

PRECISIONES SOBRE EL DENOMINADO DAÑO MORAL: UN ENFOQUE CRÍTICO-REVISOR ACERCA DE SU TRADICIONAL ABORDAJE EN COSTA RICA

Dr. Luis Mariano Argüello Rojas*

RESUMEN

La propuesta investigativa que se encara se traduce en una invitación para variar el *statu quo* existente en Costa Rica acerca de la forma de comprensión habitual del daño moral. En esa línea, luego de repasar la senda jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, donde se denota alguna inadvertida evolución de esta respuesta indemnizatoria, se matizará el análisis con profundos aportes que, en este particular, ha brindado el derecho comparado. Así, se hará hincapié en algunos tópicos concretos que han sido objeto de los más apasionantes debates jurídicos; pero lastimosamente nuestro país ha optado en los últimos años por quedarse al margen de estos.

Palabras clave. Derecho de daños, daños extrapatrimoniales, reparación integral, derechos de la personalidad, dimensión constitucional de la persona.

ABSTRACT

The investigative proposal that is being addressed here translates into an invitation to change the existing status quo in Costa Rica from the usual way of understanding moral damage; Along these lines, after reviewing the jurisprudence of the First Chamber of the Supreme Court of Justice, where some inadvertent evolution of this compensation response is denoted, the analysis will be qualified with profound contributions that Comparative Law has provided in this particular; Thus, emphasis will be placed on some specific topics, which have been the subject of the most exciting legal debates, of which, unfortunately, our country has chosen in recent years to remain on the sidelines.

Keywords: damage law, non-pecuniary damages, comprehensive repair, personality rights, constitutional dimension of the person.

Recibido 28 octubre de 2020.

Aprobado 4 de marzo de 2021.

* Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia. Máster en Administración de Justicia Enfoque Sociojurídico con énfasis en Derecho Civil de la Universidad Nacional de Costa Rica y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad de Costa Rica (UCR). Es licenciado en Derecho con énfasis en Derechos Humanos por la UCR. En el 2011, fue medalla de honor y obtuvo el primer promedio del Sistema de Estudios de Postgrado en Derecho de la UCR. En el 2019, obtuvo el primer promedio en el Posgrado cursado en la UNA. En general, todas sus graduaciones han sido con distinción. Desde el 2012, es juez de la república, donde ha desempeñado su cargo en la Jurisdicción Civil y Contencioso-Administrativa. A partir del 2015, es profesor de Derecho en la UCR (Sede de Occidente). Es autor de diversos artículos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas. Ha fungido como director de varios trabajos finales de graduación presentados en la UCR. Es investigador jurídico, conferencista y miembro de la Asociación Costarricense de la Judicatura. Correos electrónicos: luis.arguellorojas@ucr.ac.cr / arguellomariano@gmail.com.

Es sorprendente comprobar como hasta hace poco tiempo atrás solo se reparaban los daños objetivos o daños a las cosas, es decir, aquellos daños cuyas consecuencias podían resarcirse en dinero. En raras oportunidades, se reparaba el daño “moral” entendido como dolor o sufrimiento. Se desconocía y, por consiguiente, no se reparaba, el daño a la persona en sus múltiples expresiones y cuando se empezó a tomarla en consideración en su condición de víctima de un daño, se atendía no al ser humano en sí mismo, sino tan sólo al productor de la renta, al homo faber.

Carlos Fernández Sessarego

No es exagerado afirmar que la determinación del concepto de daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil.

Carmen Domínguez Hidalgo

Sumario: I.- Introducción. II.- Incógnitas y respuestas sobre el daño moral. II.A.- ¿Cuál es el origen histórico del daño moral? II.B.- ¿Cuál es la división de los daños y cuál es la certera ubicación del daño moral? II.C.- ¿Existe daño moral subjetivo y objetivo? II.D.- ¿Se debe probar el daño moral? II.E.- ¿Cómo se construye la causalidad en el daño moral? II.F.- El criterio de atribución en el daño moral, ¿puede ser subjetivo u objetivo? II.G.- ¿Es ajeno el daño moral a la responsabilidad civil contractual? II.H.- ¿El daño moral es afectación al proyecto de vida? II.I.- ¿Cuál es la diferencia entre el daño moral, el daño psicológico, el daño biológico y el daño estético? II.J.- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la respuesta indemnizatoria en el daño moral? II.K.- ¿El daño moral es transmisible? III.- A modo de conclusión. IV. Fuentes consultadas.

I. Introducción

La presente investigación se ocupa de **L**incursionar en una temática que sinceramente está llena de profundas imprecisiones, apresurados credos, automatizados prejuicios y múltiples equívocos. En rigor, resulta palpable advertir que se habla mucho de daño moral, pero se reflexiona muy poco; y es que la ausencia de una línea de abordaje “científica” o al menos uniforme, en cuanto a los verdaderos rasgos y alcances esenciales en los cuales presenta su matriz operativa, así como una lectura anclada en ciertas concepciones acriticas heredadas de una vieja tradición jurisprudencial hacen que (en forma prácticamente arbitraria) cada quien tenga su propia *creencia* de lo que *debe ser* el daño moral. El fenómeno denunciado a la postre acrecienta un desigual tratamiento entre las personas envueltas en una contienda litigiosa que no hace más que propiciar una atmosfera de “neblinosa” inseguridad jurídica, por no decir que más bien constituye una especie de “lotería judicial”.

Por esta razón, en los siguientes párrafos, se tratará, en lo conducente y en forma más que sintética, de incursionar en algunos puntos sensibles dentro de la disciplina del daño moral. Para tal cometido, se trazará una metodología de contenido comparativo que permite evidenciar desde el plano hermenéutico, la interpretación brindada en el marco del derecho comparado a muchas de las interrogantes que aquí se presentan. La indagación así expuesta, -y sin tener claro está, la intención ni por asomo de tener la verdad en nuestro dominio- puede ser la senda para despejar un tanto la maleza que ha venido creciendo en los últimos años acerca de la concepción del daño moral.

No obstante, desde ya quedó dicho que nuestra postura teórica en mucho se ve influenciada por ciertas innovaciones que en esta temática ha presentado la doctrina italiana, y es que el peso histórico de una tradición jurídica no tiene que ser mantenido cuando esta ya no responde a las exigencias del presente.

Por tanto, nuestro afán sin caer en abstracciones estériles ni pseudodogmáticas banales es orientar la solución casuística hacia lo que mejor resulte para *optimizar* las condiciones de vida del ser humano, y para tal cometido, la tutela plena de las diversas manifestaciones de sus derechos como persona ha sido la ruta escogida. Sin embargo, de previo, resulta imperioso indagar en lo que tenemos, para luego sentar parámetros más idóneos de lo que nos hace falta.

II. Incógnitas y respuestas sobre el daño moral

Explicitado lo anterior, con el objetivo de afinar y/o precisar la fisonomía que enmarca el contorno del daño moral, se ha optado metodológicamente por estructurar la investigación articulando una serie de incógnitas vitales que acompañan a esta forma de respuesta indemnizatoria y que, precisamente, han surgido con ocasión de la lectura comparativa que se ha realizado entre la numerosa jurisprudencia costarricense -utilizado el vocablo en sentido lato- y nociones más progresivas que derivan de la apasionante dogmática contemporánea del derecho de daños.

II.A. ¿Cuál es el origen histórico del daño moral?

La primera advertencia que debemos realizar es que el daño moral en su concepción originaria y, por ende, -según se acotará más adelante- restringida, no fue abordado por el derecho romano. Antes bien, el debate doctrinario parece aceptar con

meridiana homogeneidad que respecto de daño moral propiamente dicho, se comienza a hablar con ocasión del reconocimiento del “precio del dolor” (*pretium doloris*) que se realiza en función de una adaptación latina que, como indica el doctor de la Universidad de Salamanca, el Prof. Barrientos Zamorano (2008), se genera con ocasión de la introducción del derecho canónico “en la institución del Derecho germánico antiguo “Wergeld” o “rescate de la sangre” o “dinero del dolor” [...] desde la cual nació el concepto moderno del Derecho alemán *Schmerzensgeld*” (p. 86).

Sin esquivar otros antecedentes importantes, como por ejemplo, *Las siete partidas* de Alfonso X El Sabio (1221-1284), donde se contempla en alguna de sus disposiciones una contundente noción de extrapatrimonialidad al recoger que el concepto de daño sería “el empeoramiento o menoscabo que un hombre recibe en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro” (Domínguez, 1998, p. 30). Lo cierto es que la concepción germánica citada en el párrafo anterior, luego de su recepción en la península itálica y territorios francos mediante el influjo de la doctrina canonista (que naturalmente movió en buena medida a los autores del Código Civil Francés de 1804 y, por ende, a todas las ordenanzas que de aquel derivaron) será la tradición jurídica que impulse la impronta histórica del *pretium doloris*, aspecto en el cual, podemos servirnos de la agudeza de Díez Picazo (2011) para situar huellas concretas y evidenciables de este derecho a nivel normativo por lo menos desde el siglo XV (*Constitutio carolina*), y más aún, en 1653, pues es el año que recoge una decisión referida por el jurista Mevio donde se concedieron daños morales a un padre por la muerte de su hijo.

Asimismo, la noción de daño moral aparecerá indefectiblemente unida para el clásico entendimiento jurisprudencial costarricense, con un precepto adaptado por la jurisprudencia

anglosajona en el siglo XIX de *in re ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que viene a significar en su dimensión aplicativa que el daño moral derivaría de lo que los “mismos hechos” o “estado de cosas” revelan o departen sobre el particular; sin soslayar eso sí, que bajo nuestra óptica aquella adaptación aplicada por los ingleses para daños producidos por caída de cosas parece encontrar alguna curiosa cercanía con el *dolus re ipsa* tomado de un pasaje de Ulpiano (Campos, 2014, p. 95) y, más aún, con las implicaciones cuasidelictuales de lo denominado como: *positum et suspensum* (Díez-Picazo, 2011, p.75) que tuvo su apogeo en Roma.

Sea como sea, se debe insistir que el hecho de que los juristas europeos utilizaran el latín para significar esta innovación indemnizatoria no significa naturalmente que tuviera propiamente origen romano. Es más conviene tener presente, de la mano de la profesora Esther Domínguez (2007) que, amén del aporte de la doctrina canónica, es gracias a la influencia de iusnaturalistas del talante de Grocio y Pufferndorf, como el jurista Wolff logra sintetizar que todo el que cause un daño por dolo o culpa está obligado a repararlo, siendo que aquella reparación además del *lucrum cesans* y el *dammum emergens* deberá tener en cuenta también el *pretium doloris*.

Ahora más allá de lo indicado, lo que desde nuestra modesta perspectiva sí tuvo una particular y hasta cierto punto inadvertida significación en Roma fue la crucial división entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, pues si bien, en la *Lex Aquilia* (aparentemente del año 286 a. C.), el daño se entiende netamente en función de una pérdida económica de contenido patrimonial, lo cierto es que “los daños no patrimoniales conforman históricamente el ámbito jurídico de la *iniuria*” (Castresana, 2015, p. 262). Con lo cual, mediante esta institución, se logra trazar con toda nitidez aquella división esencial entre dos géneros de

daños que, lastimosamente en nuestro tiempo, no siempre se ha tenido del todo clara.

Con todo, incluso algún autor (Iglesias, 2010) ha visto en la concepción concreta de la *iniuria*, un delito civil de “ofensa contra la integridad personal o moral de una persona” (p. 318). Sin embargo, se debe insistir que esto no encarna que aquella noción sea un equivalente de lo que siglos después se entenderá por daño moral, según se ha explicado líneas pretéritas.

Valga la ocasión para comentar muy sumariamente que aunque en Roma se reconoció la acción contra afectaciones extrapatrimoniales en su seno, vibró también (como acontece ahora) el extender los moldes a lo que arquetípicamente se entendía por *iniuria*. Así nos informa un jurista de la talla de Fritz Schulz (1960) que:

Originariamente, la cláusula edictal se refería tan sólo a lo que fue considerado como *iniuria* en esta época, esto es, las lesiones causadas en el cuerpo de un hombre libre (las injurias causadas a un esclavo se hallaban previstas en la *Lex Aquilia*). El pretor (tal vez gradualmente) añadió otros casos, ampliando así el viejo concepto de *iniuria*. [...] Los juristas clásicos no se contentaron con una interpretación literal de las reglas del edicto. Discutieron también otros casos de ofensa a la personalidad no previstos en aquella fuente y sugirieron la conveniencia de otorgar para ellos un *actio iniuriarum* (pp. 568-570).

En suma, es posible concluir preliminarmente que la discusión y el debate por la extensión de los alcances del daño extrapatrimonial siempre han estado latentes en nuestros genes jurídicos que se ubican en Roma. Asimismo, desde el mismo plano del desenvolvimiento histórico, resulta más acertado reconocer que lo *extrapatrimonial* es el género que nació primero, y lo propio del *daño moral* es una especie que fue reconocida de forma más que tardía, con ocasión de una

cultura predominantemente patrimonialista que acompañó a los civilistas durante muchísimos siglos.

Un ejemplo de lo anterior es incluso el caso costarricense, pues no es sino hasta el Código Penal de 1941 donde el daño moral encuentra su acogida frente a supuestos *ex delicto penal*. De este modo, nos recuerda Torrealba (2019) que no fue hasta con el paso del tiempo cuando la jurisprudencia civil llega a abandonar la noción restrictiva (durante décadas imperante) de que los “daños y perjuicios” únicamente abarcaban las facetas económicas o patrimoniales, para dar cabida a una noción más penetrante de extrapatrimonialidad y, por ende, sentar el reconocimiento pleno del daño moral.

II.B ¿Cuál es la división de los daños y cuál es la certera ubicación del daño moral?

En una noción bastante ortodoxa y tradicionalista (por no decir que arcaica), se sostendría que la clasificación de los daños se presenta entre: *i.* materiales o patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y morales. Sin embargo, a nuestro modo de ver las cosas, esta bifurcación no capta en esencia que el daño puede tener connotaciones muy distintas y heterogéneas según se tenga primero presente que el *ente* que sufre el daño no encapsula los posibles efectos que derivan de él. Por lo tanto, cabe distinguir, en un primer momento, entre el daño ontológico o *evento* y el daño-*consecuencia*.

De esta forma, siguiendo en buena medida al profesor Fernández Sessarego (1997), comprendemos, en cuanto a la primera categorización, que el daño óntico puede ser subjetivo (si recae en personas) u objetivo (si incide en cosas o entes inanimados). Por otro lado, de acuerdo con sus consecuencias, si estas son cuantificables dinerariamente o no, estaremos en presencia de un daño patrimonial o bien

extrapatrimonial, lo cual llanamente incide en su respectiva técnica de valoración y liquidación.

Asimismo, desde un plano divergente, pero, a la vez, complementario, es importante relacionar que lo recién indicado también impactará en la noción conceptual que al respecto se tenga por daño moral, advirtiendo desde ya que las definiciones teóricas pueden tener tremendas implicaciones prácticas.

Con todo, valga señalar que, en nuestro país, no se ha abierto el debate en reconocer que al menos -en la doctrina y el derecho comparado (Femenías, 2011)- se han identificado cuatro formas distintas de reconducir lo que se entiende por daño moral. Así se podría enlistar que existen concepciones del daño moral como: *i. Pretium doloris*, *ii.* Todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial, *iii.* Como lesión a simples intereses. *iv.* Lesión a intereses jurídicamente tutelados, derivando desde estas vertientes conceptuales sendas diferencias que terminan quiérase o no, condicionando aspectos de gran incidencia acreditativa dentro de los procesos judiciales, por ejemplo, a nivel pretensional, probatorio y argumentativo.

Bajo ese entendido, planteamos que los bienes jurídicos de la personalidad -*rectius: intereses no ilegítimos*- que pueden ser afectados producto de un hecho dañoso, no se limitan (para los efectos de nuestro estudio) a un plano meramente moral. El ser humano no es solo moralidad o espiritualidad, cabría agregar: “no solamente de sentimientos y emociones viven las personas”. Antes bien, nuestro ser humano, que resulta ser el protagonista principal del derecho, presenta una unidad sicosomática que, al entrar en relación con su autonomía de la voluntad (sistema de libertad), viene a articular lo que se entiende por “daño a la persona”, noción epistemológica que presenta connotaciones más complejas y estructuradas que el limitado daño moral, lo cual

repercute en un análisis más exhaustivo y, por ende, particularizado de la figura.

Bajo este umbral y, sabiendo de antemano las críticas que nos pueden lanzar, nos inclinamos por patrocinar un concepto restringido de daño moral que lo ubica dentro de una categoría más amplia de daños a la persona y, por tanto, termina siendo una especie más (pero no la única) del género de daños extrapatrimoniales. Optamos, consecuentemente, por abandonar la tradición francesa para postular una adherencia más cercana a la citada doctrina italiana del “daño a la persona”, la cual efectivamente engloba, corrige, orienta y reconduce el daño moral a su correcta dimensión, por cuanto los daños a la persona serán a nivel de cuerpo (daño a la salud o biológicos) o bien a nivel de psiquis (psicológicos o morales), ya que, cuando se trascienda la dimensión de lo psicosomático, se ingresará en el campo de la libertad de autodeterminación del ser humano y allí las afecciones serán, por ende, a su “proyecto de vida”.

En suma, bajo esta línea, cabría distinguir al menos entre daño moral, daño psicológico, daño biológico, daño estético, daño al proyecto de vida, a la vida en relación entre otros que operan en una superficie distinta, y que, por ende, presentan ciertas características y elementos autónomos que les permiten hacer perfectamente diferenciables, lo cual no es mero caprichoso académico, sino que coadyuvan en la función de garantizar una reparación integral plena del ser humano que sufre afectaciones de estas características.

En síntesis, dentro de los daños extrapatrimoniales que se contraponen con los patrimoniales (*summa divisio*), ubicamos y potencializamos la categoría jurídica amplia del daño a la persona y, en aquella, es posible concretizar afectaciones particulares a la *psiquis*, donde, en forma especial, específica y autónoma, es dable situar al daño moral.

Por supuesto existen asiduos críticos a esta corriente de pensamiento que aquí exponemos. Así, se ha acusado a esta tendencia de multiplicar conflictos, debatir sobre meras cuestiones de lenguaje, trazar líneas separativas irreales, etc. Sin embargo, con esta escuela jurídica a la cual mostramos adherencia y que invitamos que sea al menos debatida en nuestro país, lo que realmente se busca es garantizar de forma más tuitiva el principio de reparación integral del daño que, para nuestro caso, tiene raigambre constitucional. Por tanto, con los cuidados hermenéuticos respectivos, es posible evitar enriquecimientos sin causa, siempre sentando parámetros certeros del razonabilidad y proporcionalidad.

Con todo, el propio numeral 41 de la Constitución Política permite una interpretación evolutiva que admite la implementación de esta categoría indemnizatoria, ya que si se repara bien, nuestro texto constitucional habla de reparación “[...] en su *persona*, patrimonio o intereses morales”, esto es, tal autonomía y carácter disyuntivo nos llevan a pensar que la persona y su tutela integral son algo más que sus intereses morales. Por este motivo, se debe distinguir donde el propio texto constitucional así lo realiza.

II.C. ¿Existe daño moral subjetivo y objetivo?

En Costa Rica, ha sido tesis tradicional que la jurisprudencia establezca una división entre algo que entiende que es daño moral *subjetivo* frente a otro que tendría connotaciones más *objetivas*, de allí, que dada esta bifurcación de categorías indemnizatorias, existiría la posibilidad de que incluso las personas jurídicas puedan ser acreedoras o beneficiarias de daño moral en su modalidad objetiva. Sin duda, estamos frente a una formulación lingüística que responde a una noción doctrinal más que debatible, y de la cual, se justifica lanzar algunas reflexiones respetuosamente críticas para valorar

la consistencia epistemológica de su noción conceptual.

Veamos, en el voto n.º 1569-F-S1-2017 del 6 de diciembre de 2017, haciendo hincapié de múltiples precedentes (por lo cual, se estaría frente a una doctrina jurisprudencial) que data incluso de 1992, la Sala Primera de la Corte de Justicia indica que:

El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo “puro”, o de afección, y daño moral objetivo u “objetivado”. [...] El daño moral objetivo lesiona un derecho extrapatrimonial con repercusión en el patrimonio, es decir, genera consecuencias económicamente valiables (vg. el caso del profesional que por el hecho atribuido pierde su clientela en todo o en parte). Esta distinción sirve para deslindar el daño sufrido por el individuo en su consideración social (buen nombre, honor, honestidad, etc.) del padecido en el campo individual (aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio.

Como es de notar, este extracto jurisprudencial resulta objetable desde diversas aristas; en primer lugar, emparenta daño moral con daño extrapatrimonial, siendo improcedente equiparar la especie con el género -incluso por razones históricas, según se apuntó arriba-, por cuanto, más allá de la equivocidad jurídico-formal de la simetría de estas categorías, lo cierto del caso es que la reducción encorsetada de un ámbito de aplicación pensado en esos términos podría suponer que se dejan por fuera otras afectaciones extrapatrimoniales que, no siendo morales, sí resultan indemnizables por suponer *daños a la*

persona en su contenido netamente sustancial y existencial.

En esta misma línea de pensamiento, el tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo (2015) menciona que no se puede asimilar todo daño extrapatrimonial como moral, por cuanto “es preciso conservar esta última definición únicamente para los perjuicios que afectan sentimientos íntimos de la víctima, o los provenientes de dolor físico producido por una lesión” (p. 485).

Y es que precisamente esta noción restringida, técnica e históricamente acertada de entender propiamente el daño moral resulta compartida desde la presente noción investigativa. De este modo, resulta lógicamente perceptible que se opte por rechazar la posibilidad de incluir la noción de daños morales objetivos, pues el daño moral únicamente puede ser *subjetivo* y sufrido por personas de carne y hueso. Por esta razón, la decisión de extenderlos a supuestos “objetivos” de significación monetariamente cuantificable se trata de una severa incorrección, puesto que, en realidad, se nubla el contenido esencial que gravita sobre este.

Además con severidad, si una acción dañosa genera una pérdida de clientela o un desprestigio profesional que supone la ruptura de contratos de contenido económico, pues allí lo que existe son menoscabos patrimoniales que deberán ser reconducidos mediante la categoría de daños materiales y perjuicios, siendo incluso plenamente consistente la tipología de probanzas que, para su acreditación y cuantificación, estos requieren.

La postura aquí asumida de rechazo de los denominados daños morales objetivados (que se insiste: no son más que meros daños o perjuicios de *consecuencia* patrimonial, aun cuando provengan de afectaciones o *eventos* extrapatrimoniales), incluso es compartida a

nivel de la doctrina nacional, por ejemplo, Rivero (2001) indica: “la distinción entre daño moral objetivo y daño moral subjetivo, aun cuando es sostenida por cierta doctrina, en el fondo lo que hace es confundir el daño moral con otros tipos de daños indemnizables” (p. 114). Por su parte, Torrealba (2011) menciona: “los efectos patrimoniales resultantes del agravio a cualquier tipo de bienes jurídicos -sean patrimoniales o no-, son simplemente, daños económicos” (p. 663). Por último, el destacado juez, León Díaz (2019) puntualiza: “Tratándose de daño moral en sentido estricto (dejando la desafortunada categoría del llamado daño moral objetivo) [...] podría deducirse el dolor, la angustia, el sufrimiento, la desesperación, la pena y los aspectos que pueden considerarse daño moral” (p. 24).

Asimismo, valga decir como razón de cierre para este apartado que la dimensión social del ser humano o, eventualmente, su vida en relación no tiene por qué significar una objetivación o cosificación de su dimensión subjetiva, como al parecer entiende la cita jurisprudencial aludida líneas pretéritas.

El ser humano nunca deja de ser ente óntico-existencial por más inmerso que esté en el tejido social con el que interactúa. Además, el excluir la denominación de daños morales objetivos también genera que las personas jurídicas queden destronadas de esta tipología indemnizatoria. Para afectaciones reputacionales de las empresas o entidades jurídicas, se deben realizar otras precisiones teóricas, procesales, probatorias etc., las cuales simplemente resultan extrañas a la noción de daño moral¹.

Finalmente, si la jurisprudencia costarricense opta por mantener su línea en cuanto a la procedencia de daños morales objetivos, debe

construir una justificación con mayores elementos argumentativos que permitan superar las críticas y afinar las concepciones, sin sortear el peligro que este último camino podría generar, si no se tienen los cuidados teóricos respectivos.

II.D. ¿Se debe probar el daño moral?

Dentro del ámbito del derecho de daños, conviene precisar que, para el surgimiento de la respuesta indemnizatoria, deben configurarse al menos cuatro elementos: *i.* Hecho generador antijurídico. *ii.* Daño. *iii.* Nexo causal. *iv.* Factor de atribución. Siendo practicable proyectar una “especie de cuadro” (Pizarro, 2020) donde la consistencia y longitud que se tengan de cada una de una sus bases y costados sean su extensión o limitación, hará igualmente viable que ingrese una noción amplia o bien restringida de los contenidos indemnizables, ya sea que estos respondan a una función resarcitoria o bien preventiva de la responsabilidad civil, sin soslayar en la improcedencia o bien resistencia que, en tesis de principio, se sigue teniendo en nuestro sistema jurídico, respecto de los denominados daños punitivos.

Luego, teniendo en cuenta este rudimento conceptual elemental, se logra percibir en la jurisprudencia costarricense varias tesis que abordan de forma *heterogénea* los requerimientos probatorios para asistir al surgimiento jurisdiccional de un daño moral; quede dicho, como en realidad las pequeñas variantes, pormenorizaciones y matizaciones que se pasarán a explicar no responden a una cuestión meramente academicista o que represente un “juego de palabras,” sino que tienen ondas consecuencias prácticas, pues en síntesis, el seguimiento de una u otra perspectiva puede generar que se reconozcan o rechacen indemnizaciones por daño moral, o

1 En sentido contrario, se puede consultar el laudo arbitral Shell vrs. Color Visión de las diez horas del cinco de junio de dos mil dos, citado por Torrealba (2019, p. 19).

bien, que lo otorgado a nivel de *quantum* sea un monto compensatorio que cumpla algo menos que una función meramente simbólica.

En primer lugar, se percibe una *tesis flexible* que sostiene que se puede el daño moral probar sin más de forma *in re ipsa*. Esto supone que, invocada y pretendida esta tipología de reconocimiento indemnizatorio, de los mismos hechos del juicio reflejados en la sentencia, la persona juzgadora o entidad arbitral podría presumir o derivar su generación, aparejando un consecuente otorgamiento y cuantificación de una condena por daño moral.

De este modo y a guisa de ejemplo, se podría traer como partidaria de esta corriente la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, n.º 481-F-S1-2019 del 30 de mayo de 2019, donde se establece, entre otras consideraciones, que el daño moral “no requiere una prueba directa y queda a la equitativa valoración del juez”. También reconoce que “los tribunales están facultados para decretar y cuantificar su condena”, más aún de forma sentidamente categórica -y con una noción que, a nuestro juicio causa justificadas dudas- se afirma “este tipo de daño no obliga al liquidador a determinar su existencia porque corresponde al ámbito interno”. No obstante, se matiza el criterio indicando que: “se deduce a través de las presunciones inferidas de indicios [...] por eso se dice que la prueba del daño es *in re ipsa*”. Finalmente agrega “tampoco se debe probar su valor porque no tiene un valor concreto”.

Como es de notar, la carga probatoria que pesa sobre la víctima, con este criterio jurisdiccional, es bastante liviana y flexible, por lo que las preocupaciones no deberían centrarse tanto a nivel probatorio. Sin embargo, cabría no descuidar que, aunque se diga que el daño moral no requiere “prueba directa,” luego se hace alusión a que la presunción de *in re ipsa* derivaría de indicios, y aquellos (desde donde tenemos conocimiento) ingresan al contradictorio

mediante la práctica de los medios probatorios, ya que este es un detalle no menor que habría que tener particularmente presente aun bajo el patrocinio de esta noción flexible.

Luego, tenemos una *tesis intermedia* donde el tema probatorio adquiere una relevancia relativa de cara a la acreditación del daño moral. Bajo esta orientación, para la configuración de esta tipología indemnizatoria, resulta relevante fijar probatoriamente el nexo causal. Esto significa, en clave de *causalidad adecuada*, que es la teoría de causalidad más seguida en Costa Rica, según se denota del mismo estudio jurisprudencial (Alferillo, 2017), se deberán traer al proceso medios probatorios que permitan construir el vínculo factual que une a la conducta antijurídica con el daño pretendido, evidenciando que (en las circunstancias específicas acreditadas) existe una alta probabilidad de que el segundo sea efecto causal de la primera.

Al respecto, es factible encontrar múltiples pronunciamientos jurisdiccionales que hacen resonancia de esta perspectiva. Así para citar ejemplos, se podría poner énfasis en lo dispuesto en el voto 1131-f-S1-2019 del cuatro de julio del dos mil diecinueve por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuando sentenció lo siguiente: “Esta Cámara en ocasiones anteriores ha dispuesto sobre el daño moral subjetivo [...] Su otorgamiento no guarda una estrecha relación a factores probatorios (salvo que se refieran a la relación de causalidad)”.

En esta misma orientación, se ha indicado también por el mismo órgano de casación en el voto n.º 000820-F-S1-2012 que, en ocasiones, el daño moral se puede “inferir con fundamento en la prueba de los indicios”, ya que precisamente, a nuestro juicio, tal *inferencia* podría construirse en la cabeza de la persona juzgadora y reflejarse así en la sentencia como el *punte* causal cimentado probatoriamente con elementos indiciarios, pues

naturalmente la prueba directa en esta materia pocas veces resultará cabalmente revelada.

Sin duda, los partidarios de la *tesis intermedia* no se contentan simplemente con una invocación del *in re ipsa* por la parte demandante o actora, por lo cual aquella no está del todo exenta de preocupaciones probatorias, si bien el daño moral propiamente dicho quedaría relevado de prueba, pues pertenece al fuero interno del ser humano. Lo cierto es que al menos la conducta antijurídica y el nexo causal sí deberían ser acreditados probatoriamente, pues para construir inferencias mentales ceñidas en el criterio valorativo de la experiencia -que es una regla de la sana crítica racional- se requiere de ciertos tipos de hechos probados, los cuales se podrían configurar mediante la respectiva prueba indiciaria para sentar un juicio lógico que permita inferir como probable un daño moral en una presunción humana que prescribe que ciertos tipos de sufrimientos, afecciones y preocupaciones son normales frente a determinadas circunstancias factuales acreditadas.

Al respecto, un modelo de caso que se correspondería con esta corriente sería que frente a un hecho antijurídico -v. gr. fallecimiento de una madre por negligencia médica- que se dice produjo daños morales de magnitudes importantes en el reclamante. Este tendría que acreditar probatoriamente que su dolor, angustia, tristeza y dolor etc. se *manifestaron* entre otros aspectos (circunstancias específicas) por un paulatino descenso de su actividad laboral (prueba documental de rendimiento laboral), problemas maritales (testimonio de la esposa) y contrariedades de nutrición (prueba científica) que supondrían factualmente la construcción del nexo causal e inferencia probable mediante la respectiva prueba de indicios.

Asimismo, conviene apuntar que lo que se ha venido a denominar y ejemplificar en esta investigación

como postulados de una *tesis intermedia* no es del todo ajeno al ámbito del derecho comparado. Así se hallan en reconocida doctrina foránea algunas construcciones intelectuales que, sin poner el acento propiamente en la relación de causalidad, terminan equiparando -desde la óptica de las presunciones- tales exigencias probatorias que ayudan a racionalizar la adjudicación de daños morales. Al respecto se ha indicado:

La prueba basada en presunciones, es sin lugar a dudas una herramienta probatoria importante al momento de acreditar el daño moral. Ahora, como hemos indicado anteriormente, es imperativo que las partes proporcionen los antecedentes necesarios al sentenciador, que le permitan a través de hechos conocidos y probados, arribar a otros desconocidos que se han de presumir. El juez, podrá perfectamente utilizar ese medio probatorio respetando el silogismo básico que su utilización presupone, en donde la premisa mayor estará constituida por el hecho ilícito, la premisa menor por todos los antecedentes que permiten acreditar efectivamente se ha padecido un daño moral, y la conclusión será en definitiva la existencia de un daño moral. [...] de manera que los jueces no pueden unir la premisa mayor a la conclusión inmediatamente, porque suponen que la pérdida de un familiar o miembro provoca un perjuicio no patrimonial, antes por el contrario deberán elaborar la premisa constituida por todos aquellos antecedentes de los que puedan deducirse mediante un proceso racional de acreditación probatoria, la existencia efectiva del daño moral en cuestión. (Femenías, 2011, p. 43).

De esta manera, mediante prueba indirecta e indicios probatorios (Peyrano, 2018), se puede construir -ya sea en clave de relación de causalidad o depuración de silogismos lógicos- el necesario puente que una al hecho generador antijurídico con el daño moral alegado, lo cual, a la postre, genera mayores condiciones para su otorgamiento, instituyendo por derivación

en una mayor probabilidad de una correcta fundamentación del fallo (sentencia o laudo), y, por ende, de mayor garantía del derecho de defensa para quien resulte condenado por un daño de esta naturaleza.

Por último, se percibe paulatinamente en Costa Rica el surgimiento de una *tesis restrictiva* florecida principalmente a nivel de la jurisdicción ordinaria. Para los gregarios de esta corriente, debe probarse el daño moral siempre, lo cual no se limita simplemente a cuestiones del hecho generador antijurídico o del nexo causal, sino también del daño como tal; y es que, si bien, esta posición de exigencia probatoria sobre el daño moral no es en modo alguno desconocida a nivel doctrinal (Domínguez, 1998), lo cierto es que el problema que se tiene en nuestro país es que quizá comparten la conclusión, pero no se justifican correctamente los caminos para alcanzarla.

Así, a guisa de ejemplo, en el voto 2019-000202 de las catorce horas y veinticinco minutos del ocho de octubre de dos mil diecinueve, el Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Cartago ha indicado que:

En otro orden de ideas, jurisprudencial y doctrinariamente se ha permitido menor rigurosidad para demostrar el daño moral subjetivo, por sus propias características, por tratarse de una afrenta que se desarrolla en la esfera íntima del afectado, por eso se habla de daño “*in re ipsa*”. No obstante que estamos de acuerdo con esa posición, consideramos, que efectivamente, la pretensión del actor quedó ayuna de elementos probatorios que acreditaran la existencia del daño. En efecto, el actor no aportó ninguna prueba de su molestia o sufrimiento. Si es claro que la demandada fue algo impaciente con la inscripción de su escritura, pero sólo ella sabe las razones que tenía para la premura. Además, la conducta que se le achaca y que se logró demostrar es que, acudió a los órganos que

la ley le concede, al considerarse defraudada por el profesional en quien confió la escritura de su interés, actuación que no se le puede reprochar. Por su parte, no aporta el licenciado [...], ni una sola prueba de las perturbaciones que pudo haber sufrido, no ofreció prueba testimonial de personas que narraran los signos propios de la molestia alegada, no aportó dictámenes médicos, comprobantes de compra de antidepresivos, en fin elementos probatorios que acreditaran hechos tangibles de los que se pudiera deducir su molestia o su sufrimiento. Al fracasar en su intento de demostrar el daño reclamado, sobra analizar el supuesto nexo causal, lo cierto es que el actor no pudo cumplir con la carga probatoria, por lo que esta Cámara se decanta por mantener lo resuelto en primera instancia.

Si bien en la presente postura jurisdiccional no se logra percibir con nitidez qué se entiende propiamente por *in re ipsa*, pues aunque se indica que se comparte, luego se dan razones argumentativas que, en recto sentido, no se corresponden con esta. Lo cierto es que traza un precepto de fundamental importancia que parece resumirse en que el daño moral tiene que ser probado, pues a tono con la sentencia, se requiere de: “elementos probatorios que acreditaran la existencia del daño”, pues bajo el auspicio y enclave en las clásicas nociones de carga probatoria, “el actor no aportó ninguna prueba de su molestia o sufrimiento”. Así, a criterio de esta línea investigativa, en esta sentencia, se percibe una arista interpretativa y argumentativa de entender el daño moral que, en realidad, no se corresponde con los postulados asimilados en forma más clásica. Esto en modo alguno merece reproche, pero sí amerita cavilación, estudio y, ante todo, respetuoso examen.

Finalmente, es necesario destacar cómo la línea de reflexión crítica que ha intentado perfilar el presente artículo se comparte y/o corresponde con algunas nociones interpretativas expuestas

por el juez Garita Navarro con ocasión de fallos emitidos dentro de su sección en el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, donde en lo medular, consideramos que se viene a desarrollar más específicamente (especie de versión 2.0) lo que se ha denominado como tesis intermedia en la presente investigación. Así en el voto 80-2019 se indicó -entre otros valiosos aspectos- que lo abstracto e indeterminado del daño moral subjetivo permitían que quien lo reclamaba, o bien quien lo refutaba podía ofrecer elementos de prueba dirigidos a establecer parámetros sobre el nivel de afectación concreta o la intensidad que había generado determinada circunstancia lesiva en esa esfera emocional o interna de una persona física (lo cual viene a solidificar o debilitar quiérase o no, la necesaria causalidad adecuada para el surgimiento del daño y su cuantificación). De este modo, una cosa es que el daño como *consecuencia* pueda inferirse sobre la base de indicios y reglas de experiencia humana, y otra muy diversa es la intensidad de ese padecimiento.

De esta manera, bajo esta corriente argumentativa respecto de la eventual magnitud del reclamo, debe operar la apertura probatoria, sin que la regla *in re ipsa* pueda constituirse en argumento legítimo para negar la posibilidad de las partes de ofrecer pruebas sobre ese aspecto concreto. No obstante, la falta de esos elementos de prueba no puede llevar a negar la reparación, cuando los indicios determinan la posible ocurrencia de una afectación anímica. En ese sentido, la acreditación de ese nivel especial de intensidad confiere a quien juzga la relación dañosa, mejores parámetros para comprender las implicaciones de la lesión en el caso concreto y adaptar de mejor modo las reglas de experiencia humana a las condiciones concretas sometidas a su análisis

Finalmente y, para que no se quede nada que decir, valga advertir que sí se insiste en que existe algo que se denomina “daño moral objetivo” o bien

“daño moral impropio” que se asocia en esencia con consecuencias de carácter patrimonial, este naturalmente estaría sujeto plenamente a las reglas tradicionales de carga probatoria, lo cual más que constituir una excepción de la regla, simplemente evidencia que no es en rigor un daño moral.

II.E. ¿Cómo se construye la causalidad en el daño moral?

Como ya se dejó entrever en el apartado anterior, la postura por la cual se inclina la presente reflexión pasa por fijar probatoriamente el nexo causal a efecto de determinar la procedencia de reclamos por daño moral; en tal carácter, la causa eficiente, sea la acción u omisión dañosa de la cual se deriva el pretendido daño, debe estar plenamente acreditada, por cuanto para el hecho generador como tal, no tendría por qué existir mayor relajamiento probatorio.

Asimismo, propiamente el elemento del nexo causal debe construirse de forma apropiada mediante la composición de diversos indicios probatorios que, bajo el patrocinio del aligeramiento demostrativo del daño que supone la máxima del *in re ipsa*, permita dar sustento factual-derivativo a la inferencia acreditativa de forma más certera y racional, lo cual a la postre no solamente genera una mejor motivación argumentativa de los criterios (v. gr. a nivel de la entidad monetaria otorgada según la intensidad de la afectación), sino también permite resguardar de forma más directa la tutela judicial efectiva y, por supuesto, el derecho de defensa.

Dicho en términos más sencillos, la inferencia que, a fin de cuentas, genera la máxima *in re ipsa* debe apoyarse en la comprobación de circunstancias fijadas y específicas que respalden la adecuación del daño en función de causas antecedentes que así lo concreticen, pues en términos clarificadores, se asume la ocurrencia del daño si como basamento

necesario y suficiente existe solidificación probatoria en el nexo causal. De esta manera, si bien es difícil determinar cuánto sufrió una persona por una determinada conducta dañosa, lo cierto es que cuando las “cosas hablan por sí mismas”, se permite debido a *circunstancias particulares* inferir que aquel daño ha sido producido en razón de una esfera de dominio que le es atribuible, sea subjetiva u objetivamente, a un determinado centro de imputación jurídica, según sea una persona física o bien jurídica.

En esa orientación, se considera que un antecedente de valiosísima significación que se enmarca en esta corriente es el voto n.º 716-2019 del 31 de octubre del dos mil diecinueve dictado por el Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Segunda, con ocasión de la muerte de un perro de exhibición llamado “UBO”, pues en aquel pronunciamiento se profundizó de forma poco común en nuestro medio, en los verdaderos alcances de la máxima *in re ipsa* y es que amén de que aquel fallo se dispuso una responsabilidad civil de forma concurrente tanto contractual como objetiva por relación de consumo contra el veterinario que aplicó una anestesia previa al perro, lo cierto es que para los efectos del presente estudio, se terminaron tomando en cuenta los testimonios rendidos durante el proceso para justificar el otorgamiento del daño moral, naturalmente el análisis expuesto en el considerando IX de aquella valiosa sentencia, revela la significativa importancia de la acreditación de antecedentes y circunstancias que construyan el puente causal entre el hecho generador y el daño liquidado por concepto por daño moral.

II.F. ¿El criterio de atribución en el daño moral puede ser subjetivo u objetivo?

Tanto bajo la dimensión atributiva subjetiva como objetiva, puede mediar la acreditación de un daño moral. En esta orientación, es por lo demás lógico

que, dentro de la extensión de la responsabilidad civil con culpa o dolo, quien comete un menoscabo en “los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria” (Bustamante, 1997, p. 237) deberá asumir las consecuencias de su accionar y/o omisión dañosa, más aún -y para que no quede margen de duda al respecto- dentro de los linderos de la responsabilidad civil objetiva y el ámbito de cobertura de los postulados que lo integran (v. gr. teoría del riesgo creado, obligación de seguridad, prestación de servicios públicos etc.), se incluyen tanto las lesiones de naturaleza material como aquellas de contenido extrapatrimonial, no en vano, la reforma del derecho de daños en Alemania acontecida en el dos mil dos, según nos informa el notorio autor López Casal, precisamente se orientó en dar certero reconocimiento de aquella posibilidad, por ejemplo, para el caso de la “responsabilidad por productos defectuosos” (2015, p. 80).

Recuérdese brevemente que, si la responsabilidad objetiva tiene por sustento rector propiamente el daño y no en otros elementos, como el dolo o la culpa es coherente que -desde la perspectiva y posición de la víctima- la procedencia indemnizatoria por daño moral resulte admitida. De este modo, a guisa de ejemplo, para el caso de las relaciones de consumo (donde pueden mediar o no contratos) o bien bajo el cobijo de las relaciones jurídico-administrativas (Jinesta, 2005), es perfectamente dable la existencia de esta tipología indemnizatoria, máxime que, a fin de cuentas, el numeral 41 de la Constitución Política no distingue entre regímenes de responsabilidad a la hora de sentar en forma universal el derecho fundamental a la reparación integral para daños que hayan recibido “todos [...] en su persona”, así como también de forma particular en sus “intereses morales”. Con todo, bajo una dimensión más normativista, el propio numeral

197 de la Ley General de la Administración Pública contempla el reconocimiento pleno del daño moral producto de la responsabilidad civil objetiva de la Administración pública.

En suma, bajo la cobertura atributiva subjetiva u objetiva, puede reconocerse la procedencia por daño moral, sin dejar de advertir que inclusive la máxima *in re ipsa loquitur* tiende quizá inadvertidamente a potencializar una mayor objetivización a nivel del marco comprensivo de la responsabilidad civil. De esta forma, cuando se sitúa tal regla operativa a nivel factual-probatorio, es precisamente porque producto del daño, las cosas hablan por sí mismas (v. gr. impacto corporal producto de la caída de un artefacto de una segunda planta, muerte del perro en razón de una anestesia, atrofia muscular general luego de una operación médica de rutina etc.), lo cual “permite al juez *inferir* negligencia, en ausencia de pruebas directas” (Bullard, 2005, p. 221), y ello prácticamente se traduce en dar sentado el juicio atributivo (con la inversión probatoria que esto genera) en contra del aquel o aquellos que aparecen como causantes del daño, a efectos de evitar el efecto *smoking out* (se hicieron humo) a nivel del régimen probatorio.

II.G. ¿Es ajeno el daño moral a la responsabilidad civil contractual?

En los círculos académicos y forenses, existen diversos protagonistas que, con no poca vivacidad de respuesta, niegan contundentemente cualquier posibilidad de reconocimiento por daño moral en supuestos de incumplimiento contractual, restringiendo aquella posibilidad para escenarios únicamente de responsabilidad aquiliana o extracontractual. Para respaldar su postura, parten de una noción esencialmente patrimonialista que los lleva a negar que, en ocasión del incumplimiento de una obligación contractual, se puedan afectar bienes o intereses extrapatrimoniales, por cuanto el contenido de

la prestación debida por antonomasia no los contempla.

No obstante, es dable construir racionales y sensatos y propuestas convincentes que desacreditan esa forma de pensar. En esta orientación, en casos de responsabilidad civil contractual, es posible nuevamente plantear la distinción entre el daño *evento* y daño *consecuencia* o, lo que es lo mismo, entender -con la sensibilidad jurídica que requiere el contexto en el cual se desenvuelve la sociedad del siglo XXI- que es perfectamente factible que producto de un incumplimiento contractual, se puedan perturbar intereses extrapatrimoniales del afectado y más puntualmente generar sentimientos de angustia, tristeza, dolor y desesperación producto de aquella defraudación de la conducta contractual esperada, la cual no se limita meramente a la cuestión netamente patrimonial que se dejó de cumplir.

Así y, entre tantos ejemplos posibles, valga reseñar que, en materia civil, se ha reconocido daño moral producto del incumplimiento grave de un abogado en un contrato de servicios profesionales en razón de todas las afectaciones emocionales que produjo a su cliente (Tribunal Colegiado Civil de San Ramón, voto n.º 000050-2020).

También se determinó el surgimiento de daño moral contra un veterinario por la muerte de un perro en razón del incumplimiento de un contrato que impone particulares obligaciones de seguridad (Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Segunda. Voto n.º 716-2019).

En igual sentido, se han esgrimido escenarios donde el incumplimiento de un contrato de construcción genera afectaciones emocionales en razón del sufrimiento y estrés generado en la víctima al ver frustradas las expectativas depositadas en la empresa constructora contratada.

(Tribunal Colegiado Civil de San José, Sección Extraordinaria. Voto n.º000208-2019).

En general, existe amplia jurisprudencia, por ejemplo, a nivel de contratos de consumo (desde defraudaciones bancarias hasta indemnizaciones por productos defectuosos etc.) donde se ha reconocido este tipo de partida indemnizatoria.

Incluso, bajo un asidero amplio que promulga la unificación de la responsabilidad civil o bien al menos reconoce perfectamente supuestos donde es procedente el concurso de pretensiones asociadas con regímenes contractuales diversos, cabe señalar que el daño moral presenta consecuentemente rasgos de autonomía, siendo dable su acaecimiento en casos contractuales como extracontractuales.

Por esta razón, de la mano de la doctrina más autorizada sobre estas temáticas -por ejemplo la posición de Bustamante (1997, p250)-, la presente investigación se inclina por defender su presencia en ambos tipos de regímenes resarcitorios; al respecto, la profesora Domínguez Hidalgo (1998) ha señalado: “la procedencia o no de esta partida indemnizatoria no puede hacerse depender del origen o fuente de la responsabilidad civil, pues la noción de daño moral es idéntica en uno u otros de sus ámbitos” (p. 54).

Así, el hecho de que el causante de una afectación moral se encuentre previamente ligado por un vínculo contractual, no tiene por qué resultarle en una especie de blindaje o escudo protector para excluirse de la respuesta indemnizatoria. Dicho en otros términos, si con ocasión de un contrato, sea en razón de su incumplimiento total, sea con ocasión de su prestación defectuosa, una víctima sufre afectaciones internas de corte emocional, tiene derecho a exigir reparaciones civiles producto de daño moral, no existiendo sinceramente nociones jurídicas de peso que excluyan tal posibilidad.

II.H. ¿El daño moral es afectación al proyecto de vida?

Dados los tiempos que enmarcan el devenir del siglo XXI, dentro del entorno propio de nuestro campo de conocimiento, es dable y fundamental valorar como opción preponderante una dimensión más humanista y menos patrimonialista de proyectar las heterogéneas dimensiones del derecho de daños. Bajo esa convicción, insistir en la categoría del daño moral como especie de “varita mágica” o “cajón de sastre” donde de forma altamente genérica, desordenada e imprecisa, se suelen aglutinar todas las diversas formas en las cuales se puede afectar a un ser humano (en su proyección extrapatrimonial), no parece el camino metodológicamente más aconsejable, y no lo es, por la sencilla razón, de que no es dable calificar y/o tratar como “moral” algo que excede ese ámbito, bien porque lo supera, restringe o simplemente porque opera en planos diametralmente distintos. Se debe insistir: no solo de moralidad vive el ser humano.

Pues bien, tal y como afirma el profesor Carlos Fernández Sessarego (2001): “si no se comprende lo que es la persona tampoco será posible entender la naturaleza y función del derecho” (p. 5). Por este aspecto, resulta descartable equiparar la categoría de daños morales con aquellas afecciones que impactan al ser humano en su esfera existencial. El ser humano no solamente es cuerpo o mente, también es un ser “en, con, de, por y para” la libertad, donde para parafrasear la sintética fórmula de Jean Paul Sartre (1993), aquellas personas que tanto nos preocupan e interesan están condenadas perpetuamente a ser libres.

En apretada síntesis, coincidimos nuevamente con las enseñanzas del maestro suramericano, cuando refiriéndose a la concepción que nos ocupa, recuerda que los daños al proyecto de vida suelen ser las afectaciones más grandes que se pueden causar a las personas, por cuanto

aquel daño “impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido [...] en tanto, el ser humano, libre y coexistencial, es un ser temporal” (Fernández, 2003, pp. 660, 668).

En complemento, existen hechos dañosos, cuya causalidad genera daños de especial intensidad que no atañen ni pueden reconducirse propiamente al cuerpo, ni a la psique ni mucho menos a las emociones, sino que condicionan la *libertad auto-determinativa* del ser humano. Luego de aquel daño, su vida nunca más volverá a ser la misma, puesto que su libertad individual, vida y futuro (v. gr. a nivel laboral, académico, recreativo, afectivo, artístico, deportivo etc.) toman otro camino luego de aquella situación que, naturalmente si es para mal, debe ser objeto de una particular e independiente indemnización.

Finalmente, y sin caer en falacias de la autoridad, si algún buen positivista o formalista jurídico duda seriamente acerca de la autonomía de esta categoría indemnizatoria e insiste en equipararlo con el querido, pero lastimosamente incomprendido daño moral, conviene advertir que la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado una significación emancipada y carta de ciudadanía a esta categoría indemnizatoria. Este aspecto se puede verificar por ejemplo en los casos *Loaiza Tamayo vrs. Perú* de 1998, “*Niños de la Calle*” vrs. Guatemala de 1999 y *Cantoral Benavides vrs. Perú* del 2000, entre otros; por lo cual, el mismo respeto y exigencias del control de convencionalidad deben aparejar a brindar un tratamiento similar en Costa Rica, de cara al reconocimiento pleno de esta tipología de respuesta indemnizatoria que, sin duda, por sus especiales contornos, deberá ser objeto de una investigación autónoma que no se puede emprender en el presente texto.

II.I. ¿Cuál es la diferencia entre el daño moral, el daño psicológico, el daño biológico y el daño estético?

En el argot forense, se suelen confundir ciertas categorías indemnizatorias que, presentando rasgos autónomos, son indebidamente equiparadas. Ahora, el problema no es meramente una figuración dogmatizante o de gustos teórico-conceptuales, sino que encierra ondas repercusiones pragmáticas dadas las implicaciones pretensionales, probatorias y de alcance pecuniario que supone reconducirlo en una u otra categoría.

De esta manera, haciendo eco de lo expuesto, en el voto n.º 1366-F-S1-2017 del 6 de noviembre de 2017, donde entre otros, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia hace referencia a las resoluciones n.º 662-F-S1-2010 y 196-F-S1-2012, donde se ha trazado en un primer momento una nítida distinción entre el daño moral subjetivo y el psicológico. Así el primero se asociaría con una “afectación de las condiciones anímicas del sujeto”, mientras que el segundo estaría representado por una: “situación traumática que requiere constatación científica para su acreditación”.

Sin duda, se está en presencia de un tema sumamente relevante, pues incluso supone interesantes repercusiones respecto a escenarios discutibles en torno a la congruencia procesal y el papel que debe ocupar un tribunal de justicia en la solución efectiva de los conflictos, v.gr., ¿qué debe hacer un tribunal de justicia, si en un proceso jurisdiccional se solicitó en la pretensión procesal daño moral subjetivo, pero en realidad lo acontecido e, incluso, probado fue daño psicológico? ¿Se afectaría el derecho de defensa de la contraparte, si oficiosamente una persona juzgadora solicita ajustes en la audiencia preliminar para reconducir efectivamente la

pretensión procesal a la categoría indemnizatoria que deriva de la *causa petendi* de la demanda?

No es nuestro interés aquí trazar soluciones, sino avivar el pensamiento y el debate, dejando patente, eso sí, la importancia de tener claro el contenido esencial de categorías referidas para, en la medida de lo posible, evitar pasar de discusiones sustanciales a criterios procesales que, al fin de cuentas, puede pender en gran medida del “diferente istmo” (Argüello, 2020) en el que se ubique cada persona juzgadora.

Pues bien, trazada la línea divisoria que separa al daño moral y al daño psicológico, es necesario plantear otra separación más, la cual nace del correcto entendimiento de lo que supone proyectar al ser humano como una verdadera unidad psicosomática y, por lo tanto, más allá de la noción amplia de la psiquis (daño moral y psicológico), estará el soma (cuerpo), donde podríamos encontrar daños a la salud, estéticos y biológicos, los cuales consecuentemente también deben ser objeto de una indemnización autónoma.

En tal sentido, el profesor José Rodolfo León Díaz (2019) recuerda que la delimitación del contenido del derecho a la salud es un tema ampliamente debatido que va desde el derecho a la autodeterminación sexual, la posibilidad de acceder a sistemas de reproducción asistida, el aborto terapéutico, así como los actos de disposición del cuerpo encaminados en obtener una mejora estética que le permita a la persona un mejor desarrollo personal y social.

Por tanto -y en tesis de principio- todo daño generado con ocasión de una cirugía plástica no necesariamente supone un daño moral, pues opera dentro del ámbito propio del derecho a la salud, con las características independientes y

emancipadas que tal derecho ostenta, según se ha justificado en las presentes líneas investigativas.

Por último, el daño biológico se presenta como el daño asociado a la lesión como tal, v. gr., la pérdida de un ojo, la amputación de una extremidad, la extirpación de un órgano etc., esto es: “el daño biológico, en cuanto lesión en sí misma, acarrea una serie de consecuencias que afectan la vida misma de la persona, que modifican sus hábitos, que le impiden dedicarse a ciertas actividades de su vida ordinaria”. (Fernández, 1998, p.182).

De esta manera, la noción clara de un daño biológico entendido prácticamente como daño corporal nos permite trazar una diferencia más con el daño moral, pues terminan lógicamente operando con ocasión de predomios distintos del ser humano. Finalmente, en nuestra línea doctrinal, entendemos que todo daño biológico es al fin de cuentas un daño a la salud, pero no todo daño a la salud es *per se* un daño biológico, pues esta opera en un ámbito de bienestar más elevado que naturalmente no se limita *per se*, únicamente a las afectaciones corporales como tales, sino que contempla aspectos propios del tiempo libre, vida sexual y de relajamiento, por ejemplo, el denominado daño a la vida en relación.

II.J. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la respuesta indemnizatoria en el daño moral?

De exposición plenamente sintética, es claro que la indemnización por daño moral o, en general, las afectaciones extrapatrimoniales no pueden cumplir una función estrictamente resarcitoria ni de equivalentes, sino de *compensación* y de *satisfacción*, y quizá a lo mucho de *prevención*². *No obstante, lo que sí se quiere llamar la atención es que, en este ámbito, la reparación*

2 Por ejemplo, esta noción de funciones es presentada en el medio nacional por López (2015, p. 83) al exponer los aportes de la doctrina alemana.

integral del daño causado debe potencializar su rango de principio constitucional, pues ante la imposibilidad de certezas francas e inmutables que surge a nivel de cuantificaciones, debe dar cuenta de su matiz citado para operar, prudente y proporcionalmente a nivel pragmático como un claro “mandato de optimización”, según la imperecedera advertencia que, en este particular, brinda el profesor alemán Robert Alexy (1993).

II.K. ¿El daño moral es transmisible?

De las incógnitas que mayores disputas genera a nivel doctrinario, es la concerniente con ocasión de la transmisibilidad o no que pueden generarse *inter vivos* o *mortis causa* debido al acaecimiento de un daño moral. Para tales efectos, lo primero que debe clarificarse es que, aun cuando se comprenda por daño moral aquella afectación extrapatrimonial que impacta al ser humano en sus derechos o bienes de la personalidad y que, bajo una proyección temporal, se traduce en sufrimientos emocionales (estrés, angustia, desesperación, abatimiento, desolación, etc.), lo cierto es que el derecho resarcitorio de carácter compensatorio y en su caso satisfactorio que nace es de envoltura meramente patrimonial. Dicho en términos más didácticos, no se puede equiparar, asociar ni confundir gratuitamente la naturaleza jurídica del *bien jurídico* afectado (v. gr. dignidad humana) con el *derecho* resarcitorio patrimonial (v.gr. indemnización por diez mil dólares) que nace producto de aquel *hecho* dañoso (v. gr. severa denigración en una relación afectiva de pareja) y que derivó causalmente en un determinado *daño* moral (v. gr. emociones de zozobra).

Pues bien, sentado algún basamento de arranque, nuestro enfoque teórico requiere un complemento adicional: ¿determinar cuál es la finalidad que está llamado a cumplir el daño moral de cara lógicamente a vislumbrar posibles hipótesis que den cabida o no, para su trasmisibilidad?

En tal orientación, se concuerda con el profesor Rodríguez Corría (2005), cuando en un magistral ensayo, menciona que la reparación por esta categoría indemnizatoria al final del día lo que busca es que el dinero venga a compensar el daño sufrido con otros bienes morales, lo cual naturalmente solamente podría realizarse por la víctima de forma personal, pues solamente quien sufre primero y disfruta después puede sentir el daño y la satisfacción.

Sea como sea, el justificante teleológico de que el daño moral persiga la satisfacción personal y subjetivante de la víctima no significa *per se* que el derecho resarcitorio como tal sea personalísimo y, por ende, imprescindiblemente intransferible, por la sencilla razón, de que el dinero -o bien otro género compensatorio o satisfactorio- que contiene la respuesta indemnizatoria es el instrumento para arribar a esta. De esta forma, es perfectamente posible que, una vez instaurada una demanda ante los tribunales de justicia, la víctima ceda sus derechos litigiosos por daño moral a un tercero, pues en el aquel momento, estará obteniendo y/o logrando reparar su dolor con patrocinio de su autonomía de voluntad, quedando pues asumida la aleatoriedad del derecho por el adquirente, quien, para todos sus efectos, asumirá las consecuencias que aquel negocio jurídico le puede aparejar, lo anterior, sin esquivar que aun admitida aquella cesión del derecho, el juicio al fin de cuentas siempre seguirá gravitando en buena medida, respecto de los alcances del daño sufrido a la víctima como tal.

Al respecto se ha indicado que: “en la decisión de transmitir el derecho puede estar en ocasiones la satisfacción de la víctima” (Minozzi, citado por Rodríguez, 2005, p. 249). En complemento, razones de necesidad, oportunidad o conveniencia pueden llevar desde el ángulo visual de la víctima a darse por satisfecha si transfiere su derecho resarcitorio por daño moral en aquel momento y por cierto determinado monto dinerario, aun

cuando sus expectativas indemnizatorias eran y debían ser incluso mayores a las convenidas, sin que ello implique -con las matizaciones concernientes- una limitación al derecho litigioso que, como tal, mantiene el adquirente frente al presunto responsable.

Por otro lado, respecto de la transmisibilidad *mortis causa*, es consecuente que atendiendo a la finalidad buscada con esta categoría indemnizatoria, el derecho resarcitorio por daño moral sea transmisible siempre que, al fallecer la víctima, previamente haya instaurado la correspondiente acción judicial para su reclamo. Con otras palabras, el daño moral se transmite con la muerte de la citada víctima, solamente si en la fecha de su deceso precisamente estuviera pendiente en los tribunales de justicia una demanda asociada con el hecho dañoso que justifica el daño moral, ante lo cual surgiría el fenómeno de la sucesión procesal y, por tanto, la acción podría ser mantenida por la sucesión de la persona causante, siendo factible plantear una especie de ficción (hasta cierto punto idealizante) de que la satisfacción del daño sufrido podría acontecer con la indemnización de sus herederos.

Asimismo, otra forma razonable para transmitir el daño moral sería vía testamentaria, siendo perfectamente posible que la persona que haya sufrido una afectación moral disponga su transmisión de esta manera, pues, en este otro contexto, estaría presente aquella manifestación de voluntad requerida para dar soporte al deseo de reclamar las afectaciones experimentadas.

Finalmente, y para culminar este bosquejo de modestas meditaciones, es preciso zanjar si la muerte como tal de una persona puede suponer el hecho generador idóneo para el surgimiento del daño moral. En este aspecto, cabría indagar si la sucesión estaría legitimada para reclamar por el dolor -aunque sea mínimo o instantáneo- que sufrió una víctima entre el hecho generador

y su muerte, aún más, habría que dilucidar si aquel derecho resarcitorio derivado del tal evento nacería o se transmitiría en cabeza de sus parientes o personas afectivas en su carácter de *iure proprio* o bien *iure hereditatis*.

Respecto de este aspecto y sin obviar la propia falsabilidad que puede emerger de la proyección de ciertas especies hipotéticas, nos inclinamos teóricamente por admitir que la muerte como tal de una persona no transmite hereditariamente derechos indemnizatorios que ingresen al causal hereditario a favor de la sucesión. En realidad, faltaría una voluntad externativa de corte satisfactorio o compensatorio de la víctima que así lo justificara.

No obstante, lo que sí aceptamos desde nuestra convicción jurídica es que la muerte por familiares o personas cercanas sí produce daños morales en carácter de *iure proprio*, lo cual supone: la total legitimación de los afectados para reclamar en forma directa y personal por los menoscabos afectivos y emocionales que aquella muerte produce.

Entre otros antecedentes, es conveniente remitirse en esta materia al interesante análisis que, sobre este aspecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia brindó en el voto n.º 001035-F-S1-18 del 28 de noviembre de 2018, donde reconoció daño moral a un grupo de hermanos (ahora huérfanos) en razón de la muerte de su señora madre. El criterio de otorgar sumas indemnizatorias diversas reviste particular interés, según los accionantes hubieran presenciado o no en forma directa el siniestro, pues lamentablemente la causa de la muerte de la señora se debió al desplome del ascensor en el cual se encontraba. En consecuencia, en aquel voto, se reconoció directamente en algunos de los hijos el: “impacto emocional de vivir en carne propia la caída del ascensor, la impresión de dicho desplome, la angustia de ver a la madre lesionada

después de ocurrido el accidente y, la conmoción de tener que prestarle los primeros auxilios”. Esto a todas luces permitió derivar en un daño moral de mayor intensidad al padecido por los restantes hermanos.

III. A modo de conclusión

Se considera que esta investigación ha cumplido su prudente cometido, pues, a lo largo de estas páginas, se ha logrado reflexionar sobre interesantes tópicos que cimientan y bordean la disciplina del daño moral. La amable persona lectora entenderá que quizá cada una de las variantes expuestas podría dar pie a investigaciones muchísimo más extensas y, por supuesto, fecundas.

El derecho de daños es una fuente de conocimiento inagotable donde la mayor satisfacción que quizá pueda encontrar el o la jurista es poder encontrar nuevos sitios para comprender y contemplar mejor a la montaña, aunque nunca se pueda siquiera intentar alcanzar su cima.

IV. Fuentes consultadas

IV.A. Doctrina

- Alexy, R & Pulido C. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Argüello, L. (2020). *La audiencia preliminar dentro del proceso civil costarricense: reflexiones desde el neoconstitucionalismo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 9342*. San José, Costa Rica: Universidad Estatal a Distancia.
- Alferillo, P. (2017). *Daño moral en la legislación argentina y costarricense*. San José. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.
- Barrientos, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. *Revista Chilena de Derecho*. (35), 85-106.
- Bullard, A. (2005). Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. *Themis-Revista de Derecho*. (50), 217-236.
- Bustamante, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Campos, F. (2014). *Axiología jurídica y derecho civil*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Castresana, A. (2015). *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo*. Madrid, España: Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*. Madrid, España: Civitas.
- Domínguez, C. (1998). Indemnización por daño moral-modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *La Revista Chilena de Derecho*. 25, 27.
- Domínguez, E. (2003). El daño moral: intento de concretización de un concepto. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. (7), 263-270.
- Femenías, J. (2011). Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. *Revista Derecho y Humanidades de la Universidad de Chile*, (17).
- Fernández, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual. *Revista Themis*. (38), 178-209.
- Fernández, C. (2001). ¿Qué es ser «persona» para el derecho? *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*. (54), 289-333.
- Fernández, C. (2003). El daño al «proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho.* (56), 659-700.
- Fernández, C. (2003). *Deslinde conceptual entre “daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral.* Portal Diké de la Universidad Pontificia Católica del Perú.
 - Iglesias, J. (2010). *Derecho romano.* Barcelona, España: Sello Editorial.
 - Jinesta, E. (2005). *Tratado de derecho administrativo.* Tomo II. Responsabilidad administrativa. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
 - León, J. (2019). *Aspectos prácticos para la tutela de los pacientes en casos de responsabilidad por cirugías estéticas: aportes del nuevo Código Procesal Civil para la protección de sus derechos. Constitución y Derechos Humanos en tiempos de Crisis.* San José, Costa Rica: Instituto Costarricense para la Promoción del Derecho Procesal, Edinexo.
 - López, Y. (2014). *La responsabilidad civil.* San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas.
 - Peyrano, J. (2018). *Fuentes, medios y valoración de prueba.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
 - Rivero Sánchez, J. M. (2001). *Responsabilidad civil.* Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
 - Rodríguez, R. (2005). *La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral.* Vniversitas. 54 (109), 239-259.
 - Sartre, J. P., & Valmar, J. (1993). *El ser y la nada.* Barcelona: Altaya.
 - Schulz, F. (1960). *Derecho romano clásico.* Barcelona, España: Editorial Bosch.
 - Tamayo, J. (2015). *Tratado de responsabilidad civil.* Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
 - Torrealba Navas, F. (2011). *Responsabilidad civil.* San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
 - Torrealba Navas, F. (2019). *Principios del derecho privado.* Tomo I. (Parte general, persona física). San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.
 - Von Savigny, F. K. (2005). *Sistema del derecho romano actual.* Granada, España: Editorial Comares, S. L.
- #### IV.B. Sentencias
- Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (6 de diciembre de 2017). Sentencia n.º 1569-F-S1-2017. [MP José Rodolfo León Díaz].
 - Corte Suprema de Justicia, Sala Primera. (30 de mayo de 2019). Sentencia n.º 481-F-S1-2019. [MP Jazmín Aragón Cambroner].
 - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (4 de julio de 2019). Sentencia n.º 1131-F-S1-2019. [MP Jazmín Aragón Cambroner].
 - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. Sentencia n.º 000820-F-S1-2012. [MP Luis Guillermo Rivas Loáiciga].
 - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (6 de noviembre de 2017). Sentencia n.º 1366-F-S1-2017. [MP. William Molinari Vílchez].
 - Corte Suprema de Justicia. Sala Primera. (28 de noviembre de 2018). Sentencia n.º 001035-F-S1-18 [MP. Roció Rojas Morales].
 - Tribunal de Apelación Civil y de Trabajo de Cartago. (8 de octubre de 2019). Voto n.º 2019-000202. [JP No indica redactor].
 - Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Voto n.º 2019-000080. [JP José Roberto Garita Navarro].
 - Tribunal Segundo de Apelación Civil de San José, Sección Segunda. (31 de octubre de 2019). Voto n.º 716-2019. [JP Jéssica Alejandra Jiménez Ramírez].

- Tribunal Colegiado Civil de San Ramón. (3 de febrero de 2020). Voto n.º 000050-2020. [JP Elio Campos López].
- Tribunal Colegiado Civil de San José, Sección Extraordinaria. (22 de marzo de 2019). [JP. Blanca Ramírez González].

IV.C. Video

- Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado .(18 de marzo de 2020). *El daño resarcible en el Código Civil y Comercial de la Argentina*. Dr. Ramón Daniel Pizarro. [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=P-DaW1uW6PwU&list=PLAC4pZ_OCF-qen7cPhUMcJ9UQN3wsKNekd