Corte, que había negado las solicitudes de publicar las sentencias en el ámbito nacional. Se consideraba suficiente, en efecto, la publicación efectuada por ese tribunal en una serie periódica y se expresaba, además, que la posibilidad de que las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares demandaran al Estado ante una instancia internacional y partici-

---

<sup>254</sup> Sentencia del 26 de mayo de 2001, correspondiente al caso *Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*.

<sup>255</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 2003, correspondiente al caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*.

<sup>256</sup> Sentencia del 22 de febrero de 2002, párr. 56.



paran en el proceso en forma directa o mediata constituía, por sí misma, “una forma de satisfacción”<sup>257</sup>.

*Tratamiento físico y psicológico para los familiares de las personas ejecutadas o víctimas de desaparición forzada*

Con el fin de reducir los padecimientos físicos y psíquicos de los familiares de las víctimas, la Corte ordenó al Estado proveer, sin cargo alguno y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requirieran dichas personas, previa manifestación de su consentimiento para estos efectos, a partir de la notificación de la sentencia, y por el tiempo que fuera necesario, incluida la provisión de medicamentos.

Considero importante llamar la atención sobre el hecho de que, si bien en términos prácticos esta forma de reparación corresponde a un típico daño emergente, tiene también por objeto, sin lugar a dudas, mitigar el perjuicio inmaterial sufrido por los ofendidos, lo que explica su inclusión en el acápite correspondiente a otras formas de reparación del daño inmaterial, como medida “de rehabilitación”.

Un comentario similar podría hacerse en relación con la orden impartida en la sentencia del 10 de septiembre de 1993, correspondiente al caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, en la que se indicó que, si bien en la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se incluyó una suma para que los menores pudieran estudiar hasta una determinada edad, tal objetivo no se lograría por ese solo hecho, dado que, en el lugar donde vivían, la escuela y el dispensario estaban cerrados. Se ordenó, por ello, como parte de la indemnización, que el Estado reabriera la escuela y la dotara de personal docente y administrativo, y que el dispensario existente fuera puesto en condiciones operativas e, igualmente, reabierto.

---

<sup>257</sup> Sentencia de reparaciones del 27 de noviembre de 1998, correspondiente al caso *Castillo Páez vs. Perú*, par. 96.

### *Educación en derechos humanos*

La Corte consideró que, “para garantizar adecuadamente el derecho a la vida y a la integridad”, los miembros de los cuerpos de seguridad debían recibir entrenamiento y capacitación adecuados, y que, visto que la violación, en el caso concreto, se produjo “en un contexto generalizado de impunidad de las graves violaciones a los derechos humanos que existía entonces, propiciada y tolerada por la ausencia de garantías judiciales e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar esas situaciones, reflejado en este caso en la impunidad de la mayoría de los responsables de los hechos”, el Estado debía “adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de los servicios de inteligencia, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en cuanto a la legalidad y las restricciones del uso de la fuerza en general y en situaciones de conflicto armado y terrorismo, conceptos de obediencia debida y la función de dichas instituciones en situaciones como las ocurridas...”. Asimismo, “adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los fiscales y jueces, incluidos aquéllos del fuero penal militar, en cuanto a los estándares internacionales en materia de protección judicial de derechos humanos”. Se previó además, que en el desarrollo de los correspondientes programas de capacitación, se debía hacer mención especial a la sentencia que los ordenó y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### *Otras medidas no pecuniarias*

En otras sentencias, se han ordenado otras medidas de satisfacción. Así, en la proferida el 31 de enero de 2006, correspondiente al caso Pueblo Bello vs. Colombia, referido a una situación de desplazamiento forzado y ejecuciones extrajudiciales, se ordenó al Estado ofrecer garantías de seguridad para los familiares y anteriores habitantes del municipio que decidieran regresar, enviando representantes oficiales periódicamente, para verificar el orden y

realizar consultas con los residentes y, si fuere necesario, adoptar medidas adicionales (pár. 275).

Es importante mencionar el fallo proferido el 11 de mayo de 2007, en el caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, en el que, por una parte, el Estado alegaba el reconocimiento interno de reparaciones ordenadas por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y, por otra, debía la Corte decidir si homologaba el acuerdo parcial de reparaciones celebrado entre las partes. Se procedió en este evento, a revisar en primer lugar las indemnizaciones otorgadas internamente, con el fin de determinar si se había tenido en cuenta todas las personas lesionadas, ejercicio en el cual se determinó que algunas no lo habían sido –a lo cual, entonces, se procedió–, y que era necesario corregir desigualdades creadas por la decisión nacional –como la de conceder a las compañeras permanentes indemnizaciones distintas de las reconocidas a las esposas–. En segundo lugar, se homologaron las medidas de satisfacción y garantías de no repetición acordadas por las partes –entre ellas las referidas a la recuperación del proyecto de vida de los ofendidos–, y se ordenaron cuatro medidas adicionales, por considerarlas necesarias para la reparación adecuada de las consecuencias de las violaciones: la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y sancionar a los responsables; la de proteger a los operadores de justicia, a los testigos, las víctimas y sus familiares; la de ofrecer asistencia médica y psicológica a las víctimas y sus familiares, y la de adelantar acciones educativas dirigidas a los cuerpos armados y organismos de seguridad.

#### EL DAÑO PUNITIVO. IMPROCEDENCIA DE SU RECONOCIMIENTO

En varias sentencias, la Corte se ha pronunciado sobre la improcedencia de la aplicación del denominado “daño punitivo”. Ha considerado la Corte, en efecto, que “[l]a expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la ‘parte lesionada’, es

compensatoria y no sancionatoria”, y precisa que si bien “algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional”<sup>258</sup>. Ha expresado, igualmente, que:

[l]a Corte Interamericana no es un tribunal penal y su competencia, en este particular, es la de fijar las reparaciones a cargo de los Estados que hubieren violado la Convención. La reparación, como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (Cfr.: *caso del ferrocarril de la bahía de Delagoa*, LA FONTAINE, *Pasicrisie internationale*, Berne, 1902, p. 406)<sup>259</sup>.

#### LA LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL

Por otra parte, en lo que se refiere a la legitimación, la Corte ha considerado que el sufrimiento ocasionado a la víctima “se extiende a los miembros más íntimos de la familia, en especial aquellos que estuvieron en contacto afectivo estrecho con la víctima”<sup>260</sup>. Ha precisado además, en una sentencia reciente, que “los sufrimientos o muerte – en este caso, la desaparición forzada y la ejecución extrajudicial– de una persona acarrear a sus hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre un daño inmaterial,

<sup>258</sup> Sentencia de reparaciones del 21 de julio de 1989, correspondiente al caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 38.

<sup>259</sup> Sentencia de reparaciones del 27 de agosto de 1998, correspondiente al caso Garrido Baigorria vs. Argentina.

<sup>260</sup> Cfr. Caso Goiburú y otros, supra nota 1, párr. 159; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia), supra nota 97, párr. 132.b, y Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 3, párr. 257.

por lo cual no es necesario demostrarlo<sup>261,262</sup>. Se ha incluido en este listado, igualmente, a los hermanos<sup>263</sup>. Esta presunción solo se aplicaba, inicialmente, en relación con los padres de la víctima, mientras que, en relación con los demás “dependientes”, debía probarse el daño moral sufrido<sup>264</sup>. Siempre se reconocen, por lo demás, las situaciones particulares del caso concreto; así, en la sentencia del 14 de septiembre de 1996, correspondiente al caso *El Amparo vs. Venezuela*, se ordenó la reparación para la esposa y la compañera de la víctima, así como para los hijos de ambas, y en la sentencia del 31 de enero de 2006, correspondiente al caso *Pueblo Bello vs. Colombia*, se ordenó la reparación a favor de hermanos de crianza.

#### EL *QUANTUM* DE LA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA DEL DAÑO INMATERIAL

Finalmente, sobre las cuantías de las reparaciones ordenadas por la Corte por concepto de daños inmateriales, se ha precisado en diferentes sentencias, que se determinan con fundamento en la equidad. Ha expresado ese tribunal, al respecto, lo siguiente:

Las expresiones “apreciación prudente de los daños” y “principios de equidad” no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente

---

<sup>261</sup> Este criterio ha sido sostenido en otros casos, igualmente respecto de hijas, hijos, cónyuge o compañera y compañero, madre y padre, entre otros. Cfr. Caso *Goiburú* y otros, supra nota 1, párr. 159; Caso de las Masacres de *Ituango*, supra nota 8, párr. 386, y Caso de la Masacre de *Pueblo Bello*, supra nota 3, párr. 257.

<sup>262</sup> Cfr., sentencia del 29 de noviembre de 2006, correspondiente al caso *La Cantuta vs. Perú*.

<sup>263</sup> Sentencia del 31 de enero de 2006, correspondiente al caso *Pueblo Bello vs. Colombia*.

<sup>264</sup> Sentencia de reparaciones del 10 de septiembre de 2003, correspondiente al caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, párrs. 75 y 76.

por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado *in situ*, a través de su Secretaria adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos<sup>265</sup>.

Se advierte, sin embargo, que no existen criterios precisos; en cada caso, con fundamento en el análisis de sus circunstancias particulares, se fija la suma que el Estado debe pagar, y no se han establecido topes mínimos o máximos para el efecto. Así, en los últimos cinco años, en casos muy graves, las indemnizaciones pueden tasarse entre US\$65.000 y US\$125.000, para las víctimas directas. En los demás casos las indemnizaciones varían muchísimo y se encuentran, tal vez, como las de más bajo monto; en casos menos graves, algunas de US\$3.000. En cuanto a las concedidas a los familiares, se han ordenado reparaciones desde los US\$5.000 hasta los US\$200.000. Se observa, además, que normalmente se permite que la indemnización se cancele en dólares o en la moneda nacional de los demandantes.

Se conforman grupos de beneficiarios y entre sus miembros se reparten las indemnizaciones pecuniarias atendiendo diferentes criterios. Así, por ejemplo, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, se consideró que la suma total debía dividirse de modo que la cuarta parte correspondiera a la cónyuge de la víctima, y las tres restantes se dividieran entre los hijos, mientras que en el caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, se dispuso que la mitad sería para los hijos, un cuarto para las esposas y el otro cuarto para los padres, y se precisó que, si hubiere más de un beneficiario en alguno de tales grupos, el monto se dividiría entre ellos por igual (pár. 97). La misma decisión se adoptó en el caso *El Amparo vs. Venezuela* (pár. 41), así como en el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú* (pár. 61). En el caso *Isidro Caballero Delgado vs. Colombia*, se dispuso que un tercio de la indemnización correspondería a cada uno de los dos hijos de la víctima, y el tercio restante a su compañera (pár.

---

<sup>265</sup> *Ibíd.*, par. 87.

52). Salta a la vista en estas decisiones, el recurso a la verificación de la existencia de circunstancias aleatorias, que ponen en peligro los principios de igualdad y de reparación integral.

Por otra parte, normalmente se ordena la constitución de fideicomisos, para la administración de las sumas reconocidas a los menores de edad. En algunos casos, sin embargo, se ha ordenado también su constitución para administrar las sumas reconocidas a los mayores, así como la conformación de fundaciones para que actúen como fideicomitentes y asesoren a los beneficiarios en la aplicación de las reparaciones recibidas o sus rentas<sup>266</sup>.

Adicionalmente, se prevé, en todos los casos, que el pago de las indemnizaciones estará exento de todo impuesto actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro, y que, en caso de mora del Estado, pagará un interés sobre el total adeudado, correspondiente al bancario corriente vigente en el país respectivo en la fecha del pago.

---

<sup>266</sup> Sentencia de reparaciones del 10 de septiembre de 1993, correspondiente al caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*.

## REFLEXIONES FINALES

Para concluir, me tomo la libertad de usar las palabras del profesor español RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, quien manifiesta que “[e]stamos en un terreno en el que no caben afirmaciones categóricas y en el que, por lo tanto, toda apreciación merece respeto”. En ese sentido, no he pretendido, ni pretendo, al expresar mis opiniones, presentarlas como una verdad inamovible, ni siquiera para mí misma. Sé que en la reflexión se encuentra, muchas veces, el camino del retorno.

Bajo esta premisa, entonces, además de los comentarios expuestos en relación con los diferentes aspectos analizados en este texto, quisiera hacer unas reflexiones finales.

1. Considero necesario llamar la atención sobre los problemas que genera la semántica en la clasificación del daño. Son muchas las críticas que se hacen a las expresiones daño extrapatrimonial, daño inmaterial, daño moral. Se propone, incluso, para evitar los inconvenientes que genera su significado –así como para eludir la concesión tácita de mayor relevancia a los bienes o intereses que tienen contenido pecuniario–, que se aluda al daño a la persona, para oponerlo al daño no personal. En el caso de Iberoamérica, sin embargo, podemos afirmar, de acuerdo con los resultados del estudio recogido en este ensayo, que se sigue recurriendo, de manera general, a la expresión daño moral, como sinónima de la de daño no patrimonial, por lo cual son eventuales las referencias encontradas en la jurisprudencia a otras categorías de este último. La excepción, tal vez, se encuentra en la jurisprudencia colombiana –que se



refiere indistintamente al daño inmaterial o extrapatrimonial y lo divide en daño moral y daño a la vida de relación— y en el proyecto de Código Civil argentino, que alude, en expresión amplia, al daño extrapatrimonial.

Por mi parte, comparto la postura de la jurisprudencia nacional, en el sentido de que los perjuicios moral y a la vida de relación, entendidos, en su orden, como las afectaciones no patrimoniales a la vida interior y a la vida exterior, comprenderían las distintas formas de daño inmaterial<sup>267</sup>. Para este efecto, es necesario tener en cuenta que el daño a la vida de relación, conforme a la definición que a él le dan tanto el Consejo de Estado colombiano, como la Corte Suprema de Justicia —esta última en reciente decisión del 13 de mayo de 2008— es una figura con un alcance mayor que el que tuvo la noción aceptada con el mismo nombre en la doctrina italiana de los años treinta y siguientes<sup>268</sup>, en cuanto aquel puede tener por causa lesiones distintas a las inferidas a la integridad física.

Hago a este planteamiento una salvedad, surgida igualmente de las dificultades que se derivan de la significación del término “moral”, que en mi opinión no podría incluir la afectación consistente en el dolor físico, dado que aquel, justamente, se refiere a las facultades del espíritu, por contraposición a lo físico<sup>269</sup>. En

---

<sup>267</sup> Como lo he expresado, considero que la referencia hecha por el Consejo de Estado en dos sentencias recientes, del 15 de agosto y el 18 de octubre de 2007, a la “alteración de las condiciones de existencia” constituye simplemente un intento de asignarle un nuevo nombre al daño a la vida de relación, que por lo demás, no toma en consideración los reparos que al respecto hizo la misma corporación en el fallo del 19 de julio de 2000.

<sup>268</sup> Sobre esta noción de daño a la vida de relación, puede consultarse, entre otras, la obra del profesor italiano RENATO SCOGNAMIGLIO, denominada *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. 1ª ed. en español. Traducción y notas de Fernando Hinestrosa. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 22 y ss.

<sup>269</sup> No comparto, al respecto, el planteamiento del profesor RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, quien considera más correcto indemnizar la aflicción que ocasiona el dolor físico, que este en sí mismo. Cfr., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit., p. 142. Comparto, más bien, la afirmación del profesor LORENZETTI, en el sentido de que lo físico, per se, no es material, ni moral. Cfr., cit., p. 103.

ese sentido, tal vez, dicho dolor merecería una valoración como categoría independiente<sup>270</sup>.

No participo del criterio de quienes plantean la necesidad de construir un orden autónomo de perjuicio inmaterial para identificar la afectación de cada uno de los derechos en juego, y aluden, entre otros, a los daños psicológico, estético, sexual y a la vida de relación<sup>271</sup>. Podría llegarse de este modo, a una explosión de categorías, que en mi opinión, lejos de contribuir a la precisión conceptual de dicho perjuicio inmaterial, supondrían su indefinición permanente. Además, como lo observa el profesor NAVIA, no puede perderse de vista que, por la “dificultad de trazar linderos precisos entre los varios *chefs de préjudice*, se corre el riesgo de indemnizar varias veces a la víctima por el mismo concepto o de sólo indemnizarla parcialmente”<sup>272</sup>. Me pregunto, en ese sentido, si no se concreta el primero de tales riesgos con el reconocimiento autónomo, por una parte, del daño a la vida de relación, y por otra, del daño estético y del daño sexual, visto que estos suponen, necesariamente, la alteración negativa de la vida asociada. No cabe duda, entonces, en mi opinión, de que el juez debe ser extremadamente prudente y

---

<sup>270</sup> En un trabajo anterior, he expresado que el dolor físico constituye un padecimiento de naturaleza corporal (conforme al *Diccionario de la lengua española*, físico, en su segunda acepción, se define como lo “[p]ertenciente o relativo a la constitución y naturaleza corpórea, y en ese sentido se contrapone a moral”, *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, XXI ed., t. I, p. 972), y no espiritual, por lo cual podría constituir “una forma autónoma de daño inmaterial, referida a la alteración de la tranquilidad o el sosiego físicos, y ello sin perjuicio de que cuando su intensidad sea tal que logre afectar el estado de ánimo de quien lo sufre, se reconozca adicionalmente un daño moral; de igual manera, cuando sus manifestaciones trasciendan a la vida exterior de la persona, modificando su comportamiento e inhibiendo su capacidad para realizar normalmente sus actividades, será necesario estimar también, separadamente, el menoscabo sufrido por aquélla en su vida de relación”. Cfr., MARÍA CECILIA M’CAUSLAND, cit., p. 335.

<sup>271</sup> Cfr., entre otros, ENRIQUE GIL BOTERO, “Daño corporal – daño biológico – daño a la vida de relación”, en *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 3ª ed., 2006, p. 173, 184, 185.

<sup>272</sup> FELIPE NAVIA, cit., p. 291.

cuidadoso al delimitar las categorías indemnizables y precisar su contenido.

2. Debo reiterar lo expresado al comienzo de este escrito, en el sentido de que, según mi parecer, el daño reparable está constituido por las consecuencias de la lesión a un interés legítimo, y, en ningún caso, por la lesión misma. Considero, con todo respeto, que quienes encuentran en esta un motivo de indemnización, al margen de sus resultados nocivos, tratan de encontrar remedios a desequilibrios no creados por el daño, o de justificar el surgimiento de la responsabilidad en casos que podríamos llamar “chocantes”, por la perplejidad que generan la condición particular de la víctima y la inexistencia de consecuencias efectivas de la lesión, cuando no resolver problemas propios de las limitaciones creadas por la legislación.

Por una parte, me refiero a la idea encontrada en varios textos<sup>273</sup>, de que la protección constitucional de ciertos derechos, como el derecho a la salud, impone una reparación uniforme a las víctimas de lesiones psicofísicas similares. Considero que estas últimas pueden causar efectos no patrimoniales diferentes, más o menos graves, en los distintos casos, dependiendo de la situación particular del ofendido, de su ocupación, de sus intereses, de sus proyectos, de su actitud ante la vida. Otra cosa es que, para la valoración de tales efectos, que determinarán la cuantía de la indemnización, deba tenerse en cuenta, inicialmente, la naturaleza de las lesiones.

Por otra parte, aludo a situaciones que generan un repudio especial, como la que se presenta en el caso de una mujer de mente violada, que por su demencia no puede comprender el agravio y, por lo tanto, no sufre, en principio, una afectación espiritual<sup>274</sup>, o en el caso de una persona que, como consecuencia

---

<sup>273</sup> EDGAR CORTÉS, cit., cap. III, sec. I, num. 69, párr. 1, y cap. III, sec. IV, num. 89, párrafo 2.

<sup>274</sup> Sobre esta situación, el profesor EDUARDO ZANNONI manifiesta que lo que califica el daño moral es la actividad dañosa, en cuanto tal, de modo que si bien el agravio

de la lesión, permanece en coma o en situación de limitación grave de sus facultades intelectuales. Se plantea, en este último evento, si hay lugar o no a indemnización por el concepto de daño de disfrute, visto que en su estado no experimenta complejos, ni frustraciones, ni inquietudes<sup>275</sup>, o dicho de otro modo, si la inconciencia de la víctima la pone o no a salvo del sufrimiento<sup>276</sup>. Considero, en el primer caso, que si la persona carece de la facultad de discernir y, por lo tanto, de comprender lo sucedido, aspecto sobre el cual sería necesario obtener un dictamen pericial, el daño inmaterial realmente no existirá, y en el segundo, que si bien el daño moral no se configura, habrá un típico daño a la vida de relación, dada la afectación evidente

---

provoca, habitualmente, una modificación del espíritu del damnificado, en el evento en que no la provoque, como en el caso de la violación de una mujer demente que no puede comprender, ni sufrir el atentado, el agravio menoscabará, en todo caso, una proyección existencial, que es reconocida, también, a quienes están privados de razón o de sensibilidad. Cfr. *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 294. En mi opinión, este planteamiento supone adoptar una concepción del perjuicio indemnizable –que no comparto– coincidente con la lesión a un bien jurídico o a un derecho subjetivo. Un planteamiento similar al del profesor ZANNONI se encuentra en la sentencia del 19 de octubre de 2007, proferida por el Consejo de Estado, en el proceso radicado con el n.º 30871, donde se expresó que “resulta perfectamente posible que una persona, por más limitación física o cerebral que padezca, llegue a sufrir un claro perjuicio en el ámbito moral ya que nunca perderá por completo los parámetros de vida y aun así sean mínimos o tenuous, son aquellos que nos permiten la comprensión de la existencia y de la relación que se tiene con el mundo. Y si en el campo de la ciencia, ello no fuere así –verificable–, en el mundo de la existencia y de los valores, la persona en cuanto exhale un hálito de vida, es un ser espiritual, que es digna por el solo hecho de serlo; sostener que aquella no sufre perjuicio moral porque no siente, es aniquilar o desconocer su esencia misma y su dignidad (art. 1º C. P.), y reducir el ser humano a la mera sensibilidad o cruda materialidad, dejando de lado su naturaleza axiológica”. Se advierte, sin embargo, que este pronunciamiento debe ser considerado aislado, en la medida en que, si bien lo allí expresado supone la modificación del concepto de daño moral tradicionalmente reconocido por el Consejo de Estado, referido a la afectación espiritual que sufre una persona, ninguna consideración se hace en el mismo sobre tal modificación.

<sup>275</sup> RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit., p. 146.

<sup>276</sup> Cfr., JORGE MOSSET ITURRASPE, cit., p. 27.

de los vínculos de la persona con el mundo exterior, tanto en sus relaciones personales como con el medio ambiente o las cosas del mundo.

Adicionalmente, llamo la atención sobre la situación planteada en países como Italia y Bolivia, donde los artículos 2059 y 994 de los respectivos códigos civiles establecen limitaciones importantes a la indemnización del daño no patrimonial, en cuanto prevén que el mismo debe ser resarcido solo en los casos determinados por la ley, lo que ha obligado a proponer el reconocimiento de categorías fundadas, de manera directa, en preceptos constitucionales.

Otras voces, como la del profesor ENRIQUE GIL BOTERO, hoy magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, justifican la necesidad de reconocer, por ejemplo, el daño biológico, como forma de daño evento, con fundamento en que ello “pone de presente no sólo el aspecto unitario del ser humano en cuanto a sus componentes, cuerpo y psique, sino que además enaltece su existencia, pues tiene a éste como un ser que va más allá de la función de producir renta o riqueza”<sup>277</sup>. Debo manifestar que no comparto este planteamiento. Por una parte, la satisfacción de todas las formas de perjuicio actualmente reconocidas en Colombia –materiales, morales y a la vida de relación– toma en consideración al hombre en su unidad de cuerpo y mente; cosa diferente es que no sea la lesión directa de estos elementos, sino su consecuencia, el objeto de la indemnización. Por otra, es claro que la satisfacción del perjuicio inmaterial supone, precisamente, la valoración de atributos distintos de aquellos que le permiten al ser humano lograr el engrosamiento de su patrimonio económico; se tienen en cuenta, en efecto, para la garantía de tal satisfacción, sus capacidades y desarrollos vitales en el ámbito social, cultural, ambiental y afectivo, entre otros.

---

<sup>277</sup> Cfr., ENRIQUE GIL BOTERO, cit., pp. 176, 177.

3. Reitero las observaciones formuladas por mí en un trabajo anterior, en relación con la naturaleza del denominado perjuicio estético, que como hemos visto, ha sido considerado en ocasiones, por la jurisprudencia de algunos países latinoamericanos, como una categoría autónoma del daño moral, mientras que en otras, se incluye en esta última, ampliamente considerada.

Los jueces colombianos se han pronunciado en sentido similar al último indicado. Recordemos cómo, en algunas sentencias de los años 40 y 50, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo el planteamiento de ANDRÉ TUNC y los hermanos MAZEAUD, ordenó la reparación del complejo de inferioridad causado como consecuencia de las lesiones estéticas, dentro de la categoría de daño moral objetivado. Por su parte, el Consejo de Estado entendió, en sentencia del 25 de septiembre de 1997, que el perjuicio estético no puede considerarse fisiológico –en los términos de la época–, sino moral<sup>278</sup>, y luego, poco antes de que se produjera el rechazo definitivo de aquella expresión, para adoptar la categoría de daño a la vida de relación, la misma corporación expresó que “[e]l denominado ‘*pretium pulchritudinis*’, o precio de la belleza viene a compensar el perjuicio estético que resulta del atentado infligido a la armonía física de la víctima”, y agregó que “el perjuicio estético *strictu sensu*, como una cicatriz en el rostro... es puramente moral...”<sup>279</sup> Más recientemente, esta última corporación, en un fallo del 4 de diciembre de 2007, ya mencionado en este ensayo, ha expresado –con alcance, sin embargo, de *obiter dictum*– que la “alteración de las condiciones estéticas... bien podría originar un perjuicio de naturaleza independiente y autónomo”.

Considero, por mi parte, que no puede decirse que el daño estético constituya una forma típica de daño moral, pero tam-

---

<sup>278</sup> Exp. 10.421.

<sup>279</sup> Cfr., sentencia del 25 de mayo de 2000, exp. 12.550, ya citada.

poco creo que deba corresponder a una categoría autónoma dentro de la clasificación general del daño inmaterial. En mi criterio, la lesión a los intereses estéticos solo se presenta en cuanto se produce la alteración de la vida de relación del sujeto, lo que puede generar, a su vez, para él, perjuicios de carácter moral y patrimonial. Ello resulta claro si se tiene en cuenta que lo estético hace referencia a la belleza, cuya valoración solo cobra relevancia al ser expuesta ante los demás; así, el detrimento corporal en sí mismo no representa el objeto de la reparación. En ese sentido, coincido con los planteamientos expuestos en algunas sentencias argentinas, citadas en este ensayo (ver p. 23).

4. Considero igualmente pertinente reiterar mi criterio, expuesto en el trabajo mencionado<sup>280</sup>, en el que he afirmado que, al margen de las dificultades que genera la identificación de distintos órdenes dentro del concepto general de daño no patrimonial, debe interesar especialmente, para efectos de la obtención de un resarcimiento que, en la medida de lo posible, tenga carácter integral la valoración de cada uno de los aspectos de la persona que resultan afectados en el caso concreto. De esta manera, sin perjuicio de que varias formas de alteración de un interés inmaterial puedan ser agrupadas en una misma categoría, la existencia de cada una de ellas debe imponer al juez la obligación de valorarlas individualmente para determinar la indemnización total correspondiente al respectivo tipo de daño; de otro modo, se corre el riesgo de dejar sin reparación el menoscabo efectivo de uno o varios aspectos de la vida de la persona, ocasionado como consecuencia de la lesión.

En esa medida, si bien el reconocimiento del perjuicio a la vida de relación y del perjuicio moral como categorías independientes constituye un avance importante y, como lo he expresado, sería recomendable hacer lo propio con el dolor físico,

---

<sup>280</sup> MARÍA CECILIA M'CAUSLAND, cit., pp. 342 y 343

no puede perderse de vista que son varias las formas en que estos perjuicios pueden producirse en los casos concretos, sin que se justifique, por esa razón, la creación de nuevos órdenes, y ello tiene especial relevancia cuando se trata de la primera categoría mencionada, dado que, como puede inferirse de su amplitud y complejidad, son muchos y diversos los elementos de la vida exterior que pueden resultar afectados en las distintas situaciones; cada uno de estos elementos, entonces, deberá ser apreciado por el juez.

Lo anterior explica la gran dificultad que supone el establecimiento de topes jurisprudenciales, labor que debe realizarse con singular cuidado, pues aunque –como lo han advertido entre nosotros tanto la Corte Suprema de Justicia<sup>281</sup> como el Consejo de Estado<sup>282</sup>–, los mismos constituyen simplemente pautas o sugerencias para los jueces de inferior jerarquía, están llamados efectivamente a ser una guía que permita garantizar el derecho a la igualdad.

Desde esa perspectiva, comparto lo expresado por el profesor argentino JORGE MOSSET ITURRASPE, en cuanto a que la denominada “guerra las etiquetas” o “guerra de las autonomías” debe ser vista como “un quehacer menor, que no hace al fondo de la cuestión y en la cual se pierde muchas veces la contemplación del tema central”<sup>283</sup>.

5. En lo que se refiere a las indemnizaciones legalmente tarifadas –acogidas, como se ha explicado, para casos especiales, en países como España, México y Portugal, así como en el proyecto de Código Civil argentino–, no puede negarse que se logra con ellas, en alguna medida, el resultado práctico buscado: la

---

<sup>281</sup> Cfr., entre otras, sentencia de la Sala de Casación Civil del 6 de mayo de 1998, expediente 4972.

<sup>282</sup> Cfr. sentencia de la Sección Tercera del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

<sup>283</sup> JORGE MOSSET ITURRASPE, cit., p. 39.



unidad de criterios y, de algún modo, la seguridad jurídica. No obstante, si bien no encuentro criticables, por sí mismos, los efectos relacionados con la denominada “socialización del daño” o, incluso, con el “oscurecimiento de las funciones de la responsabilidad”, no considero necesaria la adopción de las aludidas tarifas y, por esa razón, encuentro injustificados los problemas que generan, como los derivados de la reparación idéntica de situaciones distintas, la limitación de la legitimación para pedirla y la rigidez de las sumas establecidas –por mencionar solo los más evidentes–, que impiden, en algunos eventos, la reparación integral.

Veo con buenos ojos la entrega a los jueces de la facultad de fijar, en cada caso, la cuantía de la indemnización procedente. Considero, además, que puede construirse una jurisprudencia coherente por parte de los más altos tribunales, que pueda ser atendida por los jueces de inferior jerarquía, de modo que se garantice la igualdad buscada, sin perjuicio de su independencia, que podrá siempre ejercerse de manera razonada. Los problemas derivados de la existencia de distintas jurisdicciones –como los que se presentan en Colombia– deben resolverse por los mismos jueces, buscando puntos de encuentro que les permitan llegar a acuerdos mínimos. El fundamento de las decisiones deberá estar siempre en la equidad, como criterio auxiliar que le permite al juez realizar la justicia en el caso concreto.

En ese orden de ideas, la sugerencia de techos o sumas tope por la jurisprudencia constituye un recurso válido, sin perjuicio de las revisiones que, al respecto, puedan efectuarse eventualmente. Así, por ejemplo, dado que aquellos deben fijarse pensando en la situación más grave imaginable, sería conveniente que se tuviera en cuenta que, tal vez, ella no siempre se presenta cuando ocurre la muerte de un ser querido; otras afectaciones sufridas en vida podrían resultar, eventualmente, mucho más graves. Me parecen, por ello, muy valiosas algunas decisiones

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se ordena indemnizar con una suma mayor el daño sufrido por el familiar de una persona desaparecida, que el padecido por el familiar de una persona cuya muerte fue claramente establecida<sup>284</sup>.

Creo, por lo demás, que la creación de tasas legales propicia la contaminación de la responsabilidad civil con elementos de carácter subjetivo que redundan, adicionalmente, en la creación de desequilibrios. Me refiero al hecho de que, normalmente, los topes se aplican en casos de daños causados sin culpa, y no en aquellos imputables subjetivamente. Si el daño es la única medida de la indemnización, esta distinción, por supuesto, carece de fundamento.

A propósito de lo anterior, tengo la impresión de que la atribución de una función punitiva a la responsabilidad por daño no patrimonial—que parece advertirse siempre detrás del recurso a la valoración de la conducta del ofensor para determinar el valor de la reparación—no encuentra su explicación, al menos no de modo íntegro, como aparentemente sucede, en la necesidad de disuadir, de prevenir o aun de castigar. Me parece que lo que se evidencia en quienes ven una función punitiva en la indemnización del daño no patrimonial es

---

<sup>284</sup> Sentencia del 31 de enero de 2006, proferida en el caso de la masacre de Pueblo Bello contra Colombia, párr. 258. En este caso, se condenó al Estado colombiano a pagar, US\$10.000.00 a favor de cada uno de los parientes en primer grado de consanguinidad y de cada una de las cónyuges o compañeras permanentes de las víctimas desaparecidas, y US\$8.000.00 a favor de cada uno de dichos parientes y cónyuges de las víctimas privadas de la vida. Llama la atención, en cuanto parece incomprensible, que esta distinción no se hizo en el caso de la indemnización ordenada a favor de los hermanos de las víctimas; en efecto, se condenó a pagar, a favor de cada uno de ellos, la suma de US\$500.00 (suma que, por lo demás, parece desproporcionada frente a las mencionadas anteriormente), sin distinguir si aquellas habían sido desaparecidas o privadas de la vida. Igualmente, llama la atención—esta vez por considerarse ajustada a la equidad—la disposición adoptada en el mismo fallo, en el sentido de que las cantidades respectivas serían acrecidas en US\$2.000.00, en el caso de algunas madres y compañeras de las víctimas que se encontraban embarazadas al momento de la desaparición de las víctimas.

una falta de convicción respecto de su función resarcitoria, lo cual, si bien puede resultar entendible, no justifica llegar a tal resultado.

6. Considero necesario referirme a la existencia de otras formas de reparación del daño inmaterial que no tienen carácter pecuniario. Encuentro, al respecto, muy valiosas las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, sobre todo, las reflexiones efectuadas por el juez CANÇADO TRINDADE, quien, en varios de sus votos razonados, ha expuesto la justificación de las mencionadas formas de reparación. Llamam la atención, especialmente, la valoración del derecho a la verdad y las conclusiones obtenidas –con fundamento en criterios médicos y psicológicos– sobre la repercusión que su efectividad tiene en la reparación de las víctimas y sus allegados.

En algunos países cuya situación es analizada en este ensayo, se prevén formas de reparación no pecuniaria –como ocurre en Argentina, Perú, Venezuela, México y Colombia–, pero ellas se limitan, generalmente, a la retractación y la réplica, así como a la publicación de la sentencia, en los casos de daños al honor, a la imagen o a la intimidad. Y aunque soy consciente de la particularidad de los casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, me atrevo a decir que, en este campo, la jurisprudencia de los distintos países iberoamericanos tiene un ejemplo y un camino por explorar.

El primer paso tal vez se ha dado en Colombia, donde, como se explicó, la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, en un pronunciamiento reciente, ha considerado aplicable a los procesos de su competencia la regulación contenida en la Ley 975 de 2005 –por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios–, en cuanto se refiere al derecho

de las víctimas a la reparación y, por una parte, indica que el mismo comprende las acciones que propenden por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, y las garantías de no repetición, y por otra, define la reparación simbólica y la reparación colectiva.

Se espera, entonces, que la evolución continúe y, especialmente, que no se limite la posibilidad de reconocer estas reparaciones no pecuniarias a los casos en que el daño implique graves violaciones de derechos humanos de la víctima, sino que se extienda a todos aquellos eventos en los cuales la aplicación de los principios de reparación integral y equidad, así como las condiciones específicas del daño inmaterial causado, indiquen que su satisfacción puede producirse recurriendo a aquellas.

7. Finalmente, considero injustificada la valoración de elementos distintos a la entidad misma del daño para fijar su reparación, referidos, especialmente, a valoración subjetiva de la conducta del ofensor o de la víctima, o a la situación económica de ambos –que no existe en Colombia, pero es aceptada, en cambio, en la mayor parte de los países latinoamericanos mencionados en este escrito–.

No comparto los planteamientos de quienes ven una aplicación de la equidad en la valoración de estos elementos<sup>285</sup>. La equidad trata de lograr la realización de la justicia y ella no puede encontrarse, en mi opinión, sino en la búsqueda, en la medida de lo posible, de la indemnidad de la víctima. En ese sentido, su aplicación no puede desligarse de la función esencialmente resarcitoria que tiene la responsabilidad patrimonial, so pena de que se invadan campos propios de obligaciones de otra naturaleza.

Por lo demás, considero que el denominado “arbitrio judicial” solo puede encontrar sustento en la equidad, como criterio

---

<sup>285</sup> C. LARROUMET, *Réflexions sur la responsabilité civile (Évolution et problèmes actuels en droit comparé)*, Montréal, 1993, p. 81, citado por RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, cit., p. 63.

auxiliar de la actividad del juez, por lo cual tampoco comparto la consideración según la cual se distinguen el uno de la otra y el primero constituye una falacia<sup>286</sup>.

---

<sup>286</sup> MARÍA FRANCISCA CARNEIRO, cit., pp. 105 y 106.



Editado por el Departamento de Publicaciones  
de la Universidad Externado de Colombia  
en septiembre de 2008

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos  
y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos  
Bogotá, Colombia

*Post tenebras spero lucem*

