



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

“REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÁMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.”.

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

AUTOR:

César Leonardo Neira Paredes

DIRECTOR:

Dr. Luis Torres Jiménez, Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2015

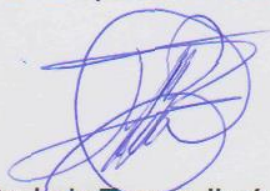
CERTIFICACIÓN

DOCTOR LUIS TORRES JIMÉNEZ, Mg. Sc., DOCENTE DEL ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Haber orientado y revisado de manera sucinta y prolija, según lo estipulado en las normas y reglamentos de la Universidad Nacional de Loja, el proceso de planificación, ejecución y culminación de la Tesis titulada: **“REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÁMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.”**, realizada por el egresado de la Carrera de Derecho Sr. César Leonardo Neira Paredes, conforme al cronograma de trabajo aprobado para el efecto.

Dicho informe investigativo, reúne los requisitos académicos y reglamentarios de la institución, lo que certifico en honor a la verdad, autorizando su presentación para los trámites legales correspondientes.



Loja, 25 de noviembre de 2015

Dr. Luis Torres Jiménez Mg. Sc.

DOCENTE AJSA-UNL- DIRECTOR DE TESIS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **CESAR LEONARDO NEIRA PAREDES** declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

AUTOR: César Leonardo Neira Paredes.

FIRMA: 

CEDULA: 1104473734-9

FECHA: Loja, noviembre de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, César Leonardo Neira Paredes declaro ser autor de la Tesis titulada: **“REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÁMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.”**, Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 25 días del mes de del dos mil catorce, firma el autor:

AUTOR: César Leonardo Neira Paredes

FIRMA:.....

CÉDULA: 1104473734-9

DIRECCIÓN: Loja, Calle Inés Jiménez 24-38 y Quitumbe

CORREO ELECTRÓNICO: lawer@hotmail.com

TELÉFONO: 2575499 **CÉLULAR:** 0996756422

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Luis Torres Jiménez Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Leandro Peña Merino Mg. Sc. **(Presidente)**

Dr. Miguel Brito Aguirre Mg. Sc. **(Vocal)**

Dr. Mario Sánchez A. Mg. Sc. **(Vocal)**

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo se lo dedicó principalmente a Dios por permitirme llegar a la consecución de esta meta trascendental en mi vida; por haberme brindado, salud, amor y bondad para hacer realidad mis sueños, mis anhelos.

De igual forma se lo dedico a mis queridos padres y amigos: César Augusto Neira Hinostroza y Judith Elizabeth Paredes Correa, mismos que han sido los coautores de este esfuerzo, ya que representan el aliento y el apoyo moral, que han luchado a mi lado a cada instante en un camino largo y lleno de sacrificios, para alcanzar esta meta tan anhelada.

A mis hermanos: Pablo Vicente Jaramillo Luzuriaga, Andrea Judith y Pablo David Neira Paredes, por todas y cada una de sus bondades y virtudes que enriquecen mi vida; por todo el respaldo y apoyo incondicional que también he recibido de ustedes.

Finalmente dedico este aporte intelectual a mis sobrinos: Pablo Sebastián y Martina Estefanía Jaramillo Neira quienes constituyen la nueva luz y alegría de mi vida.

César Leonardo Neira Paredes

AGRADECIMIENTO

La gratitud es uno de los valores primordiales del ser humano, ya que es la manera más humilde de demostrar que somos simples entes creados por Dios y que día tras día necesitamos de Él y de las personas que ha puesto en nuestro camino para llenar nuestras vidas de felicidad, para complementarlas; es por ello que agradezco principalmente a Dios, por todas las bendiciones que le ha otorgado a mi vida.

Agradezco a mis Padres por haber inculcado en mí el amor al estudio y a la superación personal, por haberme dado la educación para hacer de mí una persona que procure el bien, la justicia y la equidad en la sociedad; por estar a mi lado en todos y cada uno de los tramos y avatares de mi vida. Por sus preocupaciones y el respaldo incondicional para que yo culmine mi Carrera profesional.

De la misma manera agradezco a la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica Social y Administrativa, a la Carrera de Derecho, por brindarme la oportunidad de instruirme en esta tan noble institución, en especial a cada uno de mis docentes que formaron parte importante en este largo camino, quienes me supieron impartir su cátedra con eficiencia y responsabilidad. Quiero agradecer de igual forma a mis compañeros de trabajo en el Consejo de la Judicatura, institución en la que vengo prestando mi contingente intelectual durante ya cinco años, por todas las enseñanzas recibidas que me han permitido vincularme con la práctica y de esa manera, hacerme profesional. Finalmente agradezco al Dr. Luis Torres Jiménez, Director de la presente Tesis, por cada una de sus enseñanzas, correcciones, paciencia y entrega en su labor profesional.

César Leonardo Neira Paredes

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA.

AUTORIZACIÒN.

AUTORIÀ.

AGRADECIMIENTO.

DEDICATORIA.

1. TÌTULO.

2. RESUMEN.

ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÒN.

4. REVISIÒN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. CONCEPTO DE MORAL.

4.1.2. DERECHOS PERSONALÌSIMOS.

4.1.2.1. CLASIFICACIÒN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.

4.1.3. BIENES INMATERIALES CONNATURALES A LA PERSONA.

4.1.3.1. LA VIDA.

4.1.3.2. LA INTEGRIDAD PERSONAL.

4.1.3.3. LA LIBERTAD.

4.1.3.4. LA IGUALDAD.

4.1.3.5. EL HONOR.

4.1.4. CONCEPTO DE DELITO CIVIL.

4.1.5. CONCEPTO DE CUASIDELITO.

4.1.6. CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

4.1.7. CONCEPTO DE INDEMNIZACIÒN.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. LA ACCIÒN POR DAÑO MORAL.

4.2.1.1. REQUISITOS PARA RESARCIR EL DAÑO.

4.2.1.2. CLASIFICACIÒN DEL DAÑO MORAL.

4.2.2.	DERECHOS PATRIMONIALES.
4.2.3.	DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.
4.2.4.	REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL A CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO EXTRA CONTRACTUAL.
4.2.5.	LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.
4.2.6.	LA CUANTIFICACIÓN LEGAL.
4.2.7.	EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE.
4.3.	MARCO JURÍDICO.
4.3.1.	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
4.3.3.	CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.
4.3.4.	CÓDIGO CIVIL.
4.3.5.	LEGISLACIÓN COMPARADA.
5.	MATERIALES Y MÉTODOS.
5.1.	MATERIALES UTILIZADOS.
5.2.	MÉTODOS.
5.3.	PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.
6.	ANÁLISIS DE RESULTADOS.
6.1.	RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.
6.2.	RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.
6.3.	ESTUDIO DE CASOS.
7.	DISCUSIÓN.
7.1.	VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.
7.2.	VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS.
7.3.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA.
8.	CONCLUSIONES.
9.	RECOMENDACIONES.
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA.
10.	BIBLIOGRAFÍA.
11.	ANEXOS.
	ÍNDICE.

1. TÍTULO:

“REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÁMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.”

2. RESUMEN.

El Daño moral es una forma de transgresión a los derechos inmateriales que poseen las personas, al referirnos a derechos inmateriales me refiero principalmente a la Moral, derecho inmaterial que al momento de ser vulnerado es necesario que sea reparado a pesar de que es difícil determinar o cuantificar el daño de manera patrimonial se acepta que sea reparado el daño con valores económicos o dinero.

Los únicos facultados para cuantificar el daño moral son los jueces así lo determina el artículo 2232 del Código Civil Ecuatoriano, que indica "...quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias...", circunstancia que ocasiona un vacío legal ya que los jueces confunden prudencia con discrecionalidad o simplemente como libertad para cuantificar el daño moral. Lo que da a entender lamentablemente que no existe un límite para la cuantificación del daño moral. A pesar de que a mi manera de analizar la Ley si existe limitaciones que nos permiten cuantificar de manera eficiente el daño moral

Por lo expuesto anteriormente, a través del presente proceso investigativo me permito proponer parámetros y reglas para determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral así como también los límites que existen para cuantificar el daño moral de manera judicial.

ABSTRACT.

The moral damage is a form of transgression of intangible rights that people have, when referring to intangible rights I refer primarily to moral, immaterial right when being violated needs to be repaired even though it is difficult to determine or patrimonial quantify the damage so accepted that repaired the damage with economic or money values.

The only moral authority to quantify the damage are the judges so decides Article 2232 of the Ecuadorian Civil Code, which states "... being judge the wisdom of determining the value of compensation attentive circumstances ...", a fact that causes a vacuum legal and judges who confuse prudence with discretion or simply as moral freedom to quantify the damage. Which unfortunately implies that there is no limit to the quantification of moral damage. Although my way of analyzing the Act if there limitations that allow us to efficiently quantify the moral damage

By the above, through this research process I allow me to propose parameters and rules for determining the amount to be compensated to the applicant by way of compensation for civil crimes of moral damages as well as the limits that exist to quantify the damage judicial moral way.

3. INTRODUCCIÓN.

El tema de Tesis a desarrollarse e investigarse que se intitula “**REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÁMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.**” fue escogida luego de identificar las diversas controversias que genera esta problemática en el medio principalmente por la actual normativa que regula la acción por daño moral. Si bien se da cumplimiento a lo que tipifica el Código Civil respecto del tema es necesario contar con articulados que posibiliten al juzgador ejercer su actividad judicial de mejor manera, y establecer de forma específica parámetros y reglas que permitan cuantificar el daño moral no solo a la prudencia y discreción del juzgador sino con reglas y parámetros legales establecidos en la norma que permitan cuantificar estas indemnizaciones.

La importancia está vinculada con varios factores como son el impacto que causa este tipo de acciones en contra del afectado, puesto que al atentar contra su nombre y prestigio, el estado anímico varía considerablemente y en ocasiones persiste por un largo tiempo, es indiscutible que al tratar de imponer tarifas bajo las cuáles se regule el daño moral es decir cuantificar el daño moral , el aporte estará dirigido a presentar una reforma que permita incluir un tabla de valores económicos que permita calcular y cuantificar el daño moral, norma legal a implementarse bajo la cual el juzgador puede desempeñar su

actividad de mejor manera sin dejar de lado las circunstancias bajo las cuales se desarrolla cada caso.

Es de gran interés recalcar que otro de los factores a tomar en cuenta es lo relacionado con la situación socioeconómica del agraviante, su estatus en la sociedad, la remuneración que percibe, los miembros familiares que están a su cargo; constituyendo así estas circunstancias obligatoriedad, para ser consideradas por parte del juez tanto para conocer de los procesos, así como para emitir una sentencia por daño moral.

El presente trabajo contiene tres marco teóricos, el MARCO CONCEPTUAL EL MARCO DOCTRINARIO Y EL MARCO JURÍDICO; que están relacionados con el problema de investigación; contiene la normativa bajo la cual está respaldada la presente investigación; con antecedentes investigativos que permiten desarrollar el presente trabajo; con fundamentación filosófica y legal necesaria para justificar el trabajo; y, el tratamiento y estudio de la doctrina vinculante al tema.

Como siguiente punto se encuentra la METODOLOGÍA que contiene de forma detallada la descripción de cómo se realiza el trabajo investigativo, las modalidades de investigación, el nivel de investigación, la población en la que se estudia el daño moral, la operacionalización de variables, el plan de recolección de información así como el procesamiento de ella. En este mismo punto consta el ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS, producto de la aplicación de encuestas, entrevistas y estudio de casos; los resultados de

las encuestas se han traducido en tablas y gráficos estadísticos para su análisis e interpretación.

Y por último se desarrolla el punto de conclusiones, Recomendaciones y con la respectiva propuesta de reforma que detalla los aspectos más importantes que se evidencian en el desarrollo de toda la tesis y que sirven de soporte para establecer las conclusiones y recomendaciones del caso. La denominada PROPUESTA DE REFORMA contiene los requisitos mínimos para estructurar una alternativa de solución a la problemática evidenciada fundamentada legalmente y estructurada por una ley reformativa a la acción por daño moral contenida en el Código Civil.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. CONCEPTO DE MORAL.

Es posible definir la **Moral** *“Como un conjunto de normas, valores y creencias, aceptadas en una sociedad y que tienen como objetivo ser un modelo de conducta y valoración para establecer lo que es tolerable y lo que no lo es dentro de un núcleo social”*¹. La importancia de la moral dentro del contexto social, es que intenta regular conductas que impiden que la sociedad se desarrolle de una manera armónica y funcional.

La palabra moral encuentra su origen en el vocablo latino mores que tiene como significado costumbre. Las primeras referencias a lo que se considera una norma moral se imputan a los romanos, con las denominadas **“mores maiorum”, o costumbres de los antepasados.**

El Derecho y las normas jurídicas obtienen en gran parte influencia directa de este concepto, pero no todas las normas jurídicas caen bajo el dominio de la moral, existen diferencias muy marcadas entre el Derecho y la Moral como que las normas de Derecho son obligatorias y las personas están obligadas a obedecerlas; las normas morales no tienen obligatoriedad y el hecho de que se obedezcan o no depende de la voluntad y conciencia de cada persona.

¹ <http://definicionlegal.blogspot.com/2011/05/moral.html>

Lo inmoral, son aquellas conductas que son contrarias a las buenas costumbres o las acciones que son consideradas como incorrectas. La moral dicta que las personas respeten un código o guía de convivencia en sociedad y que su actuar esté regido por la moral, por lo que cuando se rompen sus postulados, incurren en comportamientos inmorales.²

4.1.2. DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

“Los **derechos personalísimos** o **derechos de la personalidad**, que reconoce el derecho de la vida, la libertad, aspectos referidos al honor, etc., insertada en la legislación y la doctrina universal en el siglo XIX, en la que se tradujeron en un reconocimiento embrionario pero aislado y no metódico hasta que, en el siglo XX”³, se produce su consagración sistemática, fundamentalmente a través de normas de carácter internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) o el Pacto de San José de Costa Rica (1969), que se tradujeron en tratados, pactos y convenciones que redondean un verdadero derecho internacional tuitivo de los derechos de la personalidad, que obliga a los adherentes a adecuar sus legislaciones locales.

Los derechos personalísimos poseen las siguientes características:⁴

² <http://definicionlegal.blogspot.com/2011/05/moral.html>

³ RIVERA, Julio César, Derechos y Actos personalísimos en el Proyecto del Código Civil y Comercial de Argentina.

⁴ Navarro Floria, J. G. Año 2012. Los derechos personalísimos. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires Disponible en : bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf

- **Absolutos:** se oponen *erga omnes*, es decir pueden ser hechos valer contra todos.
- **Innatos, inherentes y necesarios:** Porque surgen en el origen de la persona por su solo carácter de su ser individual, existe una unión inseparable entre el sujeto y el objeto del derecho.
- **Vitalicios:** Se prolongan durante toda la vida de la persona, con algunas excepciones referidas a supuestos que se dan luego del fallecimiento, en los que dichos derechos se trasladan a los herederos.
- **Inalienables:** estos derechos están fuera del comercio, no pueden ser objeto de cesión o transferencia.
- **Extra patrimoniales:** pero tienen repercusión económica o patrimonial en caso de su violación; ergo, de darse su lesión, surge a favor de la víctima un crédito indemnizatorio y la facultad de exigir judicialmente el cese de la acción lesiva si continuara.
- **Autónomos:** las características propias de estos derechos subjetivos, que los llevan a diferenciarse de los demás, constituyendo una categoría particular, "inconfundible".
- **Esenciales:** Por opuestos a eventuales.
- **Autónomos:** Pueden ejercerse con exclusión de cualquier otro derecho.
- **Relativamente indisponibles:** Puede haber derechos renunciables aunque no transmisibles, como algunos patrimoniales llamados "intuitu personae". Los personalísimos tienen ambas calidades negativas en razón de ser vitalicios, inherentes y necesarios.⁵

⁵https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_personalisimos.

4.1.2.1. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS:

1. **PATRIMONIALES:** Son aquellos susceptibles de tener valor económico o pecuniario; integran el patrimonio.

Características:

- a. **DISPONIBLES:** bajo pleno poder jurídico de su titular.
- b. **RENUNCIABLES:** ejercidos o declinados.
- c. **EMBARGABLES:** pues integran el patrimonio que constituye la garantía o prenda común de los acreedores.
- d. **PRESCRIPTIBLES:** afectados por el paso del tiempo y la inactividad del titular; aunque esto no se da de manera absoluta.

Estos derechos patrimoniales se dividen en:

- a) **REALES:** Son aquellos derechos que confieren a su titular un señorío exclusivo sobre una cosa y a los demás el deber de abstenerse en perturbarlos.

Características:

- Absolutos: se ejercen contra todos; (era omnes).
- Conceden al titular el derecho de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre.⁶
- Conceden el derecho de preferencia a favor del titular más antiguo, cuando concurren varios titulares sobre el mismo bien.
- No son susceptibles de prescripción liberatoria.

⁶ Apuntes Jurídicos del Derecho Argentino, Disponible en línea <http://apuntesjuridicoslei.blogspot.com>

- Pueden adquirirse (perdiéndose para el titular), prescripción adquisitiva.
- Es de creación exclusivamente legal; los particulares no pueden crearlos.

CLASIFICACION:

- a) Derechos reales sobre la cosa propia: dominios y condominios.
- b) Derechos reales sobre la cosa ajena: usufructo, uso y habitación y servidumbres activas.
- c) Derechos reales de garantía: hipoteca, prenda y anticresis.

PERSONALES O CREDITORIOS: Son aquellos derechos que confieren al titular, llamado acreedor, la facultad de exigir de otra persona llamada deudor, una prestación determinada que puede ser de dar, hacer o no hacer.

Se llaman derechos personales, creditorios u obligaciones.

INTELECTUALES: Son aquellos que comportan para su titular la facultad de usar, gozar o disponer de una creación intelectual, y para las demás personas el deber de abstenerse en perturbar el ejercicio de ese derecho por su titular.

Los derechos intelectuales recaen sobre la creación intelectual.

EXTRAPATRIMONIALES: No son susceptibles de valoración económica y por ello no integran el patrimonio.

CARACTERES:

- a) Innatos: corresponden al titular desde su origen.
- b) Vitalicios: durante toda su vida.

- c) Inalienables: no enajenación por ningún título.
- d) Imprescriptibles: no se pierden, aun ante el abandono del titular.
- e) Absolutos: se ejercen erga omnes. Contra todos quienes pretendan vulnerarlos.

Estos derechos extra patrimoniales se dividen en:

1- **POTESTADES (DERECHO DE FAMILIA):** Tienen características particulares que implican simultáneamente un deber para el titular y confiere un poder sobre otra persona; Ej. Patria potestad.

2- **DERECHOS PERSONALISIMOS:** Son los derechos innatos del hombre cuya privación importaría el aniquilamiento o desmedro de su personalidad. Ej. Derecho a la vida, a la integridad física, a la salud. etc.⁷

4.1.3. BIENES INMATERIALES CONNATURALES A LA PERSONA.

Bienes que no tienen una presencia corpórea o física. Incluyen el trabajo, las prestaciones de servicios, los derechos y las obligaciones. También son denominados a veces bienes intangibles.⁸

4.1.3.1. LA VIDA.

*“El **derecho a la vida** es un derecho individual del cual gozan las personas individuales y que no pueden ni deben ser restringidos por el Estado, el gobierno o autoridad nacional”⁹.* El derecho a la vida se halla consagrado en

⁷ <http://apuntesjuridicoslei.blogspot.com>

⁸ <http://www.economia48.com/spa/d/bienes-inmateriales/bienes-inmateriales.htm>

⁹ MACHICADO Jorge, Apuntes Jurídicos, Disponible en línea
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/08/vida.html>

las constituciones de la mayor parte de los países del mundo su antecedente es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La Constitución de la República del Ecuador establece que toda persona tiene derecho a la vida y que no existe la pena de muerte. Artículo 66 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Además el Estado adopta las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda acción u omisión, ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna.

Por otro lado el Estado garantiza el acceso al agua, alimentos y centros de salud para mantener la vida, estableciendo que toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. Y el Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población.

Como bien jurídico es uno de los valores supremos del cual está investido el ser humano, que no solo significa el hecho de vivir , crecer, reproducirse y morir, significa también el hecho de satisfacer necesidades de alimentación acceso a energía y al agua, de trabajo, de salud, y de techo.

Hay que observar que el *derecho a la vida no es ilimitado*. Por ello cabe exigir su sacrificio por causas extraordinarias, como la defensa nacional, o el cumplimiento de un deber, cuan el de la Policía en la persecución de delito, o el de los bomberos cuando arriesgan la vida misma por el derecho a la vida de

otra persona que está en peligro de quemarse. Mas en el caso de un guardaespaldas, él directamente arriesga su vida.

La vida interesa a la comunidad y es a través del Estado con medios adecuados como leyes, que lo protege. No garantiza la longevidad, si no solo por el tiempo que dura el mismo, y su vulneración es sancionada con el Código Orgánico Integral Penal que condena el homicidio con penas de 3 a 30 años, y esta tutela empieza desde la concepción prohibiendo el Aborto Criminal.

4.1.3.2. LA INTEGRIDAD PERSONAL.

“El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental y absoluto que tiene su origen en el respeto debido a la vida y sano desarrollo de ésta. Es el derecho al resguardo de la persona, en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental”¹⁰.

El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La Integridad física implica la preservación de todas las partes y tejidos del cuerpo, lo que conlleva al estado de salud de las personas. La integridad psíquica es la conservación de todas las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. La integridad moral hace referencia al derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones.

¹⁰ Derecho a la integridad personal, Daniel Costa, disponible en línea https://prezi.com/zi2cef_u5xzg/derecho-a-la-integridad/

El reconocimiento de este derecho implica, que nadie puede ser lesionado o agredido físicamente, ni ser víctima de daños mentales o morales que le impidan conservar su estabilidad psicológica.

Este derecho se encuentra consagrado en el derecho internacional desde el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 artículo 5, los Convenios de Ginebra de 1949 relativos a los conflictos armados protocolo II, artículo 4.

No es sino hasta mediados de los años 60, cuando tienen origen los tratados generales de derechos humanos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 artículo 7 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" de 1968 artículo 5, que este derecho pasará a tener un mayor desarrollo legislativo internacional.

Debido a la preocupación de la comunidad internacional considerando la importancia de este derecho y lo reiterado de las prácticas mundiales atentatorias de este derecho, es aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 25 de junio de 1987, tras haber sido ratificada por 20 países. Para el año 2001 contaba con 124 Estados partes.

Igualmente, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos se suscribe en Cartagena de Indias, Colombia, el 9 de diciembre de 1985 en el decimoquinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, que entra en vigor el 28 de febrero de 1987.

En el Ecuador este derecho se encuentra establecido en el artículo 46 de la Constitución de la República del Ecuador así:

"Artículo 66 numeral 3 El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

*d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos"*¹¹.

También encontramos este derecho desarrollado en las siguientes leyes: Código Integral Penal, Ley de la niñez y la adolescencia, y la Ley Orgánica sobre Refugiados o Refugiadas y Asilados o Asiladas.

¹¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008

4.1.3.3. LA LIBERTAD.

“El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española recoge hasta doce aceptaciones de la palabra libertad de entre ellas: “facultad Natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra y de no obrar por lo que es responsable de sus actos”¹²

A partir del siglo XVIII, la libertad comenzó a unirse a otras facultades o virtudes, como la justicia y la igualdad. Este cambio social fue acompañado por el desarrollo de nuevas formas de organización de la sociedad y el surgimiento de regímenes políticos hasta entonces inéditos.

Un ser libre no está atado a la voluntad de otros de forma coercitiva. La libertad garantiza el respeto por la voluntad individual e implica que cada uno debe hacerse responsable de sus actos. Se conoce como libertinaje a la libertad absoluta, lo cual lleva inevitablemente al descontrol social.

Por ejemplo: una persona puede hacer uso de su libertad para crear un negocio y obtener, a través de la actividad comercial, los recursos que le permitan subsistir. Esa libertad, sin embargo, está limitada por la Ley, que le prohíbe vender productos que no cumplan una serie de requisitos y que lo obliga a pagar impuestos. Estas imposiciones, sobre la aclaración, exceden la voluntad del sujeto; sin embargo, dada la forma en la que los seres humanos organizamos nuestra vida, no atentan contra su libertad.

¹² GARCÍA MORILLO, El Derecho a la Libertad Personal, Editorial Universidad de Valencia 1995, pág. 20

Esto deja en evidencia una cuestión muy particular: no existe la libertad absoluta. Al respecto, existen diversas posturas, pero ninguna que asegure la posibilidad de mantener vigentes nuestros principios morales y éticos al mismo tiempo que rompamos con nuestras barreras invisibles y actuemos con total soltura a cada paso. En esos códigos, inventados por nuestra especie, reside la razón de los límites de la libertad.

Concepto perteneciente a la filosofía de la razón práctica de Immanuel Kant. Junto con la independencia y la libertad, es una de las características básicas de un ciudadano. *“Consiste en la facultad de no obedecer ninguna ley exterior a la que no hayamos otorgado nuestro consentimiento, es decir, los que obedezcan las leyes deben ser los co-autores de éstas”*.¹³ El Estado debe garantizar este principio y posibilitar la unión de las libertades individuales con el derecho político y autonomía jurídica individual con la voluntad del pueblo. El concepto lo define como el poder de auto legislarse colectivamente haciendo coincidir la libertad con la autonomía.

Es fruto de la aceptación de un "contrato social" en el que el ser humano renuncia a su libertad natural para constituir el estado. Esta libertad queda garantizada por el derecho: la obediencia a la ley requiere un consentimiento previo de la ciudadanía, el ciudadano se convierte entonces en colegislador de las leyes y el gobernante debe promulgar leyes fruto de la voluntad unida del pueblo. Sin embargo, la libertad jurídica, no justifica la desobediencia civil. La desobediencia conlleva a la violencia y frustra los intentos de paz. Una vez que

¹³ BURGOA Ignacio, “Las garantías Individuales, editorial Porrúa, 2007

la ley está en vigor, estamos obligados a cumplirla, sin importar la forma de soberanía que exista en el estado.

4.1.3.4. LA IGUALDAD.

La igualdad es una equivalencia o conformidad en la calidad, cantidad o forma de dos o más elementos. En Matemáticas, igualdad expresa la equivalencia de dos cantidades. Por ejemplo: Existe igualdad en los resultados obtenidos.

También indica un tratamiento equitativo de las personas, por ejemplo, “igualdad de género”. La igualdad entre los seres humanos se considera un derecho en muchas culturas, aunque en muchas ocasiones no existe igualdad debido, entre otros, a factores económicos, raciales o religiosos.

En este sentido, se asocia a otras palabras como la justicia y la solidaridad.

La palabra “igualdad” procede del latín *aequalitas*, *-ātis*, formada con el término *aequus* (igual, llano, equilibrado). Un sinónimo de “igualdad” es “equidad”¹⁴.

La igualdad se refiere a un estado utópico en que todos los seres humanos somos iguales. A nivel práctico esto no es posible, pues cada quien es único e irrepetible y cada quien tiene derechos y obligaciones según su trabajo, región geográfica, nivel económico, etc. No es lo mismo ser el obrero que el dueño de

¹⁴ DICCIONARIO ETIMIOLOGICO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 2002.

la empresa, los impuestos que paga cada quien son proporcionales, uno recibirá subsidio de luz, mientras el otro no lo recibirá, etc.

En donde sí debe prevalecer la igualdad es en la dignidad humana. Ahí sí deberíamos ser todos iguales ante la ley y ante los demás, pues todos tenemos el mismo valor por el solo hecho de ser seres humanos. La igualdad debe estar sobre toda norma jurídica. Desgraciadamente esto solo es en la teoría, pues en la práctica, sigue habiendo mucha discriminación y hasta humillación a ciertos grupos como los indígenas en nuestro país. Las diferencias no pueden estar dadas por raza, sexo, origen, lengua, religión, preferencias sexuales, opinión filosófica o política, etc. Ante la ley, las situaciones iguales deberían tratarse de igual manera y las situaciones desiguales, tratarse de desigual manera. Por lo tanto, la igualdad debe discernir entre situaciones diferentes. Solo en esas ocasiones puede haber una distinción que esté justificada objetiva y razonablemente. En algunos casos, pocos, los imperativos del bien común pueden llegar a justificar un mayor o menor grado de distinción.

El derecho a la igualdad es aquel derecho que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, etnia, creencias o cualquier otro motivo.¹⁵

4.1.3.5. EL HONOR.

El honor subjetivo es el valor en que cada cual tiene su propia personalidad, mientras que el honor objetivo es el juicio que los demás se forman de

¹⁵ https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad.

nuestra personalidad y a través del cual la valoran. La reputación de que el individuo goza en el medio en que se desenvuelve, aun con independencia de la que verdaderamente puede merecer, es de inestimable valor.

El tratadista Carrara señala además como aspecto distinto, “los beneficios materiales que la buena reputación lleva consigo”¹⁶. A esto observa Molinario “que esas ventajas o beneficios no constituyen un tercer aspecto del honor sino, simplemente, una consecuencia de él”¹⁷. La ley argentina tutela el honor en el aspecto subjetivo y en el objetivo.

El derecho tiene un criterio jurídico del honor. Núñez considera que “El honor, como bien protegido por el código penal, es la personalidad o la suma de cualidades morales, jurídicas, sociales y profesionales valiosas para la comunidad atribuibles a la persona”¹⁸.

Es un concepto que debe ser modelado por la jurisprudencia dada su continua evolución en relación con los cambios sociales, así hoy en día estamos ante un concepto complejo, que más o menos se podría asociar con la dignidad sin ser sinónimos, mientras antiguamente se podría asociar con un comportamiento intachable, tanto personal como familiar.

Se deja así un concepto indeterminado, abierto a la interpretación que de él hagan los órganos judiciales, y esto es así, no por casualidad, sino porque de

¹⁶ MICIELI, Laura Liliana, “La Injuria”, editorial Heredia, Costa Rica, 2008

¹⁷ IBIDEM

¹⁸ <http://web.archive.org/web/20060713233540/neoforum.iespana.es/neoforum/h.htm>

forma intencionada el constituyente y el posterior legislador no han querido ofrecer un concepto estricto y cuadrulado de honor, que haría inviable toda interpretación de esta figura jurídica, pues se ha querido transmitir, de este modo, la mutabilidad de esta figura, el honor, dejándolo como un concepto abierto que será definido en cada momento histórico de acuerdo a los valores imperantes en él.

El Honor implica la aceptación personal y la construcción en el imaginario social, e incluso en la superestructura jurídica, de una cualidad moral vinculada al deber, a la virtud, al mérito, al heroísmo; que trasciende al ámbito familiar, de la descendencia (la *sangre* y la *casta*) y de la conducta sexual (especialmente a la de las mujeres dependientes); que se refleja en la opinión, la fama o la gloria y en diferentes ceremonias de reconocimiento público; y que produce recompensas materiales o *dignidades*, como cargos, empleos, rentas, patrimonios, herencias, etc.¹⁹

4.1.4. CONCEPTO DE DELITO CIVIL.

El delito Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín “delictum”, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena.

En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa. En materia Civil, Según la doctrina legal por delito civil se entiende "***el acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos***

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014), «honor», *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición), Madrid: Espasa.

de otro"²⁰, ya que el título XXXIII, del Código Civil trata respecto de los delitos y cuasidelitos es necesario abordar el tema de los delitos particularmente en materia civil, argumentando que el delito es un hecho antijurídico, el mismo que lleva implícito el dolo que como ya expresamos es clara la intención de causar daño hacia una tercera persona; por ello el delito frente al cuasidelito difiere; ya que en el cuasidelito no existe el dolo, pero si se desprende aquí la culpa por los efectos que causaron este particular.

Para saber cómo debe resarcir los daños ocasionados e identificar el daño y perjuicio, que es distinto que el daño moral, nos remitimos al Código Civil Art 2214 de los Efectos del Hecho, 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.

Se refiere a dos momentos, el primero es el penal, al sujeto activo del delito, luego de sufrir la pena o sanción, tendría la obligación de reparar el daño moral causado al sujeto pasivo del delito; y, el segundo derivado de un cuasidelito, que es por la negligencia, impericia e inobservancia de las leyes, del actor.

Es decir la primera es una situación penal y la otra es una acción civil. Es decir en las dos están obligadas a indemnizar, es decir a pagar el daño emergente y el lucro cesante, independiente de la pena que se les imponga el juez correspondiente.

²⁰ VENINI Juan Carlos, Responsabilidad por daños Contractual y Extracontractual, editorial Juris, 1992, pág. 148

Ya se expresó con anterioridad, que es necesario distinguir el delito frente al cuasidelito, aquí una vez más se ratifica esta aseveración argumentando que el delito está encasillado en materia penal, mientras que el cuasidelito se configura como una acción meramente civil; aunque no hay que dejar de lado que las dos merecen interponer una indemnización correspondiente al daño emergente y al lucro cesante; explicándose así el primero que corresponde a la valuación de carácter económica sobre el deterioro, o perjuicio de los bienes de un sujeto; mientras que el lucro cesante corresponde a los frutos o ganancias que se han dejado de percibir ocasionado por un tercero que se identifica como un perjuicio.

4.1.5. CONCEPTO DE CUASIDELITO.

“Cuasidelito.- Se sustenta en la culpabilidad culposa. Se dice que la culpa grave en materia civil equivale o se asimila al dolor, es lo que configura el delito civil, en cuanto a la responsabilidad contractual, esta recae en el obligado contractual que deliberadamente evade el cumplir con sus obligaciones”²¹ , el citado doctrinario con sus innumerables obras principalmente de carácter civil y procesal civil deja en claro su amplio conocimiento respecto del tema, así como de la práctica forense de éstas; manifestando que en los cuasidelitos en materia civil se ve sustentada por la culpabilidad del sujeto, siendo esta concordante frente al dolor relacionada directamente con la responsabilidad contractual que se ve manifestada por el incumplimiento de sus obligaciones.

²¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2005

4.1.6. CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

“Es aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos sea de sus derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las “facultades” o “presupuestos” de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona etc...”²²

El ser humano es un hombre íntegro y todo daño debe repararse, porque ello es y atañe a su esencia, por eso el derecho de preservar su integridad espiritual y material frente a los hechos o actos de otros hombres.

La trascendencia social, sobre el Daño Moral e inclusive en la actual Constitución Política, se lo ha colocado como principio constitucional.

Es de índole netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza efectiva del ser humano, de tal modo que puede decirse que tal daño se produzca siempre en un hecho externo que afecta a la integridad física y moral del individuo y por lo tanto la apreciación pecuniaria de este debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del Juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditada.

El daño moral se configura con la violación de los derechos que protegen, la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del espíritu, la privacidad, la libertad

²² GARCIA, Falconí José, El Daño Moral en la Legislación Ecuatoriana, disponible en línea www.derechoecuador.com, 2005

individual, la integridad física y las afecciones legítimas como: el honor, la honra, los sagrados afectos etc.

El daño moral afecta a la psiquis que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, es la doctrina del *doloris pretium*. Consiste en el dolo, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos, sólo lo puede hacer exclusivamente, la víctima o su representante legal.

Es procedente el daño moral a una persona ideal, cuando haya sido perjudicada directamente a consecuencia de un hecho y esto es obvio, ya que todo acto o hecho contrario a la ley no deja de dañar gravemente a toda entidad al margen de la faz económica, ora en el buen nombre o en la confianza del público ora en el crédito que goza.

Recordemos que la persona jurídica es sujeto pasivo del daño moral en la actual Legislación del país, puesto que si bien ella no puede alimentarse de sentimientos de bienestar o dicha puede poseer otros bienes extra patrimoniales.

Así se dice que los ataques al crédito y prestigio de una empresa, se equipara al honor de los humanos.

No olvidemos que el daño moral es autónomo del daño patrimonio, así como el daño moral puede configurarse sin que concurra desmedro económico alguno, del mismo modo la sola circunstancia de un daño patrimonial no apareja una lesión a las afecciones legítimas de la persona, pues como se dice afección a

un hecho puede producir daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa.

Por otro lado, no todo perjuicio económico se traduce en un perjuicio espiritual, pues de lo contrario se llegaría a establecer absurdamente de que la víctima de algún daño patrimonial, podría reclamar siempre la reparación de un daño moral; aunque tengo que reconocer que la subjetividad del hombre se encuentra en general de alguna manera y en mayor o menor medida proyectada a sus bienes materiales, de modo que la lesión de estos provoca casi siempre un desazón, una molestia o alteración anímica, pero si no hay interés moral previo y claramente diferenciable del económico en lo que atañe a la conversación de lo que el sujeto sienta por la destrucción, privación o deterioro de la cosa.

4.1.7. CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN.

“La indemnización es la compensación por un daño que se haya recibido”²³. El término se emplea principalmente en el ámbito del Derecho y permite a través de él referirnos a la transacción que se realiza entre un acreedor o víctima y un deudor o victimario, es decir, es la compensación que un individuo puede exigir y eventualmente recibir como consecuencia de haber sufrido un daño, o en su defecto por alguna deuda que mantenga con él otra persona o entidad.

La víctima pedirá una determinada suma de dinero, la cual, deberá de alguna manera equivaler al daño recibido o a las ganancias o beneficios que hubiere percibido si no se hubiese producido el daño por el cual se convirtió en víctima.

²³ Definiciones Ecuador, 2015, Disponible en línea
<http://www.ecured.cu/index.php/Indemnizaci%C3%B3n>

Por esta cuestión es que generalmente ante estos casos se habla de indemnización de perjuicios.

Existen dos tipos de indemnizaciones, las cuales se diferencian en cuanto al tipo de daño producido. Por un lado, la indemnización contractual, la cual será solicitada por el acreedor cuando haya existido un incumplimiento en cuanto a normas oportunamente estipuladas en un contrato suscripto por su parte y por la parte deudora. Y luego está la indemnización extracontractual, la cual se dará a lugar cuando existe un daño o perjuicio hacia otra persona o hacia un bien propiedad del acreedor y no media un contrato.

La indemnización no solamente podrá ser exigida cuando exista un daño directo por parte de un deudor o de un victimario sino que la misma también podrá ser solicitada en caso de contar con un contrato con una empresa aseguradora. Es decir, es común que la gente asegure algunos de sus bienes personales más preciados, como ser casas, automóviles, contra imponderables como robos, choques o hasta incendios; pagando una cuota mensual a una empresa aseguradora, el cliente tendrá sus bienes personales protegidos ante la sucesión de cualquiera de las contingencias mencionadas, entonces, de producirse alguno de estos siniestros se podrá solicitar una indemnización a la compañía contratada, la cual deberá compensar el daño sufrido de acuerdo a las condiciones firmadas en el contrato celebrado oportunamente.

También, el término indemnización se emplea para designar aquello con lo cual se compensa un daño.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. LA ACCIÓN POR DAÑO MORAL.

El daño moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico. La noción se desarrolla en base a los siguientes presupuestos: la naturaleza de interés lesionado y la extra patrimonial del bien jurídico afectado; como ya se explicó en los conceptos anteriores de la presente tesis el daño moral es el menoscabo o detrimento de sus intereses no patrimoniales, de la honra, su espíritu, porque se configura como un acto antijurídico, mismo que debe cumplir con elementos como son la naturaleza del interés lesionado, aquí radica lo que se refería al menoscabo de la honra y prestigio de una persona y; la extra patrimonial del bien jurídico lesionado que se sintetiza en la calidad que tiene el daño moral pues se afecta a un derecho que no corresponde al patrimonio y que es valorable económicamente.

“Los hechos deben ser contrarios al derecho, a la ley sustantiva. Pero en el mundo fenoménico del derecho no solamente existen actos antijurídicos prohibidos por la ley, sino también unos permitidos por la ley. Tiene trascendental importancia diferenciar los unos de los otros, entre los que son producidos con dolo y los que son producidos con culpa. No dan lugar a responsabilidad civil otros hechos antijurídicos, como ciertos delitos que, aunque atentan contra valores sociales, no afectan a una persona en particular”²⁴, el elemento de antijuridicidad se debe tener en claro exponiendo nuevamente que son actos contrarios al orden

²⁴ RECASÉNS SICHES, Luis, Introducción al estudio del Derecho, editorial Porrúa, 1979

público, al derecho, a la normativa legal de un país, hay que también considerar aquellos actos que se producen en casos que la ley no prohíbe que si bien ocasionan daño como son el caso fortuito y la fuerza mayor, así como en materia penal el estado de necesidad, que no atenta sobre una persona en particular, va en contra del orden social claramente; más la ley la ha contemplado como excepciones.

“Como todos los fenómenos del alma humana, el dolor, la pena, la sensación de desamparo y desconcierto que experimenta quien es víctima de un acontecimiento delictuoso o culposo comporta diversos grados y es variable y cambiante como lo es la individualidad psíquica del hombre, esto es el pretiumdoloris”²⁵, este término jurídico facilita la comprensión de las aflicciones que sufre el ser humano cuando ha sido faltado a su honra, su nombre, su prestigio como se lo quiera tratar siempre que se configure como dolor y que existe de por medio ya la culpa o bien el dolo, en el presente estudio no se centra específicamente en la culpa que corresponde a la acción por daño moral; ahí radica la importancia ya que atenta a la individualidad del ser humano.

Se configuran como detrimentos aquellos que atacan al buen nombre de la persona y por ende provocan que existe un menoscabo de su prestigio personal, es decir en general tiende a exponer la reputación al punto que se ve opacada y quebrantada ante la sociedad.

²⁵ CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo, Derecho Civil volumen 1-2, Editora Senal, 1982, pág. 231

Antecedentes de la ley 171 que regula la acción por daño moral. Los artículos 2258, 2258.a y 2258.b del código civil, en la actualidad los arts.2231, 2232, 2233, 2234, fueron el resultado de la publicación de la ley 171, Publicada en el registro oficial el 4 de julio de 1984, agregándose así los artículos correspondientes a la acción por daño moral que en la actualidad son los que se acaba de explicar.

4.2.1.1. REQUISITOS PARA RESARCIR EL DAÑO.

Es necesario conocer los requisitos o presupuestos necesarios para la indemnización o la reparación del daño moral ocasionado al sujeto pasivo del delito o cuasidelito por la conducta dolosa o culposa. Sobre un bien no patrimonial que se traduce en un hecho que no esté relacionada con el patrimonio de una persona, es decir de sus bienes, por lo que afectará necesariamente al buen nombre y prestigio del ser humano. Daño subsistente Por la necesidad que se tiene que sea primero restituido el daño moral, antes que la infracción misma, si es necesario en el campo civil y en el penal según corresponda, ya que hay que recordar que el daño moral permite que lo persiga sin que exista de por medio una sentencia previa. 43 Atentatorio contra el orden jurídico.

Este requisito tiene el carácter de familiar para nosotros, ya que lo hemos venido manejando a lo largo de la investigación, que es un acto contrario al orden jurídico, por las consecuencias que tiene el mismo en la convivencia de las personas, por lo que hay que observar las leyes, costumbres y principios de convivencia. Posición cultural, social, profesional, económica Con el

antecedente expuesto, se espera que para resarcir los daños, mediante la indemnización se considere la situación social, cultural tanto de la víctima así como del agresor, ya que si bien se merece más que las simples disculpas, por que estarán a merced de la administración de justicia.

El mismo tratadista GARCÍA FALCONÍ, José hace mención de los requisitos para que proceda la reclamación por daño moral, como sigue:

1. “Que el hecho u omisión haya sido ejecutado por persona capaz.
2. Que el hecho u omisión provenga de culpa o dolo del demandado
3. Que el hecho u omisión produzca daño;
4. Que entre el hecho u omisión y el daño, existe una relación de causalidad”²⁶

Esta clasificación permite analizar en primer lugar que la omisión debe ser ejecutado por un capaz, algo cierto ya que los incapaces no son responsables por sus actos derivados de sus incapacidad; que esa omisión sea producto de la culpa o dolo del demandado que sea relaciona acertadamente como ya se ha explicado anteriormente la culpa en caso de los cuasidelitos, mientras que el dolo para los delitos; que dicho hecho produzca daño es necesario, que el dolo o culpa tenga como consecuencia un daño caso contrario no se cumpliría con este requisito; y por último que la omisión y el daño contengan una relación de causalidad que en definitiva es necesario esto porque la omisión misma deriva en el daño provocado a un tercero.

²⁶ GARCÍA FALCONÍ, J. (2004). Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano. Quito: Heliasta.

4.2.1.2. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.

No existe una clasificación que sea rígida, sino más bien se acude al criterio y punto vista para lo cual, lo clasificamos, como sigue²⁷:

- a. Daño patrimonial y
- b. extra patrimonial

a. Daño patrimonial.- El primero de ellos alude a aquellos que producen una merma o menoscabo evaluable en dinero sobre intereses patrimoniales de una persona, aquí se diferencia el daño emergente y lucro cesante.

b. Daño extra patrimonial.- Desprende de la vida privada, puesto que cuando se trastorna la vida privada, la persona aparentemente sufre un daño extra patrimonial, pero no se puede negar que éste puede traer consigo consecuencias económicas, como se ha comentado a lo largo de esta investigación hay que tener en claro que el daño moral es meramente no patrimonial, más la doctrina la clasifica como patrimonial y extrapatrimonial, diferenciando que la primera afecta directamente al patrimonio reflejado en el detrimento del mismo y, el segundo es el que afecta directamente a la vida privada del sujeto pasivo como ya se decía a su honor, sus sentimiento y sus prestigio.

Daño Emergente y Lucro Cesante:

a. Daño emergente.- Aquel que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima. Por ejemplo “x” incendia el vehículo de un

²⁷ PEÑA JUMPA, Antonio, Justicia Comunal en los Andes Perú, Fondo Editorial 1998.

sujeto “y”. Esta conducta va a generar que el bien “automóvil” salga del patrimonio de “y”.

- b. Lucro cesante.-** “Aquel que genera que la víctima deje de percibir por efecto del daño un determinado bien; es decir; que por efectos del daño no ha ingresado un determinado bien en el patrimonio de la víctima, la referida clasificación está contenida en el daño patrimonial pues de ahí se derivan el daño emergente y lucro cesante, ratificando que el daño emergente genera la pérdida de un bien, mientras que el lucro cesante una disminución de los ingresos que solía tener por concepto del daño.

Daño cierto e incierto.

- a. Daño cierto.-** El que tiene una existencia actual o futura.
- b. Daño incierto.-** Aquel que puede producirse o no, después de dada una causa, otra de las clasificaciones relevantes, es la que menciona al daño cierto e incierto, argumentando que el primero está vinculado con un hecho presente o futuro que en definitiva es consecuencia de una omisión que ha provocado el daño; mientras que en el incierto existe incertidumbre acerca de que puede o no suscitarse el daño.

Daño al interés positivo y al interés negativo

- a. Daño al interés positivo.-** Es el que persiguió un contratante al celebrar el acto, que se frustra por el incumplimiento del obligado.
- b. Daño al interés negativo.-** El lucro cesante o el daño emergente causado por la invalidez o la ineficacia del contrato, esta clasificación en igual sentido lleva inmerso el daño patrimonial ya que se habla de

incumplimiento de un contrato en que se habla de interés positivo y negativo; el primero de ellos que básicamente está relacionado con la frustración del objeto del contrato, mientras que el negativo se refiere al lucro cesante y daño emergente que ya se ha tratado con anterioridad.²⁸

Daño subjetivo y daño objetivo.

- a. **Daño subjetivo.-** Es el que agravia u ofende a ser humano mismo.
- b. **Daño psicosomático.-** Aquel que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que son los que determinan la salud del mismo, dentro de éste encontramos en daño biológico y daño a la salud.
- c. **Daño de libertad.-** Que es el daño que afecta el proyecto de vida, aquel daño que recae sobre la persona del sujeto que le impide realizar su actividad habitual que es aquella que efectuaba para proveerse los bienes necesarios para su sustento.
- d. **Daño objetivo.-** Es aquel que afecta la esfera patrimonial del sujeto, es decir aquel que incide sobre los objetos, que integra su patrimonio: aquí tenemos el daño emergente y el lucro cesante

Esta clasificación es quizá una de las más importantes ya que en ella está contenido todo lo que deriva del daño, enfocado desde el punto de vista patrimonial y no patrimonial, siendo este último de utilidad para la investigación, ya que ahí encontramos el daño psicosomático o psicológico y el de daño a la libertad que se traducen en atentados a la psiquis y a la honra de las personas pertenecientes al daño moral. Características²⁹.

²⁸ PEÑA JUMPA, Antonio, Justicia Comunal en los Andes Perú, Fondo Editorial 1998.

²⁹ IBIDEM

4.2.2. DERECHOS PATRIMONIALES.

Los **derechos patrimoniales** son una clasificación dentro de los derechos subjetivos. Son susceptibles de tener un valor económico y se contraponen a los derechos extra patrimoniales

Los derechos patrimoniales se subdividen en derechos reales, derechos personales y derechos intelectuales.

Los derechos patrimoniales reflejan sobre el patrimonio y son aptos para satisfacer necesidades valorables en dinero. Integran los derechos patrimoniales los derechos reales y los derechos personales. Para los romanos el patrimonio estaba constituido por todos los bienes, créditos, derechos y acciones de que fuere titular una persona y las deudas y cargas que la gravaran. Los modernos basados en la concepción de Aubry y Rau lo consideraron “***Un atributo de la personalidad, consistente en todos los bienes y créditos de los que era titular una persona, y las cargas que la gravaran. No puede existir persona sin patrimonio, ni patrimonio sin persona de su tutela***”³⁰.

4.2.3. DAÑO MORAL DERIVADO DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.

Aunque la reparación del daño moral extracontractual ha sido aceptada por la jurisprudencia desde comienzos de siglo, su reconocimiento en materia contractual ha sido bastante tardío. En efecto, salvo el caso del contrato de

³⁰ <http://legislaciondesistemas03.blogspot.com/p/derechos-de-autor.html>

transportes y de los accidentes del trabajo la reparación del daño moral contractual ha sido comúnmente aceptada desde hace no más de quince años.

Sin embargo, en la actualidad se aprecia una tendencia a unificar los distintos regímenes de la responsabilidad, por lo que como planteara Cristóbal Montés que “lo cierto es que el daño moral puede presentarse lo mismo cuando alguien resulta afectado por el acto ilícito ajeno en el ámbito de la responsabilidad extracontractual como cuando en la esfera de la responsabilidad contractual resulta imposible realizar la prestación debida por hecho imputable al deudor.”³¹

Fueyo Laneri en su definición de daño moral plantea que es “aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal.”³²

Algunos autores como Álvarez Vigaray afirman que sería incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de efectuar una convención para asegurarse la satisfacción de un interés suyo extrapatrimonial, realizando, en cambio, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario. Es evidente que los fundamentos que apoyan la admisibilidad de la reparación pecuniaria

³¹ CRISTOBAL MONTÉS, A.: *El Daño Moral Contractual*, Revista de Derecho Privado, enero de 1990, Madrid, pág. 8.

³² FUEYO LANERI, Fernando: *Instituciones De Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pág. 68.

del daño moral en sede de responsabilidad aquiliana³³, mantienen su validez y aplicabilidad en el marco de la responsabilidad que se derive por incumplimiento del contrato.

Pero existe aún duda en relación a qué casos concretos derivados del contrato pueden ocasionar daño moral. Es válido señalar que la jurisprudencia francesa se destaca por ser pionera en el estudio del tema del daño moral en general y del contractual en particular. Uno de los ejemplos que se señalan es el incumplimiento de una convención referente a un bien que no posee sino un valor moral, como el depósito de un retrato de familia, entre otros.

En un estudio realizado por Hugo A. Cárdenas Villarreal³⁴ en su comentario a Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago del 5 de diciembre de 2005, publicado en la Revista Chilena de Derecho, plantea que no se puede afirmar coherentemente que el daño moral derivado del incumplimiento contractual no resulta reparable. Y es que, a pesar de algunas vacilaciones en la jurisprudencia de tribunales inferiores y Cortes de Apelaciones de dicho país, se evidencia que existe una línea jurisprudencial clara en que la Corte Suprema se ha pronunciado por la acogida en el derecho chileno de la reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual; por lo que el clamor por la uniformidad de las resoluciones judiciales en esta materia, no es más que una

³³ Lex Aquilia de damno dato que sometió a reglas uniformes los daños en las cosas por actos inmediatos del autor, y con posterioridad se extendió a los daños en las personas, sustituyendo la venganza por otro mecanismo alternativo, la imposición de una sanción. Esta clase de culpa genera una responsabilidad no porque se incumpla alguna de las obligaciones del contrato sino porque se omite un deber de diligencia que incumbe a toda persona.

³⁴ CÁRDENAS VILLAREAL, H.A.: *Daño Moral Por Incumplimiento De Contrato: Un Réquiem por la Uniformidad Jurisprudencial*, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, 2006, pp. 585 – 593.

petición de principio en orden a mantener la coherencia y seguridad del sistema jurídico. Al igual que en otros ordenamientos que generalmente han alcanzado en estas materias un mayor y más acelerado grado de evolución, la jurisprudencia chilena comienza reconociendo la reparación del daño moral que deriva del incumplimiento contractual en ciertas áreas. Uno de los casos que motivaron las primeras sentencias fue el contrato de transporte, a mediados del siglo pasado, concedieron la reparación este tipo de daño por incumplimiento contractual. Básicamente los juzgadores se percataron de la desigualdad de trato que suponía que al transeúnte involucrado en el accidente se le reparara íntegramente el daño (incluyendo el moral), mientras que al pasajero, por el solo hecho de tener un contrato de transporte, se le limitaba la reparación, indemnizándose tan solo del daño emergente y el lucro cesante.

La problemática que gira en torno a la indemnización pecuniaria de los daños morales derivados de las relaciones contractuales presenta dos manifestaciones distintas. Una, la situación contractual en que la prestación, objeto de la obligación, tiene naturaleza no patrimonial, cuyo incumplimiento, por corresponderse con la afectación de un interés no patrimonial del acreedor, aparejará la producción de un daño moral. Otra, la situación de aquella relación contractual en la que, tratándose de obligaciones de naturaleza estrictamente patrimonial, el incumplimiento defectuoso puede originar la coexistencia del daño moral y el patrimonial y por tanto se deben reparar ambos.³⁵

³⁵ http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7490

4.2.4. REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL A CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO EXTRACONTRACTUAL.

La palabra responsabilidad proviene del latín *respondere*³⁶, que se refiere a la capacidad de una persona para responder sobre los hechos propios, lo cual no es necesariamente una regla, como veremos más adelante. Conforme a la doctrina el término "responsabilidad" significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

La responsabilidad civil extracontractual subjetiva, establecida desde los tiempos de la antigua Roma, en la que la Ley de las XII Tablas autorizaba a los acreedores a conducir después de sesenta días de prisionero al deudor para venderlo como esclavo, fue desarrollada por obra de los juristas medievales en relación al daño, se vincula a la necesidad de demostrar la culpa negligencia, imprudencia o impericia, o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso.

En nuestro País, esta figura jurídica, que prescribe la obligación de reparar los daños junto con los perjuicios, considerando para ello el dolo, la culpa, la negligencia o la imprudencia. Esta norma legal establece la relación entre el daño -perjuicio- y la reparación y el nexo de referencia, precisa la concurrencia de ciertos elementos, a saber, el daño causado, la anti juridicidad y la culpabilidad.

³⁶ Diccionario Etimológico de la Real Academia de la Lengua Española, 2002

Las diferencias fundamentales entre la responsabilidad contractual y la extracontractual reside en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato, el acreedor de la respectiva prestación no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto lícito.

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, pues obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta. La diferencia entre ésta y la extracontractual, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa.

Otra diferencia importante entre ambas, es que la responsabilidad contractual puede ser limitada mediante una cláusula limitadora de la responsabilidad cláusula penal, por ejemplo, si bien existen excepciones. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existen las cláusulas de exoneración de la responsabilidad porque no existe contrato.

4.2.5. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

Al hablar de indemnización por daño moral entramos al terreno de lo subjetivo. Debido a que se trata de un daño que no afecta el patrimonio de la víctima, no es posible fijar una cuantía que repare lo perdido, pues ¿cuánto vale la vida? Incluso, a nivel

doctrinario se discute si es adecuado efectuar este tipo de resarcimiento con dinero, ya que no se trata de una situación patrimonial. Otras interrogantes se formulan supuestos de casos semejantes: ¿se debe dar una misma suma de dinero a las víctimas? ¿Qué consideraciones debe asumir el Juez para determinar esa suma?³⁷

Existe, además, el daño moral contractual, que resulta de la inexecución de una obligación. En este supuesto, adicionalmente al daño patrimonial que se le genera al acreedor, es posible que se cause un daño moral, dependiendo de la naturaleza de las infracciones.

Cuando una persona sufre un daño, una lesión a su patrimonio o a algún bien extrapatrimonial, el Derecho ha diseñado un sistema para que la víctima no se vea desamparada en su pesar. En este sentido, existen normas que obligan al responsable del perjuicio a resarcir el daño ocasionado, generándose la responsabilidad civil.

Ésta es definida como el conjunto de normas que como sanción obligan a reparar las consecuencias dañosas, emergentes de un comportamiento antijurídico, que es imputable, física o moralmente, a una persona.³⁸

Se le considera también como “el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a un deber u obligación. Si actúa en la forma indicada por los cánones, no hay problema ni ventaja y resulta superfluo indagar acerca de la responsabilidad ahí emergente. En estos casos continúa el agente, sin duda, siendo responsable por su proceder, pero la verificación de ese hecho no le acarrea obligación alguna, esto es, ningún deber, traducido en sanción o reposición, como

³⁷<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral>.

³⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Contratos, Buenos Aires: EDIAR, 1988, pàg.337.

sustituto del deber de obligación previa, precisamente porque la cumplió. Lo que interesa, cuando se habla de responsabilidad, es profundizar el problema de la violación de la norma u obligación ante la cual se encontraba el agente.”³⁹

Cuando ocurre el daño, a la manera de reparar las consecuencias dañosas se le conoce como indemnización, la cual usualmente comprende una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado. En ese orden de ideas, “para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante.”⁴⁰

Para determinar los casos en los que existe responsabilidad civil, no basta acreditar la existencia de una lesión a un derecho, sino se debe cumplir con los siguientes presupuestos:

- (a) La antijuridicidad o ilicitud.
- (b) La imputabilidad, elemento que se forma sobre la base de dos factores: la culpa y el dolo.
- (c) El daño.
- (d) La relación de causalidad.

³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003, pág. 242.

⁴⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003, pág. 235.

La antijuricidad o ilicitud supone un acto o una omisión cometidos en contra de una norma del ordenamiento jurídico. A su turno, la imputabilidad determina si una persona puede ser responsable por el daño que ha causado. Para los profesores franceses Colin y Capitant⁴¹, la culpa es el elemento esencial de la responsabilidad.

Siendo así, señalan que la culpa quiere decir que ese hombre no se ha conducido como hubiera debido conducirse, que no ha hecho lo que hubiera debido hacer. Pero señalan que solo hay responsabilidad allí donde hay facultad de razonamiento. La doctrina es unánime en considerar al daño como el factor principal de la responsabilidad. Sin daño, efectivamente, no hay acto de reparación. Si bien el daño está regulado en el Código Civil, éste no nos brinda una definición del mismo. De tal manera que debemos acudir a la doctrina para poder establecer los alcances de esta concepción.

Al respecto, Lafaille⁵ apunta que el daño es el detrimento, la lesión total o parcial, y abarca, asimismo, el beneficio que no pudo hacerse efectivo.

A su turno, Alfredo Orgaz⁴² lo define como el menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones, o bien, en otras hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afecciones legítimas.

Para Jaime Santos Briz, el daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y de la cual haya de responder otra. Además, el concepto de daño debe incluir la nota de antijuridicidad, pues tiene que existir una infracción a la norma jurídica.⁴³

⁴¹ COLIN & CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo 3, Instituto Editorial Reus, 1943, pág.819.

⁴² ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Editorial OMEBA, 1960, pág. 37.

⁴³ SANTOS BRIZ, Jaime citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 pág.369

Para Felipe Osterling⁴⁴, el daño, desde una óptica jurídica, es la lesión que por dolo o culpa “de otro” recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, lesión que le genera una sensación desagradable por la disminución de ese bien, es decir, de la utilidad que le producía, de cualquier naturaleza que ella fuese; o que es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes a causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole material o moral, o de orden patrimonial o extrapatrimonial.⁴⁵

De lo expuesto se desprende que existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral. El daño material o patrimonial es aquél menoscabo que experimenta una persona. Él recae sobre el patrimonio, sea directamente en las cosas o bienes que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades.

A su vez, la doctrina distingue el daño patrimonial en dos formas típicas: “daño emergente” y “lucro cesante”, siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, ésta debe comprender ambos aspectos, salvo que la ley estipule lo contrario.

A su turno, y conforme lo expresa Millán Puelles⁴⁶, *nuestra categoría de personas nos viene justamente de tener libertad y entendimiento, que no son atributos materiales, sino espirituales*. De tal manera que los bienes materiales no son los únicos susceptibles de percibir un daño, sino también aquellos que no ocupan un espacio físico. La persona puede sufrir atentados contra su integridad, salud mental y

⁴⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 pág.373.

⁴⁵ BALTIERRA RETAMAL, Enrique, citado por TAMASELLO HART, Leslie. *El Daño Moral En La Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969, pág. 14.

⁴⁶ MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona Humana y Justicia Social*. Segunda Edición, Ediciones Rialp, S.A, Madrid, pág. 20

psicológica, el honor, reputación y demás bienes extrapatrimoniales. En estos casos no se podría aplicar el daño patrimonial, por lo que el legislador peruano acertadamente ha previsto en el Código Civil la tutela del daño moral.

La figura comentada es la afectación a los derechos personalísimos que, como menciona Roberto Brebbia⁴⁷, son aquellos que el ser humano posee por su condición de persona y no pueden ser objeto de comercio jurídico.

Por su lado, Trigo Represas menciona que se trata de un "...agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos, o sea de esos derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las 'facultades' o 'presupuestos' de la personalidad."⁴⁸

El daño moral surge cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas.

Para un mejor entendimiento debemos apreciar qué es lo que se daña con el acto ilícito. En ese sentido, no se daña el derecho que protege el objeto, debido a que este se viola o contradice. Tampoco se daña el poder de actuar hacia el objeto mismo o hacia la expectativa de satisfacción, ya que éste se neutraliza o paraliza. Lo que se daña es el objeto mismo sobre el cual recae la acción. De manera tal que cuando la acción recae sobre uno de los modos de ser espirituales, esto es sobre manifestaciones personalísimas, es daño moral.⁴⁹

⁴⁷ BREBBIA, Roberto, *La Lesión del Patrimonio Moral*, en: Derecho de Daños, Ediciones la Rocca, 1989, pág. 229.

⁴⁸ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello, Librería Editora Platense, La Plata, 1981, pág. 34

⁴⁹ TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S, citados en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 pág. 382.

En ese sentido, sostengo junto a Castillo Freyre que la definición de daño moral debe ser lo más amplia posible, incluyendo todo daño o perjuicio a la persona en sí misma —física o psíquica—, así como todo atentado contra sus intereses extrapatrimoniales, es decir, “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.”⁵⁰

Es justamente éste el fundamento que justifica la aceptación del daño moral a las personas jurídicas, por cuanto también son susceptibles de la lesión de bienes no patrimoniales. Tal como afirma Brebbia⁵¹ el daño moral es toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. Siguiendo esta línea de pensamiento, sería inaceptable dejar desprotegidos estos derechos de una persona jurídica y se debe tomar en cuenta que toda persona titular de derechos subjetivos extrapatrimoniales o de intereses legítimos que revistan el mismo carácter puede ser sujeto pasivo de daño moral.

Llambías, por su parte, ha reconocido como derechos extrapatrimoniales de las personas los atributos inherentes a la personalidad. Asimismo reconoce el derecho al honor o buena fama, pudiendo las personas morales ser víctimas de calumnias e injurias. Además, reconoce los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y libertad de enseñanza. Por último, afirma que las asociaciones y fundaciones gozan de derechos disciplinarios respecto de terceros y en conformidad con sus estatutos.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. «La Indemnización Por Daño Moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado». En *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, Vol. 25, N.º 1, pág. 43.

⁵¹ Citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003 pág. 437.

Negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas o de existencia ideal demuestra una visión restringida del daño moral, y se estaría dejando desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección.

Debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo.

Además, el daño moral es irreparable, toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original. A manera de ejemplo, si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia. Esta posición es respaldada por Cifuentes⁵² quien señala que no es posible la reparación integral con la equivalencia perfecta e idéntica a la que se procura frente al daño material.

Asimismo, la esencia del daño moral o extrapatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última.⁵³

Supongamos, por ejemplo, que la víctima de un accidente de tránsito es un joven futbolista quien acaba de firmar contrato con uno de los clubes de fútbol más importantes de Europa y en aquel accidente pierde la pierna. Se podrá determinar con

⁵² CIFUENTES, Santos. El Daño Moral Y La Persona Jurídica En: Derecho De Daños, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires, pág. 397.

⁵³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, Págs. 243-244.

facilidad el daño emergente e incluso el lucro cesante, basándose en el contrato que suscribió con el equipo europeo. Pero ¿el daño moral? ¿Se deberá tomar en cuenta la depresión, la condición económica de su familia? ¿Qué parámetros deberá seguir el juez para lograr una indemnización que resulte justa?

La indemnización, es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño. El propósito de esta cantidad de dinero percibida por la víctima se encuentra en discusión dividida a nivel doctrinal. Por un lado, cierto sector establece que posee carácter resarcitorio; y por el otro, se sostiene que es de carácter punitivo o sancionatorio.

Resulta obvio, a mi entender, que en materia de responsabilidad civil la reparación del daño es una obligación de naturaleza civil, a diferencia de las penas de privación de la libertad, que son punitivas y privativas y que operan en materia penal.

Así, el fundamento de la responsabilidad se centra en la regla moral que establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro. Si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados, sea que estos deriven del incumplimiento de una obligación previamente contraída (responsabilidad civil contractual), o sea que emanen de un hecho previsto por la norma jurídica y que viola un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado (responsabilidad extracontractual). Dicho fundamento lleva anexo el principio de buena fe que debe

imperar y con el que precisan impregnarse todos los actos o negocios celebrados o a celebrarse.⁵⁴

En ese sentido, Alfredo Orgaz⁵⁵ afirma que tanto la indemnización de los daños materiales como la de los morales tiene un estricto carácter de reparación, al menos en el Derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito.

El carácter resarcitorio de la indemnización también es defendido por Bustamante Alsina, quien manifiesta que el daño moral no difiere de la reparación del daño material, que aquél como éste no es sino especies del daño y, por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria.

Ripert,⁵⁶ defendiendo la postura que considera como fundamento de la indemnización la función punitiva, señala que lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Para él, los daños e intereses tienen carácter ejemplar.

Contestando esta posición se pronuncia Santos Cifuentes en su obra “El daño moral y la persona jurídica”, en la que procede a establecer la definición de la pena y en base a ello refuta la afirmación de Ripert.

⁵⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003, pág. 240.

⁵⁵ ORGAZ, Alfredo. El Daño Resarcible, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1960, págs. 230 y 231.

⁵⁶ RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles, Bogotá, 1946, págs. 181.

“La pena no es directamente reparatoria del delito, no compone la ofensa que el delito traduce ni se impone para lograr ese objetivo, La pena no es una retribución en el sentido gramatical de esta palabra. Es retribución porque es con lo que la sociedad responde al mal que, como defensa de los derechos de los otros individuos o de la sociedad, implica el delito.”⁵⁷

Sin embargo, existe en doctrina una posición mixta. Ésta consiste en que si se está de acuerdo en que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. Así, esta posición concluye que no es posible adoptar un criterio apriorístico, dogmático, que satisfaga de antemano; y que la reparación del daño moral puede revestir el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se le atribuye.

En doctrina nacional, Espinoza⁵⁸ propone clasificar las funciones de la responsabilidad civil a partir de sus protagonistas. Señala que con respecto a la víctima, es satisfactiva; al agresor, sancionadora, y a la sociedad, disuasiva o incentivadora de actividades. Así mismo, señala que es común a los tres anteriores la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

⁵⁷ CIFUENTES, Santos. El daño moral y la persona jurídica en: Derecho de Daños, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires, pàg.397.

⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Tercera Edición, 2005. pág. 50.

Por otro lado, la indemnización “se trata de no dar a la víctima más de lo necesario para borrar el perjuicio sufrido, evitando de este modo que se enriquezca injustamente; pero se trata también de no darle menos, transformando la reparación en algo ilusorio, simbólico o simplemente inconducente a los fines perseguidos.”⁵⁹

Es así que se suele utilizar sumas de dinero para efectuar el resarcimiento del daño, toda vez que se entiende que el dinero es el único medio idóneo de dar a la víctima aquellas satisfacciones que, si no harán desaparecer los sufrimientos padecidos, por lo menos han de paliar sus efectos.⁶⁰ Defendiendo esta posición, se encuentra el profesor argentino Alfredo Colmo,⁶¹ quien contradiciendo a quienes sostienen la inmoralidad de la reparación en dinero, por cuanto se materializa un valor objetivo, señala:

1. Que debiera indicarse, en todo caso, otra forma de reparación adecuada, ya que no se pone en tela de juicio con tal argumento, la necesidad misma de la reparación.
2. Que hay valores morales retribuidos en dinero a los médicos, abogados, profesores, etc., que no son mirados por eso como inmorales en ninguna parte del mundo.
3. Que la reparación en dinero es la única concebible, por lo mismo que no hay otra que pueda suplirla, por donde en el peor de los

⁵⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El Valor de la Vida Humana, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1991, pág. 87

⁶⁰ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 242.

⁶¹ COLMO, Alfredo. De las Obligaciones en General, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1944, pág. 137.

casos, resulta un mal necesario e insustituible.

4. Que en todo caso con el dinero es posible procurarse goces que compensen los perdidos.
5. Que finalmente esa reparación llena en el caso no una función de equivalencia, como en los daños pecuniarios, sino de satisfacción...

No obstante, dicha cuantificación, en la práctica, resulta complicada, tanto en los daños patrimoniales como extrapatrimoniales, ya que no se tiene en cuenta solo el objeto dañado, sino el valor para la persona.⁶²

Si se tiene en mente que “reparar” significa devolver el bien dañado a su estado anterior, fácilmente se llegaría a la conclusión de que dicha acción no es posible en todos los supuestos. De esa manera se manifiesta Bustamante Alsina cuando señala que reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido.⁶³ Tanto en el daño patrimonial como en el extrapatrimonial, resulta complicado para el juez, el Derecho y en general para cualquier persona, devolver las cosas a su estado anterior al accidente. En estos casos, ¿deberá el juzgador abstenerse de tratar de resarcir el daño?

Claro que no, ya que lo que busca el Derecho es encontrar la solución más justa posible. Por esa razón, el Derecho positivo ha optado por establecer reglas de indemnización que busquen compensar el daño padecido por la víctima a través

⁶² MAZEAUD, Henri y León; André TUNC, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Tomo I, Vol. 1, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, pág. 441.

⁶³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de Responsabilidad Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 240.

de sumas de dinero que reflejen lo más objetivamente posible el valor del bien dañado.

En la misma línea de pensamiento se basa el principio que fundamenta la indemnización en los casos en que se reclama por daño moral. Así, los profesores franceses Mazeaud y Tunc señalan que la indemnización no siempre busca rehacer el bien ultrajado, sino brindar a la víctima la posibilidad de experimentar situaciones satisfactorias equivalentes a las que ha perdido.

Entonces, ¿cómo se debe determinar el valor del resarcimiento?

De lo expuesto se tiene ya bastante claro que no es posible utilizar criterios objetivos para determinar la suma de la indemnización por daño moral, debido a que éste supone una afectación a un bien abstracto, solo comprobable por el propietario.

El profesor argentino Eduardo Zannoni,⁶⁴ señala que cada juez, en cada caso concreto, condena a la reparación equitativamente teniendo en consideración las circunstancias del hecho, la conducta del agente, la situación existencial, individual y social, de la víctima o damnificados, etc. Es decir, procurando que la “condena” realice la justicia conmutativa. Tal es el significado que debe darse al prudente arbitrio judicial que se reclama en la aplicación de las normas generales.

Además, se estima que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

⁶⁴ ZANNONI, Eduardo. El Daño En La Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, pág. 289.

De nada basta sostener que debe resarcirse a la víctima por daño moral, para luego, al tiempo de determinar el monto de la indemnización, hacerlo con una suma puramente simbólica, que nada compensa; o bien, hacerlo arbitraria o caprichosamente.

“Ni indemnizaciones simbólicas o insignificantes; ni indemnizaciones enriquecedoras; ni indemnizaciones arbitrarias. Nada de eso hace bien a la idea de justicia y equidad que se busca consagrar”.⁶⁵

Al respecto, José A. Martín de Mundo⁶⁶ señala que el cálculo de lo moral es solo una cuestión de hecho comprobada en la realidad de la vida: son las circunstancias de persona, lugar y tiempo, en defecto de las previsiones contractuales, las llamadas a establecer el criterio judicial sobre la cantidad y procedencia de la indemnización pedida, con arreglo, naturalmente, a la prueba producida por el acreedor reclamante en las actuaciones que se consideren.

Así, Mosset Iturraspe⁶⁷ y Ravazzoni,⁶⁸ indican que en la evaluación del daño en sí, cabe dilucidar si priman los criterios objetivos o subjetivos. Los primeros parten, en sede de daño moral, del “hombre medio”, del “interés tipo”, del “sufrimiento normal”. Los segundos, en cambio, atienden al perjudicado en concreto, a su “dolor”, a su situación personal, con base en su sensibilidad, su entorno, sus circunstancias.

⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003, pág. 421.

⁶⁶ DE MUNDO, José A. Martín. El Daño Moral En La Doctrina, El Derecho Positivo Y La Jurisprudencia. En *La Ley* 62, 1951, pág. 163.

⁶⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Citado en OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta. Parte Tomo X, 2003, pág. 422.

⁶⁸ RAVAZZONI. La Reparación Del Daño No Patrimonial. Milano, 1962, pág. 92.

Del mismo modo, se dice que la evaluación del daño debe llevarse a cabo en concreto, teniendo en cuenta la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales que el juzgador debe tratar de aprehender, rechazando lo genérico o ficticio.

Entonces, la cuantía debe medirse prestando atención a la intensidad del daño moral causado y no con exclusiva importancia al grado de culpabilidad y reprochabilidad del obrar del agente, ya que la indemnización del daño moral tiene por naturaleza no solo el ser punitorio, sino también un propósito de resarcimiento o compensación para la víctima.⁶⁹ Simultáneamente, se debe analizar cada caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones. Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, para tratar de compensar de la manera más efectiva el daño producido.

A pesar de lo expuesto, resulta necesario señalar que el derecho a reclamar la indemnización no se puede extender a todas las personas que tengan un sufrimiento. Es así que en la doctrina nacional, De Trazegnies pone una limitación a este derecho al señalar que “no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que esta otra lo soporte.”⁷⁰

“Buena razón” es un término que deberá ser regulado por la jurisprudencia, ya que de indemnizar a cada persona que haya sufrido un agravio a un bien no patrimonial, se impondría al responsable la obligación de resarcir en un monto

⁶⁹OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003, pág. 424.

⁷⁰ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, págs. 47-48.

superior al daño que hubiese podido causar. Es necesario entonces encontrar criterios que delimiten el grupo de personas accesibles a este derecho.

Para que se pueda resarcir el daño moral se deben cumplir ciertos requisitos. Al tratarse, como ya se ha mencionado, de un daño no patrimonial, no se puede saber a ciencia cierta quiénes son aquellos que han padecido dicho agravio, debido a la naturaleza extrapatrimonial del mismo que dificulta su probanza. Resulta entonces necesario establecer quienes podrían ser titulares del derecho de exigir la reparación monetaria.

Así, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito. Quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más. No se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones.

En segundo lugar, el daño debe ser cierto. Esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante.

Además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido. La reparación no tiene por objeto restablecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima.

Finalmente, se necesita que quien lo invoque pueda ser considerado como un “damnificado” en sentido jurídico. De esto se desprende que se debe establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización, puesto que de ser todos aquellos los que sufren el agravio, la multiplicidad de damnificados (familiares, pareja, amigos, etc.) perjudicaría devastadoramente al responsable, desvirtuando el sentido de justicia destinado a la indemnización.

Respecto a esto último, ello representa un peligro para el responsable, ya que la relación de personas que se puedan ver afectadas moralmente por un hecho puede resultar inmensa, perjudicando económicamente de manera exagerada a quien deba efectuar la reparación

Actualmente a nivel de legislación comparada se utiliza como criterio para limitar a los accionantes el vínculo de parentesco en relación con la víctima. En ese sentido, en los casos de homicidio, tanto el Código Suizo de las Obligaciones como el Código Civil de México conceden reparación del perjuicio moral a la familia del fallecido. El Código Venezolano y el Proyecto Francoitaliano de las Obligaciones y Contratos la reconocen a los parientes afines y cónyuges.

El concepto de daño moral debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales.

Aunque el daño moral no debería ser resarcido físicamente, hasta el momento el dinero es el único medio idóneo con el cual realizarlo. Dicho instrumento otorgará a la víctima ciertas satisfacciones que podrán compensar el daño causado, mas nunca eliminará el perjuicio sufrido. Se trata entonces de buscar la manera de balancear la situación del perjudicado, proponiéndole ciertos beneficios a cambio de su malestar.

El daño moral no puede ser estandarizado. Para determinar su valor, el juez deberá tomar todas las consideraciones pertinentes y utilizar las pruebas presentadas por las partes a fin de decidir lo más justo. Se debe tener en cuenta que no se trata de castigar al responsable, sino de apaciguar las heridas causadas a la víctima. Bajo ese pensamiento, se debe considerar además la condición económica del responsable, ya que el derecho no busca convertir a éste en una víctima más.

4.2.6. LA CUANTIFICACIÓN LEGAL

Para tratar el tema de la cuantificación legal para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral es necesario analizar los principios que priman al momento de que el juez decide sobre el monto resarcible para el daño moral.

En nuestra legislación no contamos con principios, bajo los cuáles se rijan este tipo de acción, más hay que mencionar que se toma en consideración principios que a nivel judicial se observan para éste tipo de acciones, detallando los principios como siguen:

- a. **Principio de reparación integral** Según el principio de reparación integral se debe reparar todo el daño, pero no más allá de éste. ALTERNI indica que ***“solo tiene sentido hablar de reparación plena, entendiéndose por tal la que condice con plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño”***⁷¹

⁷¹ DE VIDAL, Mariana Mariani, Curso De Derechos Reales Volumen 2, Editorial Zavalía, 1974.

- b. **Principio de Justicia** es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo. Simplificadamente se puede afirmar que la justicia es dar a cada uno lo suyo, según lo que le pertenece o se merece por sus logros o defectos o por sus actos de justicia.
- c. **Principio de Equidad.** El principio de equidad es importante para la determinación de la reparación del daño moral. Es pertinente ya que la equidad es una herramienta que tiene el juzgador que le ayuda aplicar la ley en un caso concreto. El juez debe saber cómo aplicar esa ley para cada caso, ya cada caso es diferente.
- d. **Principio de seguridad jurídica.-** Principio que tiene que ver con la reparación y la cuantificación pecuniaria del daño moral. Es trascendental ya que en un estado debe haber seguridad jurídica. El individuo de una sociedad al que se le ha violentado sus derechos y le han producido un daño, tiene derecho a una reparación por esos daños.
- e. **Principio de Prudencia.-** *“La prudencia es la cualidad esencial de todo jefe. Esta virtud social, moral y política puede definirse como la aplicación de nuestros conocimientos generales a la solución de los asuntos particulares y concretos”*⁷² De lo referido en el párrafo transcrito arriba, hay que recalcar que la función del juez va más allá que limitarse a las normas legales en la administración de justicia, es fundamental que las sentencias estén motivadas en cuando al principio de reparación integral mismo que persigue en lo posible restituir el daño

⁷² GUDYNAS Eduardo, Ecología, Economía Y Ética Del Desarrollo Sostenible De América Latina, 2002

causado al afectado; el principio de justicia que en síntesis se le da a cada quien lo que le corresponde, hablando del derecho se le reconoce sus derechos a la parte que tiene la razón; principio de equidad que tiene que guardar correspondencia entre el daño ocasionado y la indemnización a la misma puesto que no todos los daños morales son iguales; por último la prudencia si bien no es un principio es un atributo que debe poseer el juzgador para que las sentencias contengan sabiduría y conocimiento completo de los casos.

Para determinar el monto que se recibirá como indemnización para los casos que se configuren como acción por daño moral, hay que hacer mención que éste se ve traducido en un monto dinerario que está destinado a resarcir los daños causados al perjudicado, en nuestro medio se la conoce comúnmente como indemnización por daños; aunque hay que considerar que la naturaleza misma de este tipo de cuasidelito se manifiesta como resarcimiento para el daño moral causado.

La cuantificación de la indemnización que se debe dar al daño moral producido; para lo cual se abordará subtemas que necesitan ser analizados, argumentados y explicados. **“Se puede concluir en que la valoración del daño moral consiste en indagar la índole del interés espiritual lesionado y las proyecciones disvaliosas en la subjetividad del damnificado que derivan de dicha minoración”**⁷³. Problemas para cuantificar la indemnización.

Fuerte variabilidad ocasionada principalmente por las fuertes sumas que se interponen para casos similares, que afecta gravemente a los principios

⁷³ BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil: Obligaciones Volumen 1, 1994, editorial Perrot.

fundamentales del derecho. Grave distorsión del efecto de las condenas Asociado directamente con la variabilidad de las indemnizaciones y que de una u otra forma están relacionadas con el fuerte mensaje para los causantes del daño moral. Dificultad para cumplir con las indemnizaciones. Al ser algunas de ellas excesivamente elevadas resulta inaccesible para los responsables del daño moral el poder cumplirlas a cabalidad

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

4.2.7. EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE.

El daño emergente se refiere al coste de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del perjuicio. Es decir son los gastos ocasionados o que se vayan a ocasionar, como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado –o un tercero- tiene que asumir.

Son justificados a posteriori, con la documentación correspondiente de gastos y facturas, y tienen que estar conectados causalmente con el hecho dañoso.

El lucro cesante, por su parte, es una manifestación concreta del daño patrimonial, es un tipo de daño patrimonial de perjuicio económico. Se configura como la ganancia dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo.

Es una manifestación concreta del daño patrimonial, la otra es el daño emergente, y tiene un sentido económico ya que trata de obtener la reparación de la pérdida de las ganancias dejadas de percibir, concepto por lo tanto distinto de los daños materiales.⁷⁴

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

El Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador norma “Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”⁷⁵.

⁷⁴ <http://cuestionesciviles.es/los-danos-patrimoniales-lucro-cesante-dano-emergente/>

⁷⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008

El artículo menciona es el bien jurídico protegido y Garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, y al cual la figura jurídica de reparación del Daño moral pretende restablecer. Según la Doctrina estos son derechos extrapatrimoniales, exclusivos de la persona personalísimos, y cuya vulneración es de carácter subjetiva como su origen.

La responsabilidad Constitucional tiene lugar en los casos previstos en los artículos 20,21,y 22 de la Constitución de la República del Ecuador que comprende la reparación del daño ocasionado al ofendido como consecuencia de la vulneración de su derecho, mediante el pago de la respectiva indemnización tanto del daño patrimonial como del daño subjetivo o moral.

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley⁷⁶.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

⁷⁶ IBIDEM

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados⁷⁷.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009):

“Art. 18, inciso 1.- “En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las

⁷⁷ IBIDEM

circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.”

4.3.2. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.

El Art. 32.- del COFJ establece que el juicio contra el estado por inadecuada Administración de Justicia y por revocatoria o reforma de sentencia condenatoria.- El Estado será responsable por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Al efecto, el perjudicado, por sí mismo o por intermedio de su mandatario o representante legal, sus causahabientes o los representantes legitimados de las personas jurídicas, propondrán su acción ante la jueza o juez de lo contencioso administrativo de su domicilio. En el mismo libelo demandará la indemnización de los daños y perjuicios y la reparación del daño moral, de estimar que tiene derecho para ello.

Art. 34.- Procedimiento para sustanciar las causas por la responsabilidad personal de juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos.- Las causas que, por indemnización de daños y perjuicios y por daño moral se propongan contra juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 172 de la Constitución y demás leyes aplicables, se sustanciarán ante la jueza o juez de lo civil del domicilio de la parte demandada, por la vía verbal sumaria y la acción prescribirá en 4 años desde que se consumó el daño.

4.3.3. CÒDIGO CIVIL.

El Código Civil ecuatoriano vigente conocido también como Código Sustantivo Civil, por ser único y contener los diversos libros como son: las personas, Bienes, Sucesión por causa de muerte y, de los contratos y obligaciones; éste último es el que nos centraremos por allí estar contenida la fundamentación legal de la acción por daño moral. “Art 1453.- Fuentes de las obligaciones.- La obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos lo cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que a inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. Contrato “Negocio jurídico por el que una o más partes crean, modifican o extinguen una relación jurídica patrimonial». El Derecho romano reconoció en el contrato un concurso de voluntades (consensus) que creaba un vínculo (iurisvinculo) si se actuaba de acuerdo con la formalidad prescrita a la causa civilis. Pero la importancia del contrato se fija en el pensamiento liberal individualista, cuyo triunfo hizo posible una noción del contrato que se identifica con el simple convenio o mero concurso de voluntades, concurso que genera una fuerza maravillosa y que se erige absoluta en todos los órdenes, que está encima y más allá de la ley.

En igual sentido es necesario manejar la doctrina, a fin de llegar a cotejar la existente en nuestra legislación con la literatura misma ya interna o externa según corresponda; en la referida se manifiesta que es un negocio jurídico con el propósito de crear modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y

que realizada el análisis profundo se concluye que está relacionada con el hecho de dar, hacer o no hacer alguna cosa; empero hay que tener en claro que se habla de un concurso de voluntades por ello el vínculo que guardan las obligaciones frente a los contratos con sus antecedentes desde el derecho romano idealizado con un pensamiento individualista, por ser necesario la existencia de voluntad de las partes. Cuasidelitos.

La Conducta ilícita como generadora de la obligación de reparar el daño moral que se ocasiona como resultado próximo de la vulneración de uno o más derechos extrapatrimoniales sobre las que recae o incide, al tenor del inciso segundo del artículo 2232 del Código Civil.

La Conducta ilícita configurada como un delito civil está regulada o normada de acuerdo a lo que norma el artículo 2214 del Código Civil así como también el daño moral que se deriva del incumplimiento contractual ilícito, según lo que estipula el artículo 2232 del mismo cuerpo legal ya el Código Civil establece un mismo régimen jurídico la naturaleza del daño moral y la obligación de repararlo pecuniariamente.

La culpa grave en materia civil equivale o se asimila al dolor, es lo que configura el delito civil, en cuanto a la responsabilidad contractual, esta recae en el obligado contractual que deliberadamente evade el cumplir con sus obligaciones” los cuasidelitos en materia civil se ve sustentada por la culpabilidad del sujeto, siendo esta concordante frente al dolor relacionada directamente con la responsabilidad contractual que se ve manifestada por el incumplimiento de sus obligaciones.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.

4.4.1. ESTADOS UNIDOS.

En Estados Unidos se ha llegado al convencimiento de que es necesario indemnizar a la víctima de un hecho ilícito, pero no sólo por los perjuicios económicos efectivamente causados, sino también por los daños morales. Todo aquello con un límite claro, que es dejar a la víctima en el lugar que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, evitando así un enriquecimiento injusto. Lamentablemente, los daños extrapatrimoniales no pueden ser compensados en un sentido literal, de restitución integral, y por ello los tribunales buscan una *fair and reasonable compensation*, en un contexto social, económico e industrial determinado.⁷⁸

Se definen soluciones, optándose en esta tradición por la institución de los daños punitivos. El concepto de *punitive damages* o daños punitivos, se basa en la idea de pena pecuniaria privada, que por disposición de la ley, se manda a pagar además de la reparación integral que corresponda por el daño ocasionado, a quien “con malicia o grave indiferencia por los derechos ajenos ha provocado un perjuicio a la víctima de ciertos ilícitos, obteniendo con dicha conducta beneficios o ahorro de gastos”.⁷⁹ Bajo esta perspectiva, es el mismo ofendido por el hecho dañoso el beneficiado con una suma de dinero mayor al daño efectivamente producido.

La finalidad de este modelo, por una parte, es castigar al ofensor y disuadirlo tanto a él como otras personas, de no cometer hechos de la misma naturaleza. Por

⁷⁸ Barrientos Y., Marcelo, *El Resarcimiento por Daño moral en España y Europa*, Salamanca, 2007, pág. 419.

⁷⁹ ÁLVAREZ, AGUSTÍN, “El daño moral colectivo”, Comentario al Fallo Casa Millan, [en línea], *Iurisletter* N° 160, Poder judicial de Chubut, Academia Nacional de Ciencias Sociales de Córdoba, Abril 2010, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral>.

contrapartida, la víctima recibe un monto de dinero adicional que, formalmente, es mayor al daño efectivamente causado, exceso que se acepta y, de hecho, se busca.

Sin embargo, y como en todo esfuerzo doctrinario, existe discusión acerca de las circunstancias que deben presentarse para que la aplicación de esta institución proceda, pudiendo diferenciar tres teorías

a. La concepción imperante en Estados Unidos es que para aplicar la indemnización como sanción, debe existir una particular intención y subjetividad en el autor del daño. Debe haber algo más que una conducta negligente, siendo necesarios conceptos tales como temeridad, malicia, mala fe, grave negligencia, entre otras de la misma índole.

b. Otra tesis, un tanto más flexible, postula que sólo se requiere la simple indiferencia consciente por parte del agente del daño, para permitir la aplicación de este tipo de pena.

c. Por último, están quienes proponen que la aplicación de una pena privada cabe en los casos que se ha cometido un abuso de alguna posición de poder o privilegio.

A las dificultades intrínsecas de una institución como los daños punitivos, se suma la eventual discrecionalidad en su aplicación, ya que es el jurado quien decide si corresponde o no utilizarlos en el caso concreto. Por lo anterior, se ha vuelto necesario que las autoridades judiciales entreguen criterios o directrices, para así morigerar la posible comisión de injusticias o excesos en la determinación del monto indemnizatorio. En el desarrollo de esta tarea, la Corte Suprema estadounidense ha establecido tres directrices a seguir para que los montos otorgados por daños

punitivos no violen la garantía del debido proceso.⁸⁰

- a. Grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, dentro de lo cual se considera si el actuar del agente afectó la salud o seguridad del actor, si el demandado es reincidente, o si ha actuado intencionalmente.
- b. La relación cuantitativa entre los *punitive damages* y los daños compensatorios.
- c. La comparación con otras multas civiles para determinar la razonabilidad del monto otorgado.

De esta forma, se pretende limitar los márgenes de aplicación de esta institución, evitando así la comisión de excesos, que son los que en definitiva la han desprestigiado.

4.4.2. LEGISLACIÓN ARGENTINA.

En materia de indemnización por daños morales, el ordenamiento jurídico argentino no provee expresamente los criterios para fijar la indemnización, razón por la cual entregan su determinación enteramente a la apreciación y criterio judicial. Una excepción a esta regla general podemos encontrarla en materia de derecho laboral, donde las indemnizaciones legales se encuentran establecidas como tarifas fijadas con anterioridad, de modo que resulta mucho más sencillo para los jueces determinar el monto indemnizatorio, siempre que se encuentren las partes dentro del supuesto legal.⁸¹

Ante tal situación, se pueden identificar dentro de la doctrina transandina cierta controversia al momento de fijar criterios para determinar la indemnización, y entre las distintas tendencias, podemos mencionar las siguientes:⁸²

⁸⁰ NELSON A, MICHAEL, Constitutional Limits In Punitive Damages, How much is too much [en línea], Maine Bar Journal, Winter 2008.

⁸¹ Las pautas para fijar las indemnizaciones por accidentes del trabajo en el derecho civil, [en línea], http://www.estudioschick.com.ar/p_33.pdf.

⁸² PEDRIEL, MARÍA RAQUEL, "Fundamentación de la Reparación del Daño Moral en la Jurisprudencia Argentina, con particular referencia a los Tribunales Superiores de la Provincia de Buenos Aires".

a. La cuantificación del daño se encuentra íntimamente vinculada a los padecimientos sufridos por la víctima. En ese sentido, la reparación procura el restablecimiento de la situación anímica de la víctima mediante el equivalente del dinero que torna factible brindarle a ésta la posibilidad de compensar con satisfacciones placenteras las aflicciones pasadas. Es decir, “el dolor con placer se paga”.⁸³

b. Otra de las teorías es la de la sanción ejemplar, la cual critica a la anterior por caer en un materialismo sin sentido. Establece que hay una diferencia radical entre la naturaleza del daño patrimonial y el moral, diferencia que debe reflejarse en una distinta cuantificación del daño. Por tanto, resulta de toda obviedad vincular la personalidad del victimario, la condición de su patrimonio y a la gravedad de la falta cometida al momento de determinar la cuantía, que no es otra cosa que una pena civil mediante el cual el ordenamiento reprueba la falta del ofensor.

c. Una última tesis, que podría ser considerada como mixta, se acerca a la teoría resarcitoria, pero señala que al momento de justificar el quantum de la indemnización, los jueces deberían tener presente su efecto disuasivo, sin que ello implique necesariamente concebirla como una pena privada.

Dentro de la jurisprudencia, y alejándonos de los aspectos más estructurales de la discusión, podemos distinguir dos posturas extremas en la determinación del método utilizado para fijar el monto de los daños sufridos. La primera considera adecuada la aplicación de fórmulas para llegar a una indemnización justa; la segunda, en cambio, niega la idoneidad de dichas fórmulas como método válido.⁸⁴

⁸³ MENARES NATHALY, Algunas notas sobre la valoración de los daños corporales en el derecho chileno y comparado, Tesis, Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007, pág. 10.

⁸⁴ ACIARRI, Alejandro y TESTA, Matías, “Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes.”

En el fallo “Aróstegui” se expone ejemplarmente esta última postura, estableciendo la Corte que no se deben aplicar fórmulas matemáticas ni tampoco utilizar criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de materia laboral. En el caso concreto, la fórmula matemática de la cual surgía la indemnización, consistía en una operación que consideraba factores como la edad, el porcentaje de incapacidad, la remuneración que hubiera recibido el lesionado, y el interés puro que se habría devengado entre el periodo de la ocurrencia del hecho dañoso hasta la jubilación. Se determinó por el tribunal que, aun cuando dichas fórmulas puedan tener un valor indicativo, la reparación no puede en caso alguno quedar limitada a la pérdida de ganancias de la víctima o a su vida laboral.⁸⁵

En este país las pautas jurisprudenciales para la cuantificación “Para fijar la indemnización por valor vida no han de aplicarse fórmulas matemáticas sino considerar y relacionar las diversas variables relevantes de cada caso en particular tanto en relación con la víctima edad, grado de parentesco, condición económica y social, profesión, expectativa de vida, etc. como con los damnificados grado de parentesco, edad de los hijos, educación, etc.

- a. Condicionamientos socioeconómicos
- b. Condiciones culturales
- c. Condicionamiento en función de la salud, edad y sexo.
- d. Condicionamiento en función de las relaciones familiares

⁸⁵ CSJN Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal

4.4.3. LEGISLACIÓN MEXICANA.

El artículo 1.916 del Código Civil Mexicano indica que "por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma se tienen los demás". De esta forma, el Código Civil de México consigna una tutela jurídica de los derechos personales.

El modo mediante el cual se repara el daño es mediante una suma de dinero que el juez determinará tomando en cuenta "los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la víctima, así como las demás circunstancias del caso".

Alela Pérez Duarte en "Reformas Legislativas 1982-1983" comenta así la nueva legislación mexicana sobre el daño moral: "Sostengo que un daño de tipo moral no es susceptible de reparación mediante una indemnización en dinero por mucho que el juez establezca un monto alto"⁸⁶.

Una calumnia, (hecho ilícito), puede provocar una desavenencia conyugal tal que, mientras se averigüe su certeza o falsedad, degenera en divorcio. Magro consuelo será para el cónyuge calumniado la indemnización prudentemente fijada por el juez y la publicación del extracto de la sentencia en los términos del párrafo quinto, cuando por ese hecho perdió a su cónyuge y su estabilidad afectiva, la misma que no retornará fácilmente aunque hubiere una reconciliación.

⁸⁶ Revista Jurídica online disponible en línea
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=367&Itemid=62

Otro jurista mexicano, Ignacio Galindo Garfias, sobre el mismo tema y contra lo que cree Pérez Duarte, afirma:

"Sostengo la opinión que conforme a la interpretación sistemática de los artículos 1.910, 1.916 y 2.116 del Código Civil el daño moral causado directamente comprende la responsabilidad civil del autor, aunque no se haya producido daño material alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el primero de los preceptos legales citados.

En este punto, parece claro que tratándose de un daño moral, por su naturaleza no patrimonial, lesiones a la dignidad de la persona, a sus sentimientos de afección o de estimación, a su reputación y buen nombre, al uso de su propia imagen, etcétera, no son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo, porque el daño causado no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente ese patrimonio, sino en un valor de naturaleza inmaterial no equivalente en dinero. Pero también parece claro que el concepto de responsabilidad civil -que tiene un sentido ético innegable- no excluye, sino que admite la posibilidad de compensar mediante el pago de una suma de dinero, no sólo el menoscabo patrimonial, sino aquellos valores que la víctima ya no puede obtener en especie como consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso.

4.4.4. LEGISLACIÓN FRANCESA.

Éste es uno de los países donde encontramos mayor desarrollo en torno a las complejidades que vienen aparejadas al concepto de daño moral, destacándose por

la capacidad de innovar constantemente en los comentarios y conclusiones jurisprudenciales.

Como punto de partida, podemos señalar que los jueces tienen una gran discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización. Sin embargo, en este país la doctrina se ha encargado de crear tablas con baremos no legales, que contemplan aspectos tales como edad, discapacidad, sexo, entre otros, tablas que son consideradas por los tribunales, aunque no los vinculan.

También podemos constatar que en Francia el fenómeno de la fragmentación del daño moral se ha desarrollado ampliamente, dividiéndose doctrinalmente el daño moral en diversos tipos de daños más específicos.

Una de estas distinciones atiende al tipo de lesión, acogiendo dos categorías: Lesiones temporales que no causan secuelas al ofendido y lesiones permanentes. De esta división obtenemos los conceptos de *préjudice de souffrance* o precio del dolor y *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado.

a. Lesiones temporales o precio del dolor

En el caso de las lesiones temporales, debemos hablar del concepto de *préjudice de souffrance*, el que se asimila a lo que entendemos por el precio del dolor, que es, literalmente, lo que se sufre por estar en una situación de dolor.

Ahora bien, tal como mencionábamos anteriormente, para poder obtener una estimación del valor de los perjuicios producidos por el daño, se utilizan por los jueces diversos recursos legales y técnicos.

Primero, se comienza con una evaluación médica, donde se valora la intensidad y duración del dolor de acuerdo a una escala específica. Sin perjuicio de lo anterior, la apreciación del precio del dolor corresponde al juez, y es éste quien deberá juzgar

cuál es aquél. Lo que queda a la evaluación de los expertos es sólo la entidad del dolor.

Por ejemplo, podemos mencionar que el tope límite de indemnización que se ha alcanzado en Francia para el *pretium doloris* ha llegado a los 46.000 euros, aunque normalmente las cifras no van más allá de la tercera parte de esta suma, incluso, se han otorgado indemnizaciones simbólicas de un euro.

b. Lesiones permanentes o perjuicio de agrado

En estos casos, el factor considerado primordial es el perjuicio fisiológico o funcional, que ocurre cuando se reducen permanentemente las funciones físicas o psíquicas de la víctima.

Esto es lo que conocemos como el *préjudice d'agrément*, o perjuicio de agrado, que sería la pérdida de los goces ordinarios de la vida, cualquiera sea su naturaleza y origen, es decir, el conjunto de sentimientos, molestias y frustraciones resentidas en todos los aspectos de la existencia cotidiana en razón de la lesión y sus secuelas.

Para determinar cuál es la valoración de los perjuicios en este caso, se produce un proceso un tanto diverso al que mencionábamos anteriormente para las lesiones temporales.

La primera parte es similar y consiste en una valoración médica (baremo médico). Esta etapa se caracteriza por la intervención de peritos médicos que valoran y describen las lesiones sufridas por la víctima. Si la lesión es fácilmente identificable y cuantificable, puede ser que el perito proponga una cantidad indemnizatoria. En cambio, si la incapacidad carece de importancia en los ingresos de la víctima, por cualquier motivo, ya sea que no tenga ingresos o que sea dificultoso evaluar con precisión, se recurre a un método de valoración en abstracto.

Para poder cuantificar su valor, se utilizan escalas, y dentro de éstas la más utilizada y conocida es el baremo Rousseau. Este instrumento consiste en un documento en el que se enumeran las distintas secuelas, y se propone para cada una de ellas un porcentaje de valoración de la incapacidad. Por ejemplo: del 40% al 75% en el caso de tetraplejía; del 55% al 60%, por la amputación de una pierna; el 25% por la amputación del pulgar derecho. Aun cuando el baremo es tan solo indicativo, goza de gran autoridad entre el sector médico-forense y ha obtenido el reconocimiento tanto del Ministerio de Justicia como del Tribunal de Casación.

La segunda fase se refiere a la efectiva valoración monetaria de los efectos del hecho dañoso, lo que le corresponde por entero al juez. Para completar esta etapa, en Francia se utilizan dos métodos, uno de ellos es el de la Valoración Matemática y el segundo, el *Calcul au point*.

El método de la valoración matemática consiste en multiplicar la tasa de incapacidad, resultante de la valoración del perito médico, por la renta anual que recibe la víctima. Claramente éste es un método de valoración insuficiente, ya que sólo considera variables económicas, y además no soluciona el problema de la víctima sin trabajo remunerado.

El segundo método, llamado *Calcul au point*, multiplica la tasa de incapacidad por un valor llamado "punto de incapacidad". El valor monetario del punto se obtiene por referencia a las indemnizaciones concedidas en casos parecidos, y se halla en función creciente del porcentaje de la lesión y en función decreciente de la edad de la víctima. Así, por ejemplo, con una gravedad correspondiente al 5% de cierto índice acordado, el punto puede valer 3.000 o 5.000 F.F⁸⁷, según si la víctima tiene 70 años o tan solo 10.

⁸⁷ FF: Franco, moneda de curso legal en Francia, antes de la entrada en circulación del euro el 1 de enero de 2002.

Otras consideraciones para evaluar pecuniariamente estos perjuicios resultan necesarias cuando las consecuencias para la víctima no son susceptibles de evaluación médica. En estos casos, los expertos peritos deben limitarse a describir este tipo de perjuicio, y buscar todas las consecuencias que el accidente podría haber generado en la vida personal y profesional de la víctima.

Finalmente es el juez el que decidirá la valoración del perjuicio de agrado, y la evaluación del perito es sólo indicativa y la jurisprudencia francesa avala este rol del experto.

Un ejemplo de lo anteriormente expuesto es la jurisprudencia la Cour d'Appel de Lyon del año 1975 que estableció lo siguiente: “Es a los jueces que corresponde a la vista de los elementos que les son otorgados buscar si un tal perjuicio de agrado existe”.⁸⁸

Además de estos dos conceptos, el *préjudice d'agrément* y el concepto de *préjudice de souffrance*, se consideran en la doctrina y jurisprudencia francesa otros tales como la *incapacite permanente*, el *préjudice esthetique*, y el *prejudice sexual*, entre otros. El perjuicio estético se refiere a aquellos perjuicios que van a resultar de los dolores físicos, de los sufrimientos psíquicos, las diversas perturbaciones y desagradados tales como malestares, insomnios, sentimiento de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada especialmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de agrado. El perjuicio sexual, a su vez, se relaciona con la merma en la capacidad de la víctima para tener una vida sexual que tendría cualquier persona media en su situación de no haber mediado el daño.

⁸⁸ Le pretium doloris ou prix des souffrances endurées, Université de Reims Champagne-Ardenne. http://www.univreims.fr/gallery_files/site/1/90/1129/1384/1536/1577/1590.pdf.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MATERIALES UTILIZADOS.

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis; como lo fueron los libros y las leyes enunciándolas de la siguiente manera: Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Libros en materia de Daño Moral, Análisis de Legislación externa entre Colombia, Perú y Bolivia, Revisión de Literatura de las cuales utilice obras de tratadistas como: “Elementos del Daño Moral”: de Romero Barragán y “ El Daño y su Reparación en el Derecho Positivo” del tratadista Luis Humberto Abarca, así mismo de fundamental ayuda diferentes páginas de internet tales como: www.uasb.edu.ec, www.derechoecuador.com.ec , dentro del acopio literario utilicé importantes obras de tesis en materia de justicia Indígena, así mismo el estudio de casos, diccionarios jurídicos entre los que figuran, Ruy Díaz, Dr. Guillermo Cabanellas. Todos estos materiales Constituyeron la estructura fundamental del desarrollo de la tesis.

5.2. MÉTODOS.

En el proceso de investigación socio – jurídico, aplique el método científico, como camino a seguir para encontrar la verdad a cerca de una problemática determinada. La concreción del método científico, hipotético – deductivo me permitió seguir el camino en la investigación socio – jurídica propuesta; pues, partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, procedí al análisis de las manifestaciones objetivas de la

realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar el cumplimiento de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico, aplicado a las ciencias jurídicas, implicó determinar el tipo de investigación jurídico – social que realicé; como lo fue una investigación socio – jurídica, que concreté en una investigación del Derecho tanto con sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico; esto es, lo que implicó las normas ya establecidas dentro de las leyes analizadas, en las cuales determine las falencias o más bien la importancia de una normativa que permita regular la cuantificación del daño moral.

El método exegético, me permitió realizar un análisis crítico jurídico sobre las normas constitucionales y legales. El Método exegético me permitió desarrollar estudio de las normas jurídicas como son la Constitución de la República del Ecuador, El Código Civil, el Código de Procedimiento Civil, el Código Orgánico de la función Judicial, y el Código Orgánico Integral Penal Integral penal, artículo por artículo, dentro de éstos, palabra por palabra buscando el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que le dio el legislador.

Este método me llevó al casuismo. El casuismo vinculado con el daño moral ya en casos particulares previsibles en que puede desarrollarse y analizarse el procedimiento y la norma aplicada un determinado asunto o materia y esto al caos por la infinidad de normas dictadas, inclusive contradictorias.

De la misma manera, en el tratamiento de datos de la investigación de campo, fueron de mucha utilidad los procesos de análisis, y síntesis, además de la utilización de tablas porcentuales comparativas y de representaciones gráficas que me ha permitido tener una idea más clara y coherente con respecto a los respectivos resultados obtenidos del proceso de aplicación de encuestas en la forma en que estuvo previsto en el correspondiente proyecto de investigación.

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Los procedimientos de observación, análisis fueron los que permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, auxiliado de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico y documental y de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista

La investigación de campo se concretó en consultas de opinión a personas conocedoras del tema como son los Jueces de lo Civil del Cantón Loja, así como también de profesionales de Derecho, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y tres personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearon cuestionarios derivados de la hipótesis general, cuya operativización partió de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación Empírica se presentan en centrogramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos y contrastación de hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

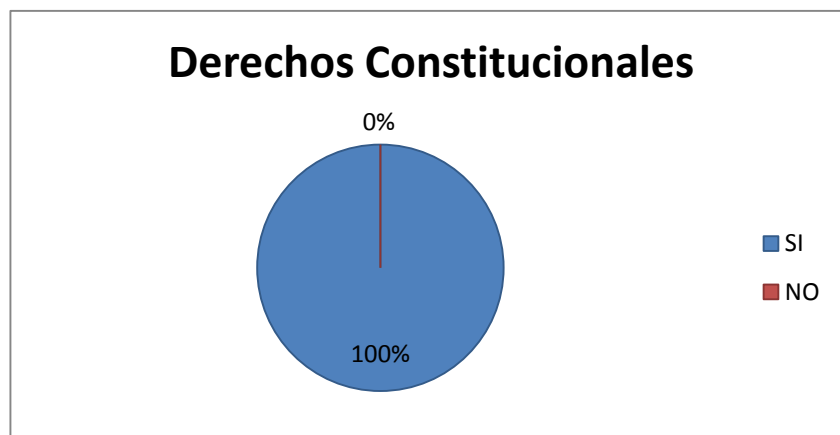
Según el proyecto presentado y aprobado por las autoridades de la Carrera de Derecho, he aplicado a un grupo de profesionales, egresados y estudiantes de Derecho, un total de 30 encuestas, en la Ciudad de Loja, cuyo cuestionario fue el siguiente:

PREGUNTA NRO. 1. ¿Se encuentran efectivamente amparados los derechos de respeto al honor, el buen nombre y la reputación de las personas, en la Constitución de la República del Ecuador?

Tabla Nro. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Gráfico Nro. 1



FUENTE: Abogados en Jurisprudencia, Estudiantes de Derecho.
AUTOR: César Leonardo Neira Paredes

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos en esta interrogante, se deduce que la totalidad de encuestados que fueron 30 personas y en consecuencia representan el 100%, respondieron que en la Constitución de la República del Ecuador si se encuentran efectivamente amparados los derechos de respeto al honor, el buen nombre y la reputación de las personas.

ANÁLISIS:

Es importante diagnosticar en la población encuestada, el conocimiento que tienen respecto del marco constitucional que ampara nuestros derechos personalísimos como son el honor, el buen nombre y la reputación, por cuanto los mismos son los bienes intangibles que se transgreden cuando se ocasiona daño moral al ser humano. Partiendo de identificar estos bienes intangibles connaturales a la persona y su protección en el marco constitucional, se puede entender qué es lo que se pretende salvaguardar y posteriormente reparar. Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales que son los que acabo de aludir en la interrogante planteada; mismos que cuentan con protección jurídica constitucional, y por ende todas las normativas que procurar amparar los prenombrados bienes extrapatrimoniales, deben guardar concordancia.- “Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley”. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, p 604. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954). Respecto de aquello, Guillermo Cabanellas, en su conocido Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define al daño moral como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otra.

PREGUNTA NRO. 2 ¿Considera usted que transgredir el honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, constituye daño moral?

Tabla Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Gráfico Nro. 2



FUENTE: Abogados en Jurisprudencia, Estudiantes de Derecho.
AUTOR: César Leonardo Neira Paredes

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos en esta interrogante, se puede evidenciar que 25 de los treinta encuestados que representan el 83%; y, por ende la mayoría,

respondieron que efectivamente el hecho de transgredir el honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, SI constituye daño moral. Por el contrario, 5 de los treinta encuestados que corresponden al 17%; y, por ende la minoría, respondieron que el hecho de transgredir el honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, NO constituye daño moral.

ANÁLISIS:

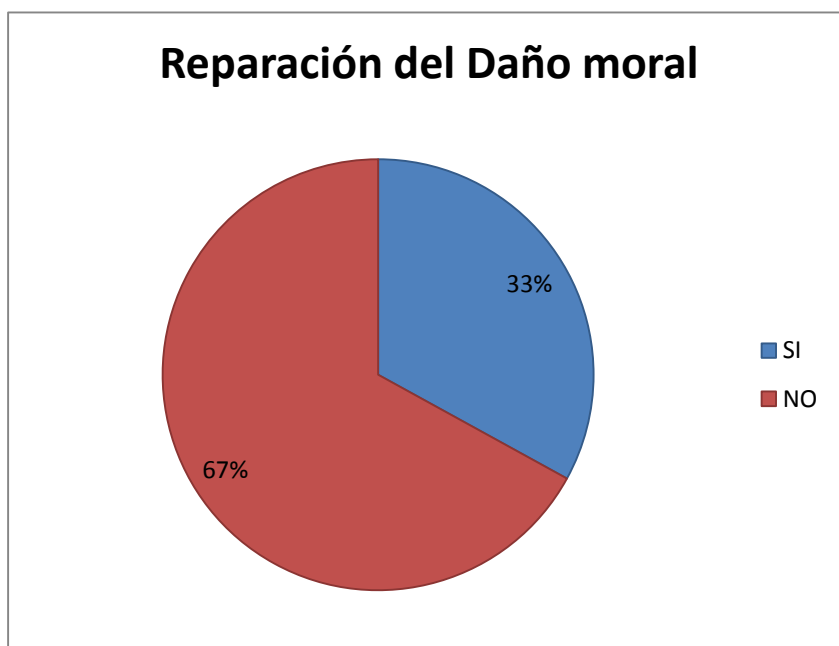
Esta interrogante tiene por objeto diagnosticar en la población encuestada, el conocimiento que tienen respecto del concepto del daño moral, para posteriormente indagar respecto de las formas eficientes a tomar en consideración para reparar en algo los derechos vulnerados. En este sentido, se puede evidenciar que la mayoría de encuestados tienen claro que el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley; y, que el daño moral constituye como tal, una lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otra.

PREGUNTA NRO. 3 ¿Considera usted que de existir una transgresión al honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, el hecho de establecer indemnización económica, repara en forma eficaz los derechos vulnerados?

Tabla Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	10	33%
NO	20	67%
TOTAL	30	100%

Gráfico Nro. 3



FUENTE: Abogados en Jurisprudencia, Estudiantes de Derecho.
AUTOR: César Leonardo Neira Paredes

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos se evidencia que veinte personas de las treinta encuestadas, mismas que representan el 67% y por ende la mayoría,

consideran que de existir una transgresión al honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, el hecho de establecer indemnización económica, NO repara en forma eficaz los derechos vulnerados. Por el contrario, diez de las treinta personas encuestadas, que representan el 33% y por ende la minoría, respondieron que de existir una transgresión al honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, el hecho de establecer indemnización económica, SI repara en forma eficaz los derechos vulnerados.

ANÁLISIS:

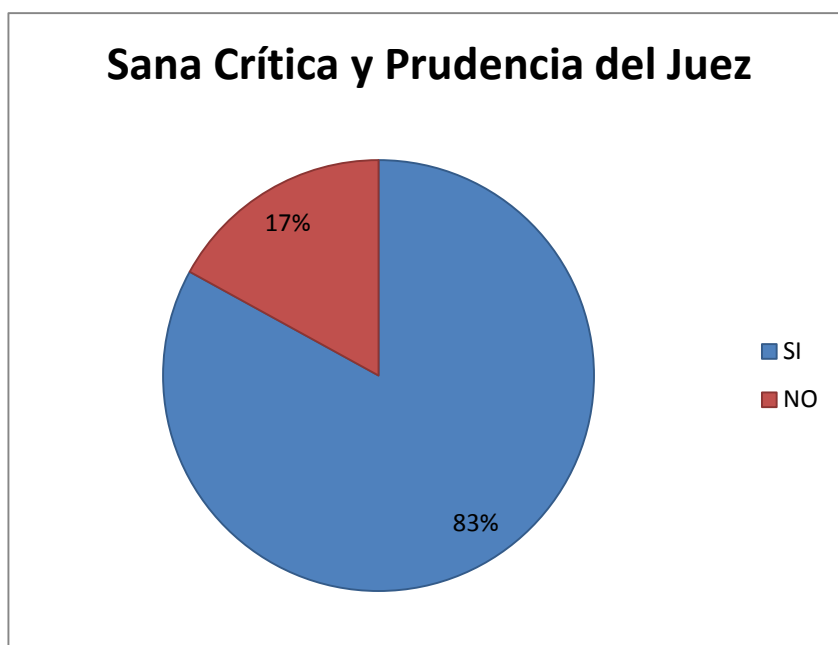
Esta pregunta constituye una de las más importantes de nuestra investigación de campo ya que nos permite determinar hasta qué punto los encuestados consideran que el hecho de establecer indemnización económica, repara o no en forma eficaz los derechos vulnerados en una persona. Al respecto es necesario recalcar, que la vulneración al buen nombre, la honra y la reputación, constituye transgresión de bienes intangibles connaturales a la persona, por lo que ningún monto económico resultaría suficiente para reparar el daño moral ocasionado en su dimensión espiritual, pero al menos resulta un consuelo necesario. El establecer tan solo una indemnización económica, resulta una superficialidad que ocasiona una riña de carácter moral al pretender que una transgresión a los bienes intangibles tan preciados del ser humano, pueda ser subsanada con el solo pago monetario; pues ahí surgiría la pregunta: ¿cuánto vale mi honra, mi buen nombre, mi reputación?. En este sentido debemos quedar claros en que la reparación del daño moral debe ir más allá de la indemnización económica.

PREGUNTA NRO. 4 ¿Considera usted que la sana crítica y prudencia del Juez, como parámetros que establece la legislación civil en vigencia para cuantificar el daño moral, resultan suficientes?

Tabla Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83%
NO	5	17%
TOTAL	30	100%

Gráfico Nro. 4



FUENTE: Abogados en Jurisprudencia, Estudiantes de Derecho.
AUTOR: César Leonardo Neira Paredes

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos se puede evidenciar que veinticinco personas de las treinta encuestadas, mismas que constituyen el 83% y por ende la mayoría, respondieron que la sana crítica y prudencia del Juez, como parámetros que establece la legislación civil en vigencia para cuantificar el daño moral, SI resultan suficientes. Por el contrario, cinco personas de las treinta encuestadas que representan el 17% y por ende la minoría, respondieron que la sana crítica y prudencia del Juez, como parámetros que establece la legislación civil en vigencia para cuantificar el daño moral, NO resultan suficientes; y que por ende, el juzgador no puede someter a su sana crítica una cuantificación sin una base legal establecida.

ANÁLISIS:

Las normas del Código Civil ecuatoriano en vigencia, permiten un alto grado de subjetividad hacia los jueces que se encuentran en la obligación de conocer y resolver un juicio de daño moral, pues el tercer inciso del artículo 2232 literalmente señala “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.” Pues bien, la prudencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio. Por su parte, la sana crítica es la operación intelectual realizada por el Juez y destinada a la correcta apreciación del resultado de las pruebas judiciales, realizada con sinceridad y buena fe. Ha sido

definida como "la lógica interpretativa y el común sentir de las gentes"⁸⁹ y como la combinación de criterios lógicos y de experiencia que debe aplicar el juzgador.⁹⁰ En otras palabras, la sana crítica es el método de apreciación de la prueba, donde el Juez la valorará de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.⁹¹

Las reglas de la sana crítica no constituyen un sistema probatorio distinto de los que tradicionalmente se han venido reconociendo. Se trata más bien de un instrumento que el juez está obligado lógicamente a utilizar para la valoración de las pruebas en las únicas circunstancias en que se encuentra en condiciones de hacerlo, esto es, cuando la legislación no lo sujeta a un criterio predeterminado. El principio exige que el juez motive y argumente sus decisiones. Dado que se aplica exclusivamente en aquellos casos en los que el legislador ha entregado al juez el poder de valorizar libremente dicho resultado, se opone, en este sentido, al concepto de prueba legal o tasada, donde es la Ley la que fija el valor de la prueba.⁹²

Partiendo de estos dos conceptos, nuestro ordenamiento jurídico deja al libre albedrío para que el Juez de lo Civil cuantifique la indemnización; situación que a mi entender ha derivado en que los montos indemnizatorios sean desproporcionales. Excesivos en unos casos e irrisorios en otros, lo que ocasiona una nueva vulneración de derechos a consecuencia de una sentencia emanada por un Juez; por tal razón surge la necesidad de crear un mecanismo normativo que permita cuantificar el daño moral de manera proporcional estableciendo parámetros sociales y económicos reales.

⁸⁹ MONTERO AROCA, Juan (2002). *La Prueba En El Proceso Civil*. Civitas. pàgs. 278–279.

⁹⁰ FONT SERRA, Eduardo (2000). *El Dictamen De Peritos Y El Reconocimiento Judicial En El Proceso Civil*. La Ley-Actualidad. pág. 183.

⁹¹ VON CONTA FUCHSLOCHER, Alejandro (2010). «La Sana Crítica». *Trabajo de Investigación* (Facultad de Derecho, Universidad de los Andes (Santiago, Chile).

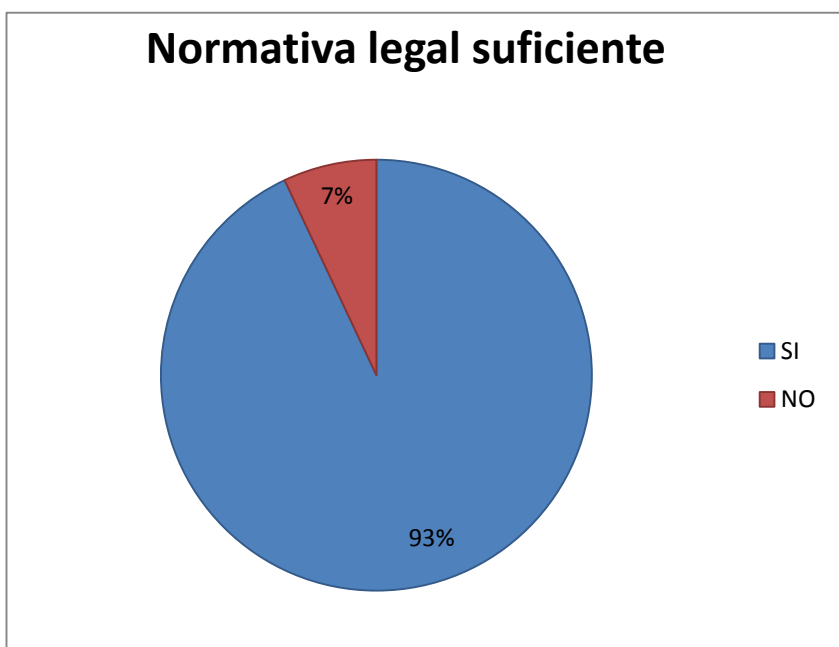
⁹² PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl (mayo-agosto 1995). «Los Medios De Prueba En Materia Penal». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie Año XXVIII, pág. 83.

PREGUNTA NRO. 5.- ¿Considera usted necesario reformar el Código Civil en vigencia, incorporando al mismo reglas y parámetros que permitan al Juez calcular, cuantificar y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

Tabla Nro. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Gráfico Nro. 5



FUENTE: Abogados en Jurisprudencia, Estudiantes de Derecho.
AUTOR: César Leonardo Neira Paredes

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos en esta interrogante, se pudo evidenciar que veintiocho de las treinta personas encuestadas, que constituyen el 93% y por ende la mayoría, respondieron que efectivamente SI es necesario reformar el Código Civil en vigencia, incorporando al mismo reglas y parámetros que permitan al Juez calcular, cuantificar y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra. Por el contrario, dos de las treinta personas encuestadas que constituyen el 7% y por ende la minoría, consideran que no es necesaria tal reforma.

ANÁLISIS:

En el Código Civil Ecuatoriano existe un vacío legal evidente en lo que concierne a la cuantificación de la indemnización del daño moral, ya que la misma norma en el artículo 2232 inciso final determina que la indemnización será a prudencia o discreción del Juez. Si bien las Unidades Judiciales y Cortes Nacionales dominan el concepto del daño moral, no tienen claridad respecto de la manera de cuantificar y determinar una indemnización, toda vez que existe un gran vacío legal dentro de nuestras normativas que, en muchos casos han permitido abusar de esta figura.

La cuestión radica, en cómo se establece la indemnización de daño moral en el Ecuador, tomando en cuenta que no tiene una fórmula matemática ni mucho menos alguna técnica para determinar el monto que debe ser resarcido al demandante en estos casos.

En la legislación comparada, específicamente en el derecho anglosajón, existe el llamado “*Tort Law*” o en español el derecho de agravios, el cual al igual que el daño moral en el Ecuador, se lo utiliza con el fin de reparar daños causados por terceros por falta de diligencia en el quehacer de las cosas o afectaciones a la honra de las personas.

Esta figura establece ciertos parámetros para que los jueces anglosajones puedan cuantificar una indemnización cuando ha existido un daño causado al demandante, para lo cual deben tomar en cuenta la afectación que ese daño podría causar en la sociedad o respecto de un grupo social determinado si el demandado continuará actuando de la misma manera.⁹³

Si bien, una de las particularidades de esta institución son los altos montos de indemnización que se debe cancelar al agraviado por parte de quien realiza el daño, en todo caso establece ya un parámetro para que los jueces puedan determinar una indemnización. De igual manera, es de considerar que el objetivo de estos altos montos de indemnización es que influyan en el demandado, a fin de que no repita dichos actos y realice sus cosas con más cuidado diligencia.

Por lo dicho, es necesario en nuestro país debatir la necesidad de crear normas que establezcan pautas o parámetros para calcular la indemnización por delitos civiles de daño moral, a fin de reducir la injerencia de la subjetividad de los jueces en las sentencias, que muchas veces se ve influenciada por quien es el demandado y quien es el actor, así como lograr que quienes sean

⁹³ <http://www.falconipuig.com/cyberlex/la-subjetividad-del-dano-moral-en-el-ecuador/>

sancionados rectifiquen sus actuaciones a fin de no ser reincidentes ocasionando un impacto negativo en la sociedad. En consecuencia se requiere de una reforma a la legislación civil en vigencia.

6.2. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENTREVISTAS.

Con el objeto de recabar información certera que conduzca a obtener resultados cualitativos con respecto a la problemática en estudio; y, concretamente diagnosticar la situación jurídica actual en torno a la interpretación y aplicabilidad de los Artículos 2232 y 2233 del Código Civil ecuatoriano, consideré pertinente la ejecución de seis entrevistas dirigidas a seis de los diez Jueces y Juezas que integran la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del Cantón Loja, quienes son competentes para tramitar y resolver en primera instancia las acciones legales por daño moral que se proponen en la Jurisdicción del Cantón Loja; en virtud de lo cual, son los profesionales del derecho más idóneos para responder este tipo de entrevista, por tener vastos conocimientos y experiencia respecto del tema que me encuentro abordando en el presente trabajo investigativo.

PREGUNTA NRO. 1.

1. ¿Considera usted que la legislación civil ecuatoriana en vigencia, establece pautas, parámetros y reglas claras para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

DOCTORA TALÌA MARGARITA MALDONADO CASTRO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“Bueno, si lo tomamos en cuenta así como pautas, parámetros y reglas para calcular y determinar el monto económico a resarcirse por daño moral, no se establece pautas, sin embargo es más bien la calificación del hecho de la acción injurídica, del hecho injurídica que provoca la indemnización de daño moral y la prueba de ese daño causado, los que permiten que el Juez en base a la sana crítica, y en base a su experiencia sea quien lo determine.”

DOCTOR JOSÈ VINICIO BRAVO MERCHÀN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“No en realidad el Código Civil no establece ninguna clase de parámetros o reglas para calcular y determinar el monto económico. Está a libre criterio del Juez.”

DOCTORA SARA SALOMÈ TANDAZO VALAREZO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“La legislación civil ecuatoriana en vigencia, no establece pautas, parámetros y reglas claras para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra. Todo deja a la sana crítica del Juez.”

DOCTORA ROSA BEATRIZ LEÓN OJEDA, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“En el Código Civil sí tenemos pautas o reglas pero no muy claras en cuanto a determinar el monto económico en sí, sino que este debe ser calificado por cada Juez o Jueza de acuerdo a la sana crítica y a las pruebas que se vayan aportando en el proceso.”

DOCTORA GEOVANNA TAMARA CHANGO MALDONADO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Pautas, parámetros y reglas claras como plantea la pregunta, no se pueden evidenciar claramente en la legislación civil, lo que tenemos son los requisitos para su procedencia; pero en cuanto al concepto de indemnización esto debe ser justificado por la parte quien lo alegue.”

DOCTORA MARTHA ELIZABETH JARAMILLO JUMBO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Considero que la legislación civil ecuatoriana presente algunas pautas, parámetros y reglas que le permiten al Juez determinar el monto económico que va a mandar a resarcir por el daño moral ocasionado, pero hay que decir también que esas reglas que ha determinado el Código Civil, están enfocadas a la discrecionalidad del Juez y también a esta facultad que le ha dado la ley de la sana crítica, porque debe tomar en consideración algunos aspectos: por

ejemplo, a quién se provoca el daño, el oficio, la profesión o la actividad que realiza la persona a la que supuestamente se ha provocado el daño, porque hay que decir que se debe justificar en el proceso el daño provocado, siempre estamos hablando de que el daño moral está encaminado también al hecho de manchar el honor, la reputación de la gente y también al aspecto de los sufrimientos psíquicos o físicos y la angustia que pueden causar un determinado hecho en una persona. Considero que las reglas y las pautas que determina el Código Civil no son tan claras en la legislación, como para determinar un resarcimiento completo.”

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

En la pregunta que se plantea, cuatro de los seis entrevistados manifiestan que la legislación civil ecuatoriana en vigencia, no establece pautas, parámetros y reglas claras para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra. Las dos entrevistadas restantes manifiestan que en la legislación ecuatoriana si tenemos pautas o reglas pero no muy claras en cuanto a determinar el monto económico en sí; que tales reglas que ha determinado el Código Civil están enfocadas a la discrecionalidad del Juez y también a esta facultad que le ha dado la ley de la sana crítica, pero que en definitiva no son tan claras como para determinar un resarcimiento completo. Con los criterios obtenidos de los Jueces y Juezas que conocen, tramitan y resuelven las acciones ordinarias de daño moral, se puede interpretar que efectivamente en nuestra legislación legal existe un vacío jurídico consistente en la carencia de pautas, parámetros y reglas claras,

aunque fueren generales para que el operador de justicia calcule y determine el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra; situación que al quedar a la discrecionalidad del Juez y también a esta facultad que le ha dado la ley referente a la sana crítica, se torna subjetivo a mi entender.

PREGUNTA NRO. 2.

2. ¿Considera Usted que el Artículo 2232 del Código Civil en vigencia, al establecer en su parte pertinente que la determinación del valor de la indemnización para la reparación del daño moral, queda a la prudencia del Juez, ha generado excesos tanto en quien se siente víctima de daño moral, como en el Juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada, llegando a determinarse valores irrisorios en unos casos y exagerados en otros?

DOCTORA TALÌA MARGARITA MALDONADO CASTRO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Efectivamente el Artículo 2232 del Código Civil en vigencia, indica que 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 mismo artículo; y, ese inciso primero hace referencia a que en cualquier caso no previsto en las

disposiciones precedentes, que se refieren a los casos en que se puede demandar el daño moral y daños y perjuicios, podrá también demandarse la 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; es decir es la determinación de la acción u omisión ilícita causada por el demandado la que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios; y , que se halle justificada la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta también cometida; y yo considero que no, que no se dan excesos porque en primer lugar justamente hay las instancias de ley, entonces el Juez Civil que conoce en primera instancia la indemnización o la demanda por daño moral, lo cuantifica, justamente en base a esa gravedad y a la prueba aportada por el accionante; y, en relación no, con base al principio de contradicción también a la prueba aportada por el demandado; y, se lo hace como lo señale, en base a la sana crítica y una justificación pues atendiendo también a todo un proceso, a la revisión de todo un proceso. Y quien se considere inconforme con respecto al valor determinado, pues tiene una segunda instancia, en donde es revisada por un tribunal, también que con previa revisión del proceso y con la experiencia de ellos, pueden determinar ese valor y en definitiva podrían aumentarlo o disminuirlo según lo consideren; estamos hablando de una revisión de tres personas; y, aún allí quien se considere inconforme puede casar la sentencia; y, de admitirse esa casación pues también sería objeto de revisión, si es que el objeto impugnado es el valor verdad. Entonces no pienso que se dé lugar a que con eso se esté perjudicando al imponer excesos o irrisorias cantidades.”

DOCTOR JOSÈ VINICIO BRAVO MERCHÀN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN

LOJA:

“Eso depende desde el punto de vista de las partes procesales, pero es obvio que a veces el Juez pueda equivocarse y en algunos casos incluso dar una compensación de daño moral inferior a lo que debería darse o en otras veces superior. Pero eso ya está a consideración de las partes procesales; pero si podría establecerse la pregunta que usted me hace, que en algunos casos se determinan montos exagerados y en otros muy bajos.”

DOCTORA SARA SALOMÈ TANDAZO VALAREZO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN

LOJA:

“Bueno, el valor se fija tomando en consideración como dije la sana crítica del Juez, pero también algunos aspectos más, el tema de dónde se desarrolló el entorno social del afectado; y, evidentemente si se considera que las partes han sido perjudicadas, tienen las opciones o los recursos que están establecidos debidamente en la ley. Entonces yo creo que podría ser un poco subjetivo este tema.”

DOCTORA ROSA BEATRIZ LEÒN OJEDA, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN

LOJA:

“No, no lo considero de que se está generando un exceso por cuanto queda a la sana crítica, como lo mencioné para los Jueces; que hayan casos

excepcionales en los que hay o ha habido esas situaciones, puede ser pero no es que provoca un exceso tanto para las partes litigantes como para con lo que resuelve el Juez.”

DOCTORA GEOVANNA TAMARA CHANGO MALDONADO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Lo que se quiere establecer como excesos no lo entiendo, excesos de parte del Juez no lo podría establecer a lo mejor depende de la lealtad procesal con la actúen las partes. Usted sabe que la parte actora es la que recae sobre ella la carga de la prueba y la parte demandada es la que tiene que estar sujeta a contradecirla, si no hay en esta contradicción de la parte demandada de lo que le requiere la parte actora, mal se podría decir que habría un exceso del Juez sino que a lo mejor yo lo llamaría más bien un tema de tratar de llevar al engaño en este caso a la persona que está haciendo de administrador de justicia no es cierto, tratar de hacerlo incurrir en el error, no en excesos sino en tratar de hacerlo incurrir en error, porque como ustedes saben el Juez resuelve en cuanto y en tanto se hayan presentado y evacuado las pruebas que presentaron las partes. Si la una no la contradijo o la otra presentó en exceso, yo creo que el exceso sería más en cuanto a las partes, porque el Juez lo que resuelve es de acuerdo o aplicando las reglas de la sana crítica, las disposiciones legales y sobre todo las constitucionales.”

**DOCTORA MARTHA ELIZABETH JARAMILLO JUMBO, JUEZA DE LA
UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL
CANTÓN LOJA:**

“Como mencioné ya anteriormente precisamente la institución del daño moral es una institución jurídica que como dije está sujeta al criterio del Juez. Juega un papel fundamental la sana crítica y la libre discrecionalidad del Juez; ahora bien, hay que considerar también que para los Jueces, lo que determina el emitir un fallo en cualquier aspecto o en cualquier trámite que se tramita o que conoce el Juez, determina las pruebas que presenten las partes, entonces para mí es en especial el asunto central la prueba que pueda lograr recabar aquel que demanda, o quien se siente ofendido a través del daño moral, porque luego en base a esa prueba es lo que se puede establecer. Hay ocasiones en que se puede determinar una prueba muy fehaciente para determinar un monto elevado o un monto a lo mejor acorde al daño que se ha provocado, ahora es muy difícil en este sentido si hablamos específicamente en el sentido subjetivo porque a lo mejor lo que representa un daño muy grave para una persona, para el Juez no representa tal daño; y dependiendo, a lo mejor lo que no representa un daño moral muy grave para una persona, para el Juez si se determina por precisamente las implicaciones que puede ocasionar el daño provocado en determinada persona. Entonces sí creo que esta libre discrecionalidad de la que está investido el Juez en este proceso, está encaminado sobre todo a que las partes puedan presentar una prueba fehaciente que convenza al Juez de que efectivamente se ha provocado el daño para que este pueda hacer el cálculo y poder determinar el valor, ya que

como manifesté anteriormente es un situación muy subjetiva y a lo mejor también de apreciación. Ahora a lo mejor el daño que calcula el Juez puede ser excesivo para el demandado ¿no es cierto?, es una situación en la que nunca va a existir conformidad, o a lo mejor también el mismo daño que es excesivo para el demandado, resulta que es irrisorio para el demandante; entonces es por eso que considero que las partes deben actuar sobre todo la prueba necesaria para poder justificar y cuantificar ese daño.”

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

En la pregunta que se plantea, existe diversidad de criterios con respecto a la disposición contenida en el artículo 2232 del Código Civil en vigencia, que establece en su parte pertinente: “que la determinación del valor de la indemnización para la reparación del daño moral, queda a la prudencia del Juez”; situación que ha generado excesos tanto en quien se siente víctima de daño moral, como en el Juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada, llegando a determinarse valores irrisorios en unos casos y exagerados en otros. La mayoría de entrevistados no niegan de plano que podría, en ciertos casos concretos y aislados, generarse excesos en cuanto a los montos por concepto de indemnización. La mayoría de entrevistados manifiestan que el asunto central en el que se basan para emitir los fallos, es la prueba que aporten los sujetos procesales y concretamente la parte accionante; que es determinante una prueba fehaciente, que convenza al Juez de que efectivamente se ha provocado el daño para que este pueda hacer el cálculo y poder cuantificar la indemnización. Sin embargo el contexto de la valoración de las pruebas, en mi criterio personal, sigue siendo subjetivo e

insuficiente para reparar integralmente el daño moral ocasionado. Es importante rescatar de esta diversidad de criterios, que el exceso podría originarse en las pretensiones de las partes, en cuanto a tratar de inducir al error al Juez.

PREGUNTA NRO. 3.

3. ¿Considera Usted que los preceptos inherentes al daño emergente y el lucro cesante, como bases de la indemnización de perjuicios, resultan suficientes para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

DOCTORA TALÌA MARGARITA MALDONADO CASTRO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Haber, usted me está diciendo que si es que los preceptos de daño emergente y lucro cesante, como bases de indemnización, resultan suficientes para calcular y determinar el monto económico a resarcirse por el daño moral, ¿no es cierto? Haber, de conformidad al Art. 1572, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse incumplido imperfectamente o de haberse retardado el cumplimiento. La indemnización de perjuicios, que es diferente al daño moral. Más bien, si bien es cierto no son situaciones excluyentes, puede demandarse los daños y perjuicios y el daño moral, pero para la determinación de los perjuicios se toma en cuenta el daño emergente y el lucro cesante, que

me parece que son parámetros suficientes, porque justamente el daño emergente es la pérdida ocasionada, exactamente el justificativo en base a la prueba que se dé del perjuicio económico generado; y, el lucro cesante el perjuicio económico que se dejó de percibir, en base al delito, al cuasidelito, al contrato, al cuasicontrato, en definitiva al generador de la obligación; y, como vimos anteriormente, más bien la determinación de la indemnización por daño moral, le queda a la prudencia del Juez. Son dos cosas sumamente diferentes pero en relación a que si los parámetros de daño emergente y lucro cesante son suficientes para determinar la indemnización en relación a perjuicios, en relación a indemnización por perjuicios creo que son suficientes.”

DOCTOR JOSÈ VINICIO BRAVO MERCHÀN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Haber en cuanto al daño emergente se podría decir que no, las bases de la indemnización de estos perjuicios no son suficientes para calcular; pero en cuanto al lucro cesante si hay suficientes criterios, suficientes normas de procedimiento con las cuales si podría establecerse un lucro cesante efectivo.”

DOCTORA SARA SALOMÈ TANDAZO VALAREZO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Yo creo que no podrían ser tomados en cuenta solamente los dos; es decir, lucro cesante y daño emergente, porque existen dependiendo del tipo de juicios que se tramiten, va a obedecer justamente el tema de la indemnización. No

podríamos generalizar porque nosotros no hablamos en materia civil de un procedimiento para tal caso sino que hablamos de varios procedimientos que podemos tener nosotros dependiendo del caso como se dé; materia civil para lamentablemente algunos existen muchísimas formas para resolver estos procesos.”

DOCTORA ROSA BEATRIZ LEÓN OJEDA, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Ampliando un poquito más la respuesta a esta pregunta, ningún monto va resarcir el daño moral causado en las personas, eso sí tenemos que tenerlo muy en claro, pero de todas formas, el daño emergente y el lucro cesante, como bases de la indemnización de perjuicios que constan en nuestra legislación, son los que el legislador así los ha establecido y así han permitido que los Jueces podamos seguir un lineamiento en las decisiones tomadas, pero como lo repito no habrá valor que pueda cubrir un daño moral.”

DOCTORA GEOVANNA TAMARA CHANGO MALDONADO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Si los logra justificar, yo creo que suficiente no podría decir que sea suficiente, eso depende del reclamo que realice la parte que lo está solicitando, pero esto es lo que puede tomar en consideración para determinar una indemnización siempre y cuando sea comprobado daño emergente y lucro cesante; yo considero en mi criterio que si son sumamente probados por qué no se puede

resolver a favor aplicando justamente estas dos (daño emergente y lucro cesante).”

DOCTORA MARTHA ELIZABETH JARAMILLO JUMBO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Haber aquí hay que distinguir dos cosas, la indemnización de daños y perjuicios constituye una acción que puede también solicitarse directamente con la acción de daño moral, es decir que se pueden presentar las dos acciones en una sola; pero la indemnización de daños y perjuicios es una cosa y la indemnización por daño moral es otra cosa. Le voy a poner un ejemplo: Si una persona provoca un accidente de tránsito, y en este accidente de tránsito resulta que el imputado es culpable por el hecho de haberse emitido una sentencia en su contra, este ya está obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios, ya sea que se va a tramitar ante el mismo Juez que conoció el caso del accidente de tránsito, en el caso de que se haya propuesto acusación particular, o a parte ante un Juez Civil en el caso de que no se hubiere propuesto acusación particular. Esa indemnización de daños y perjuicios está conformada en dos partes: primero la indemnización que corresponde por el daño emergente que como ustedes conocen está determinado a qué es lo perdí en el momento del accidente; y, la otra parte o el otro componente es el lucro cesante, en cambio que es aquello que yo dejé de percibir por lo que el accidente me provocó; y podría ser por ejemplo: yo sufrí un accidente, me chocaron mi herramienta de trabajo, mi taxi, ¿no es cierto?, resulta que la persona que ocasionó el accidente de tránsito y resulta culpable

tiene que pagarme, ¿cuál sería el daño emergente?, los daños provocados en mi vehículo; y, el lucro cesante sería todo el tiempo que yo dejo de trabajar y que en consecuencia dejo de percibir un salario; por la inactividad o para de mi trabajo, cada dólar que yo dejo de percibir a partir de que se provocó el accidente, hasta que vuelva yo a poder trabajar, eso únicamente en el aspecto material. Porque también hay que considerar en ese monto por concepto de indemnización de daños y perjuicios, el daño que se provocó en la persona; es decir, las lesiones físicas, el tiempo de incapacidad ocasionado por dichas lesiones para el trabajo, que tendría que justificarse a través de partes o diagnósticos médicos, recetas médicas, facturas, etcétera de cosas; esa es la indemnización por daños y perjuicios. Ahora esta indemnización de daños y perjuicios, por ejemplo se me pone que en el accidente se ocasionó la muerte de una persona; entonces la indemnización de daños y perjuicios es una cosa a que estaría obligado a pagarme el que resultó culpable, pero yo allí puedo demandar también daño moral por la muerte ocasionada a aquella persona; y, el fallecimiento de un ser humano, de una persona allegada a mi vida más aún si se trata de un familiar, sí me provoca daño moral, angustia, temor, sufrimiento. Entonces debe quedar claro que la acción de daños y perjuicios es una cosa, y la acción de daño moral es otra cosa muy diferente; pero que las dos si se pueden configurar en una sola acción, pero hay que distinguir, no hay que confundir lo uno con lo otro. Entonces, no es que porque yo he interpuesto acción de daños y perjuicios, obligatoriamente me van a justificar daño moral, no, puede a lo mejor que la indemnización por daños y perjuicios materiales sea muy poca y la indemnización por daño moral sea más elevada o viceversa.

Eso hay que considerar aquí, no se puede decir que el daño emergente y el lucro cesante sean suficientes para el cálculo y determinación del monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra; hay que distinguir las dos acciones.”

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

En la pregunta que se ha planteado, la mayoría de entrevistados coinciden en manifestar que la indemnización de daños y perjuicios, en la que se consideran el lucro cesante y daño emergente, es una cosa; y, la indemnización por daño moral es otra cosa muy diferente. Que se pueden presentar las dos acciones en una sola, es verdad, pero son dos cosas totalmente diferentes. El daño moral concierne a la dimensión exclusivamente psíquica del ser humano (intangibles); y, los daños y perjuicios aluden a los bienes materiales, tangibles o corpóreos. Ante esta aclaración realizada por los entrevistados, mal podría decirse que los preceptos inherentes al daño emergente y el lucro cesante, como bases de la indemnización de perjuicios, resultan suficientes para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra.

PREGUNTA NRO. 4.

4. ¿Qué parámetros y principios se consideran para determinar el monto indemnizatorio que el demandado debe resarcir al demandante por el daño moral ocasionado en su contra?

DOCTORA TALÌA MARGARITA MALDONADO CASTRO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“Depende de cual sea el hecho generador del daño moral y también depende de cuánto haya sido el daño moral que se ha sufrido. Por ejemplo si una persona indica que dentro del delito cometido generador de ese derecho, o por el que considera que se le ha generado ese derecho a que se le indemnice el daño moral, ha sufrido la pérdida de un familiar, pues no es lo mismo que hubiere dicho que ha sufrido un sufrimiento que le llevó a un tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico que le llevó un mes o dos meses verdad. Es muy circunstancial, depende del análisis del caso.”

DOCTOR JOSÈ VINICIO BRAVO MERCHÀN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“Eso ya está a criterio del Juez que resuelva; podría ser por ejemplo el propio daño moral, el daño psicológico verdad, incluso a veces el daño físico que se ha provocado de una angustia pero son parámetros y principios que debe determinar el Juez, pero a priori o sea de su relación circunstancial que produce el Juicio en las partes procesales, no es cierto; del efecto producido a consecuencia del daño moral, de quien acciona esa demanda. Entonces ahí están los parámetros y principios, pero que estén reglamentados no hay.”

DOCTORA SARA SALOMÈ TANDAZO VALAREZO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN

LOJA:

“Bueno como usted ya lo decía el daño moral no viene a ser un daño patrimonial sino un daño subjetivo moral entonces el valor se determina valorando en conjunto las pruebas que han sido presentadas, el desenvolvimiento en el trabajo y la afectación que esta persona tenía, no es cierto; y, cual sería un valor prudente para que pueda resarcir en algo este derecho que ha sido lesionado.”

DOCTORA ROSA BEATRIZ LEÓN OJEDA, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN

LOJA:

“En primer lugar debe probarse que haya existido ese daño moral, por lo general se prueba mediante un tratamiento médico que haya obtenido el actor o el perjudicado en el daño moral, y luego con las facturas, con los medicamentos y todo lo necesario que haya permitido establecer o cuantificar el daño, pero en sí como vuelvo a repetir, ningún monto va a resarcir el daño moral causado a una persona.”

DOCTORA GEOVANNA TAMARA CHANGO MALDONADO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Como lo decía parámetros y principios como tales no están pero podemos decir el principio que siempre nosotros aplicamos sería la tutela judicial

efectiva⁹⁴, osea velar porque los derechos de las partes nos sean vulnerados; y, lo que se considera para determinar la indemnización como reitero, depende de las pruebas que hayan aportado y todo lo que hayan comprobado las partes dentro del momento procesal oportuno para ver si se puede atender tanto el daño emergente como el lucro cesante.”

DOCTORA MARTHA ELIZABETH JARAMILLO JUMBO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Yo les decía a los Jueces, tomemos en consideración algunos aspectos, como cuales: el trabajo que la persona efectúa, a lo mejor la responsabilidad que aquella persona tiene en el trabajo que efectúa, la aceptación en la sociedad que esa persona tiene, y el daño también a donde es, a qué parte de la honra de esa persona afecta; es decir, si afecta sólo a la persona, afecta a la familia, entonces son cosas que hay que determinar haciendo un estudio particular de cada caso; por eso repito, esos son los parámetros que uno toma en consideración, entonces no sería lo mismo por ejemplo provocar un daño moral, y no es el asunto de discriminar, ni de hacer diferencias entre las personas; ni tampoco resulta daño moral lo mismo para un conglomerado de personas, una misma acción, que para otra u otras. Entonces me hago entender: no podrían a lo mejor las personas que trabajan por decir en una plaza, en un mercado, personas de un bajo nivel social y cultural y sobre todo un bajo nivel de educación; para ellas es a veces un tanto normal tratarse con

⁹⁴ El derecho a la tutela judicial efectiva se conceptúa como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda-, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.

palabras groseras o soeces, que a lo mejor esas palabras pueden resultar un daño moral para una persona eminentemente cultural, científica o una persona que es sumamente educada por decir; entonces, hay que distinguir ese aspecto también para el daño moral. Quién lo efectúa, a quien lo efectúa, la intención; porque hay cosas, muchas veces términos, palabras o acciones que para un conglomerado social son normales, en cambio que para otro conglomerado social, resultan aberrantes o resultan escandalosas. Esos son los aspectos que hay que considerar; por eso digo, es una situación tan complicada lo del daño moral que siempre hay que atender el caso particular y la prueba que se presente en el proceso.”

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

En cuanto a la pregunta planteada, he podido evidenciar que no existe una unificación de criterios entre los Jueces que conocen, tramitan y resuelven las acciones ordinarias de daño moral. Cada uno de los entrevistados menciona parámetros y principios dispersos que no resultan claros a mí entender. A parte de la discrecionalidad, prudencia y sana crítica del Juez, se mencionan las pruebas materiales que pueda aportar la parte accionante, como una constancia del tratamiento médico que haya obtenido el actor o el perjudicado en el daño moral; y, luego con las facturas, con los medicamentos y demás gastos en los que haya incurrido el prenombrado accionante. Se menciona de igual forma la tutela judicial efectiva, el trabajo que la persona afectada efectúa, a lo mejor la responsabilidad que aquella persona tiene en el trabajo que efectúa, la aceptación en la sociedad que esa persona tiene, el daño ocasionado a qué parte de la honra de esa persona afecta; es decir, si afecta

sólo a la persona, afecta a la familia. En fin, todos apuntan en direcciones distintas pero coinciden en que se debe realizar un estudio particular de cada caso, con lo cual puedo concluir en que resulta muy complicado estandarizar la indemnización del daño moral. Otra situación que considero relevante manifestar, es que ningún monto económico va a resarcir integralmente el daño moral causado a una persona; pero por lo menos sirve de consuelo.

PREGUNTA NRO. 5.

5. ¿Considera usted necesario incorporar al Código Civil en vigencia, reglas y parámetros que permitan calcular, cuantificar y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

DOCTORA TALÌA MARGARITA MALDONADO CASTRO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Sí, es posible que al establecerse ciertos parámetros de valoración en el daño moral, y no únicamente quedar a la prudencia del Juez, haga que mantengamos tal vez, un tanto más uniforme si se quiere el asunto de la determinación del valor a indemnizarse, porque efectivamente pues al tratarse de la prudencia del Juez, se torna subjetivo, cada ser humano tenemos una personalidad distinta, circunstancias distintas, concepciones distintas. Entones yo pienso que estableciéndose parámetros, de alguna manera si nos podría

permitir un poco unificar el criterio en relación a esta indemnización del daño moral.”

DOCTOR JOSÈ VINICIO BRAVO MERCHÀN, JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“Debería haber ciertos parámetros incluso que afecten a la dignidad de la persona, en el caso del daño moral; pero es obligatorio que se pueda definir en el Código o en un reglamento, o en una norma secundaria, cuáles son los parámetros que el Juez debería aplicar para fijar una indemnización por daño moral. Porque hay bastante Jurisprudencia y Doctrina que dice que el daño moral es incuantificable, es decir que no se lo puede cuantificar sino que está a la medida de lo que el Juez considere prudente, oportuno y necesario.”

DOCTORA SARA SALOMÈ TANDAZO VALAREZO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“Sí creo que es urgente que se pueda reformar este tema porque así nosotros obviaríamos o dejaríamos fuera la subjetividad con la que se concibe el tema del daño moral.”

DOCTORA ROSA BEATRÌZ LEÒN OJEDA, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÒN LOJA:

“No por cuanto, cada atención en cada ciudad y cada médico, cada medicamento o cada gasto que haya ocasionado que se haya en perjuicio del

actor, del que se sietе perjudicado por el daño moral, no se lo puede cuantificar en un sólo momento sino que debe ser de acuerdo a la situación económica que atraviesa la persona así como de los costos y valores que cobren los facultativos médicos o las clínicas donde se hayan hecho atender para cobrar esos montos.”

DOCTORA GEOVANNA TAMARA CHANGO MALDONADO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Siempre es necesario tener disposiciones claras y que nos permitan fundamentar las resoluciones; resulta también que en nuestra normativa civil en la actualidad hay ciertas ambigüedades y ciertas normas que nos llevan a confusiones y que no dan lugar a interpretaciones por parte de los jueces de primer nivel, pero hay la doctrina y la jurisprudencia en las cuales nos podemos apoyar pero sí la normativa civil cambia en cuanto a su procedimiento yo creo que nos va a permitir tener nuevos elementos o reglas más claras se puede decir, para la aplicación de las indemnizaciones en cuanto el daño moral sea comprobable, sobre todo porque este es un caso que está como lo decía inicialmente, está más a discrecionalidad del Juez y depende mucho de la comprobación que hagan en la etapa procesal las partes.”

DOCTORA MARTHA ELIZABETH JARAMILLO JUMBO, JUEZA DE LA UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA:

“Haber considerado que a lo mejor sí el legislador nos pueda dar unas pautas de aspectos muy generales que deberíamos considerar para poder calcular y determinar la indemnización de daño moral, porque no las tenemos. Habla el Código Civil muy escuetamente de aspectos como dice aspectos que manchen la reputación ajena, difamación, lesiones, violación, estupro, atentados contra el pudor, acciones que provoquen detenciones o arrestos ilegales etcétera, procesamientos injustificados; es decir, yo sigo un proceso a una persona y resulta que lo hago a lo mejor con el afán de molestar o dañar la honra, etcétera; osea nos da el Código, la norma si nos establece algunas cosas pero en mi criterio si debería decirnos por ejemplo haber atendiendo a la calidad de la persona o atendiendo a lo mejor al nivel social, cultural, etc., que si se debería considerar en un aspecto como en remuneraciones básicas unificadas, etc., aunque creo que eso es un poco también discriminatorio, pero si se debería atender al nivel cultural de la persona, eso sí; porque como repito a veces una misma acción u omisión resulta ofensiva para alguien pero no para otro conglomerado. Entonces si hace falta un poco determinar o especificar por parte del legislador cuáles serían los parámetros a considerarse para el cálculo y determinación de la indemnización del daño moral, parámetros como los que le acabo de mencionar.”

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN:

En cuanto a esta pregunta, cinco de los seis entrevistados coinciden en manifestar que es necesario que el legislador incorpore al Código Civil en vigencia, reglas y parámetros que permitan calcular, cuantificar y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la

indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra. Coinciden además en manifestar que aquellas reglas y parámetros, los ayudarían a unificar un tanto los criterios en cuanto a calcular y determinar específicamente el monto económico indemnizatorio del daño moral. Ahora bien, de las respuestas obtenidas puedo interpretar que aquellas reglas y parámetros a incorporar en el Código Civil, deben ser muy generales, porque como manifesté en líneas anteriores, resulta complicado, discriminatorio y restrictivo estandarizar el daño moral.

6.3. ESTUDIO DE CASOS.

6.3.1. CASO NRO. 1

6.3.1.1. DATOS REFERENCIALES.

ACTOR: Economista Rafael Vicente Correa Delgado, en su calidad de Presidente Constitucional de la República del Ecuador.

DEMANDADO: Banco Pichincha C.A.

OBJETO DE LA DEMANDA: Daño Moral.

TRAMITE: Ordinario.

CUANTIA: 1.000.000.

JUICIO: Nro. 0946-2009

JUEZ: Dr. Sánchez Zuraty Manuel (Juez Ponente)

ÒRGANO JURISDICCIONAL EMISOR: Ex Sala de Lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia.

6.3.1.2. ANTECEDENTES:

La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador determinó que el Banco Pichincha deberá pagar al presidente Rafael Correa US\$600.000. El fallo resuelve una demanda entablada por EL Economista Rafael Correa contra la institución financiera por mantener su nombre en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos durante 10 años. El jefe de Estado denunció que el Banco Pichincha pretendía cobrar una deuda de 1,6 millones de sucres (US\$67) más intereses por supuestos consumos en una tarjeta de crédito del Ex Banco La Previsora. La Previsora incluyó el nombre de Correa en la Central de Riesgos desde 1999, según información tomada del Diario El Comercio. Dos años después, el Banco Pichincha adquirió la cartera de Filancard, del ex Filanbanco, que en 2000 había absorbido a La Previsora, que tenía contabilizada la deuda de Correa, que había sido dolarizada. Así, la institución tuvo el nombre del actual Presidente de la República en la Central de Riesgos, desde el 31 de agosto de 2001 al 30 de noviembre de 2005, a pesar que el mandatario había la deuda. La sentencia favorable a Correa se entregó después que ambas partes presentaran recurso de casación, en septiembre de 2009, cuando la Segunda Sala Civil de la Corte de Pichincha ordenó al banco indemnizar con US\$ 300.000 al jefe de Estado. El Banco Pichincha rechazó la decisión final. “Por ningún motivo se puede alterar una sentencia anterior cuando las partes han consultado exclusivamente la legalidad de dicha sentencia”, dijo. En un comunicado, el presidente Adjunto del Banco Pichincha, Antonio Acosta, indicó que la institución está solicitando la aclaración a los magistrados y “preparamos el recurso de protección pertinente, para conocimiento y resolución de la Honorable Corte Constitucional”. El Banco Pichincha argumentó que la Sala de lo Civil de la Corte Nacional de Justicia incrementó “de forma irregular e inconstitucional la indemnización

a favor de Correa a US\$ 600.000". El presidente Correa pretendía una indemnización de US\$1 millón por daño moral.

6.3.1.3. PARTE PERTINENTE DE LA RESOLUCIÓN:

"El tratadista Dr. Enrique V. Galli, respecto de la definición de daño moral, dice que: "Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.- Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley". (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, p 604. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954). Guillermo Cabanellas, en su conocido Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define al daño moral como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o 38 sentimientos por acción culpable o dolosa de otra.- Para la existencia del daño moral, no es necesario la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. "La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que

lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002). De acuerdo con nuestro ordenamiento legal 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 reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. En la especie, es claro que al registrar en la central de riesgos al actor, y mantener ese registro a pesar de no tener los documentos que respaldaban la obligación, se comete un acto antijurídico, que produce daño al afectado, más aún cuando esta información se ha difundido por parte de los medios de comunicación mancillando el honor, el derecho al buen nombre, desprestigiándolo, considerando además que éste había recurrido por distintos medios, tanto a la entidad que mantiene el registro, cuanto al organismo de control sin que se le haya atendido a su pedido, esto es, la demostración de la obligación y de no existir aquella, el retiro inmediato del registro de la central de riesgos. Con la sentencia analizada en líneas anteriores, existe certeza de la inexistencia de la obligación que motivó el mantenimiento indebido en la central de riesgos.- 8.4.- La norma del Art. 2235 del Código Civil señala que las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Los actos ilícitos, sean estos delitos o cuasidelitos, son fuentes de obligaciones que pueden extinguirse por la prescripción. La prescripción no corre en obligaciones que no son exigibles, en las obligaciones que dependen del cumplimiento de una condición y en los derechos eventuales, en cambio en las obligaciones que nacen de actos o hechos sucesivos o periódicos, la prescripción se cuenta siguiendo la regla general pero tomando como referencia cada acto. El acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionaba

a la Central de Riesgos, la última de las cuales ocurrió el 30 de noviembre del 2005. Desde esta fecha hasta la presentación de la demanda (10 de enero de 2007) no había transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción extintiva.-

8.5.- Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque el actor ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.- 8.6.- Sobre el monto de la indemnización, es obvio que por no tratarse de daños y perjuicios materiales, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que “es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho”. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia 40 Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).- Nuestra legislación, en el Art. 2232 del Código Civil, reconoce la reparación en dinero, dejando a la prudencia del juzgador la determinación de su valor. La prudencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio. La Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de julio del 2009, las 16h34, y en su lugar, atentas las circunstancias analizadas, y en uso de la facultad conferida por el inciso final del Art. 2232 del Código

Civil, se fija la indemnización pecuniaria, a título de reparación, en seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América que deberá pagar el Banco Pichincha C.A., al Econ. Rafael Vicente Correa Delgado. Sin costas.- Léase y notifíquese.- f. Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Galo Martínez Pinto.-Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Certifico. Dr. Carlos Rodríguez, Secretario Relator.- 41 CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA, Quito a, 2 de junio del 2010, las 15h30.- VISTOS (946-2009-SR): El actor, Economista Rafael Correa Delgado, solicita ampliación de la sentencia de casación; y, Antonio Acosta Espinosa, Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A., pide aclaración y ampliación del mencionado fallo.- Se ha corrido traslado a las partes con las peticiones anotadas, en cumplimiento del inciso segundo del artículo 282 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil y para resolver se considera: PRIMERO. Acorde con el artículo 281 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil “El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días”. El inciso primero del artículo 282 ibídem, complementa el precepto anterior señalando que “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”. En caso de negarse los señalados recursos horizontales debe fundamentarse debidamente aquella negativa.- De las normas transcritas, se aprecia con claridad que dictada una sentencia, es inmutable por el mismo juez que la dictó, pero puede aclarar los pasajes oscuros de su texto o ampliar sus efectos a hechos y pretensiones que formen parte del objeto de la litis y que no hayan sido cubiertas por las conclusiones expuestas o resolver sobre frutos, intereses o costas no tomadas en cuenta en su parte resolutive; lo que significa que el peticionario deberá señalar los pasajes oscuros a aclararse, estableciendo de qué forma se puede concluir que el texto es confuso en el primer

caso; o, señalar cuáles son los hechos controvertidos no resueltos, en el segundo.

SEGUNDO. El Economista Rafael Correa Delgado, solicita que se amplíe la sentencia para que se disponga la entrega a la parte actora por la demora en el trámite, el valor total de la caución rendida por el demandado.- El Art. 12 de la Ley de Casación expresa que la caución se cancelará por el tribunal a quo si el recurso es aceptado totalmente por la Corte Suprema de Justicia; en caso de aceptación parcial el fallo de la Corte determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al recurrente y la cantidad que será entregada a la parte perjudicada por la demora; si el fallo rechaza el recurso totalmente, el tribunal a quo entregará a la parte perjudicada por la demora, el valor total de la caución. En la especie, la Sala de Casación ha aceptado el recurso de casación presentado por el actor, ha dictado sentencia de mérito que le favorece, y ha rechazado el recurso presentado por el demandado; por lo tanto, como el actor es la parte perjudicada por la demora, se ordena la entrega al actor del valor total de la caución rendida por el demandado.- En este sentido se amplía el fallo emitido, respecto de lo solicitado por la parte actora.- TERCERO: Antonio Acosta Espinosa, Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A., solicita aclaración y ampliación de la sentencia de casación, indicando que es necesario conocer cómo este Tribunal ha llegado a determinar que el tribunal ad quem ha valorado correctamente la prueba documental, consistente en la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, en el juicio seguido por el Banco La Previsora contra el Economista Rafael Correa Delgado, si dentro de la sentencia de casación existe contradicción porque se admiten los argumentos contrarios expuestos por el Banco Pichincha C.A., esto es, que está probado que existía un registro sobre la obligación presuntamente adeudada por el economista Rafael Correa y que, por efectos de la transferencia analizada, pasó a los registros como obligación vencida del Banco Pichincha C.A., manteniéndose su nombre en la central de riesgos, deuda que fue posteriormente cancelada por una persona allegada al deudor, por lo que no

habría lugar a indemnización alguna; que cómo se ha llegado a determinar que el registro en la Central de Riesgos es un hecho ilícito, si en el fallo se reconoce la existencia de la deuda y que fue cancelada en fecha anterior a la sentencia dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha; que 43 cómo siendo el recurso de casación un recurso de derecho estricto, que deja a la prudencia del juez de instancia, no del juez de casación, la determinación del valor de las indemnizaciones, la Sala de Casación, sin ser juez de instancia, arrogándose una competencia que de acuerdo con la ley y la doctrina no la tiene, aumenta la indemnización fijada por otra instancia y consecuentemente desnaturaliza el recurso de casación; que en el considerando sexto de la sentencia nada concluye ni analiza, sobre los cargos formulados por Banco Pichincha C.A., al interponer el recurso de casación. También hace un análisis adicional sobre Filanbanco, entidad de propiedad del Estado Ecuatoriano, que vendió la acreencia del señor Economista Rafael Correa Delgado al Banco Pichincha C.A., acreencia que posteriormente fue declarada inexistente por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, en un proceso en el cual nunca fue parte el Banco Pichincha C.A.- La Sala considera que la motivación con la que se ha dictado la sentencia está explicada de manera clara y completa a lo largo de sus considerandos y resolución, por lo que no es necesario repetirla.- La actuación de la Sala de Casación como tribunal de instancia, está respaldada por el Art. 16 de la Ley de Casación que establece que si se encuentra procedente el recurso de casación, se casará la sentencia y se expedirá la que en su lugar correspondiere, que es, precisamente, lo que ha hecho esta Sala, porque la sentencia dictada contiene por una parte la casación del fallo del Tribunal ad quem, y como consecuencia, el fallo de mérito sobre el derecho material disputado, lo que respeta la hipótesis jurídica del primer inciso del Art. 16 de la Ley de Casación; y, en cuanto el monto de la indemnización reparatoria se ha fijado en base a la prudencia de los juzgadores, como ordena el inciso final del Art. 2232 del, Código Civil, y atento a la “gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”; así consta en la sentencia

emitida por esta Sala, por lo que no hay nada que aclarar ni ampliar a estos respectos en el fallo de casación.- Notifíquese.- f. Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Dr. Carlos Ramírez Romero, Dr. Galo Martínez Pinto .-Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Certifico. Dr. Carlos Rodríguez, Secretario Relator.- **RATIO DECIDENCI**"¹. *El daño moral se refiere a una afectación de tipo emocional más no económica y la prueba por lo tanto no puede ser directa porque no se puede demostrar el sufrimiento humano, por lo tanto lo que se debe probar es que el demandado ha cometido un hecho ilícito que ha causado dicho sufrimiento. 2. La acción de daño moral en caso de injurias o lesiones es independiente y no necesita una sentencia penal condenatoria para poder proponerla, por tanto no existe prejudicialidad para la acción de daño moral. 3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil, el monto de la indemnización por daño moral debe ser fijado a prudencia del juez, siempre tomando en cuenta la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*⁹⁵

6.3.1.3. COMENTARIO:

Precisamente un caso que ejemplifica tanto el auge de la utilización de la figura del daño moral, como la subjetividad con que los jueces cuantifican las indemnizaciones que devengan de este tipo de acciones, es aquel suscitado entre el Sr. Rafael Correa, actual presidente de la República del Ecuador, y Banco Pichincha C.A. en el año 2007. Este litigio se inició a raíz de que en el año 2002, el Sr. Correa solicitó la emisión de la tarjeta de crédito Diners Club, sin embargo, ésta no le fue concedida en virtud de que constaba en la central de riesgos como deudor moroso del Banco Pichincha C.A. Lo dicho, toda vez que cuando Banco Pichincha C.A. adquirió la cartera vencida del ya desaparecido Filanbanco S.A., remitió a la Superintendencia de Bancos y Seguros un reporte de los deudores morosos de la tarjeta de crédito FilanCARD, en la cual constaba el nombre del Sr. Rafael Correa. En virtud de lo anterior, Rafael Correa inició un juicio

⁹⁵ <http://vlex.ec/vid/-412509314>

por daño moral en contra de Banco Pichincha C.A., y solicitó la indemnización por cinco millones de dólares, alegando que al haber sido mantenido como deudor de Filancard en la lista que se envió a la Superintendencia de Bancos y Seguros, estuvo imposibilitado de adquirir créditos y se afectó su imagen, tomando en cuenta que en ese entonces ejercía el cargo de Ministro de Finanzas de la Presidencia del Dr. Alfredo Palacio. En primera y segunda instancia el juez y tribunales de las Salas especializadas de la Corte Superior afirmaron la existencia de daño moral, sin embargo, variaron respecto al monto de indemnización que, de cinco millones de dólares en primera instancia bajó a trescientos mil dólares en segunda. No obstante, presentado los recursos de casación correspondientes, la Corte Suprema de Justicia volvió a modificar el monto de la indemnización, elevándolo a seiscientos mil dólares. El caso analizado demuestra que los Juzgados y Cortes nacionales dominan el concepto del daño moral, pero no tienen claridad respecto a la manera de cuantificar y determinar una indemnización, toda vez que existe un gran vacío legal dentro de nuestras normativas que, en muchos casos han permitido abusar de esta figura. La cuestión radica, en cómo se establece la indemnización de daño moral en el Ecuador, tomando en cuenta que no tiene una fórmula matemática ni mucho menos alguna técnica para determinar el monto que debe ser resarcido al demandante en estos casos.⁹⁶

6.3.2. CASO NRO. 2.

6.3.2.1. DATOS REFERENCIALES.

ACTOR: J.M.O.J.

DEMANDADO: J.R.C.L.

OBJETO DE LA DEMANDA: Daño Moral.

⁹⁶ <http://www.falconipuig.com/cyberlex/la-subjetividad-del-dano-moral-en-el-ecuador/>

TRAMITE: Ordinario.

CUANTIA: \$ 50.000.

JUICIO: Nro. 8563-2013.

JUEZ: Dr. MONTESINOS GUARNIZO OTTO GARMALBIN.

ÒRGANO JURISDICCIONAL EMISOR: Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del Cantón Loja y Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

6.3.1.2. ANTECEDENTES:

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA.- VISTOS: Juan Manuel Ontaneda Jiménez, comparecen a fs.4 del proceso y en lo principal de su demanda dice: Que el 14 de marzo del 2012, el señor Jorge Ramiro Chuncho López presentó una comunicación-denuncia, dirigida al señor Director Provincial de Educación de Loja y al Supervisor Provincial de Educación de Loja, denuncia que la transcribe en esta demanda. Que la forjada denuncia de marras presentada en su contra, ha dado origen a que se le inicie un trámite administrativo el cual no le va acarrear ninguna sanción, pero no puede permitir el tremendo daño moral, social y profesional que se le ha provocado con dicha denuncia, la cual tiene por objeto desprestigiarlo, para que se lo remueva de su importante cargo que con honestidad, eficiencia y probidad viene desempeñando desde hace mucho tiempo atrás. Que el accionar del señor implica una mancha en su reputación. Que además dicha denuncia constituye una falta de gravedad particular puesto que mancha su reputación, se lo difama, lo que le ha traído como consecuencia que el compareciente atraviese por sufrimiento físicos y síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes dentro del círculo social educativo en el que se desenvuelve. Con éstos antecedentes y demás argumentos mencionados, demanda en juicio ordinario a Jorge Ramiro Chuncho López, aspirando a que mediante sentencia se lo condene a

que lo indemnice pecuniariamente, a título de reparación, con una cantidad no inferior a los cincuenta mil dólares. Reclama también el pago de las costas procesales en las que se incluirán los honorarios de su defensor. Fundamenta su demanda en el artículo 2232 del Código Civil. La cuantía la fijan en cincuenta y cinco mil dólares. Aceptada a trámite la demanda (fs.7), se citó al demandado (fs.10), quien comparece a juicio en tiempo oportuno con su escrito de fs.11, señala domicilio judicial, se excepciona en la forma que en dicha petición consta.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA (Recurso de Apelación).- VISTOS: Comparece ante el Juez a quo, el señor Juan Manuel Ontaneda Jiménez, e indica en lo principal: Que con fecha 14 de marzo del 2012, el señor Jorge Ramiro Chuncho López presentó una comunicación-denuncia, dirigida al señor Director Provincial de Educación de Loja, y al Supervisor Provincial de Educación de Loja; que, la denuncia presentada en su contra ha dado origen a que se inicie un sumario administrativo en su contra; que, la denuncia tuvo y tiene como objeto desprestigiarle para que se le remueva del importante cargo que viene desempeñando; que, el accionar del señor implica una mancha a su reputación que como profesional y funcionario de nivel alto se ha venido ganando y además le ha ocasionado daños morales de magnitud; que, la denuncia que ha referido constituye una falta de gravedad particular, puesto que mancha su reputación, se le difama, lo que ha traído como consecuencia que el compareciente atravesase por sufrimientos físicos y síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes dentro del círculo social y educativo en el que se desenvuelve, motivo por el cual demanda al señor Jorge Ramiro Chuncho López en juicio ordinario aspirando que se le condene a que le indemnice a título de reparación, con una cantidad no inferior a CINCUENTA MIL dólares Estadounidenses. Reclama también el pago de las costas procesales en

las que se harán constar los honorarios de su abogado defensor.- El trámite ordinario.- La cuantía la fija en cincuenta y cinco mil dólares.- Fundamenta su demanda en el artículo 2232 del Código Civil.- A fojas 5 vta., consta la providencia en la cual el Juez de primera instancia dispone que el accionante complete su demanda; procediendo a cumplir el accionante dicha disposición conforme consta en se escrito de fojas 6 de autos.- Calificada la demanda (fs. 7), se procede a citar al demandado (fs. 10 y vta.); quien comparece a fojas 11.- Trabada así la litis, se convoca a la respectiva Junta de Conciliación (fs. 14) a la cual no asiste la parte accionada, por lo que se la declara en rebeldía (fs. 17); finalizado el término de prueba así como el trámite respectivo, el Juez de primera instancia procede a dictar sentencia rechazando la demanda por improcedente e injustificada.- Fallo que es apelado por el actor, recurso que es concedido para ante esta Sala.-

6.3.1.3. RESOLUCIÓN:

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA.- Sustanciada la causa, y agotado el trámite, es del caso resolver y para hacerlo se considera: PRIMERO: No existe omisión de solemnidad alguna ni vicio de procedimiento que ocasione la nulidad, por lo que se declara la validez del proceso.- SEGUNDO: En éste caso al igual que en otros, hay que tener en cuenta lo que disponen los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, que es obligación de las partes probar los hechos que se alegan. En el caso, corresponde a la parte actora probar sus afirmaciones, al haber el demandado, negado los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; como a éste establecer la prueba de sus alegaciones que comportan las otras excepciones.- TERCERO: Como nos enseña la doctrina y la jurisprudencia que entre los elementos de la acción, se distinguen, a saber: los sujetos, el objeto y la causa. Como sujetos tenemos AL ACTIVO QUE ES EL TITULAR DEL DERECHO SUBJETIVO VIOLADO O DESCONOCIDO Y EL PASIVO COMO

CAUSANTE DE LA TRASGRESIÓN; el objeto está constituido por la pretensión; y, la causa, que es la razón, motivo o circunstancia, según sea la clase de acción. Ahora bien: no basta la sola presencia o concurrencia de éstos elementos y de los denominados presupuestos procesales inclusive, para que la acción sea acogida en sentencia; sino que es necesario, además, la concurrencia de ciertas condiciones denominadas de admisibilidad de la acción y que se contraen a las siguientes: “1ra. Derecho, o sea una norma de la ley que garantice al actor el bien que pretende; 2do. Calidad, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona obligada con la del demandado; 3ra. Interés, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público...” (Hugo, Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo IV). Y, es en esta parte donde puede vislumbrarse la diferencia que existe precisamente entre los presupuestos procesales necesarios para una relación procesal válida y las condiciones de admisión de la acción que se requieren para una sentencia favorable a las pretensiones del actor, y que han quedado sucintamente enunciadas y a las cuales vamos a referirnos brevemente. EN EFECTO, UNA DE LAS PRIMERAS CONDICIONES DE ADMISIÓN DE LA ACCIÓN SE REFIERE AL DERECHO, ES DECIR A LA NORMA JURÍDICA QUE DEBE RESPALDAR EL DERECHO SUBJETIVO DEL ACTOR Y QUE, POR SUPUESTO, DEBE SER TAMBIÉN LA NORMA ABSTRACTA QUE CONTEMPLE LA SITUACIÓN JURÍDICA SOMETIDA A DECISIÓN. Segunda condición de admisión de la acción es la Calidad, es decir a la calidad de titular del derecho y a la calidad de obligado del demandado; o, dicho de otra manera, a la identidad que debe existir entre la persona tutelada por la norma jurídica con la parte accionante, y la identidad entre el obligado por la norma con la parte demandada. Como en este caso no se ha probado ninguna de éstos aspectos, la pretensión debe ser negada. CUARTO.- Otro aspecto que se analiza y por el cual también la demanda debe ser rechazada, es el hecho de que la parte actora no ha hecho prueba alguna en su favor, para poder determinar los

supuestos daños y perjuicios que dicen le han ocasionado la parte demandada.

QUINTO.- Analizada toda la prueba actuada en este juicio y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se concluye que el actor NO HA LOGRADO PROBAR con PRUEBA IDONEA Y PERTINENTE, LOS DAÑOS Y PERJUICIOS, materia de esta acción.- Para justificar su demanda, la única prueba que ha presentado y solicitado el actor, en una confesión judicial al demandado, quien ha sido declarado confeso (fs.25), pero ese hecho en nada ayuda o beneficia a sus pretensiones.

SEXTO.- Por su parte el demandado no ha hecho prueba alguna en su favor, quien ha limitado su intervención procesal a contestar la demanda.

SEPTIMO.- El actor basa su demanda en lo dispuesto en el art. 2232 del Código Civil, disposición legal que dispone: “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera 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”. Esta disposición que queda transcrita, da derecho para demandar, pero también exige que los daños sean probados, lo cual no ha sucedido en el presente caso. Por las consideraciones realizadas, sin existir otra prueba que analizar, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO

SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se rechaza la demanda por improcedente e injustificada. Sin costas, ni honorarios que regular.- Hágase saber.

SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE LOJA (Recurso de Apelación).- Por lo que encontrándose el proceso en estado de resolver, se considera: PRIMERO: De conformidad con el artículo 208.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, esta Sala es competente para conocer la presente causa.- SEGUNDO: No se ha observado la existencia de omisiones, ni vicios en las solemnidades sustanciales, ni violación del trámite, que hubiesen o pudieren influir en la decisión de la causa, por lo que se declara su validez.- TERCERO: Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.- El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada (Art. 113 del Código de Procedimiento Civil).- Las pruebas deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio (Art. 116 ibídem).- 3.1. En tal sentido, la prueba presentada por la parte actora es: 3.1.1. Confesión Judicial del demandado (fs. 24); 3.1.2. En primera y segunda instancia la parte actora ha presentado varias copias simples constantes a fojas 2, en el primer caso; y a fojas 6 a 9 en el segundo; las mismas que no son tomadas en cuenta por contravenir lo dispuesto en el artículo 121 inciso final del Código de Procedimiento Civil.- De igual forma se solicitaron varios oficios, los cuales fueron remitidos al casillero judicial del abogado del recurrente, quien a pesar de la providencia que antecede no realizó las gestiones necesarias para recabarlos.- 3.2. La parte demandada no hace prueba alguna.- CUARTO: Una vez analizada la prueba en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conforme lo

establece el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, y teniendo en cuenta que sólo la prueba debidamente actuada, hace fe en juicio (Art. 117 ibídem), se establece que no se ha probado ni se ha justificado los elementos fácticos indicados por el accionante en su demanda, por las siguientes razones: 4.1. Con respecto a la confesión judicial solicitada por el accionante, la misma al convertirse en ficta o tácita por la declaración de confeso del demandado (fs.25), por su no asistencia a la diligencia respectiva; y al no existir otro elemento que la convalide, por sí sola dicha prueba no tiene la suficiente fuerza probatoria para justificar los asertos indicados por el accionante; más aún cuando analizado el pliego de preguntas (fs. 24) dicho contenido en nada aporta para a la valoración objetiva de la acción antijurídica que provocaría el daño moral; y mucho menos se ha demostrado la afectación del patrimonio moral del accionante.- 4.2. La DOCTRINA con respecto al daño moral, indica: “Las lesiones que afectan los derechos de la personalidad del individuo, la vida, el honor, la integridad, esto es, el ataque a los bienes que integran el patrimonio moral de la persona constituye el DAÑO MORAL; daño que provoca una afeción al sentimiento humano por la agresión al mundo volitivo o psiquis del individuo que motivan a su vez angustia y dolor”.- Por su parte la JURISPRUDENCIA, constante en la Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735, refiere: “el tratadista chileno Arturo Alessandri Rodríguez, enseña: Para que el hecho o la omisión de una persona capaz de delito o cuasidelito le imponga responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que ese hecho u omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, ni que cause daño. Es menester que entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño, por otra, haya una relación de causalidad, es decir, que ésta sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa. De lo contrario, el autor del hecho o de la omisión no es responsable del daño sufrido por la víctima, aunque ese hecho u omisión sea doloso o culpable. Luego añade: Este requisito está expresamente contemplado por nuestro Código Civil en el art. 2314 cuando dice que el que ha

cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, y en el art. 2339 (arts. 2214 y 2229 de nuestro Código) al establecer que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, porque inferir es inducir una cosa de otra, llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado, e imputar, atribuir a alguno una culpa, delito o acción. Un delito o cuasidelito obliga, por tanto, a la indemnización cuando conduce a un daño, cuando éste es su resultado, cuando el daño se induce de él, cuando el daño puede atribuirse a la malicia o negligencia de su autor" (De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Ediar Editores Ltda., segunda edición, tomo 1, págs. 238-239)."- Por las consideraciones expuestas, y conforme a los PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES de la Seguridad Jurídica (Art. 82 de la Constitución de la República) y de la Administración de Justicia en relación al sistema procesal (Art. 169 ibídem); este Tribunal de la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja; ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, desestima la apelación realizada por la parte actora, y confirma el fallo recurrido.- Con costas, sin honorarios que regular en esta instancia.-NOTIFÍQUESE.-

6.3.1.4. COMENTARIO:

En el presente caso, el accionante expone que el señor J. R C. L., presentó una comunicación-denuncia, dirigida al señor Director Provincial de Educación de Loja y al Supervisor Provincial de Educación de Loja, denuncia que la transcribe en su demanda. Que la forjada denuncia de marras presentada en su contra, ha dado origen a que se le inicie un trámite administrativo el cual no le va acarrear ninguna sanción, pero no puede permitir el tremendo daño moral, social y profesional que se le ha provocado con dicha denuncia, la cual tiene por objeto desprestigiarlo, para que se lo

remueva de su importante cargo que con honestidad, eficiencia y probidad viene desempeñando desde hace mucho tiempo atrás. Que el accionar del señor implica una mancha en su reputación. Que además dicha denuncia constituye una falta de gravedad particular puesto que mancha su reputación, se lo difama, lo que le ha traído como consecuencia que el compareciente atraviese por sufrimiento físicos y síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes dentro del círculo social educativo en el que se desenvuelve; sin embargo de lo expuesto, el prenombrado accionante en el decurso del término de prueba, no justificó en legal forma tales sufrimientos físicos que impliquen que haya tenido la necesidad de obtener ayuda profesional médica o psiquiátrica en virtud de la cual se hayan generado gastos económicos. Por lo expuesto, el juez de primera instancia rechaza la demanda por improcedente e injustificada, misma que posteriormente, ante el recurso de apelación planteado y concedido, es ratificada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

6.3.3. CASO NRO. 3.

6.3.3.1. DATOS REFERENCIALES.

ACTOR: J. C. O.

DEMANDADO: S. G. L.

OBJETO DE LA DEMANDA: Daño Moral.

TRAMITE: Ordinario.

CUANTIA: \$ 100.000.

JUICIO: Nro. 754-2013

JUEZ: Dra. TANDAZO VALAREZO SARA SALOMÉ.

ÒRGANO JURISDICCIONAL EMISOR: Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del Cantón Loja.

6.3.3.2. ANTECEDENTES:

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA.- VISTOS: A fs. 20, comparece el Sr. Juan Castillo Ochoa y en lo principal de su demanda dice que: Con los documentos que acompaña vendrá a su conocimiento que legalmente adquirió el derecho de aprovechamiento de agua conjuntamente con los moradores de los barrios El Prado Bajo, Naranjo, El Ceibo y Ambuco, de la parroquia Malacatos, Cantón y Provincia de Loja, sentencias que han causado ejecutoria y que actualmente se encuentran en estado de ejecución, pese a la oposición enfermiza del Sr. Segundo Guamán Lima y sus acólitos. Sin embargo este señor Segundo Guamán Lima, conjuntamente con otras personas quienes también son habitantes del lugar, a más de oponerse a la ejecución de las sentencias por el hecho de no pertenecer a su proyecto de agua, se ha dedicado a causarle daño moral. Es así que, el día miércoles 6 de febrero del año 2013, en los periódicos Centinela y Crónica de esta ciudad de Loja, el ciudadano Segundo Guamán Lima, ha dado dos declaraciones, que contienen injurias lesivas a mi honra y dignidad personal, haciendo graves inculpaciones para causarme daño y que se hallan alejadas de la verdad. No contento con ello éste señor, se ha dedicado a la ingrata tarea de denigrar mi honra y dignidad por un sinnúmero de medios de comunicación local. Pues aunque sus denuncias constituyen un verdadero parto de los montes, le causó a él como a su familia un daño moral incuantificable. Cabe destacar que públicamente le ha imputado hechos que jamás ha cometido, como decir que ha cortado la manguera de agua que abastece a los tres sitios para riego y beneficio personal y otras graves acusaciones. Con estos antecedentes demanda al Sr. SEGUNDO GUAMÁN LIMA, para que en sentencia sea condenado a

indemnizar económicamente los perjuicios y daños morales ocasionados al actor, indemnización que deberá ser fijada por el Juez y que la estima en una suma de Cien Mil Dólares Americanos. Señala trámite ordinario y fija la cuantía en Cien mil dólares. Fundamenta su demanda en el numeral 18 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en los Art. 1453, 2214, 2216, 2231 del Código Civil.- Aceptada a trámite la demanda, se cita al accionado, quien comparece proponiendo excepciones

6.3.3.3. RESOLUCIÓN:

Una vez concluido el trámite, para dictar sentencia, se considera: PRIMERO: El proceso se ha tramitado sin omisión de solemnidad sustancial alguna, ni vicio de procedimiento que lo afecte, por lo que se declara su validez.- SEGUNDO: Es obligación de las partes comprobar las afirmaciones que contiene la demanda como la contestación, según lo que disponen los Arts. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil.- TERCERO: El art. 2232 del Código Civil, disposición legal en la cual el actor basa su pretensión, expresa que: “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”. Dejándose a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelitos, están especialmente obligados a la reparación por daños morales, los que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, o quienes causen lesiones, cometan violaciones, estupro, etc., y en general causen sufrimientos físicos o síquicos.- El accionante basa su demanda, en el hecho a raíz de que el accionado dio declaraciones en medios de comunicación que atentan contra su honra y dignidad personal, afirma que en base a las sentencias que han causado ejecutoria y que actualmente se encuentran en estado de ejecución, adquirió el derecho de

aprovechamiento de agua conjuntamente con los moradores, por lo que lo manifestado en estos medios de comunicación local, son inculpaciones alejadas de la verdad.- CUARTO: La parte actora para justificar su pretensión, ha presentado: 4.1.- Las declaraciones de los testigos Señores Nolte Bolívar Ruiz Valdivieso, Edmundo Gilevar López Tandazo y Joel Segurola González cuyas declaraciones constan a fs. 46, 49 y fs. 52. 4.2 Ha solicitado se judicialice y se reproduzca a su favor tres sentencias emitidas por el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, Consejo Consultivo de Aguas y Tribunal de lo Contencioso y Administrativo, pronunciadas a su favor, con las que manifiesta justificar encontrarse enmarcado dentro de la Ley, mismas que obran a fs. 3 a fs. 15. 4.3.- Ha solicitado se oficie al Director de Diario La Crónica y Centinela y confieran copia debidamente certificada o los documentos originales de las publicaciones de fecha 6 de febrero del 2013, así como la certificación en la que conste la persona a quien se atribuya la autoría del artículo y la certificación de la persona que ordenó la publicación del titular en referencia, las respuestas obran a fs. 113 en la que el Diario Centinela a través de su director Dr. José Sánchez Romero, manifiesta adjuntar el original de la publicación y expresar que los titulares de las noticias de su diario son elaborados por el equipo de redacción, y que no existen personas que ordenan publicaciones de titulares o noticias, las notas expuestas son noticias que luego de ser analizadas e investigadas son difundidas a la ciudadanía. A fs. 147 obra la respuesta que emite el Diario la Crónica a través su Gerente Ing. Paola Betancourt Mora, quien adjunta el original del diario Crónica de fecha 6 de febrero del 2013 y manifiesta que la reportera Jenny Malla, redactó la noticia con los datos suministrados por el Sr. Segundo Guamán, Presidente del Comité de Agua Entubada de la Parroquia Malacatos, barrios El Prado y Naranjo. 4.4.- Así mismo ha solicitado que se reproduzca y judicialice las dos publicaciones de los Diarios La Crónica y Centinela que adjunta a fs. 16 y fs. 18.- 4.5 Que se agregue y reproduzca el Reglamento Interno de la Junta administradora de Agua Potable y

Saneamiento de la Comunidad El Prado y Naranjo de la parroquia Malacatos, cantón y provincia de Loja con el que demuestra que todo lo actuado es de acuerdo al mismo y que obra a fs. 60 a fs. 67. 4.6.- Ha solicitado que se realice una inspección judicial al Sistema de Agua Potable y Saneamiento de la Comunidad tal como lo manifiesta en su pedido que obra a fs. 68 numeral cuarto, mismo que fue realizado y cuyo informe obra a fs. 153 y en el que la perito Arq. María Isabel Silva Romero, en base a las observaciones realizadas se pronuncia en la forma constante a fs. 172.- QUINTO.- La parte demandada presenta las siguientes pruebas: 5.1 La declaración de los testigos Sres. Manuel Paltin Quinche, Roberto Castillo Ochoa y Luis Alfredo Campos Granda y solicita repreguntar a los testigos de la parte actora, cuyas declaraciones obran a fs. 80, a fs. 82.- 5.2.- Solicita disponer que se agregue al proceso y se tenga por reproducido como prueba su favor la copia notariada del Acta de la Sesión extraordinaria efectuada con fecha 17 de mayo del 2012, en la cual se elige al compareciente como Presidente del Comité de Agua Entubada de los barrios El Prado y el Naranjo de la parroquia Malacatos.- 5.3 Así mismo solicita que en la inspección judicial se verifique que la Y instalada en la red principal por el Sr. Juan Catillo Ochoa y otras personas en el sitio Casa de Tejas, antes del tanque repartidor que abastece del líquido vital a los barrios El Prado y el Naranjo, cuya respuesta obra en el informe emitido por la perito Arq. María Isabel Silva Romero y que obra a fs. 172, en el que la perito manifiesta textualmente: “comenzó la inspección en el tanque repartidor de la casa de teja en el centro de la Horta, en la cual se encuentra colocada en la tubería principal una “Y” accesorio de canalización del agua a otro punto del destinado originalmente..., no puede certificar que ese tanque no es de propiedad del Sr. Juan Castillo debido a que no existe documentación, planos que demuestren que fue construido el tanque y las zanjales por el Consejo Provincial de Loja, y si las existiera no fueron entregadas el día de la inspección ni posteriormente para la entrega del informe pericial” informe que no ha sido impugnado.- SEXTO.- Citando al tratadista chileno

Arturo Alessandri, dice: "Una demanda, por lo general, es legítima y no comporta responsabilidad civil para el actor, no obstante que pueda ser rechazada o causar daño a otro. Sin embargo el ejercicio de una acción judicial puede constituir abuso del derecho en dos casos: 1.- Cuando el titular del derecho lo ejerce maliciosamente, esto es con dolo, con la intención positiva o deliberada de irrogar injuria o daño a otro. 2.- Cuando el titular del derecho ejerce la acción con culpa, esto es sin aquella diligencia y cuidado con que lo ejercería un hombre prudente. Al respecto Arturo Alessandri Rodríguez dice: En nuestro concepto, el abuso de derecho es la aplicación a una materia determinada de los principios que rigen la responsabilidad delictual y cuasidelictual civil. Ese abuso no es sino una especie de acto ilícito, debe, por tanto, resolverse con arreglo al criterio aplicable a cualquier hecho ilícito. Habrá abuso de derecho cuando su titular lo ejerza dolosa y culpablemente, es decir con intención de dañar o sin la diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios. Así como el hombre debe hacer un uso juicioso y prudente de las cosas y comete delito o cuasidelito si las utiliza con la mira de perjudicar a otro o sin la prudencia necesaria y con ello causa un daño, del mismo modo los derechos que la ley le otorga debe ejercerlos sin malicia y con la diligencia y cuidado debidos. Al no hacerlo, incurre en dolo o culpa. Los conceptos de dolo y culpa son amplios, aplicables a todos los actos humanos sean materiales o jurídicos. No se ve entonces por qué unos y otros actos no deben ser regidos por idénticos principios (De La Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno, Segunda Edición, Tomo I, Ediar Editores Ltda., Santiago-Chile, 1983, Pág. 261)."- SEPTIMO: La jurisprudencia emitida en Registro Oficial 43, 21 de Junio del 2005, Expediente 263, señala lo siguiente:" La existencia del daño moral es distinto del de carácter patrimonial porque atañe a las afecciones íntimas del perjudicado, esto es a los aspectos que conforman su personalidad y sus activos intelectuales y espirituales, no puede ser objeto de una prueba específica, tal como lo señala el doctor Gil Barragán

Romero en la página 195 de su obra "Elementos del Daño Moral ", cuando dice: "La prueba de la lesión de bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo...El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales... Por lo mismo en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa.... La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable".- En igual sentido y aún para el supuesto de que no hubiera dolo o culpa del demandado, reafirmando la aplicación del principio de la responsabilidad objetiva para el caso del daño moral, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el juicio 378-99 dictó la sentencia publicada en el Registro Oficial 23 de 23 de febrero del 2000 que en la parte pertinente dice: "Estos son los hechos en síntesis, que consideran los actores les ha ocasionado daños morales, tanto al Lcdo. J.J. como a la compañía P. Cía. Ltda., y que les da derecho a la indemnización pecuniaria que reclaman a título de reparación. El principio de que todo daño debe ser reparado dice el tratadista citado, Pág. 37, "da lugar al replanteamiento del derecho de la responsabilidad, en su integridad. En él se inscribe la responsabilidad objetiva, en la cual no hace falta el nexo de la culpa entre el hecho dañoso y la víctima, ya que puede ser suficiente la producción del daño, el hecho"; añadiendo que, "aún cuando el acto no sea culpable, la responsabilidad existe

y el resarcimiento se debe igualmente, si hay nexo causal entre el acto no culpable y el daño, "lo que constituye la llamada responsabilidad objetiva". Continúa el comentario señalado que "esta responsabilidad tiende a ampliar su campo de aplicación y tiene como característica esencial la inversión de la carga de la prueba, pues se exonera al perjudicado de la prueba de la culpa o del dolo del perjudicante: basta probar el daño y el nexo de causalidad entre el acto, aunque no sea culpable, y el daño". OCTAVO.- En conclusión la parte actora ha demostrado las circunstancias que rodearon al hecho ilícito, en este caso, las afirmaciones no justificadas que realiza el demandado Sr. Segundo Guamán Lima, en el diario La Crónica, consecuentemente, en base a las pruebas aportadas, la norma legal invocada, jurisprudencia y doctrina señalada y en base a la valoración de las pruebas presentadas la suscrita Jueza confirma el sufrimiento que afectó al actor con el medio social en el que vive, estando demostrado el evidente nexo causal entre la actuación y el daño sufrido por la parte actora, en consecuencia aplicando los principios de cautela y prudencia respectivos para la valorización de la indemnización, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se acepta la demanda, y, se condena al demandado SEGUNDO GUAMÁN LIMA al pago de la cantidad de mil doscientos dólares (US \$ 1.200,00) de los Estados Unidos de Norteamérica al Sr. Juan Castillo Ochoa, en concepto de indemnización por daño moral.- Sin costas que regular por no haberlo solicitado en el libelo de la demanda.- Notifíquese.

6.3.3.4. COMENTARIO:

En el presente caso el accionante expone en su demanda: "Con los documentos que acompaña vendrá a su conocimiento que legalmente adquirió el derecho de aprovechamiento de agua conjuntamente con los moradores de los barrios El Prado Bajo, Naranjo, El Ceibo y Ambuco, de la parroquia

Malacatos, Cantón y Provincia de Loja, sentencias que han causado ejecutoria y que actualmente se encuentran en estado de ejecución, pese a la oposición enfermiza del Sr. Segundo Guamán Lima y sus acólitos. Sin embargo este señor Segundo Guamán Lima, conjuntamente con otras personas quienes también son habitantes del lugar, a más de oponerse a la ejecución de las sentencias por el hecho de no pertenecer a su proyecto de agua, se ha dedicado a causarle daño moral. Es así que, el día miércoles 6 de febrero del año 2013, en los periódicos Centinela y Crónica de esta ciudad de Loja, el ciudadano Segundo Guamán Lima, ha dado dos declaraciones, que contienen injurias lesivas a mi honra y dignidad personal, haciendo graves inculpaciones para causarme daño y que se hallan alejadas de la verdad. No contento con ello éste señor, se ha dedicado a la ingrata tarea de denigrar mi honra y dignidad por un sinnúmero de medios de comunicación local". La parte actora, en el decurso del término de prueba ha demostrado las circunstancias que rodearon al hecho ilícito en este caso, las afirmaciones no justificadas que realiza el demandado Sr. S. G. L, en el diario Crónica; consecuentemente, en base a las pruebas aportadas, la norma legal invocada, jurisprudencia y doctrina señalada y en base a la valoración de las pruebas presentadas, la Jueza confirma el sufrimiento que afectó al actor con el medio social en el que vive, estando demostrado el evidente nexo causal entre la actuación y el daño sufrido por la parte actora; sin embargo se impone una indemnización, a mi criterio irrisoria de mil doscientos dólares (US \$ 1.200,00) de los Estados Unidos de Norteamérica al accionante Sr. J. C. O., lo cual denota la falta de claridad respecto a la manera de cuantificar y determinar una indemnización,

toda vez que existe un gran vacío legal dentro de nuestras normativas. La reparación pecuniaria por el daño moral sufrido, es un mecanismo sutil que en lugar de crear privilegios a favor del infractor, como sostienen algunos estudiosos, es una modalidad de enorme beneficio para la víctima en tanto pone a su disposición una doble posibilidad de alcanzar el castigo en contra del autor del ilícito; en virtud de lo cual, si un hecho voluntario irroga, perjuicio, agravio, lesión de un derecho ajeno, surge la obligación de repararlo en forma efectiva, situación que no ha ocurrido en el caso expuesto en líneas anteriores.

6.3.4. CASO NRO. 4.

6.3.4.1. DATOS REFERENCIALES.

ACTOR: Ing. N. F. M. P.

DEMANDADO: ING. R. B. M. Y DR. A. M. S., PREFECTO PROVINCIAL Y PROCURADOR SÍNDICO DEL GOBIERNO PROVINCIAL DE LOJA.

OBJETO DE LA DEMANDA: Daño Moral.

TRAMITE: Ordinario.

CUANTIA: \$700.000,00.

JUICIO: Nro. 2013-8630.

JUEZ: Dr. BRAYANES LIMA FERNANDO ALFONSO.

ÓRGANO JURISDICCIONAL EMISOR: Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del Cantón Loja y Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales del Cantón Loja.

6.3.4.2. ANTECEDENTES:

UNIDAD JUDICIAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTÓN LOJA.- Loja, 07-01-2014, a las 08h42.- VISTOS: A fs. 39 de los autos comparece el señor Ing. Nelson Fabián Maldonado Peñaranda, quien en lo principal de su demanda manifiesta: “.... El quince de febrero del 2006, suscribí un contrato con el Consejo Provincial de Loja, con el objeto de ejecutar, terminar, en todos sus detalles y entregar debidamente funcionando el puente sobre el río Masanamaca por la suma de USD 133.209,55, sin incluir IVA, un plazo contractual de 150 días contados a partir de la entrega del anticipo. El anticipo contractual se canceló el 28 de abril de 2006, es decir 53 días después del plazo previsto contractualmente. Luego del inicio de la obra, se dieron un sin número de problemas, imputables a la Institución, puesto que en primer lugar los diseños del puente estaban mal y debían rediseñarlo, lo que lógicamente afectó el presupuesto inicial de la obra, por lo cual, debía proveerse de más fondos al proyecto, el rediseño provocó el aumento de nuevos rubros y cantidades de obra, que fueron ejecutados por el compareciente por orden de la fiscalización en asocio con el Consejo Provincial, esto fue motivo para que dicha Institución se encuentre en deuda con mi persona, discutiendo los rubros nuevos que ellos querían pagarme y los que legalmente me correspondían, se intentó realizar un contrato complementario pero no se pudo por la objeción correcta de la Contraloría, se intentó una terminación de mutuo acuerdo que luego de realizada no quisieron firmar la autoridades competentes. Pese a que me adeudaba la institución dinero, sin justificación alguna, el día seis de mayo del año dos mil ocho, se me

notifica con el auto dictado por el señor Arq. Rodrigo Vivar Bermeo, Prefecto Provincial de Loja, en esa época, el cual dispone "... lo notifico con la decisión de terminar el contrato unilateralmente para lo cual adjunto los informes técnico, económico y jurídico, concediéndole el término de quince días, para que presente en forma documentada sus justificativos y puntos de vista." luego que conteste a dicha notificación, sin ningún fundamento legal el Arq. Rodrigo Vivar Bermeo, Prefecto Provincial de Loja, procede mediante Resolución de fecha seis de Junio del año dos mil ocho a las nueve horas, a dar por terminado de manera unilateral el contrato y con las consecuencias legales de notificar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado y dejarme como contratista incumplido, desde el 06 de junio del 2008. La declaratoria de terminación unilateral, era un verdadero desatino jurídico que lo que buscaba era hacerme daño profesionalmente, personalmente y moralmente, por la simple razón que me negué a terminar el puente con recursos propios y no acepte endeudarme más en una entidad bancaria, para que el señor Prefecto de ese entonces quedará bien políticamente, y yo quedará más endeudado que antes, y no acepte porque a la fecha de la declaración unilateral ya me adeudaban valores significativos, y estando en mora el Consejo Provincial Loja, no podía declararme incumplido, no se señalaba que clase de incumplimiento había cometido; en la Resolución que da el Prefecto menciona que se declara unilateralmente terminado el contrato por cuanto: "se le entregó al contratista el anticipo del cuarenta por ciento del valor total del contrato, sin que hasta la presente fecha se haya concluido con la obra contratada". Sin embargo, no se toma en cuenta que: El contrato en referencia

se firma o suscribe el quince de febrero del 2006, con el objeto de ejecutar, terminar, en todos sus detalles y entregar debidamente funcionando el Puente sobre el río Masanamaca por la suma de USD \$ 133.209,55, sin incluir IVA, un plazo contractual de 150 días contados a partir de la entrega del anticipo (Cláusula 9.01). El anticipo contractual se canceló el 28 de abril de 2006, es decir 53 días después del plazo previsto contractualmente (Cláusula 7.01), por lo que existía deuda con mi persona. No se considera lo que dice el informe económico ni técnico que tengo ejecutado y cobrado la cantidad \$ 169.716.96, que es superior al monto contratado, con lo cual se desvanece totalmente la resolución que se me ha entregado el 40% y no termino la obra, pues el anticipo esta devengado totalmente, y para terminar la obra se necesita una cantidad superior que el Prefecto quería que yo la financiara. Es importante que se deje establecido que todo lo indicado puede ser corroborado en el Informe General de la Contraloría General del Estado del examen especial de ingeniería a los estudios y construcción de varias obras realizado por el Consejo Provincial en el período comprendido entre el 5 de mayo de 2005 a 30 de junio de 2008. Informe en el cual se determina que las responsabilidades en los inconvenientes suscitados en el contrato para la construcción del puente sobre el río Masanamaca fueron exclusivamente del Consejo Provincial, se establece que me adeudan y que no podía haber declarado terminado dicho contrato unilateralmente. Producto de esta declaración de terminación unilateral, se me inscribió como contratista incumplido en la Contraloría General de Estado, y en Instituto Nacional de Contratación Pública, con lo cual se me causo un daño moral grave e irreparable, pues no pude trabajar, en mi

actividad profesional que es la ingeniería civil, ni podía ejercer mi profesión en el sector público. Motivo de esta declaratoria, procedí a demandar al Consejo Provincial de Loja, hoy Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, ante el Tribunal Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, en las personas de sus representantes legales de aquella época Arquitecto Rodrigo Vivar Bermeo y Dr. Pedro Valdivieso, en juicio contencioso administrativo, por la decisión administrativa tomada por el señor Arq. Rodrigo Vivar, Prefecto Provincial. El proceso se tramitó con normalidad bajo el Nro. 269-08, en el Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, luego del trámite de ley, los señores jueces declaran mediante sentencia dictada el 20 de octubre de 2010, en lo principal, la nulidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato realizado por la entidad demandada y dispone que las cosas regresen a su estado anterior y se deja sin efecto la declaratoria de contratista incumplido para lo cual se comunicará a las entidades correspondientes, Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y al actual Instituto Nacional de Contratación Pública para que se lo rehabilite al supuesto contratista incumplido; además se dispone que la entidad demandada cancele al contratista los valores que han sido pagados por Seguro Equinoccial al Consejo Provincial constante en el certificado emitido por el apoderado de la aseguradora en un valor de 7.000.00 dólares por concepto de póliza del fiel cumplimiento y 7.000.00 dólares por concepto de póliza de debida ejecución de obra y buena calidad de materiales. De esta sentencia el Consejo Provincial de Loja, por intermedio del Dr. Antonio Mora Serrano, Procurador Síndico y Procurador Judicial del Ing. Rubén Bustamante

Monteros, Prefecto Provincial de Loja interpone recurso de casación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; la misma que el 24 de junio de 2011 resuelve no aceptar a trámite el recurso presentado, quedando así ejecutoriada la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo 5 de Loja y Zamora Chinchipe. De esta forma ilegal, por este hecho ilícito cometido por el Consejo Provincial, hoy Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, se me dejó, por (3) tres años, (18) dieciocho días, sin poder trabajar, sin poder llevar el sustento para mi familia, sin poder pagar las deudas que mantenía en el Banco, se me quitó el derecho al trabajo, establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 325 en la forma independiente y autónoma que la realizaba como ingeniero civil, esto lógicamente afectó mi salud e integridad personal y psíquica, pues el trabajo se vincula en nuestra Constitución como un derecho de salud, bien concebido, porque el trabajo es salud, y eso es lo que me quitó con este acto ilegal cometido por el Consejo Provincial de Loja..... Con las copias de la sentencia dada por el Tribunal Contencioso Administrativo he demostrado el daño indemnizable, al declarar en sentencia que no podía declarármeme contratista incumplido y la nulidad del acto administrativo, la relación causa efecto, es evidente que por causa de la declaratoria de incumplido produjo el efecto que no pueda laborar por tres años, dieciocho días, lo que trajo el sufrimiento a mi persona y a mi familia..... En definitiva, con la declaración de dar por terminado el contrato en forma unilateral violando normas expresas de la anterior Ley de Contratación Pública, que se encontraba vigente en aquella época, que prohíbe la declaración de terminación de un

contrato en forma unilateral, cuando la institución tiene pagos pendientes por cumplir, como ha sido en mi caso, se me ha causado un enorme daño en mi imagen pública, prestigio, honor y buen nombre y con ello se causa un injusto sufrimiento a mi familia..... Por las consideraciones expuestas señor Juez, presento esta demanda de daño moral, para que usted en sentencia obligue al Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, legalmente representado por el señor Ing. Rubén Bustamante Montero y Dr. Antonio Mora Serrano Prefecto Provincial y Procurador Síndico en su orden a lo siguiente: 1.- Al pago por daño moral en la cantidad de \$700.000,00, desglosados: a) Por daño emergente en la cantidad de \$100.000,00; b) Por daño de lucro cesante la cantidad de \$600.000,00. Esto como pago por indemnización a título por el grave daño moral irreparable..... ”. Describe el curriculum vitae. Basa su demanda en lo dispuesto en los Arts. 16 numeral 18, 32, 325, 11 numeral 9 de la Constitución de la República y Arts. 2231 al 2234 del Código Civil. Fija la cuantía en setecientos mil dólares de los Estados Unidos de América. Señala el trámite ordinario. Admitida que fue la demanda a trámite, se cita a los demandados (fs. 56 y 56vta.). Se cuenta con el Director Regional de la Procuraduría General del Estado en Loja (fs. 57) quien comparece al proceso (fs. 71). Los personeros del Gobierno comparecen en forma oportuna proponiendo excepciones (fs. 62, 62vta. y 63). Se ha convocado a la junta de conciliación, en donde no se ha llegado a ningún acuerdo, pese de haber asistido las partes.

6.3.4.4. RESOLUCIÓN:

Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: Se han cumplido con las formalidades legales inherentes a esta clase de procesos, por lo que al no haberse omitido solemnidad sustancial alguna, el presente juicio es válido y así expresamente se lo declara.

SEGUNDO: El Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, a través de sus personeros al comparecer al proceso propuso las siguientes excepciones: 1. No me allano con ninguna nulidad existente en el proceso; 2. Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y derecho de la acción planteada; 3. Existe prescripción de la acción; 4. Existe cosa juzgada; 5. Improcedencia de la acción; 6. Incompetencia del Juez en razón de la materia.

TERCERO: Trabada la controversia en la forma como consta del proceso, es obligación de las partes comprobar las afirmaciones, según los preceptos contenidos en los Art. 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil.- CUARTO:

La parte actora con el fin de justificar sus afirmaciones ha actuado la siguiente prueba: 4.1. Reproduce a su favor el escrito de demanda y todo cuanto de autos le sea favorable. 4.2. Reproduce los documentos anexos al libelo de demanda con los que dice probar haber sido declarado ilegalmente como contratista incumplido, que fue inscrito como contratista incumplido, inhabilitado para celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público, lo que le causó daño moral (fs. 1 a 36). 4.3. Se ofició al Presidente del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Fiscal No. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, para que por medio de secretaria, confiera copias debidamente certificadas de las piezas procesales de juicio No. 269-2008: a) de la sentencia

dictada por dicho Tribunal que declara nulo el acto administrativo de terminación unilateral del contrato (fs. 446 a 452); b) del ejecutorial de casación, que no admite el recurso (fs. 453 y 454); y, c) de los oficios No. 966, 967 y 968 de fecha 2 de septiembre del 2011 dirigido al Director Regional de la Procuraduría General del Estado y Director del Instituto Nacional de Contratación Pública (fs. 456, 457 y 458); y, d) Del informe de Contraloría (fs. 437 a 445).

4.4. Agrega al proceso y se tenga por reproducido los documentos que en 306 fojas con lo cual dice probar: a) La solvencia económica certificada por la Superintendencia de Bancos, la que se vio afectada por la declaratoria de contratista incumplido (fs. 104 y 105); b) El perfil personal o curriculum vitae que se vio afectado por la declaratoria de contratista incumplido, lo que dice haberle causado gravísimo daño moral irreparable.... (fs. 106 a 178); 4.5. adjunta diferentes ofertas para participar en la ejecución de diferentes obras, del Instituto Nacional de Contratación Pública, a las cuales manifiesta no haber podido participar por haber sido declarado contratista incumplido (fs. 179 a 400); 4.6. Impugna toda la prueba de la parte accionada; Solicitó oficiar al señor Director de Instituto Nacional de Contratación Pública y al Director Regional 4 de la Contraloría General del Estado, con el fin de que certifiquen: fecha cuando fue inscrito como contratista incumplido y fecha en que fue excluido del registro de contratista incumplido (fs. 425 426). Por otro lado, la parte accionada ha actuado la siguiente prueba: 4.7. Reproduce todo cuanto le favorezca; 4.8. Reproduce la contestación a la demanda; 4.9. Agrega al proceso copias certificadas de demandas y sentencias de los juicios contenciosos administrativos Nros. 224-2008 y 269-2008, seguidos por el actor

en contra del Consejo Provincial de Loja hoy Gobierno Provincial de Loja (fs. 77 a 100). 4.10. Que se tenga en cuenta el contenido del Art. 1572 del IV Libro del Código Civil; 4.11. Que se tenga en cuenta que la figura de daños y perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante; 4.12. Que se tenga en cuenta que el actor ya demandó al Consejo Provincial de Loja, hoy Gobierno Provincial de Loja en el Tribunal Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja, juicio Nro. 269-2008, en donde solicitó el pago de daños y perjuicios y cuya sentencia se encuentra ejecutoriada; 4.12. Que se tenga en cuenta que la pretensión de daño emergente y lucro cesante que pretende el actor es cosa juzgada; 4.13. Que se tenga en cuenta el contenido del numeral 3, del Art. 240 del Código Orgánico de la Función Judicial así como el contenido de los numerales 1 y 4 del Art. 217 ibídem. Asimismo que se tenga en cuenta el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado. 4.14. Que se señale día y hora para que el señor Nelson Fabián Maldonado Peñaranda comparezca a rendir confesión judicial; 4.15. Impugna la prueba de la otra parte. QUINTO: Corresponde analizar las excepciones propuestas por la parte accionada, en los siguientes términos: “No me allano con ninguna nulidad existente en el proceso”, situación que no se ha demostrado, pues a la presente causa se le ha dado el trámite que corresponde a este tipo de casos como es el ordinario. “Negativa simple y llana de los fundamentos de hecho y derecho de la acción planteada”, la misma equivale a que al actor le corresponde la carga de la prueba. La jurisprudencia al respecto se ha pronunciado manifestando que “la excepción de negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, sin ninguna otra explicación, deviene carente de todo sustento racional y jurídico” (G.J.S.

XV.No.15. Pág. 4578). “Existe prescripción de la acción”, situación que no ha ocurrido en el presente proceso pues de conformidad con el Art. 2235 del Código Civil estipula “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”, al efecto se advierte que el acto, es decir la resolución con la cual se declaró unilateralmente terminado el contrato y por ende como contratista incumplido, fue el seis de junio del 2008; y la citación con la presente demanda a los personeros del Consejo Provincial de ese entonces, terminó el día 11 de mayo del 2012 (fs. 56 y 56vta.), con lo cual no se ha demostrado dicha excepción. “Existe cosa juzgada”, excepción que no se ha demostrado, pues para que opere la cosa juzgada hay que tomar en cuenta tres elementos como lo deja expuesto la jurisprudencia “identidad subjetiva, identidad objetiva y de causa” (Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII, No. 15, Pág. 3539), si en verdad en el proceso seguido ante el Tribunal Contencioso Administrativo y el presente existe identidad subjetiva es decir la intervención de la mismas partes, no existe identidad objetiva que consiste en demandar la misma cosa, cantidad o hecho, ni tampoco existe la misma causa que es la razón o derecho, pues el actor de la demanda propuesta ante el Tribunal Contencioso Administrativo obtuvo la declaratoria de nulidad del acto administrativo que declaraba terminado unilateralmente el contrato celebrado entre los compareciente; “Improcedencia de la acción”, esta excepción requiere que no exista el derecho y no se lo haga exigible en legal y debida forma, eventos que no se cumplen, pues el derecho del actor resulta de la declaratoria de “contratista incumplido”. Incompetencia del Juez en razón de la materia”, excepción que no tiene

asidero, puesto que nuestro Código Civil en su Art. 2231 estipula “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”, la jurisprudencia de la misma manera se ha pronunciado “Los juicios por daño moral se deben sustanciar en la vía civil.....” (Resolución 20-2007. Juicio No. 314-2003. Quito 31 de enero del 2007). SEXTO: Con respecto al daño moral se debe tomar en cuenta ciertas disposiciones del Código Civil: El Art. 2232 “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera 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.....”. El Art. 2234 establece “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...”; 5.2. En fallo de casación que lo encontramos publicado en el R.O. 626, de 25 de julio de 2002, se establece: “...El doctor Gil Barragán Romero, al comentar sobre el tema de la

prueba, “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar: el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales, por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio *in re ipsa*... la prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable”. (Elementos del Daño Moral, Segunda Edición, Editorial EDINO, Quito, Ecuador, Págs. 195 y 196). En fallo de casación publicado en el R. O. 338 de 1 de junio de 2001, la entonces Segunda Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, dijo : “...En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria y económica, sin perjuicio de otro tipo de

satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación sólo comprende el daño emergente...”. 5.3. Es necesario también consignar la doctrina expuesto por el profesor Chileno Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra De la responsabilidad Extra Contractual en el Derecho Civil Chileno, sobre el daño moral, para el efecto se menciona parcialmente la misma: “el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria – el patrimonio de la víctima está intacto – consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine pretium doloris ...”. El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el “patrimonio moral” del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o extrapatrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral. Es importante destacar, que a través de la indemnización debe restablecerse únicamente el equilibrio que gozaba el damnificado con anterioridad al daño...” (G.J. Serie XVII, Nro. 10, pág.); 5.4. También se ha

dicho que “El daño moral no requiere de una prueba específica porque la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia y extensión no son, pues, susceptibles de demostración objetiva; por eso el actor damnificado debe concretarse a demostrar las circunstancias conocidas que rodearon el hecho ilícito, de las cuales el juzgador pueda inducir la existencia de los sufrimientos psíquicos nocivos como angustia, ansiedad, perturbación, incertidumbre, etc.” (G. J. SERIE XVII, NRO. 12, PÁG. 3730).- SÉPTIMO: Revisado doctrinariamente, el daño moral es necesario analizar, si el acto realizado por el demandado es ilícito o no para que se constituya en DAÑO MORAL, pues entendemos que para que exista el daño moral, debe configurarse cinco aspectos, como argumenta la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la resolución No. 404-2010 JUICIO No. 983-2009-MBZ. Vélez vs. Benavides “Las disposiciones de los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: 1ra Autonomía.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil. 2a. Causas.- En general, generan la obligación de indemnización por daño moral

las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Particularmente están obligados a la indemnización por daño moral quienes incurran en los siguientes casos: que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan violación, estupro - o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados.- 3a. Ilícitud.- La acción u omisión que ha producido el daño debe ser de carácter ilícito; y, según Guillermo Cabanellas ilícito es “Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres” (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 4a. Gravedad.- La indemnización por daño moral debe hallarse “justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta).- 5a. Nexo Causal.- “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”. Art. 2232, inc. 3ro. CC.- “El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño” (Enrique Barros Bourie, ob. cit. pág. 373).- OCTAVO: Es necesario hacer la valoración de las pruebas, teniendo en cuenta que la misma debe concretarse al asunto que se litiga Art. 116 del Código de Procedimiento Civil. Valorada en

conjunto la prueba actuada y de acuerdo a las reglas de la sana crítica, le permiten a este juzgador determinar que la acción propuesta por el Ing. Nelson Maldonado Peñaranda, ante el Tribunal Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, que aceptando parcialmente la demanda declara “nulo el acto administrativo de terminación unilateral del contrato realizado por la entidad demandada y se dispone que las cosas regresen a su estado anterior, dejando además sin efecto la declaratoria de contratista incumplido”, es decir la circunstancia bajo la cual se enmarca la reclamación del demandante, es el daño moral que manifiesta haber sufrido, fundamentada en el hecho de la declaratoria de terminación unilateral del contrato y la declaratoria de contratista incumplido, cuya ilegalidad fue declarada por el Tribunal antes mencionado. 7.1. Debe destacarse que el daño causado por estas circunstancias manifestadas no fue solamente de carácter personal, sino también afectaron a su familia. No se trató de un daño solamente económico sino también moral, psíquico, que debió haber provocado sufrimiento y humillación por efecto de la declaratoria de “contratista incumplido” de que fuera objeto el Ing. Nelson Fabián Maldonado Peñaranda, esto debido a la ligereza con que obraron en el acto el Prefecto de Loja y demás personeros de ese entonces. 7.2. El Art. 1453 del Código Civil al describir las fuentes de las obligaciones estipula “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a

consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre padres y los hijos de familia”. 7.3. El actor a fs. 35 de los autos presenta un certificado del Instituto Nacional de Contratación Pública denominado “Proveedores Incumplidos y Adjudicatarios fallidos”, certificado en donde se constata que al actor Ing. Nelson Maldonado se encuentra en estado de incumplido. De la misma manera a fs. 306 a 312 de los autos consta la resolución emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo, de la cual se desprende en su parte resolutive lo siguiente: “...acepta parcialmente la demanda y se declara nulo el acto administrativo de terminación unilateral del contrato realizado por la entidad demandada y se dispone que las cosas vuelvan a su estado anterior y se deja sin efecto la declaratoria de contratista incumplido”. 7.4. De fs. 180 a 409 el actor adjunta documentos de los cuales se constata que han existido varias invitaciones por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública y en la cuales no ha podido participar dentro del campo público, con lo cual ha justificado el daño producido, sin embargo de ello no se halla demostrado ni justificado en autos que el actor haya quedado privado de su ejercicio profesional en el sector privado. 7.5. El daño moral, puede no tener una manifestación externa, pues es difícil demostrar a los cuatro vientos el dolor el sufrimiento, la desesperación que uno siente, por culpa de un acto ilegal e injusto, producido por una autoridad respectiva, por lo tanto, no requiere de una prueba directa, sino solamente demostrar el hecho antijurídico que se encuentra ya declarado así por el Tribunal Contencioso Administrativo, al haberse declarado nulo el acto administrativo y dejar sin efecto la declaratoria

de contratista incumplido, esto como suficiente valoración objetiva de la acción antijurídica. La publicación de la Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho de la Corte Nacional de Justicia de diciembre del 2011, nos enseña: “..... La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: 1) Daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana... El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca....” El tratadista Dr. Enrique V. Galli, respecto de la definición de daño moral, dice que: “Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extra patrimoniales, que cuentan con protección jurídica. Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley”. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo I, p 604. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).....”. NOVENO: La terminación unilateral del contrato y la declaratoria de contratista incumplido, es indiscutible que fue un acto ilegal y como tal ya no es objeto de discusión, pues como se observa del presente proceso fue materia de sentencia emitida por el Tribunal de Distrital de lo Contencioso Administrativo, la misma que se encuentra ejecutoriada. Acto que no debió producirse en la forma efectuada y al haberse realizado de esa manera ilegítima como lo hicieron obliga al Consejo Provincial de Loja hoy

Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja por medio de sus personeros a responder por el acto dañoso causado, esto es, debe pagar la indemnización correspondiente que, en la forma determinada en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución Política de la República el mismo que determina “.....El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”. 9.1. Al haber sido probado el daño moral que ha sido constituido en los perjuicios irrogados al actor al momento en que las autoridades del Consejo Provincial o Gobierno Autónomo Descentralizado de Loja lo declaró “contratista incumplido”, inclusive este hecho fue comunicado a la Contraloría General del Estado y Registrado en el Instituto Nacional de Contratación Pública, como se ha demostrado. Por este perjuicio irrogado de conformidad con el Art. 2232 del Código Civil último inciso que estipula “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”. Al respecto, sobre la evaluación del daño moral la tratadista chilena Carmen Domínguez Hidalgo analiza lo siguiente: “Luego, se ha traducido en una mayor precisión legislativa de los criterios que el tribunal debe tener en cuenta en el momento de apreciarlos y reducirlos a dinero. Tal es así que la Ley de protección al honor, intimidad personal y familiar y a la

propia imagen, que vino a introducir una regulación específica para la protección de estos atributos de la personalidad, expresamente indica 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”, precisando que para este último parámetro se tendrá en cuenta, en su caso, “difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” o “el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. Tales criterios son, como se desprende de su tenor, tanto subjetivos (grado de culpabilidad del causante del daño, la reputación del difamado y la consideración de sus circunstancias personales, como la edad, sexo y condición de la persona) como objetivos (beneficio obtenido por el causante de la lesión constitutivo de un enriquecimiento sin causa).” (DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, El Daño Moral, Tomo II, págs. 687 y 688, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2002).

9.2. La Corte Nacional se ha pronunciado al respecto manifestando lo siguiente: “Al juzgador concierne hacer que se respete, defienda y asegure constitucionalmente la personalidad jurídica del individuo (Art. 11 C.R), y que es principio general de derecho que, - todo el que causa un daño debe repararlo-. Principio que ha sido recogido por nuestra legislación en el Código Civil en la norma legal impugnada, reparación que debe ir en armonía con el principio de proporcionalidad que establece el numeral 6 del Art. 76 de la Carta del Estado. Paralelamente, para el resarcimiento pecuniario por el agravio sufrido por el accionante, el juez con la prudencia que faculta el Art. 162 del Código Adjetivo Civil en su última parte la indemnización debe tasarlo atentas las circunstancias anunciadas en el inciso

segundo del Art. 2332 del citado Código, en forma proporcionada, porque, “El valor de la vida humana no debe ser apreciada con criterios exclusivamente económicos sino una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agotan con la sola consideración de aquejosos criterios” (Dr. Gil Barragán R. E. del Daño Moral. Pág. 174); y que se “Deberá atender indudablemente a la situación económica de quien le corresponde pagar la indemnización porque sería inmoral e ilegal que, a pretexto de reparar un daño moral, se afecte tan seriamente el patrimonio de una persona hasta el extremo de desencadenar su quiebra ya que ésa podría ocasionar a su vez, otro daño moral. Igualmente, tendrá en cuenta la situación económica del agraviado, porque, obviamente, tampoco puede ser éste un medio de enriquecimiento”. (Dra. Magali Soledispa Toro. La Injuria en la Legislación Ecuatoriana. Pág. 154)”. 9.3. Como queda dicho, la Institución del Daño Moral consagrado en nuestra legislación tiene por finalidad el resarcimiento pecuniario de quien sufre un agravio por alguno de los eventos que se determinan en los Arts. 2214 y 2232 del Código Civil, reparación o indemnización que corresponde hacerlo a quien lo ocasionó. En tal virtud, corresponde al juzgador al dictar su fallo tener en cuenta las circunstancias reales en las que se desenvuelve la declaración de la voluntad. Por estos razonamientos y consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, rechazando las excepciones, se admite parcialmente la demanda, aceptando el DAÑO MORAL, y fijando el monto a título de reparación en la cantidad de veinte mil

dólares de los Estados Unidos de América (US\$20.000,00), que debe pagar la parte demandada.- Se regulan en quinientos dólares de los Estados Unidos de América los honorarios para cada uno de los Abogados que patrocinan esta demanda. Elévese a consulta ante la Corte Provincial de Justicia de Loja la presente resolución, esto de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del Art. 337 del Código de procedimiento Civil.- Hágase saber.- ACLARACIÓN.- 31-01-2014 (11h39).- Vistos: Para atender la petición de la parte demandada en lo que se solicita aclarar la sentencia conforme el escrito de fojas 518 de los autos, se advierte: PRIMERO: De conformidad con el Art. 281 del Código de Procedimiento Civil “el Juez que dictó sentencia no puede revocar ni alterar su sentido en ningún caso”. SEGUNDO: Conforme el Art. 282 del Código de Procedimiento Civil establece que “la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuese obscura y la ampliación cuando no se hubiere resuelto algunos de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre frutos intereses o costas”. TERCERO: En el caso si el actor demandó el daño moral, el pago mandado a pagar corresponde por este concepto, por lo que no hay nada que aclarar, esto con respecto al petitorio “primera”. En cuanto al petitorio “segunda”, efectivamente el Estado nunca será condenado en costas obviamente dentro de los mismos se incluyen honorarios, en esta parte y al existir norma expresa se deja sin efecto el pago de honorarios regulados a los Drs. Floresmilo Maldonado Montaña y Eddy Stalin Delgado Lavanda, en lo demás queda inalterable la sentencia..- Hágase saber.-

6.3.4.4. RESOLUCIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES DEL CANTÓN LOJA.

Loja, 01-09-2014, a las 11H17.- Juez Ponente: Dr. Vinicio Alejandro Cueva Ortega. VISTOS: El señor ingeniero civil Nelson Fabián Maldonado Peñaranda, mediante su libelo inicial de fs. 39 a 54 vta., ha demandado en juicio ordinario de daño moral en contra del Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, en las personas de sus entonces representantes legales ingeniero Rubén Bustamante Monteros, Prefecto Provincial y doctor Antonio Serrano Mora, Procurador Síndico, para el pago que lo cuantifica en la cantidad de setecientos mil dólares. Se fundamenta en los artículos 66 numeral 18; 32; 325; 11 numeral 9, de la Constitución de la República; 2231 a 2234 del Código Civil; 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 5 del Pacto San José de Costa Rica. ENTRE SUS FUNDAMENTOS FÁCTICOS, dice que actualmente se desempeña como ingeniero civil, en libre ejercicio profesional. Que el 15 de febrero de 2006, SUSCRIBIÓ UN CONTRATO CON EL CONSEJO PROVINCIAL DE LOJA, con el objeto de ejecutar, terminar, en todos sus detalles y entregar debidamente funcionando el PUENTE SOBRE EL RÍO MASANAMACA, por la suma de \$ 133,209.55, sin incluir IVA, con un plazo contractual de 150 días contados a partir de la entrega del anticipo. Que el anticipo contractual se le canceló el 28 de abril de 2006, 53 días después del plazo previsto contractualmente. Que luego en el desarrollo del contrato se dieron un sinnúmero de problemas, imputables a la Institución, problemas que los singulariza. Que debió rediseñarse el proyecto que afectó el proyecto inicial

de la obra. Que tuvo que realizar nuevos rubros y cantidades de obra, lo cual ocasionó que la Institución se encuentre en deuda con el compareciente. Que se quiso realizar un contrato complementario lo cual no fue posible por la correcta oposición de la Contraloría. Que se intentó una terminación de mutuo acuerdo, que luego de realizada no fue suscrita por las autoridades competentes. Que pese a que la Institución le adeudaba dinero, sin justificación alguna, el 6 de mayo de 2008, se le notifica con el auto dictado por el señor Arquitecto Rodrigo Vivar Bermeo, a la sazón Prefecto Provincial, en el cual dispone notificarlo con la terminación unilateral del contrato. Que contestó dicha notificación, pero que luego de ello, sin ningún fundamento legal el arquitecto Vivar Bermeo, mediante resolución de 6 de junio de 2008, procede a declarar por terminado unilateralmente el contrato, Y CON LAS CONSECUENCIAS LEGALES DE NOTIFICAR A LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO Y A LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO PARA COLOCARLO COMO CONTRATISTA INCUMPLIDO, desde esa fecha 6 de junio de 2008. Que como producto de esa declaración SE LO INSCRIBIÓ COMO CONTRATISTA INCUMPLIDO EN LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO Y EN EL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, lo cual le causó un daño grave e irreparable pues que no pudo trabajar en su profesión de ingeniero civil, ni podía ejercer su profesión en el Sector Público. Que entonces PROCEDIÓ A DEMANDAR al entonces Consejo Provincial de Loja, hoy Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial de Loja, ANTE EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NRO. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE, en juicio contencioso administrativo, POR LA DECISIÓN

ADMINISTRATIVA TOMADA POR EL SEÑOR ARQ. RODRIGO VIVAR, PREFECTO PROVINCIAL. Que el proceso se tramitó con normalidad bajo el Nro. 269-08. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro. 5, en sentencia, EN LO PRINCIPAL declaró LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO REALIZADO POR LA ENTIDAD DEMANDADA Y DISPUSO QUE LAS COSAS REGRESEN A SU ESTADO ANTERIOR Y SE DEJE SIN EFECTO LA DECLARATORIA DE CONTRATISTA INCUMPLIDO, decisión que debía comunicarse a las entidades correspondientes como la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y al actual Instituto Nacional de Contratación Pública, para que se lo rehabilite al supuesto contratista incumplido. Que interpuesto recurso de casación por los personeros del GAD Provincial, no fue aceptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución de 24 de junio de 2011, quedando en esta forma ejecutoriada la sentencia pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo 5 de Loja y Zamora Chinchipe. El proceso planteado ante Juez de lo Civil del cantón Loja, ha avanzado hasta que se ha pronunciado sentencia mediante la cual se ha aceptado parcialmente la demanda y se ha fijando en la cantidad de veinte mil dólares (\$ 20,000.00) el monto por la indemnización de daño moral a pagarse por la Institución accionada, resolución que ha sido apelada por las dos partes. La concesión de los recursos de apelación y la consulta que ha realizado el señor Juez A quo, han permitido que suba el proceso hasta esta Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, de la Corte Provincial de Justicia de Loja. PRIMERO: ESTA SALA

CONSIDERA QUE NO ES COMPETENTE, EN RAZÓN DE LA MATERIA, PARA CONOCER Y RESOLVER LA CONSULTA JUDICIAL Y LOS RECURSOS DE APELACIÓN INTERPUESTOS Y CONCEDIDOS. EL COMPETENTE ES EL TRIBUNAL DE LO DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NRO. 5 DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE Se basa en las siguientes disposiciones legales: 1.- En el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, que al texto dice: "...LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO FISCAL, dentro de la esfera de su competencia, CONOCERÁN Y RESOLVERÁN DE TODAS LAS DEMANDAS Y RECURSOS DERIVADOS DE ACTOS, CONTRATOS, hechos administrativos y reglamentos expedidos, SUSCRITOS O PRODUCIDOS POR LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa...". (Negritas y mayúsculas, son de la Sala). En el caso, la contienda deriva de un contrato suscrito por el GAD Provincial de Loja y el actor; de un acto administrativo de personeros de esa Institución de terminación unilateral del contrato y de la declaratoria de contratista incumplido del ahora actor, actos finalmente

declarados nulos por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja y Zamora Chinchipe. 2. Artículos 185 numeral 2; 217 numeral 4; en concordancia con el artículo 129 numeral 9, DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, que prescriben en ese orden: "...Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: ...2. Los recursos de casación en los juicios por CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE EL ESTADO O LAS INSTITUCIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LOS PARTICULARES;" (Negrillas y mayúsculas, son nuestras) que se refieren a la competencia de esas Salas de la Corte Nacional de Justicia, DISPOSICIÓN EN INTÍMA CONCORDANCIA con el Art. 217 numeral 4 del mismo Código que tiene que ver con las competencias de las Salas de lo Contencioso Administrativo y que reza al texto: "Art. 217.- ATRIBUCIONES Y DEBERES.- Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:... 4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los

servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado....”. Ya hemos dicho el origen de la presente contienda es un contrato celebrado por el GAD Provincial de Loja, con una persona particular, actor de este proceso; la declaración unilateral de terminación de un contrato, la declaración de contratista incumplido, actos declarados nulos por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 de Loja y Zamora Chinchipe. Debemos copiar también el numeral 9 del Art. 129 del Código Orgánico de la Función Judicial que prescribe: Art. 129.- FACULTADES Y DEBERES GENERICOS DE LAS JUEZAS Y JUECES.- A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos:... 9. En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva. SI LA INCOMPETENCIA ES EN RAZÓN DE LA MATERIA, DECLARARÁ LA NULIDAD Y MANDARÁ QUE SE REMITA EL PROCESO AL TRIBUNAL O JUEZA O JUEZ COMPETENTE PARA QUE DÉ INICIO AL JUZGAMIENTO, pero el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la declaratoria de nulidad no se computarán dentro de los plazos o términos de caducidad o prescripción del derecho o la acción...”. (Negritas y mayúsculas, son de la Sala). SEGUNDO: 2.1. La entonces Primera Sala de lo Civil de la Corte

Suprema de Justicia, nos enseña que "...El primer deber del juzgador es asegurar su competencia para resolver el proceso que se somete a su conocimiento, para de esta manera evitar incurrir en la omisión de la solemnidad sustancial prevista en el numeral segundo del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil ("Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias... 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;") omisión que acarrea la nulidad del proceso a costa del Juez infractor. La razón por la cual el Tribunal de Casación siempre ha de entrar a este análisis de la validez procesal se halla en que siendo ésta y las demás solemnidades previstas en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil comunes a todos los juicios e instancias, su omisión implica que, jurídicamente, no existe proceso, sino una apariencia de tal; la presencia de estos vicios es de tal trascendencia que, por ello, aunque no se los haya acusado, el juzgador está en la obligación de declararlos de oficio, al tenor de lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, criterio que lo ha sustentado en sus resoluciones No. 252 de 7 de junio del 2000, dictada dentro del juicio No. 128-2000 (Chimbo vs. Shiguango); No. 311 de 27 de septiembre del 2001, juicio No.. 213-2001 (declaratoria de unión de hecho seguido por Sánchez), y No. 385 de 4 de diciembre del 2001, publicada en el Registro Oficial 521 de 25 de febrero del 2003. En la antes citada Resolución No. 311 de 27 de septiembre del 2001, la Sala también dijo: "Las actividades del juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse en todo el proceso desde su inicio hasta su culminación, y nuestro ordenamiento legal ha establecido la nulidad de un

acto procesal y de todos los que dependen de él cuando no se han observado dichas normas, pero siempre condicionada a los principios de trascendencia y de convalidación. De esta manera, no hay nulidad procesal si dicho incumplimiento no tiene trascendencia sobre la garantía de defensa en el juicio. Este principio de trascendencia está consagrado en los artículos 358 y 1067 del Código de Procedimiento Civil, cuando disponen de manera categórica que la nulidad procesal por omisión de solemnidades sustanciales o la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso, y los juzgados y tribunales lo declararán de oficio o a petición de parte, siempre que dicha omisión o violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa. De otra parte, las nulidades procesales vienen a ser una excepción en los casos en que no se pueda reparar o corregir el error...". 2.2. Hemos dado cuenta de las razones fácticas y legales por las que consideramos que no somos competentes para conocer y resolver la acción de la cual se ocupa el expediente. No debemos repetirnos. Entonces, de conformidad con lo prescrito en el Art. 129 numeral 9 del Código Orgánico de la Función Judicial, declaramos la nulidad de todo el proceso, quedando en estado de que se califique la demanda, disponiendo al mismo tiempo la remisión del proceso al Tribunal Distrital de lo Contencioso Nro. 5 de Loja y Zamora Chinchipe, para que de inicio al juzgamiento en la forma de ley. La Sala lamenta tomar esta decisión de ineludible aplicación, de la cual recién toma conocimiento al tener a su disposición el proceso en esta fecha y no antes, por el cúmulo de trabajo que soporta. No está por demás hacer referencia a que el pronunciamiento de la Sala, está en armonía con la

Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, adoptada en el incidente de competencia negativa Nro. 07-2013. Pleno, como se puede verificar del ejemplar JURISPRUDENCIA ECUATORIANA, CIENCIA Y CIENCIA, 3ra. Edición período Enero-Diciembre 2013, página 67 a 69, publicado por la Corte Nacional de Justicia. Se deja constancia que el Tribunal está integrado por los señores Jueces Provinciales doctores Alexis Erazo Bustamante, Milner Peralta Torres y Vinicio Cueva Ortega, Juez Ponente. Interviene el señor doctor Manuel Cueva Ordóñez, como Secretario Encargado de la Sala, mediante oficio Nro. 2225-DP11-UATH de 15 de los corrientes.- NOTIFÍQUESE.

6.3.4.5. COMENTARIO.-

El presente caso resulta sui generis para su estudio en virtud de que la acción de daño moral surge como consecuencia de la terminación unilateral de un contrato, con las consecuencias legales de notificar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado y dejar al accionante como contratista incumplido, desde el 06 de junio del 2008. La declaratoria de terminación unilateral, a decir del accionante: “era un verdadero desatino jurídico que lo que buscaba era hacerme daño profesionalmente, personalmente y moralmente, por la simple razón que me negué a terminar el puente con recursos propios y no acepte endeudarme más en una entidad bancaria, para que el señor Prefecto de ese entonces quedará bien políticamente, y yo quedará más endeudado que antes”. A mi criterio personal, el Juez que conoce y resuelve la presente causa, valora la prueba aportada por la parte accionante, con cautela, moderación y sensatez, estableciendo un monto indemnizatorio justo; sin embargo, la Sala de lo Civil ante el recurso de

apelación planteado por ambas partes y concedido en primera instancia, se inhibe del conocimiento de la presente causa por considerar que se trata de un asunto que compete al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe; situación que considero un tanto desatinada porque en la acción de daño moral no está en discusión la legalidad de la terminación unilateral del contrato como tal, sino las lesiones que afectan los derechos de la personalidad del individuo, como son: la vida, el honor, la integridad; esto es, el ataque a los bienes que integran el patrimonio moral de la persona, que constituye como tal el DAÑO MORAL. Daño que ha provocado una afección al sentimiento humano por la agresión al mundo volitivo o psíquico del individuo que en este caso se trata de un profesional al cual se le causó un descrédito al ubicarlo como contratista incumplido en los registros públicos del ex INCOP. Si bien El Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nro. 5, en sentencia, declaró la nulidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato realizado por la entidad demandada y dispuso que las cosas regresen a su estado anterior; y, se deje sin efecto la declaratoria de contratista incumplido, debe paralelamente resarcirse al accionante el daño moral ocasionado en su contra por el tiempo que ya constó en los registros públicos, como contratista incumplido; para lo cual, se planteó una acción civil por cuerda separada, que ampara perfectamente la ley, sin perjuicio de otras acciones que se puedan plantear.

7. DISCUSIÒN.

7.1. VERIFICACIÒN DE OBJETIVOS:

Al finalizar este proceso investigativo y con base en los resultados obtenidos y analizados, se logró verificar lo siguiente:

OBJETIVO GENERAL:

“Realizar un estudio para reformar los artículos: 2232 y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, en lo referente a establecer pautas, parámetros o reglas para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral”.

Este objetivo que principalmente trata de realizar un ejercicio de análisis a la institución del “Daño moral”, ha sido verificado en el desarrollo de todos y cada uno de los contenidos abordados en la revisión de bibliografía inherente a los marcos: conceptual, doctrinario y jurídico. En el marco conceptual, se procedió a realizar un compendio y análisis de definiciones, partiendo de la moral, para posteriormente insertarnos en un análisis sucinto de los bienes extrapatrimoniales del ser humano, reconocidos en los derechos a la vida, la integridad personal, la libertad, la igualdad, el honor, que constituyen la dimensión intangible de la persona y por ende la que se vulnera y transgrede con el daño moral. En el marco doctrinario se abordaron un conjunto de conocimientos universalmente aceptados con respecto a la institución del daño moral. Es importante remarcar que la doctrina tiene importancia relevante como fuente de conocimiento del Derecho, pues es el medio más útil para conocer y estudiar los regímenes jurídicos de los de los distintos países. Por su parte en el marco jurídico se procedió a realizar un análisis de las normas legales que tienen relación con la institución del daño moral, contenidas en la Constitución de la Republica, Código Civil y Código Orgánico de la Función Judicial.

Este objetivo también fue corroborado con el estudio de la legislación comparada a través de la cual se pudo constatar de que en algunas

legislaciones europeas como la inglesa y francesa, existen pautas, parámetros y reglas claras aunque bastante restrictivas que incluyen fórmulas matemáticas para calcular el monto indemnizatorio del daño moral.

De igual forma, este objetivo general fue posible verificarlo con los resultados obtenidos en las preguntas 1 y 2 de la encuesta aplicada a profesionales del derecho, en libre ejercicio.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

“Realizar un diagnóstico para establecer la situación jurídica actual en torno a la aplicabilidad de los Artículos 2232 y 2233 del Código Civil Ecuatoriano”.

Este objetivo se pudo verificar con los resultados obtenidos de las preguntas 1., 2., 3., y 4 de la entrevista aplicada a seis de los diez Jueces que integran la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del Cantón Loja, quienes conocen, tramitan y resuelven las acciones ordinarias de daño moral. El referido diagnóstico para establecer la situación jurídica actual en torno a la aplicabilidad de los Artículos 2232 y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, también se pudo lograr con los resultados obtenidos en las preguntas 3 y 4 de la encuesta, así como en el estudio de tres procesos judiciales diferentes, consistentes en acciones ordinarias de daño moral, en las cuales existen las respectivas sentencias ejecutoriadas.

“Demostrar la importancia de reformar los artículos: 2232 y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, para implantar medidas para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral”.

Este objetivo fue posible verificarlo con los resultados obtenidos en la pregunta 5 de la encuesta; y, la pregunta 5 de la entrevista, a través de los cuales se puede evidenciar la necesidad imperante de reformar los Artículos 2232 y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, incorporando a los mismos, reglas y parámetros que permitan al Juez calcular, cuantificar y determinar el monto económico que

debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra.

Elaborar una propuesta de reforma al Código Civil Ecuatoriano, que permita establecer el monto que debe ser resarcido al demandante por concepto de indemnización por delitos civiles de daño moral.

Basados en los resultados obtenidos de las interrogantes: 5 de la encuesta; y, 5 de la entrevista, se procedió a estructurar una propuesta de reforma consistente en jerarquizar los daños morales en leves, graves y muy graves para en función de aquella jerarquización, establecer montos indemnizatorios que van desde los \$1000 a \$100.000 dólares americanos; esto en cuanto a reglas. De igual manera, la referida reforma contiene parámetros generales que otorgan un carácter de equitativo y resarcitorio a la reparación del daño moral. Carácter Equitativo, a través del cual se compensará a la víctima por el daño sufrido a través de una indemnización pecuniaria o monetaria; y, Carácter Resarcitorio, a través del cual se compensará el daño sufrido tomando en cuenta las circunstancias personales de la víctima antes y después de la lesión, para establecer medidas reparatorias consistentes en atención médica y psicológica

7.2. VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS.

“En el Código Civil Ecuatoriano no existen preceptos legales objetivos e idóneos para determinar una correcta indemnización al demandante por los delitos civiles en cuanto al daño moral ocasionado”.

La hipótesis planteada en el inicio de este proceso investigativo, se pudo verificar con los resultados obtenidos en las interrogantes 1 y 4 de la entrevista aplicada a seis de los diez Jueces que integran la Unidad Judicial Especializada de lo Civil y Mercantil del Cantón Loja, quienes conocen, tramitan y resuelven las acciones ordinarias de daño moral, en cuyas respuestas admitieron que la legislación civil ecuatoriana en vigencia, no establece pautas, parámetros y reglas claras para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la

indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra. De igual forma, manifestaron que efectivamente en nuestra legislación legal existe un vacío jurídico consistente en la carencia de pautas, parámetros y reglas claras, aunque fueren generales para que el operador de justicia calcule y determine el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra; situación que al quedar a la discrecionalidad del Juez y también a la facultad que le ha dado la ley referente a la sana crítica, se torna subjetivo. En cuanto a la pregunta 4 de la entrevista aplicada en el trabajo de campo, se pudo evidenciar que no existe una unificación de criterios entre los Jueces que conocen, tramitan y resuelven las acciones ordinarias de daño moral. Cada uno de los entrevistados menciona parámetros y principios dispersos que no resultan claros a mi entender, para determinar el quantum indemnizatorio. A parte de la discrecionalidad, prudencia y sana crítica del Juez, se mencionan las pruebas materiales que pueda aportar la parte accionante, como una constancia del tratamiento médico que haya obtenido el actor o el perjudicado en el daño moral; y, luego con las facturas, con los medicamentos y demás gastos en los que haya incurrido el prenombrado accionante. Se menciona de igual forma la tutela judicial efectiva, el trabajo que la persona afectada efectúa, a lo mejor la responsabilidad que aquella persona tiene en el trabajo que efectúa, la aceptación en la sociedad que esa persona tiene; el daño ocasionado, a qué parte de la honra de esa persona afecta; es decir, si afecta sólo a la persona, afecta a la familia. En fin todos aspectos dispersos que no resultan objetivos.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA.

La Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008, en su Capítulo Sexto, Derechos de libertad, detallado en su artículo 66, Numeral 3) consagra: “Se reconoce y garantiza el derecho a las personas, el derecho a la integridad personal, que incluye: a) la integridad física psíquica, moral y sexual”, concordante con el numeral 18 de del citado artículo constitucional, que textualmente dice: “El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la voz y el buen nombre de la persona”. De igual forma los derechos de libertad, en la nueva normativa

constitucional se abordan de forma general; en este sentido amparan y faculta a los ciudadanos a disponer de los mismos, siempre y cuando ellos no vayan en contra del orden público, no constituyan delito; y, principalmente, no afecten la honra de las personas. De igual forma, el nuevo marco constitucional ampara la seguridad jurídica en el Estado y garantiza a los ciudadanos su integridad personal; en este particular, la integridad física, sexual y moral.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 18, estipula: “En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.”

Hasta el año de 1984, se podía observar en el Código Civil en el artículo 2258 (actualmente el artículo 2231), que si era factible pedir indemnización por daño moral, pero únicamente cuando se refería a la honra o al crédito de una persona. “Artículo 2231.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”(Código Civil, 2005, p. 352)

Pese a que nuestro Código Civil siempre ha contemplado la reparación pecuniaria en materia extracontractual, hasta ese año no se podía observar otro artículo que haga referencia a la reparación pecuniaria a consecuencia de un sufrimiento por

daño moral. Lamentablemente esta reparación nunca llegó a darse debido a la falta de normativa que le permitía al Juez calcular el monto de la indemnización.

El 27 de Febrero de 1984, el Dr. Gil Barragán Romero (1998), quien se encontraba en goce de su cargo como diputado de esa época, puso en consideración el proyecto de Ley Reformatoria del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales. El tratadista expresó que: “La indemnización hasta ahora, según nuestra ley, solamente tiende a hacer desaparecer el daño, o restablecer en el patrimonio de la víctima lo que se le sustrajo o disminuyó. Pero no puede quedar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una molestia o dolor a otro y que es irremediable, cuando consiste en ego que no puede rehacerse, como cuando se mata a una persona, se le hace perder un brazo, se destruye una obra de arte. Puede causarse daño a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, como el dolor o sufrimiento de un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad; como su prestigio por difamación o menosprecio; como el atentado a sus creencias; su detención o prisión injustificada o su procesamiento en igual caso; el rapto, violación, estupro o seducción a una mujer, la muerte de un ser querido, que son algunas de las muchas situaciones que no ha previsto la ley para este efecto.” (p. 33).

El 4 de julio de 1984, entra en vigencia la Ley reformatoria del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales o también conocida como Ley 171, publicada en el Registro Oficial No. 779. Esta Ley, tenía como objetivo principal llenar los vacíos legales existentes, referentes al daño moral y su forma de cuantificación al momento de reparar el mal causado, pues para esos años, como en la actualidad, existían un sin número de actos ilícitos que lesionaban los derechos extrapatrimoniales jurídicamente protegidos, dando como consecuencia la no reparación de estos. Por este motivo, con la aprobación de esta Ley, el Código Civil, se reformó en los siguientes puntos:

- a)** “Se estableció claramente que, aparte de la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, estaban obligados a la reparación quienes causaren "daños morales."(Novoa, 2000, p. 45).

- b)** “El juez debía valorar la indemnización una vez que se justifique la gravedad particular del daño sufrido y de la falta cometida.”(Ibídem, p. 45)
- c)** “Se determinó quienes podían demandar la reparación particularizándose que las instituciones también podían ser afectadas, actuando en tal caso sus representantes legales.” (Ibídem, p. 45)
- d)** “Se aclaró que las -indemnizaciones por daño moral eran independientes de las que por muerte, incapacidad para el trabajo u otras causas semejantes regulan otras leyes.” (Ibídem, p. 45)

En nuestro Código Civil (2005), actualmente permite a las personas que han sufrido un daño moral una amplia posibilidad para pedir un resarcimiento por un daño causado, así lo reflejan las normas contenidas en el Libro IV, Título XXXIII, que hace mención a los delitos y cuasidelitos. “Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera 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 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.”(p. 352)

Es importante tomar en cuenta que de conformidad con el artículo 2233 del cuerpo legal antes mencionado, faculta de forma exclusiva a la víctima o a su representante legal ejercer la acción por daño moral. En el caso que estos no puedan hacerlo por algún tipo de imposibilidad física, lo hará el representante legal, cónyuge o el pariente hasta el segundo grado de consanguinidad; y, en caso de muerte podrán

hacer uso de esta acción los derechos habientes. Adicional a esto, permite esta misma acción a las personas jurídicas que concernirá a sus representantes legales. Disposición que tiene íntima relación con lo que expone el artículo 2229 del cuerpo legal antes citado, pues la persona que por malicia o negligencia causare un daño, deberá repararlo.

En concordancia con lo antes manifestado debemos acotar que de acuerdo al artículo 2216, amplía la responsabilidad a los herederos de quien causó daño. Pero si delito o cuasidelito se hubiera cometido entre dos o más personas, es decir, actuando como actores, cómplices y encubridores, cada uno será responsable solidariamente, así lo manifiesta el artículo 2217.

La persona que ha sufrido daño moral, podrá presentar la correspondiente demanda civil, pese a que ese acto pueda recaer en un tipo penal o infracción laboral. Es decir, no es necesario la existencia de una sentencia penal ni mucho menos denunciar el delito para poder demandar el daño moral, así lo manifiestan los artículos 2234 y 2214 del Código Civil.

Estas disposiciones dan la opción a la víctima a denunciar el delito o demandar por daño moral y material, así, quien causó el perjuicio se verá obligado a pagar el daño y a su vez la pena por el delito cometido.

Mediante el fallo expresado por la Corte Suprema de Justicia, emitido en el año del 2001, en el juicio entre Sandra Ximena Sotalin contra Wilson Hernán Mantilla Ruiz, la Corte manifestó: “Se requiere la justificación de la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta perpetrada, tramitada de manera independiente en la vía civil, sin que en estos casos se necesite el ejercicio de la acción penal como especie de prejudicialidad penal.”(Corte Suprema de Justicia del Ecuador, caso Sandra Ximena Sotalín Carvajal contra Wilson Hernán Mantilla Ruiz, publicado en la Gaceta Judicial Año CII, serie XVII, No. 5, página 1293, el 28 de febrero del 2001.)

Es decir, que la jurisprudencia sostiene que no es de carácter obligatorio que se constituya un delito para dar paso a la indemnización por daño civil.

Para reparar el daño causado a la víctima, la forma más común es la pecuniaria. Si recordamos, este tipo de reparación no es el único medio pero si es el más utilizado para cuantificar el daño moral cuando es exigido judicialmente. Pero el mayor problema para los juristas, abogados y demás profesionales, es respecto a la

cuantificación, debido a que este queda al libre albedrío de los jueces. La inquietud surge cuando se realizan las siguientes incógnitas: ¿cómo el juez calcula la cantidad dineraria que se otorgará a la víctima por concepto de reparación de daño moral en nuestro ordenamiento jurídico?

Por este motivo, en el artículo 2232 inciso tercero del Código Civil, se puede observar que la norma expone que quedará a prudencia del Juez determinar el valor de la indemnización. Es menester realizar una acotación y aclarar si esta prudencia judicial es mera discrecionalidad o tiene otro significado más convincente. Esta prudencia, permite que en muchos de los casos los montos de la indemnización sean exorbitantes.

Podríamos citar el juicio de daño material y moral suscitado entre la señora Gloria Seminario Medina de Loedel y el Banco Filanbanco, ocurrido en el año de 1998. La Corte Suprema de Justicia, analizó el plus petitio propuesta por el demandado como excepción. La Corte manifiesta que: “De acuerdo al tratadista Eduardo J. Couture, se trata de una locución latina que se utiliza para denotar el exceso del que ha pedido en juicio más de lo que le pertenece. La Corte considera que diez millones de sucres, demandados por la parte actora, superan el daño causado y por lo tanto sentencia a cuatro millones de sucres.”(Corte Suprema de Justicia del Ecuador, caso Gloria Seminario Medina de Loedel contra el Banco Filanbanco S.A, publicado en la Gaceta Judicial Año LXXXVIII, serie XV, No. 2, página 397, el 5 de mayo de 1998.).

Por este motivo, es menester cubrir este vacío legal y determinar parámetros para que el Juez, siendo el administrador de justicia, tenga una guía práctica al momento de calcular la indemnización y evitar las sumas exorbitantes, que en muchos casos son imposibles de cancelar.

8. CONCLUSIONES.

Una vez concluida la presente tesis con su respectivo proceso investigativo sobre la acción del daño moral, los derechos extrapatrimoniales, y los parámetros para la cuantificación de la indemnización del daño moral es indispensable señalar las siguientes conclusiones:

- a. El actual Código Civil en los artículos 2232 y 2233, establecen que el daño moral debe ser indemnizado económicamente, pero no de acuerdo a parámetros normativos sino que esta valoración queda a la sana crítica del juez, lo que significa un vacío legal de consideración en la normativa ecuatoriana.
- b. La codificación que regula actualmente la acción por daño moral, necesita ser reformada a efectos de que se amparen en forma efectiva los derechos de las personas; en especial los derechos inherentes al afectado, sobre quien permanecen secuelas de carácter psicológico.
- c. El transgredir el buen nombre de la persona acarrea consigo varias circunstancias particulares para cada caso que requieren un tratamiento propio, un cálculo proporcional y adecuado conforme a la gravedad de las ofensas, ultrajes, insultos o humillaciones.
- d. De acuerdo a lo encuestado y entrevistado, ninguna compensación económica restituye el daño moral ocasionado; pero la falta de parámetros objetivos para cuantificar el daño moral, ahonda la problemática.
- e. Ninguna compensación económica por más elevada que sea, restituye un bien vulnerado; las heridas internas en su espíritu persisten, por consiguiente resulta imposible hablar que los derechos son resarcidos en su totalidad.
- f. Los derechos subjetivos y extrapatrimoniales se hallan amparados en el marco constitucional, pero se requiere que las leyes orgánicas y ordinarias de menos jerarquía, garanticen en forma efectiva los referidos derechos.
- g. La naturaleza de la figura del Daño Moral es compleja, por lo que no es factible determinar de forma precisa o aproximada el valor de la indemnización

que la víctima va recibir por concepto del daño causado. Recordemos que el Juez, en base a su arbitrio o prudencia determinará el monto, tomado en cuenta las circunstancias tanto de la víctima como de la persona que causó el daño.

- h. La prudencia, como virtud, es considerada en nuestro país, para muchos expertos en el tema, como un límite para cuantificar la indemnización por concepto de Daño Moral. Personalmente considero que la prudencia no es un límite, sino que entrega al Juez toda la potestad de la cuantificación sin que se tomen en cuenta otros parámetros que pueden resultar más objetivos. Recordemos que la prudencia está relacionada con las experiencias vividas del ser humano; por lo tanto, lo que para una persona es lo correcto, para otro no lo será.
- i. A lo largo del presente trabajo investigativo, se ha revisado un sin número de jurisprudencia, doctrina nacional e internacional y leyes, de esta manera se puede concluir que no existe un criterio uniforme sobre la manera o parámetros que se deben seguir para la cuantificación de la indemnización por daño moral.
- j. El Juez debe estar atento a las circunstancias particulares de cada caso; en muchas acciones de este tipo, se puede evidenciar que la víctima de daño moral busca inducir a engaño al Juez y enriquecerse con la indemnización. En virtud de lo expuesto, el Administrador de Justicia debe enfocarse únicamente en la situación del individuo que lesionó un derecho extrapatrimonial, de la víctima, y el perjuicio ocasionado.
- k. En cuanto al monto de la indemnización por concepto de Daño Moral, no podemos evidenciar uniformidad en la jurisprudencia nacional, de esta manera, logramos evidenciar el conocimiento efímero por parte de los Jueces y demás autoridades, afectando la seguridad jurídica.

9. RECOMENDACIONES.

Una vez concluida la presente tesis con su respectivo proceso investigativo sobre la acción del daño moral, los derechos extrapatrimoniales, y los parámetros para la cuantificación de la indemnización del daño moral es indispensable señalar las siguientes recomendaciones:

- a. Es necesario que la normativa que actualmente regula la acción de daño moral y la cuantificación de la indemnización, sea sometida a reforma por parte de la Asamblea Nacional, motivada por las fuertes conmociones sociales que ha ocasionado en los últimos tiempos a consecuencia de las indemnizaciones por demás injustas y desproporcionadas que vulneran los derechos de las partes procesales.
- b. Se recomienda realizar una reforma de carácter urgente a las disposiciones constantes en el Código Civil Ecuatoriano con la finalidad de normar la figura del Daño Moral así como la forma de cuantificación de la indemnización pecuniaria.
- c. Es deber del poder legislativo revisar las codificaciones que necesitan reformarse, como es el caso del Código Civil, a efectos de que guarden extrema relación con el marco constitucional vigente; y, de esa forma, amparar en forma efectiva la convivencia de la sociedad, con respeto y garantía de sus derechos.
- d. Las indemnizaciones económicas deben ser impuestas en función de las circunstancias propias de cada caso y las consecuencias que generan en la parte afectada. Estas indemnizaciones deberían guardar relación con las condiciones socioeconómicas de las partes procesales.
- e. Es preciso sugerir que el Código Civil, debe contener normativa que se acople a las necesidades actuales de la sociedad y el mundo contemporáneo.
- f. Como la jurisprudencia nacional no ha sido de gran apoyo para sentar bases sólidas para la cuantificación del Daño Moral, es de vital importancia que tantos los funcionarios de los Juzgados Civiles como los magistrados de la

Corte Provincial de Justicia y Corte Nacional de Justicia realicen un estudio pormenorizado de las circunstancias que se presentan en los juicios de Daño Moral para realizar una cuantificación correcta y apegada a derecho de la indemnización que será entregada a la víctima.

- g. Vigilar el rol que desempeña el Juez, para evitar que las indemnizaciones por concepto de Daño Moral enriquezca a la víctima. El administrador de justicia deberá únicamente enfocarse en la situación de la persona que lesionó un derecho extrapatrimonial, la víctima y el perjuicio causado.
- h. Tomar en consideración los fallos de triple reiteración emitidos por la Corte Nacional de Justicia (Corte Suprema de Justicia) que permiten servir como criterios judiciales que permitan guiar al Juez al momento de cuantificar la indemnización por el daño moral ocasionado.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el Registro Oficial número 779 de 4 de julio de 1.984 se publica la Ley 171 aprobada por el Congreso Nacional mediante la cual se dispone se agregue a continuación del artículo 2258 del Código Civil, las normas que regulan el Daño Moral, estableciéndose en el inciso 3ro del artículo 2 de la ley antes citada, que: "La reparación por daño moral 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."

La norma legal transcrita, por lo extenso de su interpretación, en lo referente a "**la prudencia del juez**", ha generado excesos tanto en quien se siente víctima de DAÑO MORAL, como en el Juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada, llegando a determinarse valores irrisorios en unos casos, o enormes fortunas en otros.

Es evidente que la víctima de daño moral debe ser indemnizada por la aflicción sufrida y es obvio que el agresor o responsable de tal hecho sea condenado a resarcir el daño estableciéndose para ello montos acordes a la realidad nacional, que no sean simbólicos como determinan varias legislaciones Europeas, ni millones de dólares como los establecidos por los actuales jueces nacionales, que no sea el juicio por daño moral, el mecanismo a través del cual se busque y en ocasiones se obtenga dinero fácil.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSIDERANDO:

Que, el Art. 66 de la Constitución garantiza a las personas los derechos de libertad y en su numeral tercero, el derecho a la integridad personal que incluye: la integridad física, psíquica, moral y sexual de los ciudadanos.

Que, el Art. 134 de la Constitución de la República del Ecuador estipula que la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde a las ciudadanas y ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos.

Que, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Que, es necesario reformar la actual codificación que regula la acción por daño moral conocida como ley 171, según las necesidades actuales de la sociedad ecuatoriana y se fijen montos indemnizatorios justos para los afectados.

Que, el Artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República determina entre los deberes y atribuciones de la Asamblea Nacional" Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio."

Que las reformas al Código Civil contenidas en la Ley 171 fueron aprobada y publicadas en el Registro Oficial del mes de julio de 1984, año en el que la moneda oficial era el sucre y las indemnizaciones por daño moral no superaban en ningún caso el equivalente a mil dólares

Que, la norma legal contenida en el inciso tercero del Artículo 2 de la Ley 171 través de la prudencia del Juez, da potestad excesiva al operador de justicia para fijar el monto de la indemnización por daño moral.

Que, el Artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República en forma imperativa determina que "la ley establecerá la debida proporcionalidad entre la infracción y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Por las atribuciones conferidas en la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL, CONCERNIENTE AL TITULO XXXIII, DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS.

A continuación del artículo 2234 inclúyase los siguiente innumerados como siguen:

Art...- **Carga de la prueba.**- La carga probatoria corresponderá de forma exclusiva al actor del juicio, en contra de quien se ocasionó el daño moral; este deberá probar el nexo entre la existencia del acto o hecho ilícito y el daño ocasionado. Se considerarán como medios probatorios, todos los documentales, testimoniales y materiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, que permitan demostrar la existencia del daño y su tratamiento.

Art...- **Carácter de la reparación.**- La reparación del daño moral, será observada por el juzgado, desde dos puntos de vista

1.) Carácter Equitativo, que consistirá en la compensación a la víctima por el daño sufrido a través de una indemnización pecuniaria o monetaria.

2.) Carácter Resarcitorio, que consistirá en la compensación del daño sufrido, tomando en cuenta las circunstancias personales de la víctima antes y después de la lesión; para lo cual, el Juez podrá ordenar en resolución la reparación integral de la víctima de daño moral, a través de un tratamiento médico o psicológico a costa de la parte accionada.

Art...-Jerarquización de Daños Morales.- Los daños morales ocasionados a un tercero se clasificarán de la siguiente manera:

1.) Leves.- serán consideradas como lesiones morales leves las siguientes:

a.) Alteración física y psicológica en el estado de ánimo, que provoquen angustia o tristeza en la víctima.

b.) Alteración, física y psicológica, causada por la disminución del estado de salud.

2.) Graves.- serán consideradas como lesiones morales graves, las siguientes:

a.) Alteración física y psicológica, por la pérdida de un órgano, de un sentido o un miembro corporal.

b.) Alteración física y psicológica, provocada por comportamientos de discriminación racial, sexual, religioso o de otra índole social.

3.) Muy Graves o catastróficas.- serán consideradas como lesiones morales muy graves o catastróficas, las generadas por la alteración física y psicológica, provocada por la pérdida de un familiar, como padres, hijos o cónyuge.

Art...- **Reglas referenciales para la determinación del quantum indemnizatorio.**- El Juez de lo Civil, para establecer el monto indemnizatorio por concepto de daño moral se regirá a la presente tabla:

JERARQUIZACIÓN DE DAÑOS MORALES	
Leves	1.000 – 10.000 dólares
Graves	10.001 – 50.000 dólares
Muy Graves o catastróficas	50.001 - 100.000 dólares.

Para la fijación de los montos indemnizatorios descritos en la tabla anterior, el Juez deberá considerar, a más de la prueba aportada por el accionante, los ingresos que percibe el accionado que llegaren a justificarse legalmente en el respectivo término de prueba, para lo cual observará la siguiente tabla.

Indemnización por daño moral en base a los ingresos mensuales del agraviante (U.S.D.)	R.B.U (354) a \$5.000	\$5.001 a \$10.000	\$ 10.001 en adelante
Daño Moral Leve.	Desde \$1.001,00 a \$ 5.000,00	Desde \$5.001,00 a \$8.000,00	Desde \$8.001,00 a \$ 10,000
Daño Moral Grave.	Desde \$10.001,00 a \$25.000,00	Desde \$25.001,00 a \$ 35.000	Desde \$35.001 a \$50.000
Daño Moral Muy grave o catastrófico	Desde \$50.001,00 a \$55.000,00	Desde \$55.001 a \$65.000,00	Desde 65.001.00 a \$100.000

Art...Independencia de la acción.- La acción civil por daño moral es independiente, no se requerirá que haya existido previamente un juicio penal en el que se haya probado legalmente la existencia o cometimiento de un delito o cuasidelito, sin que esto cause prejudicialidad alguna.

Disposición final.- La presente ley reformativa entrará en vigencia, a partir de su debida publicación en el Registro Oficial de conformidad con la ley.

Dado y firmado en las Instalaciones de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, a los 11 días del mes de noviembre del 2015.

f) Gabriela Rivadeneira.

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL.-

10. BIBLIOGRAFÍA.

NORMATIVA LEGAL ECUATORIANA:

1. Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008. Registro Oficial No. 449 con fecha de 20 de octubre de 2008.
2. Código Civil Ecuatoriano Codificación, Registro Oficial No. 46 con fecha de 24 de junio del 2005. Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial No. 544 con fecha de 9 de marzo del 2009.
3. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre del 2009.
4. Ley Sobre Reparación de Daños Morales.

LIBROS:

5. BARRAGÁN Romero G. Elementos del Daño Moral. Ed. Edino. Quito-Ecuador.
6. ABARCA, Luis Humberto (2011). El Daño y su Reparación en el Derecho Positivo. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
7. ABREVAYA, A. (2008). El Daño y su Cuantificación Judicial. Buenos Aires: Abelto Perrot.
8. BARRAGÁN, G.R. (2008). Elementos del Daño Moral. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
9. CABANELLAS, G. (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Heliastra S.R.L.
9. COUTURE ETCHEVERRY, E. (1979). Estudio de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Edición Depalma.
10. GARCÍA, J.F. (2005). Parte Práctica Del Juicio por Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar Su Reparación. Quito: Rodin García, R.F. (1995).
11. El Juicio Por Daño Moral. Ortolan, M. (1976). Instituciones de Justiniano. Heliastra S.R.L.
12. PÉREZ FUENTES, G.M. (2006). El Daño Moral en Iberoamérica. México D.F.
14. RABINOVICH, R.D (2003). Recorriendo la Historia del Derecho. Librería Judicial Cevallos. Salazar, C.V., & Gonzales, M.D. (1990).

16. CIFUENTES Santos. El daño moral y la persona jurídica en: Derecho de Daños, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires.
17. BUSTAMANTE ALSINA Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993.
18. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003.
19. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, El Daño Moral. Editorial Jurídica de Chile 2000.
20. ORGAZ Alfredo. El Daño Resarcible. Buenos Aires: Editorial Omeba, 1960.
21. BREBBIA Roberto, La Lesión del Patrimonio Moral, en Derecho de Daños. Ediciones La Rocca 1989.
22. GARCÍA MORILLO, El Derecho a la Libertad Personal, Editorial Universidad de Valencia 1995, pág. 20
23. BURGOA Ignacio, "Las garantías Individuales, editorial Porrúa, 2007.
24. DICCIONARIO ETIMIOLOGICO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 2002.
25. MICIELI, Laura Liliana, "La Injuria", editorial Heredia, Costa Rica, 2008.
26. VENINI Juan Carlos, Responsabilidad por daños Contractual y Extracontractual, Editorial Juris, 1992.
27. CABANELLAS DE LAS CUEVAS Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 2005.
28. CAÑÓN RAMIREZ, Pedro Alejo, Derecho Civil volumen 1-2, Editora Senal, 1982.
29. GARCÍA FALCONÍ, J. (2004). Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano. Quito: Heliasta.
30. PEÑA JUMPA, Antonio, Justicia Comunal en los Andes Perú, Fondo Editorial 1998.
31. MOSSET ITURRASPE, Jorge Contratos, Buenos Aires: EDIAR, 1988.
32. ORGAZ, Alfredo. El daño resarcible. Buenos Aires: Editorial OMEBA, 1960.

33. FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003.
34. CÁRDENAS VILLAREAL, H.A. *Daño Moral Por Incumplimiento De Contrato: Un Réquiem por la Uniformidad Jurisprudencial*, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 3, 2006.
35. CRISTOBAL MONTÉS, A. *El Daño Moral Contractual*, Revista de Derecho Privado, enero de 1990, Madrid.
36. FUEYO LANERI, Fernando: *Instituciones De Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
37. BALTIERRA RETAMAL, Enrique, citado por TAMASELLO HART, Leslie. *El Daño Moral En La Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
38. MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona Humana y Justicia Social*. Segunda Edición, Ediciones Rialp, S.A, Madrid.
39. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. Temas de Responsabilidad Civil en honor al Dr. Augusto M. Morello, Librería Editora Platense, La Plata, 1981, pág. 34
40. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. «La Indemnización Por Daño Moral. Modernas Tendencias en el Derecho Civil Chileno y Comparado». En *Revista Chilena de Derecho*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998, Vol. 25.
41. RIPERT, Georges. La regla moral en las obligaciones civiles, Bogotá, 1946.
41. RIVERA, Julio César, Derechos y Actos personalísimos en el Proyecto del Código Civil y Comercial de Argentina.
42. GARCÍA MORILLO, El Derecho a la Libertad Personal, Editorial Universidad de Valencia 1995.
43. BURGOA Ignacio, “Las garantías Individuales, editorial Porrúa, 2007.
44. RECASÉNS SICHES, Luis, Introducción al estudio del Derecho, editorial Porrúa, 1979.
45. CAÑÓN RAMIREZ, Pedro Alejo, Derecho Civil volumen 1-2, Editora Senal, 1982, pág. 231
46. GARCÍA FALCONÍ, J. (2004). Manual Teórico Práctico en Materia Civil: Análisis Jurídico de la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano. Quito: Heliasta.
47. PEÑA JUMPA, Antonio, Justicia Comunal en los Andes Perú, Fondo Editorial 1998.

PÁGINAS WEB:

22. <http://www.derechoecuador.com/productos/formatos/detalle/catalogo/formatos/juicios/civiles/code/5814/demanda-por-dano-moral>

23. http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10956

24. http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=293&Itemid.

<http://definicionlegal.blogspot.com/2011/05/moral.html>

Navarro Floria, J. G. Año 2012. Los derechos personalísimos. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires Disponible en línea: bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf

https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_personalisimos.

Apuntes Jurídicos del Derecho Argentino, Disponible en línea <http://apuntesjuridicoslei.blogspot.com>

<http://apuntesjuridicoslei.blogspot.com>

<http://www.economia48.com/spa/d/bienes-inmateriales/bienes-inmateriales.htm>

MACHICADO Jorge, Apuntes Jurídicos, Disponible en línea <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/08/vida.html>.

Derecho a la integridad personal, Daniel Costa, disponible en línea https://prezi.com/zi2cef_u5xzg/derecho-a-la-integridad

https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad.

<http://web.archive.org/web/20060713233540/neoforum.iespana.es/neoforum/h.htm>

<http://www.ecured.cu/index.php/Indemnizaci%C3%B3n>

<http://legislaciondesistemas03.blogspot.com/p/derechos-de-autor.html>

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7490

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral>.

11. ANEXOS.

11.1. FORMATO DE LA ENCUESTA (Cambiar preguntas con las existentes en el análisis de resultados de entrevistas)

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÀREA JURÌDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**



ENCUESTA

Señor(a):

Me permito dirigirme a Usted para solicitarle de la manera más comedida se digne responder la siguiente encuesta cuyo único fin es la Investigación Jurídica de mi Tema de Tesis titulado “REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÀMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.”

PREGUNTA NRO. 1. ¿Se encuentran efectivamente amparados los derechos de respeto al honor, el buen nombre y la reputación de las personas, en la Constitución de la República del Ecuador?

Si ()

No ()

PREGUNTA NRO. 2 ¿Considera usted que transgredir el honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, constituye daño moral?

Si ()

No ()

PREGUNTA NRO. 3 ¿Considera usted que de existir una transgresión al honor, el buen nombre y consecuentemente la reputación de una persona, el hecho de establecer indemnización económica, repara en forma eficaz los derechos vulnerados?

Si ()

No ()

PREGUNTA NRO. 4 ¿Considera usted que la sana crítica y prudencia del Juez, como parámetros que establece la legislación civil en vigencia para cuantificar el daño moral, resultan suficientes?

Si ()

No ()

PREGUNTA NRO. 5.- ¿Considera usted necesario reformar el Código Civil en vigencia, incorporando al mismo reglas y parámetros que permitan al Juez calcular, cuantificar y determinar el monto económico que debe ser

resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

Si ()

No ()

Gracias...

11.2. FORMATO DE LA ENTREVISTA (Cambiar preguntas con las existentes en el análisis de resultados de entrevistas)

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÀREA JURÌDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO**



ENTREVISTA

Señor(a) Juez(a): Me permito dirigirme a Usted para solicitarle de la manera más comedida se digne responder la siguiente entrevista cuyo único fin es la Investigación Jurídica de mi Tema de Tesis titulado “REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÀMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL.”

1. ¿Considera usted que la legislación civil ecuatoriana en vigencia, establece pautas, parámetros y reglas claras para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

2. ¿Considera Usted que el Artículo 2232 del Código Civil en vigencia, al establecer en su parte pertinente que la determinación del valor de la indemnización para la reparación del daño moral, queda a la prudencia del Juez, ha generado excesos tanto en quien se siente víctima de daño

moral, como en el Juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada, llegando a determinarse valores irrisorios en unos casos y exagerados en otros?

3. ¿Considera Usted que los preceptos inherentes al daño emergente y el lucro cesante, como bases de la indemnización de perjuicios, resultan suficientes para calcular y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

4. ¿Qué parámetros y principios se consideran para determinar el monto indemnizatorio que el demandado debe resarcir al demandante por el daño moral ocasionado en su contra?

5. ¿Considera usted necesario incorporar al Código Civil en vigencia, reglas y parámetros que permitan calcular, cuantificar y determinar el monto económico que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización a la cual tiene derecho por el daño moral ocasionado en su contra?

Gracias...

11.3. PROYECTO DE TESIS

1. TÍTULO

“REFORMA A LOS ARTÍCULOS 2232 Y 2233 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, EN LO REFERENTE A ESTABLECER PAUTAS, PARÁMETROS O REGLAS PARA CALCULAR Y DETERMINAR EL MONTO QUE DEBE SER RESARCIDO AL DEMANDANTE, POR CONCEPTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DELITOS CIVILES DE DAÑO MORAL”.

2. PROBLEMÁTICA.

El Ecuador, auto determinado como un Estado Constitucional de derechos y justicia social, en su Constitución de la República redactada entre el 30 de noviembre de 2007 y el 24 de julio del 2008, por la Asamblea Nacional Constituyente en Montecristi, Manabí; misma que para su aprobación fue sometida a referéndum constitucional el 28 de septiembre de 2008, ganando la opción aprobatoria y entrando en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial # 449 del 20 de octubre de 2008, establece en su Título II denominado “Derechos”, en su Capítulo Primero “Principios de Aplicación de los Derechos: “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: numeral 8.- El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.”⁹⁷ En el Capítulo Sexto referente a los “Derechos de Libertad”, en su Art. 66, establece: “Se reconoce y garantizará a las personas:

⁹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador 2012. Art. 11 numeral 8. Pág.27.

numeral 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: literal a.) La integridad física, psíquica, moral y sexual.”⁹⁸ Finalmente el Capítulo Octavo referente a los “Derechos de Protección”, en su Art. 76, establece: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: numeral 6.- La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”⁹⁹

Haciendo referencia a algunos de los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, y que según el Código Orgánico de la Función Judicial, en uno de sus Considerandos, señala que forman parte del Bloque de Constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii), del 10 de diciembre de 1948, en cuyo Artículo 12, establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”¹⁰⁰

Cuando ocurre el daño, a la manera de reparar las consecuencias dañosas se le conoce como indemnización, la cual usualmente comprende una suma de dinero que busca resarcir el daño ocasionado al afectado. En ese orden de ideas, “para que haya responsabilidad civil es necesario un hecho causante y

⁹⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador 2012. Art. 66 numeral 3, literal a.) Pág.53.

⁹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Legislación Codificada. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador 2012. Art. 73 numeral 6. Pág.59.

¹⁰⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Art.12.

un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003p.235.

Al hablar de indemnización por daño moral entramos al terreno de lo subjetivo. Debido a que se trata de un daño que no afecta el patrimonio de la víctima, no es posible fijar una cuantía que repare lo perdido, pues ¿cuánto vale la vida? Incluso, a nivel doctrinario se discute si es adecuado efectuar este tipo de resarcimiento con dinero, ya que no se trata de una disminución patrimonial.

Otras interrogantes se formulan supuestos de casos semejantes: ¿se debe dar una misma suma de dinero a las víctimas? ¿Qué consideraciones debe asumir el Juez para determinar esa suma?

Existe, además, el daño moral contractual, que resulta de la inejecución de una obligación. En este supuesto, adicionalmente al daño patrimonial que se le genera al acreedor, es posible que se cause un daño moral, dependiendo de la naturaleza de las infracciones.

Debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo.

Además, el daño moral es irreparable, toda vez que no se puede devolver el objeto sobre el cual recae la acción a su estado original. A manera de ejemplo,

si un hecho causa a una persona depresión severa, el daño ya ha sucedido, y por más que en un futuro pueda volver a estar equilibrada emocionalmente, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que estuvo bajo severa pena y angustia. Esta posición es respaldada por Cifuentes¹⁶ quien señala que no es posible la reparación integral con la equivalencia perfecta e idéntica a la que se procura frente al daño material. Así mismo, la esencia del daño moral o extramatrimonial se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima. La entidad o magnitud del daño moral resultará de la extensión e intensidad con que aquéllas se manifiesten en los sentimientos de esta última.¹⁷

Supongamos, por ejemplo, que la víctima de un accidente de tránsito es un joven futbolista quien acaba de firmar contrato con uno de los clubes de fútbol más importantes de Europa y en aquel accidente pierde la pierna. Se podrá determinar con facilidad el daño emergente e incluso el lucro cesante, basándose en el contrato que suscribió con el equipo europeo. Pero ¿el daño moral? ¿Se deberá tomar en cuenta la depresión, la condición económica de su familia? ¿Qué parámetros deberá seguir el juez para lograr una indemnización que resulte justa?

3. JUSTIFICACIÓN

El presente proyecto de investigación está orientado a Reformar a los artículos 2232 Y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, en lo referente a establecer pautas,

parámetros o reglas para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral, por tanto este se justifica académicamente por cuanto cumple la pertinencia de un estudio investigativo jurídico que se circunscribe dentro del área del Derecho Civil y derecho público, también porque cubre aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, Sustantivo y Adjetivo para optar por el grado de Abogado.

Socio- Jurídicamente la investigación es necesaria, para aportar con una mejor seguridad jurídica y para establecer pautas o parámetros para determinar el monto que debe ser resarcido al demandante por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral.

El problema jurídico y social, materia de este proyecto de investigación es trascendente, en lo que tiene que ver con la obligatoriedad del Estado para con sus ciudadanos, velar por el bienestar, por un desarrollo integral y justo, sin violentar sus derechos contemplados en la Constitución de la Republica como: seguridad jurídica, celeridad, oportunidad y tutela efectiva.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico-social que la prevengan y controlen en sus manifestaciones.

Con respecto a la aplicación de métodos, técnicas y procedimientos constantes en la metodología será factible realizar esta investigación en relación a la

problemática propuesta, por cuanto existen fuentes de investigación bibliográficas, documentales y de campo que aportarán a su análisis y discusión; contando con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para el desarrollo de este estudio causal explicativo y crítico, para establecer parámetros o reglas para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral.

4. OBJETIVOS

Objetivo General.

Realizar un estudio para Reformar los Artículos 2232 Y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, en lo referente a establecer pautas, parámetros o reglas para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral.

Objetivos Específicos.

1. Realizar un diagnóstico para establecer la situación jurídica actual en torno a la aplicabilidad de los Artículos 2232 Y 2233 del Código Civil Ecuatoriano.
2. Demostrar la importancia de reformar los Artículos 2232 y 2233 del Código Civil Ecuatoriano, para implantar medidas para calcular y determinar el monto que debe ser resarcido al demandante, por concepto de la indemnización por delitos civiles de daño moral.

3. Elaborar una propuesta de reforma al Código Civil Ecuatoriano, que permita establecer el monto que debe ser resarcido al demandante por concepto de indemnización por delitos civiles de daño moral.

4. HIPÓTESIS

En el Código Civil Ecuatoriano no existen preceptos legales objetivos e idóneos para determinar una correcta indemnización al demandante por los delitos civiles en cuanto al daño moral ocasionado.

6. MARCO TEÓRICO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DAÑO MORAL

Según, Silvana Esperanza Erazo Bustamante escribe algunos preceptos en cuanto al régimen jurídico del daño moral que se describe a continuación:

Resumen:

En torno al principio de que toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado, el Código Civil ecuatoriano en el Título XXXIII, que trata de los Delitos y Cuasidelitos, contiene las reglas legales para determinar la responsabilidad de los actos cuando éstos lesionan los intereses personales o patrimoniales de las personas.

Por dicha disposición se conoce que: *“Art. 2214.- 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”.*

Las reparaciones que por concepto de indemnización se imponen al infractor son de orden penal y de orden civil. La sanción penal deriva del acto intencionalmente dirigido a perjudicar a otro, es decir al acto sustentado en el dolo, en cuyo caso la acción permitida por la ley debe plantearse en el campo penal.

No obstante, la realidad actual, que se sustenta preponderantemente en intereses de carácter patrimonial o económico, ha determinado una disminución en la exigencia de condenas penales contra quienes ocasionan daños a las personas, haciendo que predomine la reparación de orden económico que, bajo una concepción de carácter pragmatista, constituye el elemento reparador por excelencia de los daños ocasionados. Consiguientemente las nuevas doctrinas sobre reparación de daños han hecho necesaria la modificación sustancial del orden establecido en las leyes, priorizando el trámite sobre la reclamación civil y sustituyéndola por la exigencia penal que en el sistema anterior a la expedición de la Ley 171 Sobre Reparación de Daños Morales, era necesario seguir para obtener las indemnizaciones.

Para el connotado tratadista, Dr. Gil Barragán Romero, existen dos clases de responsabilidades de las que derivan obligaciones frente a terceros: la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral.

La responsabilidad jurídica se encuentra claramente determinada en la ley y se regula en materia civil por las reglas relativas a los cuasicontratos. Pues, conforme al Art. 2184, *“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella”*. Y, las obligaciones que nacen de la responsabilidad moral se deben al daño moral por lesionar los principios del honor, de la dignidad, de la libertad y de la vida. No obstante tal clasificación, entre estas formas de responsabilidad no existe oposición sino una verdadera complementación. Pues si el acto lesionador se encuentra revestido de intencionalidad dolosa y si, además es libre y voluntario, se configura un delito sancionado por la ley penal. En este caso el solo condicionamiento de la ley se remite a que dicho acto se encuentre consultado como infracción penal, para ser sancionado. Solamente así se explica el contenido del Art. 11 del Código Penal ecuatoriano que sostiene que: *“Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión”*.

A todo daño moral corresponde una reparación, puesto que en nuestro sistema legal *“rige el principio de que debe repararse todo perjuicio, pues no se concibe un derecho sin protección”*¹⁰¹

Ahora bien, existen varias formas alternativas de reparación. Entre estas cabe mencionar las que corresponde a las reparaciones que se derivan del delito, en

¹⁰¹BARRAGÁN Romero L. *Elementos del Daño Moral*. Ed. Edino. Pág. 101

los términos del Art. 52 del Código Penal por el que sabemos que: *“Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsable del delito. Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización”*. Y, en el campo civil, la reparación se regula por las reglas de la Ley 171 reformativa al Código Civil, por daños morales, según lo previsto en el Art. 2232, inciso primero, que prescribe que: *“En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”*.

Sobre estas dos cuestiones de carácter trascendental, cuya importancia no puede soslayarse porque el hacer diario determina la presencia de actos dirigidos a lesionar los valores intrínsecos de la persona tanto como su patrimonio, versa el presente artículo, cuya importancia exige la consideración de todas las instituciones de carácter legal en el campo penal y en el campo civil necesarias para el claro conocimiento de las posibilidades que la ley concede para alcanzar la reparación correspondiente.

Palabras clave: daño moral, responsabilidad civil y penal, indemnización de daños y perjuicios

Sumario: 1. Concepto de daño moral. 2. Consecuencia del daño según el Art. 1572 del Código Civil ecuatoriano. 3. Incorporación del daño moral al

Código Civil ecuatoriano mediante Ley 171 Sobre Reparación de Daños Morales. 4. El daño emergente, el lucro cesante y el daño moral como bases de la indemnización de perjuicios según el Art. 2232 del Código Civil ecuatoriano. 5. Obligación de indemnizar derivada de la responsabilidad de los actos.

1. Concepto de daño moral

En la historia del Derecho la persona ha disfrutado de bienes materiales que integran su patrimonio y que en doctrina las facultades para protegerlos se representan por los derechos patrimoniales. Y, conjuntamente los llamados derechos personalísimos que tienen a proteger los bienes inmateriales de carácter trascendental connaturales a la persona entre los que prevalecen el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la libertad y el derecho al honor.

Tales bienes y los derechos que nacen de ellos se encuentran especialmente protegidos en las constituciones de los países así como en las leyes que rigen las relaciones entre los individuos. De tal naturaleza son importantes estos derechos que se han convertido en garantías constitucionales cuya violación es sancionada en forma excepcional en razón de que los bienes y derechos que protegen las garantías constitucionales son inalienables e imprescriptibles. Esto significa que el derecho a preservar la vida no puede ser objeto de transacción, transferencia o limitación de ninguna especie; que el derecho a la libertad no admite condicionamiento alguno y es imprescriptible en el sentido de que el decurso del tiempo no agota o extingue la facultad de

preservarlo; y significa, igualmente, que el derecho al honor y a la dignidad no es susceptible de transa o limitación de ninguna especie. Lo que no quiere decir, ni mucho menos, que cuando un acto lesiona estos derechos, ese acto puede ser objeto de prescripción si la víctima de la lesión no interpone la correspondiente acción judicial para perseguir la sanción del ilícito cometido.

El daño moral se concibe entonces como *“el menoscabo en los sentimientos, y por tanto, insusceptible de apreciación pecuniaria. Consiste en el desmedro o desconsideración que el agravio pueda causar en la persona agraviada, o los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser la consecuencia del hecho perjudicial. En igual sentido, el agravio moral es el sufrimiento de la persona por la molestia en su seguridad personal, o por la herida en sus afecciones legítimas, o el experimentado en el goce de sus bienes¹⁰²*

Los elementos integrantes de la definición doctrinaria transcrita demuestran que la afección moral, por ser de mayor gravedad que cualquier lesión física, no es susceptible de valoración económica, si se considera que las virtudes de carácter trascendental, inminentes en la persona, no pueden estar sujetas a la medición económica característica de los bienes materiales inanimados, de las mercancías o de los objetos cuyo valor nace precisamente de sus calidades materiales. En la espiritualidad del ser subyacen valores que miran al aspecto trascendental de la persona, es decir, a su espiritualidad, a su moralidad y a los

¹⁰² GARRONE, J.A. *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*. Tomo I. Págs. 610 – 611.

actos y manifestaciones a través de las cuales éstas se evidencian, como es el caso del honor, la dignidad, la moralidad de las personas.

Estos valores se encuentran perfectamente definidos y regulados en la legislación universal. En el Código Civil de Ecuador, rige el principio de que *“toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieron a su cuidado”*, según la norma contenida en el Art. 2220, inciso primero.

En el Código Penal, a su vez rige el principio que configura el delito como infracciones imputables sancionadas por las leyes penales, cuando tales actos se sustentan en la intencionalidad, la libertad y la voluntad con que se perpetran, elementos que constituyen la base fundamental de la responsabilidad en materia penal y que doctrinariamente configuran el dolo o la culpa a través de los cuales se constituye el acto sancionable.

2. Consecuencia del daño según el Art. 1572 del Código Civil ecuatoriano

La institución de la indemnización de daños y perjuicios, en términos amplios y generales ha constado en el Código Civil desde las primeras ediciones hasta 1984 en que se dicta la Ley 171 Sobre Reparación de Daños Morales. Tal indemnización se sustentó en los perjuicios preponderantemente materiales o patrimoniales que dieron lugar a cubrir el daño emergente y el lucro cesante. La reforma introducida por la Ley 171 agrega al incumplimiento de la obligación, al retardo en el cumplimiento o al cumplimiento imperfecto, las que corresponde al daño moral.

Si se considera que el daño emergente está concebido como la pérdida o disminución del patrimonio que sufre el agraviado y el lucro cesante como la ganancia que se deja de percibir con ocasión del perjuicio, la reparación del daño moral implica un examen de mayor profundidad sobre el objeto que recibe la lesión o el perjuicio y que en este caso es la personalidad y sus atributos y derechos de mayor significado como la vida, la libertad y el honor. De donde nace la dificultad de una justa valoración para reparar el daño, cuestión que el legislador la ha resuelto, dejando a criterio del juez la determinación del monto indemnizatorio.

La Ley Sobre Reparación de Daños Morales, a este respecto, prescribe lo siguiente: *“... 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”*¹⁰³

El tratadista, Dr. Gil Barragán Romero, en su obra “Elementos del Daño Moral, afirma, amparándose en el criterio de connotados tratadistas, que: *“el daño es uno de los presupuestos de la obligación resarcitoria civil, agregando que “daño resarcible es el que constituye pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegidos. Lo afectado puede ser un interés de la comunidad – daño público- o uno privado, en el cual la lesión afecta a una o más personas*

¹⁰³ Ley Sobre Reparación de Daños Morales. Art. 2.

determinadas. *El primero es materia del derecho penal y el segundo del civil*¹⁰⁴

Del concepto o noción propuesta por el indicado tratadista resulta dable concluir que todo deterioro, pérdida, lesión o menoscabo de un bien o interés particular y privilegiado como es el caso del daño moral que, según lo hemos afirmado, lesiona derechos personalísimos de especial consideración, cuya tutela se encuentra prevista en el texto constitucional tanto como en la legislación penal y civil, merece reparación cuantificable económicamente y concebida como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

3. Incorporación del daño moral al Código Civil ecuatoriano mediante Ley 171 Sobre Reparación de Daños Morales

El Plenario de las Comisiones Legislativas bajo los considerandos relativos a las indemnizaciones por delitos o cuasidelitos contenidas en el Código Civil que versan únicamente sobre los casos de daños materiales; considerando igualmente que innumerable actos ilícitos lesionan bienes morales que no se encuentran debidamente protegidos y con la finalidad de actualizar las instituciones legales en concordancia con las actuales corrientes jurídicas, el 13 de junio de 1984 expidió la Ley 171 reformativa al Código Civil, Sobre Reparación de Daños Morales.

La referida Ley que se contiene en tres artículos, empieza reformando el anterior artículo 1599 del referido Código, extrayendo del sustento jurídico de la

¹⁰⁴ BARRAGAN Romero, G. *Elementos del Daño Moral*. Ed. Edino. Pág. 61

indemnización consistente en el daño emergente y lucro cesante sobre los que históricamente se estableció la reparación de los daños y perjuicios, para darles un vínculo causal nuevo consistente en el daño moral que también obliga al infractor al pago de una indemnización.

Decíamos con anterioridad que, conforme al precepto del Art. 2220 del Código Civil, *“toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado”*. El alcance de este precepto no está limitado por circunstancia alguna que, generando el daño, pueda eximirse de responsabilidad. Consecuentemente quien ocasiona un daño material en los bienes patrimoniales de una persona o un daño moral en los bienes jurídicos de esa persona se encuentra obligado a asumir las consecuencias y responsabilidades y cumplir imperativamente las obligaciones que de ese acto se derivan.

La Ley 171, en su Art. 2, dispuso un agregado al anterior Art. 2258 del Código Civil, hoy Art. 2232, que trata sobre las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona y determina el derecho de esa persona para demandar indemnización pecuniaria no sólo si se prueba daño emergente y lucro cesante, sino también perjuicio moral.

En el agregado en referencia se dispone que en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar, el ofendido o agraviado, indemnización pecuniaria, a título de reparación, por los daños meramente morales. Ese mismo agregado deja a salvo la pena impuesta en el caso de delito o cuasidelito, es decir la sanción de orden penal que es de suyo

diferente a la reparación por daños y perjuicios. Esto significa que el agraviado obtiene con la reforma la doble posibilidad de demandar en el campo civil, exclusivamente la indemnización de los perjuicios sufridos, o también en el campo penal, la aplicación de la sanción correspondiente al delito cometido como antecedente necesario para llegar a la indemnización económica que es de carácter civil.

Puede afirmarse, entonces, que con la Ley 171 se perfecciona el derecho del agraviado y se protege en mejor forma ese derecho mediante un sistema pesquisitorio amplio y suficiente como corresponde a las nuevas corrientes del derecho.

Una necesaria explicación es la que corresponde a la titularidad de la reparación o de la indemnización de daños. En el Art. 2 de la Ley Sobre Reparación de Daños Morales, se dispone que a continuación del Art. 2258 (hoy 2232) del Código Civil, se agregue tres artículos innumerados, siendo el segundo el que determina con precisión la persona a la que corresponde el beneficio de la reparación.

“La acción por daño moral –dice el referido artículo- corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, 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". Es importante mencionar que la norma trascrita corresponde actualmente al Art. 2233 del Código Civil vigente, cuya codificación fue expedida en el Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de junio de 2005.

Es evidente que la reforma legal, que es el objeto del presente análisis, omite el aspecto relativo a la titularidad de la reparación. Es decir, si bien es verdad que indica quien puede ejercitar la acción determinada, además, las personas que con la calidad de causahabientes puedan hacerlo, en el caso de las personas naturales, y con la de representantes legales, en el caso de las personas jurídicas, no es menos cierto que el destinatario-beneficiario de la indemnización no se encuentra precisado con claridad. Pues, a nuestro juicio, no da lo mismo disfrutar de un atributo o derecho para plantear o deducir una acción, que ser beneficiario de las indemnizaciones que a ella corresponde. Es más explícito el Código de Procedimiento penal en la solución de este importante punto, cuando, en su Art. 186, dispone que, *"Hecha efectiva la caución, su monto se destinará a satisfacer la indemnización por daños y perjuicios y la reparación del daño causado; de haber excedente, el 50% se destinará para la Función Judicial y el 50% para la Fiscalía"*.

Si las sentencia, como lo prescribe el Art. 297 del Código de Procedimiento Civil, cuando se encuentran ejecutoriadas surten efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho, esto significa y explica la necesidad de recurrir a las normas del procedimiento civil para determinar la titularidad de la reparación a que nos hemos referido. En

este caso, desaparecido el agraviado que es el genuino titular de la reparación, son sus sucesores en el derecho, por derecho de representación, los únicos que pueden recibir las indemnizaciones. Es decir que se suple en esta forma el silencio que sobre la materia afecta a la Ley 171 y además clarifica y completa la institución contemplada en el Art. 186 del Código de Procedimiento penal cuyo análisis hemos efectuado.

Es necesario advertir que cuando en el campo penal se deduce acusación particular persiguiendo la sanción y la indemnización respecto de un ilícito, y el acusador muere, según el Art. 54 del referido cuerpo de leyes, faculta no más que la prosecución de la acusación por cualesquiera de sus herederos o todos ellos, posibilidades que se remiten exclusivamente a promover la acción pero que, como el caso de las disposiciones legales enunciadas, no se refieren a la posibilidad de recibir el beneficio de la reparación por los daños irrogados ni las indemnizaciones por los ilícitos cometidos.

4. El daño emergente, el lucro cesante y el daño moral como bases de la indemnización de perjuicios según el Art. 2232 del Código Civil ecuatoriano

Según el criterio de los tratadistas, el daño es susceptible de clasificación. Las diversas situaciones que se producen respecto de un hecho dañoso pueden lesionar derechos extra patrimoniales como la vida o la salud, así como derechos patrimoniales, que no solamente consisten en su manifestación económica o en su representación, sino que consiste, igualmente, en las capacidades propias del individuo como el trabajo o los bienes materiales. Cuando la capacidad para el trabajo se lesiona produciendo

incapacidades que pueden ser permanentes o definitivas y temporales, nos encontramos frente a un daño de factura estrictamente patrimonial.

Los tratadistas distinguen con el nombre de daño patrimonial indirecto como el que corresponde al perjuicio material que ataca un derecho extra patrimonial. Así, un daño material directo sería las lesiones provocadas a una persona y daño material indirecto sería los gastos por funeraria y entierro. Esto significa que la diversidad de posibilidades que pueden sobrevenir en la configuración del acontecimiento dañoso da pie para una fecunda clasificación de daños, sin apartarse de los dos ejes fundamentales que tanto en la ciencia jurídica como en la doctrina y en la jurisprudencia se admiten generalmente. Estos ejes directrices son los que corresponden al daño patrimonial y el que corresponde al daño moral.

El primero lesiona el patrimonio representado por el conjunto de bienes generalmente económicos y materiales; y, el segundo representa el daño que lesiona los derechos personalísimos como la vida, el honor y la libertad que constituidos en garantías constitucionales no son susceptibles de valoración material ni están sujetos a las posibilidades propias de los que podrían denominarse con propiedad, bienes patrimoniales ordinarios.

Debemos referirnos a la definición de daño moral para determinar los elementos estructurales que lo configuran y derivar de su análisis las consecuencias que de tal hecho devienen y que determinan sus efectos resarcitorios.

Para el tratadista, Dr. Hugo L. Sylvester, daño moral es *“el que sufre la honra, la reputación y el nombre de una persona como resultado de la acción o inacción de otras u otra. Se opone al concepto de daño material. Sin embargo, es también susceptible de apreciación pecuniaria y del consiguiente resarcimiento por parte del ofensor”*.¹⁰⁵

El tratadista Zabala de González, citado por el Dr. Gil Barragán Romero, caracteriza el concepto de daños morales al referirlos a los que lesionan la integridad psicofísica de la persona, los daños estéticos, los daños solamente psíquicos. El tratadista Zannoni – citado por el Dr. Gil Barragán Romero, incorpora a la clasificación tradicional otros daños que pueden encontrarse en las responsabilidades contractual y extracontractual y señala entre los daños morales los ataques a la vida o la integridad personal, al honor, las ofensas a la memoria de difuntos, los ataques a la privacidad, los ataques al nombre de las personas, los menoscabos al derecho moral del autor, los daños por delitos de seducción, por promesa fraudulenta de matrimonio, por pérdida de bienes patrimoniales con valor de afección, por privación de la libertad.

Y, el mismo tratadista cita al autor Mosset Iturraspe, quien clasifica específicamente el daño moral en relación a los intereses que afecta y pone como ejemplos *“los que lesionan la salud, el daño estético, la intimidad, la vida de relación; asimismo lo vincula a ciertas ramas del derecho: a la empresa, al*

¹⁰⁵ SYLVESTER, H. L. (1960). *Diccionario Jurídico del Trabajo*. Editorial Claridad. Buenos Aires – Argentina. Pág. 62

*contrato de transporte, al derecho del trabajo, por el obrar del estado, al contrato de seguro*¹⁰⁶

La Ley 171 Sobre Reparación de Daños Morales, al reformar el Art. 1599 (hoy 1572) del Código Civil, suple la ineficacia del precepto relativo a la indemnización de perjuicios, en tanto en esa disposición se sustenta tal indemnización sobre el daño emergente y el lucro cesante. Esto significa que el legislador en dicha norma jurídica no rebasó el límite de la materialidad de la lesión para imponer al infractor la obligación reparatoria. Tal deficiencia devino en el hecho de marginar otro tipo de lesiones que por el significado de los bienes ofendidos resultan de mayor gravedad. No solamente, como es obvio, el agravio nace de una pérdida de bienes materiales ni de la suspensión del beneficio que determina tal agravio, ni del resultado mismo del acto lesivo; también los bienes inmateriales, como ya se ha dicho, sufren evidente menoscabo, ocasionan angustia y sufrimiento en la persona, consecuencias que si bien no alcanzan una reparación suficiente y total, si se considera que los bienes lesionados se encuentran en una categoría de inapreciable valor, sin embargo, en el criterio del legislador que se exhibe en la Ley 171, prevalece un sentido pragmatista y utilitario que hace bien a la víctima de tales ofensas y que representan una evidente sanción o castigo en contra del infractor.

Analizar desde un punto de vista absolutamente teórico el fenómeno lesivo y creer que por el valor inapreciable de los bienes que soportan el agravio es mejor renunciar a la indemnización pecuniaria, equivale a ubicarse en un plano

¹⁰⁶ BARRAGÁN Romero G. *Elementos del Daño Moral*. Ed. Edino. Quito-Ecuador. Pág. 71

de reflexión ideal impropia de nuestros tiempos y, por lo caballerosa, susceptible de ser emplazada en épocas históricas ya superadas. Entendemos que es más grave la ofensa al honor, a la libertad, a la vida, cuando de tales acontecimientos ni siquiera se puede esperar alguna forma de remedio (en el caso de heridas y muerte, los gastos de curación y entierro) que permita superar las secuelas de tales agravios.

El primer inciso del Art. 2231 de nuestro Código Civil, (anterior 2258) dice: *“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”*

Esta norma que deja entrever la necesidad de incorporar una nueva razón para alcanzar su perfeccionamiento, con la Ley 171 se extiende el alcance del anterior Art. 2258 con tres innumerados y cuya normativa constituye el núcleo de investigación jurídica del presente trabajo de investigación. En dichos innumerados, que constaban como tales antes de las reformas al Código Civil, se establecía:

“Art... en cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrán también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera 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 psíquicos 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". Actualmente este texto corresponde al Art. 2232 del Código Civil.

"Art... la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, 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". Actualmente este texto corresponde al Art. 2233 del Código Civil.

"Art... 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". Actualmente este texto corresponde al Art. 2234 del Código Civil.

No cabe duda que del contexto de la Ley 171, deviene una serie de consecuencias jurídicas que no se limitan exclusivamente a perfeccionar el

alcance del anterior artículo 2258 del Código Civil, sino que, además, inciden en forma directa en los preceptos del Código Penal y del Código de Procedimiento Penal. En el primero, en virtud de que se crean responsabilidades de carácter civil sin necesidad de perseguir la infracción penal, responsabilidades de carácter indemnizatorio impuestas al autor de la ofensa por daño moral; y, en el caso del segundo, en virtud de que no es necesario el enjuiciamiento penal ni la sentencia condenatoria firme por el delito de injuria y mucho menos la acusación particular para franquear el derecho de demandar la indemnización civil.

La normativa de la Ley 171, proyectándose tangencialmente al asunto penal, se dirige en forma categórica a la reparación pecuniaria por el daño moral sufrido. Este mecanismo sutil en lugar de crear privilegios a favor del infractor, como sostienen algunos estudiosos es, a nuestro juicio, una modalidad de enorme beneficio para la víctima en tanto pone a su disposición una doble posibilidad de alcanzar el castigo en contra del autor del ilícito.

5. Obligación de indemnizar derivada de la responsabilidad de los actos

En el ordenamiento jurídico del Ecuador rige el principio por el cual quien ejecuta un acto que cause perjuicio a otro asume la responsabilidad de las reparaciones o de la indemnización por el perjuicio producido. En este sentido, en el Código Civil se encuentra la normativa referida al Título XXXII que trata de los Cuasicontratos, cuyo Art. 2184 consulta dicho principio rector, cuando expresa: *“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley,*

o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella”

Si el hecho voluntario irroga, como se repite, perjuicio, agravio, lesión de un derecho ajeno, surge la obligación de repararlo.

Obligarse significa imponerse una carga, comprometerse a cumplir una cosa, toda vez que la obligación comporta esa imposición o exigencia moral que debe regir la voluntad libre. Es la obligación, en el fondo, el *“aspecto pasivo de la relación jurídica o situación por virtud de la cual una persona llamada deudor se halla comprometida a hacer u omitir algo respecto de otra llamada acreedor. Es, además, una carga, reserva o incumbencia inherente al estado, dignidad o condición de una persona”*¹⁰⁷

Concomitantemente con el principio a que se ha hecho referencia, en el Art. 2229 *ibídem* consta la regla general relativa a que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. Claramente se deriva de dicho precepto que tales daños si se sustentan sobre la malicia, esto es sobre la intencionalidad de producirlo en perjuicio de otro, originan, además, una infracción de carácter penal que a más de merecer una sanción, genera la responsabilidad de orden civil consistente en la reparación o indemnización de los daños y perjuicios. Esto demuestra, además, que un acto puede perfectamente generar una doble configuración jurídica: ser una infracción de carácter penal y un acto de carácter civil lesivo y

¹⁰⁷ ESPINOSA G. M. (1987). *La más práctica Enciclopedia Jurídica*. Tomo II. Primera Parte. Instituto de Informática Legal. Quito-Ecuador. Pág. 506

sujeto a reparaciones. Con toda razón, frente a esta situación jurídica que plantea nuestro Código Civil, el tratadista, Dr. Gil Barragán Romero, sostiene que: *“... a veces se confunden los delitos civiles y penales, y tanto los tribunales como los tratadistas hacen la correspondiente diferenciación. Esto acontece, principalmente, cuando puede haber un delito penal y otro civil de la misma naturaleza. Tomemos como ejemplo –dice el tratadista- la injuria. Nuestra Corte Suprema ha declarado en varios fallos que la injuria no tiene idéntica significación en lo penal y en lo civil. Así lo hizo en la sentencia publicada en la GJ, S. 4ª. No. 141, p. 1132, al decir “el vocablo injuria debe ser considerado en toda la amplitud de su sentido natural y obvio y no únicamente en el que se le da en el Código Penal”¹⁰⁸*

Los actos contemplados en el Código Civil como susceptibles de reparación son actos de explosión o combustión provocados en forma imprudente; disparo imprudente de una arma de fuego; remoción de losas de una sequía o cañería en calles o caminos sin tomar precauciones para evitar que caigan los que por allí transitan; reparación de acueductos o puentes sin que se tomen medidas precautorias para evitar se dañe a los que transitan por él; y fabricación y puesta en circulación de productos, objetos o artefactos que por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes. La reparación consiste en el pago de los respectivos daños y perjuicios. Y la apreciación del daño estará sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

¹⁰⁸ BARRAGÁN Romero, G. Ob. Cit. Pág. 43

7. METODOLOGÍA

- MÉTODOS

Para el desarrollo del presente proyecto se utilizará los siguientes métodos y técnicas de investigación:

- Método Inductivo.- Se efectuará el estudio concreto de la problemática prevista, pues servirá para estudiar la realidad específica de la investigación que se planea realizar.
- Método Deductivo.- Este método permitirá el estudio y aclaración de los aspectos generales del problema a investigar de esta manera se logrará determinar ciertos aspectos específicos o particulares objeto de la investigación.
- Método Analítico-Sintético.- Se empleará para realizar un análisis global de la problemática planteada e información recopilada de manera que se puedan esquematizar esos contenidos en conceptos, ideas y resultados que se logren en el transcurso del desarrollo de la investigación.
- Método Hermenéutico: El cual permitirá comprender la trascendencia de las normas constitucionales y legales que incurren de manera directa en el proceso de la problemática planteada.

TECNICAS

- Observación.- Por medio de la cual se logrará comprobar los procedimientos; todo y cuanto se pueda visualizar durante el periodo de duración de la tesis.

- Entrevista.-Esta técnica permitirá obtener resultados cualitativos a partir de preguntas abiertas realizadas a personas inmersas en la práctica de la ciencia del derecho, se plantea la ejecución de mínimo 5 entrevistas, dirigidas a profesionales del derecho, entre los que podemos ubicar abogados en libre ejercicio, Jueces o docentes universitarios; quienes contribuirán con criterios respecto al tema planteado de este proyecto.

- Encuesta.- Esta técnica permitirá obtener resultados cuantitativos en base a un banco de preguntas; de tal forma se establece una relación directa con las personas relacionadas con el medio, las encuestas realizadas a una muestra representativa de treinta doctores o abogados en jurisprudencia de la ciudad de Loja en libre ejercicio, quienes aportaran con criterios respecto al tema planteado de este proyecto.

Información Bibliográfica: Así mismo se utilizará la información bibliográfica necesaria, la misma que se respaldara de información de libros, folletos, revistas, artículos, etc., las cuales brindan la posibilidad de trabajar en el problema planteado

8. CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES MARZO – DICIEMBRE 2015

Meses	Marzo				Abril				Mayo				Junio				Julio				Agosto				Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre	
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2
Actividades/Semanas																																						
1.Elaboración del Proyecto	x	x	x																																			
2.Elaboración del Marco Teórico				x	x	x	x	x	x																													
3.Investigación de Campo										x	x	x	x	x	x	x																						
4. Análisis de Resultados de la Investigación de Campo.																x	x	x	x	x	x																	
5. Elaboración del Borrador del Informe Final.																					x	x	x	x	x	x	x	x										
6. Correcciones Finales del Borrador																													x	x	x							
7. Disertación Publica de Tesis																																				x	x	

Fuente: el autor
 Elaboración: el autor

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

RECURSOS HUMANOS

- Director de tesis(Será designado)
- Aspirante: César Leonardo Neira Paredes

RECURSOS MATERIALES

INSUMOS	TOTAL
Adquisición de bibliografía	450,00
Útiles de Oficina	50,00
Reproducción de material, ejemplares, etc.	100,00
Movilización	70,00
Empastado de ejemplares	90,00
Costos emergentes	100,00
Consultoría jurídica	220,00
TOTAL	1,080,00

FINANCIAMIENTO

Los gastos de la investigación serán financiados con recursos personales del autor por cuanto no se dispone de ningún apoyo institucional.

10. BIBLIOGRAFÍA.-

1. Código de Procedimiento Civil. Editorial Jurídica del Ecuador.

2. Código Civil. Editorial Jurídica del Ecuador.
3. Ley Sobre Reparación de Daños Morales.
4. BARRAGÁN Romero G. Elementos del Daño Moral. Ed. Edino. Quito-Ecuador.
5. Abarca, Luis Humberto (2011). El Daño y su Reparación en el Derecho Positivo.
Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
6. Abrevaya, A. (2008). El Daño y su Cuantificación Judicial. Buenos Aires: Abeldo Perrot.
7. Barragán, G.R. (2008). Elementos del Daño Moral. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
8. Cabanellas, G. (2000). Diccionario Jurídico Elemental. Heliastra S.R.L
9. Couture Etcheverry, E. (1979). Estudio de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Edición Depalma.
10. García, J.F. (2005). Parte Práctica Del Juicio por Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar Su Reparación. Quito: Rodin García, R.F. (1995)
11. El juicio Por Daño Moral. Ortolan, M. (1976). Instituciones de Justiniano. Heliastra S.R.L.
12. Pérez Fuentes, G.M. (2006). El Daño Moral en Iberoamérica. México D.F:
13. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

14. Rabinovich, R.D (2003). Recorriendo la Historia del Derecho. Librería Judicial Cevallos. Salazar, C.V., & Gonzales, M.d. (1990)

15. El Daño Moral. Bogotá: Judicial.Zannoni, E.A.(1987)

16. El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea.

CIFUENTES Santos. El daño moral y la persona jurídica en: Derecho de Daños, Ediciones La Rocca, 1989, Buenos Aires.

17. BUSTAMANTE ALSINA Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993.

18. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X, 2003.

19. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, El Daño Moral. Editorial Jurídica de Chile 2000.

20. ORGAZ Alfredo. El Daño Resarcible. Buenos Aires: Editorial Omeba, 1960

21. BREBBIA Roberto, La Lesión del Patrimonio Moral, en Derecho de Daños. Ediciones La Rocca 1989.

<http://www.derechoecuador.com/productos/formatos/detalle/catalogo/formatos/juicios/civiles/code/5814/demanda-por-dano-moral>

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10956

http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=293&Itemid

ÌNDICE GENERAL	Pág
PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
TABLA DE CONTENIDO	VI
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
Abstract	3
3. INTRODUCCIÓN:	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA:	7
4.1. MARCO CONCEPTUAL	7
4.2. MARCO DOCTRINARIO	29
4.3. MARCO JURÍDICO	63
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA	69
5. MATERIALES Y MÉTODOS	80
5.1. Materiales utilizados	80
5.2. Métodos	80
5.3. Procedimientos y técnicas	82
6. RESULTADOS	83
6.1. Resultados de la aplicación de las encuestas	83
6.2. Resultados de la aplicación de las entrevistas	95
6.3. Estudios de casos	119

7. DISCUSIÓN:	179
7.1. Fundamentación Jurídica para la Reforma Legal	179
7.2. Verificación de Objetivos	181
7.3. Fundamentación Jurídica de la propuesta de reforma	182
8. CONCLUSIONES	188
9. RECOMENDACIONES	190
9.1. PROPUESTA JURÍDICA	192
10. BIBLIOGRAFÍA	196
11. ANEXOS	200
INDICE	238