



1859



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TITULO

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 2232 DEL
CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA
DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN
POR DAÑO MORAL”**

**TESIS PREVIA A LA
OBTENCION DEL TITULO
DE ABOGADO.**

AUTOR:

Edgar Gerardo Albán Gaibor

DIRECTOR:

Dr. Mg. Mario Gustavo Chacha Vásquez

LOJA – ECUADOR
2014



CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Mario Gustavo Chacha Vásquez

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERCHO DE LA MODALIDAD A
DISTANCIA Y EN CALIDAD DE DIRECTOR DE LA PRESENTE TESIS.

CERTIFICO:

Que he revisado en forma pormenorizada el contenido de la presente tesis cuyo título es “**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL**”. Presentada por el señor Edgar Gerardo Albán Gaibor, aspirante al Grado de ABOGADO, la misma que cumple con todos los Requisitos Establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación para la defensa correspondiente.

Loja, Junio del 2014.

Dr. Mg. Mario Gustavo Chacha Vásquez

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo **Edgar Gerardo Albán Gaibor** 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 del mismo.

Adicionalmente acepto y Autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la Publicación de mi Tesis en el repositorio de la Institución- Biblioteca Virtual.

AUTOR: Edgar Gerardo Albán Gaibor

FIRMA: .....

CEDULA: 180282229-4

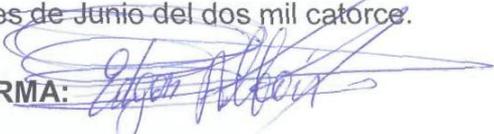
FECHA: Loja. Junio del 2014.

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

Yo, Edgar Gerardo Albán Gaibor declaro ser autor de la tesis titulada: "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL". Siendo requisito para optar por el 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 26 días del mes de Junio del dos mil catorce.

FIRMA: 

AUTOR: Edgar Gerardo Albán Gaibor

CEDULA: 180282229-4

DIRECCION: Urb. Nueva Aurora OE 3ª S48-148 y General Julio Andrade

CORREO ELECTONICO: edgaralban@yahoo.com

TELEFONO: 2698938

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Mario Gustavo Chacha Vásquez

TRIBUNAL: Dr. Mg. Sc. Mario Guerrero González

Dr. Mg. Sc. Marcelo Armando Costa Cevallos

Dr. Mg. Sc. Galo Stalin Blacio Aguirre

DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis está dedicado a Dios Nuestro Padre Todopoderoso, por darme Salud, Fortaleza y la Sabiduría para lograr este propósito que me he planteado en mi vida.

A la Universidad Nacional de Loja, por haberme abierto sus puertas día tras día para formarme profesionalmente.

A mi esposa y, a mi Madre por su apoyo incondicional, quienes han sido las propulsoras de este logro académico.

A mi hijo, quienes son el motivo y la razón por quienes me he propuesto seguir superándome para alcanzar mis más ansiados propósitos e ideales de superación intelectual.

A mi padre que desde el cielo me sigue guiando con sus enseñanzas dejadas, con sus bendiciones mi padre Holger.

Edgar Gerardo

AGRADECIMIENTO

Para mí es grato reconocer a la Modalidad de estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, que conjuntamente con su equipo de directivos, docentes y personal administrativo, me han abierto las puertas y me han brindado todo su apoyo para culminar con mis estudios superiores.

Mi agradecimiento profundo y reconocimiento sincero al esfuerzo y dedicación de mis apreciados y recordados Docentes de la Carrera de Derecho, quienes en forma voluntaria y desinteresada me han permitido superarme en este extraordinario Campo del Derecho, con sus magistrales enseñanzas, las mismas que sabré aprovecharlas en mi futuro desempeño profesional.

Especial agradecimiento para el Dr. Mg. Mario Gustavo Chacha Vásquez Director de tesis, quien con toda la paciencia, dedicación y profesionalismo ha sabido impartir los lineamientos, para que la presente investigación llegue a su feliz término.

El Autor

TABLA DE CONTENIDOS

TITULO

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO.
2. RESUMEN:
 - 2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA.
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL.
 - 4.1.1. El Daño Moral
 - 4.1.2. La Responsabilidad
 - 4.1.3. La Indemnización
 - 4.1.4. Reparación
 - 4.1.5. El Perjuicio
 - 4.1.6. Delito
 - 4.1.7. Cuasidelito
 - 4.1.8. La Reputación
 - 4.1.9. Difamación
 - 4.1.10. Lesiones
 - 4.1.11. Violación.
 - 4.1.12. Estupro
 - 4.1.13. Atentado contra el pudor
 - 4.1.14. Detención o arresto ilegal.-
 - 4.1.15. Procesamiento Injustificado.-
 - 4.1.16. Sufrimiento físico.-
 - 4.1.17. Sufrimiento Síquico.-
 - 4.1.18. Angustia.-

- 4.1.19. Ansiedad.-
- 4.1.20. Humillación.-
- 4.1.21. Ofensa.-
- 4.1.22. Acción.-
- 4.1.23. Omisión.-
- 4.1.24. Víctima.-
- 4.1.25. Derechohabiente
- 4.1.26. Acto.-
- 4.1.27. Imprudencia.-
- 4.1.29. Demandado.-
- 4.2. MARCO DOCTRINARIO.
- 4.2.1. Antecedentes Históricos de la Obligación de Reparar el Daño Moral
- 4.2.2. Visión Doctrinaria del Derecho respecto al Daño Moral.-
 - 4.2.2.1. Concepciones tradicionales de Daño Moral.-
 - 4.2.2.2. La concepción del Daño Moral como Pretium Doloris:
 - 4.2.2.3. El Daño Moral como todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial:
 - 4.2.2.4. El daño Moral como lesión a simples intereses:
 - 4.2.2.5. El Daño Moral como lesión a intereses jurídicamente tutelados:
- 4.2.3. Ámbito del Daño Moral
- 4.2.4. Problemática de Daño Moral en el Ecuador.
- 4.2.5. El daño y la obligación de repararlo
- 4.2.6. FACTORES PARA LA INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL
 - 4.2.6.1. Factores Psicológicos.-
 - 4.2.6.2. Factores Culturales.-
 - 4.2.6.3. Factores Económicos.-
 - 4.2.6.4. Factores Sociales
 - 4.2.6.5. Factores Políticos.-
- 4.2.7. De la Responsabilidad.-
- 4.2.8. Clases de responsabilidad.-

- 4.2.9. Clasificación de la Responsabilidad Jurídica.-
 - 4.2.9.1. Responsabilidad Penal.-
 - 4.2.9.2. Responsabilidad Civil.-
 - 4.2.9.3. Responsabilidad Administrativa.-
 - 4.2.9.4. Responsabilidad Disciplinaria.-
 - 4.2.9.5. Responsabilidad Sancionatoria.-
- 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1. LA CONSTITUCIÓN Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.
 - 4.3.2. El Artículo 2232 del Código Civil del Ecuador y la Necesidad de su reforma en su inciso tercero referente a la determinación de la indemnización por daño moral.
 - 4.3.3. La Acción por Daño Moral, Jurisdicción y Procedimientos
 - 4.3.4. El Proceso Civil.-
 - 4.3.5. Etapas.-
 - 4.3.6. Sentencia y Valoración del Daño Moral.-
- 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 4.4.1. Determinación del valor de la Indemnización por Daño Moral en México.-
 - 4.4.2. El Daño Moral en Argentina y su forma de indemnizar.-
 - 4.4.3. La determinación del valor de la Indemnización por Daño Moral en Chile.-
 - 4.4.4. El Daño Moral en España y su Forma de Cuantificar la Indemnización.
- 5. MATERIALES Y METODOS
 - 5.1. Materiales Utilizados.-
 - 5.2. Métodos.-
 - 5.2.1. Los métodos Inductivo y Deductivo:
 - 5.2.2. El Método Descriptivo:
 - 5.2.3. El Método Comparativo:
 - 5.3. Procedimientos y Técnicas
 - 5.4. Fases.

- 5.4.1. Fase de recopilación:
 - 5.4.2. Fase de sistematización.-
 - 5.4.3. Fase de presentación.-
 - 5.4.4. Fase de discusión.-
 - 5.4.5. Fase de síntesis.-
 - 5.5. Técnicas.-
 - 6. RESULTADOS
 - 6.1. ANALISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA.
 - 6.2. ANALISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.
 - 7. DISCUSIÓN
 - 7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.-
 - 7.1.1. Objetivo General.-
 - 7.1.2. Objetivos específicos.-
 - 7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS
 - 7.3. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.
 - 8. CONCLUSIONES.
 - 9. RECOMENDACIONES.
 - 9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.
 - 10. BIBLIOGRAFIA.
 - 11. ANEXOS.
- ÍNDICE

1. TÍTULO.

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL”.

2. RESUMEN

Se entiende por Daño moral a toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extra patrimonial que el ordenamiento positivo confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, lo que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración del derecho patrimonial.

El daño moral puede ser apreciado objetivamente de dos formas como pecuniario y no pecuniario, no admitiendo el primero valuación económica pero si afecta al patrimonio del ofendido como por ejemplo cuando un escritor es acusado de copiar su obra a otro escritor; y en tanto que el segundo no afecta al patrimonio y consiste en el dolor, miedo, humillación o sufrimiento que experimenta el ofendido a consecuencia de la actividad ilícita del ofensor. En nuestro ordenamiento legal tanto el primero como el segundo dan origen a la obligación de repararlos pecuniariamente.

La presente investigación fue realizada fruto de la observancia, al escuchar siempre esta problemática de un tema tan traído a la luz pública al ser mencionado siempre en los medios de comunicación que se dictaminan fallos con unas sentencias con montos de resarcimiento descomunales en unos casos y en otros tan solo con valores simbólicos, totalmente alejados de la realidad social que vive el País.

El Código civil del Ecuador, establece en el artículo 2232, inciso tercero 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 antes transcrita ha dejado un enorme campo abierto de interpretación *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.

Ante estos hechos surge la necesidad de recomendar como alternativa de solución a la problemática la formulación de una reforma al artículo 2232 del Código Civil del Ecuador en el inciso tercero en lo que refiere al monto de indemnización por daño moral.

2.1. ABSTRACT

Damage means any offense moral subjectively considered, an extra-patrimonial rights of the domestic law gives individuals and as objectively manifested an injury to the right holder or the victim of the offense, causing a detriment, impairment or violation of the economic rights. The damage can be assessed objectively moral in two ways as pecuniary and non-pecuniary, not admitting the first economic valuation but if affects the victim's assets such as when a writer is accused of copying his work to another writer, and while the second does not affect the property and is in pain, fear, humiliation and suffering experienced by the victim as a result of the unlawful activity of the offender. In our legal system both the first and the second giving rise to the obligation to repair them financially.

This research was the result of enforcement, hearing problems always an issue as brought to light always being mentioned in the media to dictate failures with some sentences with huge amounts of compensation in some cases and in other only with symbolic values, totally divorced from social reality in the country.

The Civil Code of Ecuador provides in Article 2232, third paragraph: "The compensation for moral damages may be sued if such damage is the proximate result of the wrongful act or omission of the defendant, being the law of the court to determine the value of compensation attentive circumstances envisaged in paragraph one of this article. "

The foregoing statute has left a huge open field prudent interpretation of the judge, has generated both excesses victim who feels moral hazard, as the trial judge, processes and resolves the action raised, reaching values determined laughable in some cases or other huge fortunes.

Given these facts, there is a need to recommend an alternative solution to the problem of formulating a reform of Article 2232 of the Civil Code of Ecuador in the third paragraph as regards the amount of compensation for moral damages.

3. INTRODUCCIÓN

La presente investigación Jurídica denominada “NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL”, se reviste de importancia y trascendencia, al ser un tema de relevancia por tratarse del establecimiento de un monto a la determinación del valor de la indemnización del daño moral y no dejar a la prudencia del Juez la determinación del valor como actualmente establece la normativa del Código Civil del Ecuador.

En el Código Civil del Ecuador, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de junio de 2005, se establece en el Art.2232 del Código Civil las normas que regulan el Daño Moral, señalándose en el inciso 3ro del artículo 2232 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 antes transcrita ha dejado un enorme campo abierto de interpretación *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 obvio que la víctima de daño moral debe ser indemnizada por la aflicción sufrida y es evidente que el agresor o responsable del hecho sea condenado a resarcir el daño, pero para esto debe haber un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional, esto es, que no sean simbólicos como determinan varias legislaciones Europeas, ni millones de dólares como los establecidos en algunos casos en el Ecuador, para que el juicio por daño moral no se prostituya y se considere como mecanismo a través del cual se busque y en ocasiones se obtenga dinero fácil.

El presente estudio se detalla la Revisión de Literatura en donde se detalla un Marco Conceptual, definiendo términos básicos para el análisis de la presente temática como el Daño Moral, Responsabilidad, Indemnización, Reparación, Perjuicio, Delito, Cuasidelito, Reputación, Difamación, Lesiones, Difamación, Estupro, entre otros. En cuanto al Marco Doctrinario se detalla lo referente a los Antecedentes históricos de la Obligación de reparar, Visión doctrinaria del derecho respecto al daño moral, etc. Así mismo se realizó un análisis de las normativas legales relacionadas con la problemática, iniciando con la Constitución de la República y Código Civil. Por último se establece la Legislación Comparada, en donde se realizó una comparación de la legislación de otros países con la nuestra.

Posteriormente se detallan los Materiales, Método y Técnicas utilizadas para el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Seguido se hace referencia a los resultados obtenidos en la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista con relación a la temática, en la

primer técnica se señala una tabulación en tabla y mediante un gráfico, para luego realizar la interpretación y el análisis. Mientras que en la técnica de la entrevista se realiza una transcripción de la encuesta y sus respuesta y luego un comentario personal.

Posteriormente se determina la Discusión mediante la verificación de los objetivos alcanzados, la contrastación de la hipótesis y la fundamentación de la reforma jurídica.

Finalmente se establecen las Conclusiones y Recomendaciones que son el resultado de la investigación; seguida de la Reforma Jurídica.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. El Daño Moral

El Dr. Luis Abarca Gáneas, señala que por daño moral se entiende:

“Toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extra patrimonial que el ordenamiento positivo confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración del derecho patrimonial que se trate.

El daño Moral puede ser apreciado objetivamente como pecuniario y no pecuniario. El primero no admite valuación económica, pero afecta indirectamente al patrimonio del ofendido, como cuando un pintor es acusado de copiar sus obras a otro pintor; en tanto que, el segundo, no afecta al patrimonio y consiste en el dolor, miedo humillación o sufrimiento que experimenta el ofendido a consecuencia de la actividad ilícita del ofensor. En todo caso, tanto el primero como el segundo, en nuestro ordenamiento positivo dan origen a la obligación de repararlos pecuniariamente”.¹

Guillermo Cabanellas señala que: *“Daño Moral es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos y sentimientos, por acción culpable o dolosa de otra. Estrago que algún acontecimiento o doctrina causa en los ideales y costumbres de un pueblo”.²*

Carlos Alberto Ghersi manifiesta que: *“constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, puesto que puede constituir en profundas*

¹ ABARCA. Luis. El Daño Moral y su reparación en el Derecho Positivo. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito Ecuador. Página 14

² CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta Tomo III Página 7

*preocupaciones o en estados de aguda irritación que afectan al equilibrio anímico de la persona”.*³

Alonso Raúl Peña Cabrera por su parte define a los daños morales como:

*“Aquellos que afectan a la esfera síquica de la víctima, es decir, afectan a los bienes inmateriales del ofendido, se trata de una lesión a los sentimientos y que tiene comúnmente carácter preparatorio o de la satisfacción”.*⁴

Del pronunciamiento de los cuatro autores, todos señalan que el daño moral es aquel que afecta a los sentimientos internos de las personas que son víctimas de estos acontecimientos, en si atacan a la tranquilidad, el honor, la buena fama, la honra, a los sentimientos afectivos, en definitiva se refieren al fuero interno propio de la persona, por lo tanto este tipo de daño se aleja del daño patrimonial que es perfectamente valuable y cuantificable en razón que se afecta un cuerpo, un hecho medible, al contrario lo moral es susceptible de estar muy íntimamente vinculado al ser humano.

El Dr. Jorge Pallares Rivera, en su Obra” El daño Moral y Sus Factores de Valoración en el Ámbito Civil”, señala entre las características del daño moral a las siguientes:

- a) *“Es la disminución o privación de bienes fundamentales del ser humano, especialmente la tranquilidad, la libertad, la honra y la buena fama.*
- b) *Genera angustia y aflicción al sujeto pasivo del acto injurioso.*

³ GHERSI Carlos Alberto. Obra Cuantificación Económica, Daño Moral y Psicológico, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina. 2006

⁴ PEÑA CABRERA Alonso Raúl. Derecho Penal, Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas. Editorial Rodhas Sac, Segunda Edición, septiembre del 2007, Perú.

- c) *Afecta al proceso del pensamiento de la víctima;*
- d) *Genera seria perturbación emocional y afectiva;*
- e) *Produce daño síquico y material;*
- f) *Atrae sobre si un concepto social degradante y sus consecuencias concomitantes;*
- g) *Generalmente violan derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Cartas Constitucionales”⁵.*

En resumen, daño moral es el daño personal que sufre el sujeto pasivo de un delito o cuasidelito y que afecta su esfera psíquica, emocional, afectiva y que es susceptible de resarcimiento por el sujeto activo del hecho.

4.1.2. La Responsabilidad.- El Dr. Guillermo Cabanellas en su Obra *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, señala que *“responsabilidad es la obligación de satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño originado”⁶.*

El Dr. Gil Barragán Romero, en su obra *Elementos del Daño Moral* señala: *“etimológicamente, responsabilidad viene del latín responderé, que quiere decir “estar obligado”, por tanto, su acepción más amplia es la dar cuenta de los actos, ofrecer explicación por hechos que uno ha realizado. Así entendida, su sentido es limitado y no supone solo la obligación de responder ante los demás, ya que desde el punto de vista ético el hombre*

⁵ PEÑA CABRERA Alonso Raúl. *Derecho Penal, Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas*. Editorial Rodhas Sac, Segunda Edición, septiembre del 2007, Perú.

⁶ CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho Usual*, tomo VII, Editorial Heliasta, 28va edición, pág. 191.

tiene en sí mismo un poder espiritual interior que también le demanda cuentas: su conciencia".⁷

Dicho esto se resume que el sujeto responsable por un hecho dañoso o culposo debe responder por el daño causado a la víctima, tanto el que actúa con voluntad y conciencia, es decir con la intención de cometer un acto dañoso, en este caso responde por delito, cuanto el negligente, imprudente o inobservante de la ley debe responder por cuasidelito, la responsabilidad puede ser en el campo civil como en el campo penal. Si estamos refiriéndonos al daño moral, se debe situar a la responsabilidad entre las extracontractuales, pues como se dijo anteriormente esta tiene como causa un delito o cuasidelito.

4.1.3. **La Indemnización.-** Indemnización es la reparación y el desagravio que hace ya sea el sujeto activo del delito o el cuasidelito cometido en contra de la persona agraviada, se repara materialmente, porque nunca se lo hará el daño psicológico que se ha causado a la víctima. Para Guillermo Cabanellas es *"Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable, y del que ha recibido, enfocando desde la víctima, en general reparación del mal"*.⁸

4.1.4. **Reparación.-** La reparación no es otra cosa que compensar a la víctima de un daño sufrido sea este una ofensa, un daño o injuria,

⁷ BARRAGÁN ROMERO Gil, Elementos del Daño Moral, pág. 3, Tercera Edición, 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito- Ecuador.

⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.IV, F-1.Pag. 384.

en la que se desagravia lo causado a cambio de una compensación de carácter económico.

4.1.5. **El Perjuicio.**- Es el lucro cesante, el bien o ventaja que la víctima deja de percibir a causa del delito o cuasidelito. En sentido técnico la ganancia lícita que se deja de obtener o los gastos que origina una acción u omisión ajena, sea esta culpable o dolosa.

4.1.6. **Delito.**- Es un acto típico, antijurídico, culpable y por lo tanto es punible.

El Dr. Ernesto Albán Gómez en su Obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano señala al delito como *“aquel acto que ofende gravemente el orden ético- cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto merece una sanción”*.⁹

Por lo tanto el delito es la contradicción entre la conducta humana y la ley, para que haya delito previamente un acto humano tiene que estar señalado como tal y cumplir ciertos presupuestos que lo señalen como tal, tiene que tener la intención de causar daño es decir actuar con dolo.

4.1.7. **Cuasidelito.**- Para Guillermo Cabanellas cuasidelito es la *“acción u omisión con que se causa un daño o perjuicio a otro, por propio descuido, imprudencia o impericia, sin deseo ni intención de producir un mal en la persona, en los bienes o en los derechos*

⁹ ALBÁN GÓMEZ Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General- Sexta Edición, Ediciones Legales. Quito Ecuador.

ajenos; y responsabilidad derivada de tal proceder”. (Cabanellas, Argentina, 2008).

El cuasidelito se diferencia del delito en la intención de causar daño, en el delito existe el dolo, en el cuasidelito no, en este existe la culpa, es decir aquí se debe responder por hacer o no hacer una cosa con la debida diligencia u observación de las cosas o de la ley con el debido cuidado para no perjudicar a nadie.

4.1.8. **La Reputación.-** Es la opinión que tienen los demás de una persona, sea de su moralidad, de su prestigio en una ciencia, arte o profesión.

4.1.9. **Difamación.-** Es la acción de desacreditar divulgando cosas contrarias al buen nombre de alguien, aun en el supuesto caso que sean ciertas.

4.1.10. **Lesiones.-** Guillermo Cabanellas nos da el siguiente concepto de lesión: *“herida, golpe u otro detrimento corporal. Menoscabo o perjuicio de cualquier otra índole; especialmente, en lo económico o en los negocios jurídicos. Más concretamente aún daño que sufre una de las partes en el contrato cuando el precio no es justo”*.¹⁰

Del presente concepto lo que nos interesa para el tratamiento legal del daño moral nos quedamos con la conceptualización de herida, golpe u otro

¹⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.V, J-O.Pag. 126

detrimento corporal; esto cuando una persona es víctima la deja marcas de distinta índole sea esta física o síquica que le genera algún tipo de sufrimiento en la víctima.

4.1.11. Violación.

“Infracción, quebrantamiento o transgresión de la ley o mandato. Incumplimiento de convenio. Profanación de lugar sagrado, ajamiento, desdoro de una cosa. Delito. Falta.

Todo acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimación o, en todo caso, si es menor de 12 años, en que carece de tal discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella.¹¹

La legislación ecuatoriana señala a la violación *“como el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo”.*¹²

En la temática que estamos tratando cuando una persona es víctima de violación, sufre daño moral y por lo tanto puede ejercer una acción por tal hecho dañoso que sufrió, pidiendo una indemnización de carácter pecuniario.

¹¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T. VIII, T-Z. Pag. 382.

¹² CÓDIGO Penal del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a marzo del 2011. Pag 233.

- 4.1.12. **Estupro.-** Es la copula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.
- 4.1.13. **Atentado contra el pudor.-** Es el acto ejecutado contra la integridad sexual de las personas menores de edad o con discapacidad, pero sin acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.
- 4.1.14. **Detención o arresto ilegal.-** es el acto un funcionario público cuando procede a la detención o arresto de una persona, sin que se observe el cometimiento de un delito o sospecha del mismo de acuerdo a los presupuestos establecidos en los códigos procesales o leyes que permitan la detención observando las garantías constitucionales. Se puede también catalogar como arresto ilegal la demora en la entrega de un detenido a la autoridad competente para que esta disponga las medidas correspondientes al caso.
- 4.1.15. **Procesamiento Injustificado.-** Es el acto por el cual se formula cargos, autos, juicios, sin haber pruebas o indicios reales que determinen la autoría o participación en un delito.
- 4.1.16. **Sufrimiento físico.-** Se entiende por sufrimiento físico aquellas manifestaciones que generan dolor, angustia, molestia, ansiedad, stress en el aspecto externo de la persona.

- 4.1.17. **Sufrimiento Síquico.-** Es aquella afección que sufre una persona que ha sido víctima de algún atropello a su dignidad moral, síquica, espiritual, ha sido procesada injustamente, ha sufrido el acometimiento de un delito o cuasidelito; lo que genera angustia, desesperación, temor, humillación, ansiedad.
- 4.1.18. **Angustia.-** es el padecimiento que sufre una persona por estar atravesando una situación adversa o desfavorable en la que no tiene control de la circunstancia, que además de genera cierta incertidumbre o temor.
- 4.1.19. **Ansiedad.-** Es la preocupación o temor por una inquietud, una zozobra o incertidumbre de no saber cuál es o será el resultado final del mismo.
- 4.1.20. **Humillación.-** Guillermo Cabanellas, conceptualiza como “abatimiento, desprecio, vejamen. Postración u otra actitud corporal en señal de extremado respeto, acatamiento o sumisión. Agravio, ofensa”.¹³
- 4.1.21. **Ofensa.-** El Diccionario Enciclopédico Lexus, seña a la ofensa como *“acción o efecto de ofenderse u ofender. Acción o efecto de atacar. Mientras que ofender es causar daño al honor y la dignidad*

¹³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.IV, T-Z.Pag. 319.

de alguien. Causar una sensación desagradable, molestarse, enojarse".¹⁴

Para nuestra investigación, lo debemos catalogar como aquel acto o acción que cause daño al honor y la dignidad de la víctima, que merece ser reparado por el causante de aquel acto dañoso.

4.1.22. **Acción.-** La palabra acción tiene varias acepciones o usos, quizá es una de las más usadas en el hablar diario de la existencia del ser humano, en razón de que todo hecho o acto en la vida de las personas está sujeto a una acción.

El Diccionario enciclopédico Lexus Color nos dice que es *"acto, hecho, ejercicio de la facultad de obrar, postura, ademán. Efecto que produce una cosa en otra"*.¹⁵

En la parte jurídica que nos corresponde conceptualizar acción equivale al ejercicio de una facultad, el ejercicio del derecho de pedir en juicio lo que uno se le debe.

4.1.23. **Omisión.-** Es la abstención de hacer, inactividad, quietud. Es el olvido de un mandato, deber o una orden, viene a ser una negligencia ya que pudiendo hacer no se lo hace, un incumplimiento de los deberes activos que se tiene que cumplir. Ejemplo un pagador que se olvida de cumplir una obligación a tiempo y hace caer en mora a la empresa que representa, está

¹⁴ LEXUS, Diccionario Enciclopédico Color. Pag. 680

¹⁵ LEXUS, Diccionario Enciclopédico Color. Pag. 7

cayendo en la responsabilidad de una falta por omisión que es el hecho de no hacer en tiempo oportuno la responsabilidad encomendada.

4.1.24. **Victima.-** Es una persona que padece un daño por culpa ajena o caso fortuito.

Para mi concepto victima viene a ser el sujeto pasivo del delito o de una persecución indebida. Víctima es quien sufre violencia injusta en su integridad física o un ataque a sus derechos.

4.1.25. **Derechohabiente.-** Sinónimo de causahabiente que no es otra cosa que el titular de derechos que provienen de otra persona, denominada causante o autor, quien por herencia o subrogación ha adquirido los derechos que antes pertenecían a distinto sujeto.

4.1.26. **Acto.-** Guillermo Cabanellas señala como “la manifestación de la voluntad o de la fuerza. Instante y resultado de un movimiento exterior. Ejecución o realización; frente a proyecto, propósito, intención tan solo”.¹⁶

En todo caso el acto viene a ser la consumación de un pensamiento, la manifestación física de la voluntad o de la fuerza.

4.1.27. **Imprudencia.-** Es la no observancia de la debida diligencia en un hecho o acto, en el cuidado de una cosa. Es la no previsión de algún acontecimiento que se puede evitar sea por olvido o desdén

¹⁶ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. T.IV, T-Z.Pag. 132.

de las precauciones que una persona de mediana inteligencia pueda aplicar.

4.1.28. **Actor.-** En derecho es quien asume la iniciativa procesal, el que plantea una demanda, entabla un juicio para hacer valer su derecho.

4.1.29. **Demandado.-** Es la persona contra la quien se ha interpuesto una demanda, contra quien se pide algo en juicio sea civil, contencioso administrativo, niñez etc. En todo caso es quien asume la iniciativa procesal.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Antecedentes Históricos de la Obligación de Reparar el Daño

Moral

El Dr. Luis Abarca Galeas, en su obra *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo* señala:

Citando a Fernando Fueyo Laneri, en su estudio titulado “El Daño Extra patrimonial y su Indemnización en Materia Contractual” publicado en el año 1968 en la Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil, consigna los criterios de Mazeaud Tucn y de Ihering, en el sentido de que, en el último estado de la evolución del derecho Romano ya se contemplaba la reparación del daño moral, sin hacerse diferencia alguna entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual. Sin embargo, este autor observa que, “A pesar del conocimiento del daño extra patrimonial en el propio derecho romano, y de su consagración legislativa en Constituciones y en Códigos o en Leyes comunes, la cristalización jurisprudencial afirmativa del tema se ha logrado solo a la larga; además, primeramente en lo extracontractual y más tarde en lo contractual”. Empero, si bien la reparación pecuniaria del daño moral en materia extracontractual alcanza consagraciones jurisprudenciales uniformes y numerosas, en lo que se refiere a la esfera contractual, las soluciones jurisprudenciales son escasísimas y vacilantes”¹⁷.

De este enunciado se puede considerar que tal pobreza y vacilación en la reparación del daño moral en materia contractual se debe a que, el Antiguo derecho francés recogió imperfectamente la tradición romana, “a causa del conocimiento incompleto de los textos legales”.

Por este motivo, los autores franceses comienzan a diferenciar la responsabilidad extracontractual de la responsabilidad contractual, y en esta se negaron a admitir la reparación del perjuicio moral.

¹⁷ ABARCA Galeas Luis en su obra *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo* cita a FUEYO Laneri Fernando. “El Daño Extrapatrimonial y su Indemnización en Materia Contractual”. Publicado en el año de 1968 en la revista de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil

Si a esta situación sumamos que, la mayoría de Códigos Civiles Latinoamericanos tienen por principal fuente al Código Francés de 1804 y a sus inspiradores y comentadores, podemos explicar claramente la razón por la que hasta la actualidad hay dudas ante la reparación del daño moral contractual, y se estima que solamente es posible la reparación del daño moral en la esfera extracontractual.

El Dr. Luis Abarca señala en el ámbito extracontractual hay que distinguir:

“el daño moral ocasionado por un delito civilmente considerado del daño moral ocasionado por una infracción penal, porque si bien tienen la misma naturaleza y estructura, en la mayoría de legislaciones la regulación de la acción civil para demandar la indemnización pecuniaria difiere sustancialmente en materia penal, y a veces, la indemnización por daño moral adopta un carácter punitivo, sancionatorio complementario o accesorio a la pena principal, como es el caso de nuestro Código Penal, relativo a la obligación de reparar pecuniariamente el daño moral inferido a la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe, que se impone al contrayente doloso como condena civil accesorio de la pena, en el delito de matrimonio ilícito, y que por lo tanto, no se rige por las disposiciones que regulan la obligación de reparar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito civilmente considerado”¹⁸

Lo que el autor nos dice y se refiere es al cuidado que se debe tener en distinguir el daño moral que proviene de un delito civil, como el que se deriva de una infracción penal, los dos tienen una naturaleza similar en su estructura pero difieren sustancialmente ya que en cierta ocasiones cuando provienen de una infracción penal este adopta el carácter de sancionatorio complementario en el que se obliga a reparar a la víctima.

4.2.2. Visión Doctrinaria del Derecho respecto al Daño Moral.- La

Dra. Carmen Domínguez Hidalgo, refiriéndose a la

¹⁸ ABARCA Galeas Luis en su obra El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo. Pag. 30

conceptualización de daño moral señala: “No es exagerado afirmar que la determinación del concepto de daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil”¹⁹

Hay criterio diverso de autores y estudiosos de esta temática, hay muchas tesis, consideran los autores que es uno de los problemas más complejos de la responsabilidad civil llegar a determinar un concepto único de daño moral, vamos a dar una aproximación a un concepto del perjuicio no patrimonial no siendo el objeto de este trabajo ni posible en tan pocas líneas llevar a cabo un desarrollo acabado de la noción de daño moral, en tanto como se ha dicho es menester en cualquier caso esbozar sintéticamente los postulados que sobre el particular coexisten actualmente en el ordenamiento jurídico.

Valga entonces la prevención, de tratarse este apartado sólo de una breve exposición de las diversas tesis que sobre la materia se sostienen, cuya función será servir de “puerta de entrada” a la cuestión de la prueba del daño moral, por cuanto, como se expresará, la concepción que del mismo se tenga, redundará directa e ineludiblemente en el problema de la prueba del instituto²⁰.

4.2.2.1. Concepciones tradicionales de Daño Moral.- Sin hacernos cargo de la problemática que presenta precisar la sola definición de “daño moral”, podemos afirmar que existen tantas

¹⁹ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. Pag. 43

²⁰ Aedo barrena, Cristian. “El daño moral: Concepto, prueba y valoración en la doctrina y jurisprudencia Chilena”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte*, Tomo IV, Antofagasta, 2005, p. 121.

*concepciones del mismo propuestas por la doctrina al punto de abarcar todo el espectro imaginable*²¹.

Por ello, apartándose de todas las sistematizaciones que sobre la noción de daño moral han hecho los autores, diremos simplemente que existen –con sus variaciones y matices– al menos cuatro corrientes tradicionales sobre el particular, las cuales son, a saber:

4.2.2.2. La concepción del Daño Moral como Pretium Doloris: *Es quizá ésta, la más usual y arraigada concepción de daño moral que se tenga en el derecho de daños. Esta se refiere a lo que los alemanes denominan desde antiguo Schmerzengeld o “daño por el dolor”*²²

Los autores que siguen esta concepción, identifican el daño moral con las “aflicciones”, “pesares”, “molestias” y sufrimientos que experimenta un individuo en su esfera psíquica, a causa de la comisión de un hecho ilícito.

De igual forma esta es la noción que ha recogido mayoritariamente nuestra jurisprudencia.

4.2.2.3. El Daño Moral como todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial: Nos señala Domínguez Hidalgo que:

²¹ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. Pag. 46

²² Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. pág. 287

*“Fiel exponente de esta forma de definir el daño no patrimonial es [De Cupis], para el cual éste no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial, puesto que ambos perjuicios conforman el daño privado. El daño no patrimonial es en consonancia con el valor negativo de su misma expresión literal, todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial”.*²³

4.2.2.4. El daño Moral como lesión a simples intereses: Esta visión ha sido sostenida en Chile por José Luis Diez Schwerter, quién ha señalado, a propósito de sus estudios sobre la jurisprudencia nacional en la materia, que: *“Todo lo expuesto nos permite concluir que la jurisprudencia nacional concibe el daño como todo menoscabo, detrimento, lesión, molestia o perturbación a un simple interés del que sea titular una persona o de la situación de hecho en que este se encuentre”*²⁴

El autor entiende por interés, todo aquello que sea útil, aquellas cosas que no son susceptibles de evaluación pecuniaria, pero que sean de utilidad para un sujeto, que le presten un servicio, o bien satisfagan una necesidad o simplemente rechacen un dolor.

4.2.2.5. El Daño Moral como lesión a intereses jurídicamente tutelados: Finalmente, existe una posición que toma en consideración no el carácter no patrimonial del interés lesionado, sino más bien que fija la mirada en el hecho de que

²³ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. Pag. 46

²⁴ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. Pag. 46

el ilícito afecta un bien no patrimonial o un interés moral que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico.

En palabras de Zanonni que *“La lesión afecte una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del evento dañoso por el ordenamiento jurídico”*²⁵

Digamos finalmente –para efectos de lo que a nuestro estudio interesa– que existen a lo menos cuatro concepciones de daño moral y que la tesis que se adopte en la materia, será decisiva al momento de resolver problemas como la evaluación del daño moral, la posibilidad de que las personas jurídicas puedan sufrir daño moral, y especialmente el asunto de la prueba del perjuicio no patrimonial.

4.2.3. Ámbito del Daño Moral

El hombre como ser social y en su interrelación con sus semejantes está inmerso en múltiples actos, hechos, acciones, que en determinada circunstancia objetivamente causan agravio a una persona determinada, vulnerando o menoscabando subjetivamente uno o más de sus derechos extra patrimoniales, lo que genera la obligación de reparar pecuniariamente tal agravio, según nuestro ordenamiento positivo.

El Dr. Luis Abarca Gálea al respecto nos dice:

“El ámbito de las relaciones sociales en que la actividad del hombre como ser social, puede ocasionar un daño moral a sus semejantes es

²⁵ IBIDEM.

amplísimo. En efecto, toda ofensa subjetiva a una persona, que es resultado de la actividad de otro, genera daño moral que debe ser reparado pecuniariamente, puesto que es ocasionado como consecuencia del ataque a uno o más de sus derechos de naturaleza extra patrimonial.”²⁶

En efecto toda ofensa subjetiva a una persona, que es resultado de la actividad de otro, genera daño moral que debe ser reparado pecuniariamente, puesto que es ocasionado como consecuencia del ataque a uno o más de sus derechos de naturaleza extra patrimonial.

En cualquier esfera de las relaciones sociales se puede afectar lo íntimo, lo interno de una persona y se puede causar daño moral menoscabando su prestigio profesional, se reputación de buen padre de familia, de ser un hombre honrado y trabajador, de ser un esposo ejemplar, de ser cumplidor de sus obligaciones, de ser un buen hijo, etc.

4.2.4. Problemática de Daño Moral en el Ecuador.

El Dr. Luis Abarca Gáleas, refiriéndose a la problemática señala:

“Con anterioridad a la vigencia de la Ley reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, que se publicó en el Registro oficial Nro. 779, de fecha 4 de julio de 1984, en nuestro país no existía la posibilidad jurídica de obtener reparación pecuniaria de los daños meramente morales que se ocasionaban en las diversas esferas de las relaciones sociales, aunque nuestro código Civil siempre contemplo su reparación pecuniaria en materia extracontractual, esta reparación no pudo llevarse a la práctica, porque no se contempló un sistema o reglas que permitan calcular el monto de la indemnización.

²⁶ ABARCA Gáleas Luis. El Daño Moral y su Reparación en el derecho Positivo. Pag 14

Peor todavía en lo que se refiere al daño moral derivado del incumplimiento de un contrato, no existió ley expresa que contemplase su reparación pecuniaria. Ni siquiera se contempló esta reparación en el código Penal, para el caso de los delitos en contra de la honra, donde era y es pertinente.

Estos tremendos vacíos legales eran injustificables, si se considera que los derechos de la persona, que son bienes extra patrimoniales de suma importancia para la organización social y que se encontraban y se encuentran protegidos jurídicamente, inclusive como garantías constitucionales; por lo tanto, en el Foro Ecuatoriano existió clamor para que nuestro sistema legal en materia en reparación de daños morales, se ponga a tono con el desarrollo de la teoría jurídico constitucional de los derechos de la personalidad, en la que se considera fundamental la reparación pecuniaria de los daños meramente morales, y que ha llevado a incorporar esta reparación en los códigos civiles de la mayor parte de los estados.

Nuestro legislador, no podía sustraerse a este clamor general y al desarrollo jurídico cultural, que exigían se llenasen estos tremendos vacíos legales, y es así como dicta la referida Ley reformativa del Código Civil Sobre Reparación de Daños Morales.²⁷

Con este antecedente podemos decir que hasta el año de 1984 en que se reforma el Código Civil, no existía la forma de obtener reparación por daño moral, aunque si se sancionaba los daños extra patrimoniales, es a partir de 1984, con la Ley Reformativa del Código Civil de Reparación de Daños Morales que se aclara la sanción al daño moral y se puede llevar a la práctica, esta reforma fue muy acertada, bien concebida dio solución a la problemática existente, pero debo señalar que si se dejó un vacío que ha ocasionado problemas y es haber dejado a *la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización* lo que genera un enorme campo abierto de interpretación *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.

²⁷ ABARCA Gálvez Luis. El Daño Moral y su Reparación en el derecho Positivo. Pag 15

Es obvio que la víctima de daño moral debe ser indemnizada por la aflicción sufrida y es evidente que el agresor o responsable del hecho sea condenado a resarcir el daño, pero para esto debe haber un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional, esto es que no sean simbólicos como determinan varias legislaciones Europeas, ni millones de dólares como los establecidos en algunos casos en el Ecuador, para que el juicio por daño moral no se prostituya y se considere como mecanismo a través del cual se busque y en ocasiones se obtenga dinero fácil.

4.2.5. El daño y la obligación de repararlo

El daño siempre existió desde que el hombre se organiza y quizá antes de hacerlo, marcha de acuerdo a la época en que se viva, refiriéndose a este tema el Dr., Luis Abarca Gáleas señala:

“Al final del régimen de la Comunidad primitiva, en la época de la Barbarie, rige el sistema de la Venganza Privada y de la Composición Penal, durante el cual, toda ofensa que inflige daño materialmente considerado a un sujeto, se considera inferida a toda su familia, por lo que es deber ineludible del ofendido y sus familiares castigar al ofensor y a los miembros de su familia; castigo que podía ser eludido mediante el pago de la composición penal, que se reducía a la reparación pecuniaria del daño materialmente considerado. En este sistema la responsabilidad todavía no está individualizada en el autor del daño, sino que responden con este todos sus familiares, por lo que, cuando se produce la venganza, esta no se ajusta a medida alguna ni es proporcional al daño ocasionado por el ofensor; en tanto que, cuando se da paso a la composición penal, el monto de la indemnización es proporcional al daño, porque los escasos bienes económicos que todavía se consideran de propiedad familiar solo permiten un pago equivalente, puesto que si bien la producción excedentaria y su acumulación crea la base económica para la práctica de la composición, los excedentes todavía exigüos no son susceptibles de apropiación privada, por lo que al pertenecer a toda la familia, todos sus miembros son responsables solidarios. En último término, la práctica de la venganza privada busca el resarcimiento del daño material sufrido, si es que el ofensor o sus familiares no lo reparan pecuniariamente.

En un principio la venganza privada es obligatoria y la composición penal subsidiaria, en tanto que, con posterioridad, la composición obligatoria y la venganza privada adopta el carácter de subsidiaria.

Como se puede deducir, en este sistema no se toma en cuenta la intención del ofensor porque bastaba que se produzca el daño material para que se desencadene la venganza, si no se la eludía mediante la composición; por lo que, no se configuran todavía los conceptos de dolo y culpa, ni de la tentativa y la pena, sin que aparezca la diferencia entre el orden civil y penal, conociéndose solamente la noción de la obligación de reparar el daño material como quiera que se lo ocasione; obligación cuyo cumplimiento se rige por las costumbres establecidas en el transcurso de los siglos y que son conocidas de todos, porque son necesarias para la existencia y progreso del grupo social.

Cuando aparece el Estado, se comienza a legislar diferenciando el orden civil del orden penal, instituyendo el Sistema Punitivo basado en el derecho escrito, que sustituye por completo al Sistema de la Venganza Privada y de la Composición penal, perfilándose como consecuencia la diferenciación entre la pena por la conducta delictiva y la obligación de reparar pecuniariamente el daño material ocasionado por la consumación; y, también aparecen los conceptos de responsabilidad individual, de consumación y tentativa, de dolo y culpa, para culminar con la diferenciación entre el daño material y el daño moral, aunque tardíamente y después de un largo proceso de evolución jurídica.²⁸

Como decíamos anteriormente, de acuerdo a la época en que se habite se castiga el daño y en concordancia con el grado de organización social, política que la sociedad viva, es así que en la Comunidad Primitiva no se individualiza todavía el daño y se aprecia como una ofensa a toda la familia.

Cuando se da el salto de organización política al Estado, es donde se empieza a legislar, a separar el derecho penal de derecho civil, a establecer sanciones en proporcionalidad al agravio causado es decir se instituye al Sistema Punitivo y se da inicio al derecho escrito, se diferencia lo que es dolo, culpa y muchas otras instituciones más, se establece la obligación de reparar pecuniariamente quien cause un daño material y luego más adelante no de mucha data se sanciona a quien cause u ocasione daño moral.

²⁸ ABARCA Gáleas Luis. El Daño Moral y su Reparación en el derecho Positivo. Pag. 27 y 28

4.2.6. FACTORES PARA LA INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL

El doctor. Jorge Pallares Rivera señala al respecto:

“El juez siempre tiene que tomar en cuenta los factores que pueden incidir en la situación de la víctima, para de esta forma cuantificar el daño en forma material, objetivo, aunque insistimos siempre será difícil de cuantificar el daño psicológico o moral. Son de obligación considerar los factores psicológicos, culturales, económicos, sociales y políticos y otros particulares que pueden incidir en la víctima”²⁹

Esto implica la gran responsabilidad que tiene el juez al momento de tomar la decisión de resolver la acción, de observar una multiplicidad de factores que influyen en cuanto a la víctima y por ende al monto indemnizatorio, tienen que estar primeramente al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos como lo señala la Constitución de la República en concordancia con esta, garantizando de acuerdo al ente normativo supremo los derechos que le correspondan a cada individuo o colectivo.

Además se tiene que observar los múltiples factores que rodean a la víctima y van a incidir en la posterioridad en el desenvolvimiento social de la persona ultrajada en sus derechos.

El Dr. Pallares refiriéndose a los factores que influyen en la indemnización hace una clasificación de estos en los que señala a los siguientes: psicológico, cultural, sociales, económicos, políticos, y otros particulares, a continuación conceptualizamos cada uno.

²⁹ PALLARES, Jorge. El Daño Moral y sus Factores de Valoración en el Ámbito Civil. Pag. 105

4.2.6.1. **Factores Psicológicos.-** Para Carlos Alberto Ghersi: *“El daño psicológico es parte integrante del daño moral y, en consecuencia está regulado por los artículos 522 y 1087 del Código Civil”* (Gheresi, Chile, 2009).

Este factor psicológico hace que haya todo tipo de padecimientos en la víctima, mismos que pueden ser: angustia, falta de ánimo en el trabajo, cohibimiento social, cultural, falta de apetito, e incluso puede traer patologías y por consiguiente enfermedades permanentes, por eso actúan para regular este tipo de maltratamientos convenios internacionales, constituciones, códigos, etc. Siendo este el factor principal de resarcimiento, es necesario citar a Carlos Alberto Ghersi, quien ilustra de buena manera. “a) Daño psicológico comprendido en el DAÑO MORAL. Se ha dicho al respecto: 1)”Los estados depresivos forman parte del daño moral, el cual comprende no sólo los padecimientos, dolores, tribulaciones, sino también el daño psíquico transitorio o permanente. Las perturbaciones psicosomáticas se incorporan al daño inmaterial o extrapatrimonial.”

2)” El monto a indemnizar por el daño psicológico, debe integrar el daño moral”.

3) “No corresponde admitir el reclamo en concepto de daño psicológico, pues este rubro está implícitamente incluido en el daño moral. En la unidad de concepto y alma que entregan al hombre, su vida psíquica se encuentra vinculada a esta última, razón por la que no cabe distinguir ninguna categoría que permita considerar los perjuicios morales sufridos, como si fueran materiales. El resarcimiento por daño moral permitirá al actor o actora obtener bienes para su satisfacción, por su importe, y debe reputarse incluida en esa presentación la posibilidad de que acuda a quien le brinde la orientación psicológica o espiritual que necesite, si éste fuere prestada a título oneroso”.

4) “El daño psicológico y el correspondiente al menoscabo a nivel laboral y social debe ser incluido dentro de la categoría de perjuicios no patrimoniales, y su cuantía debe determinarse teniendo en cuenta su carácter resarcitorio y no punitivo, y las condiciones particulares de la víctima”³⁰

El autor claramente nos señala el efecto que tiene, la trascendencia de este factor en la determinación de la indemnización por daño moral, en razón de que el efecto psicológico para mi concepto es demasiado determinante, si me piden una clasificación de importancia entre los factores me inclino por el

³⁰ GHERSI, Carlos Alberto. Daño Moral y Psicológico. Pág. 107. Citado por el Dr. Jorge Pallares

sicológico, debido a que, aquí se determina los efectos que causa el daño en la persona, que pueden ser angustia, falta de ánimo en el trabajo, cohibimiento social, cultural, falta de apetito, puede traer patologías, enfermedades permanentes; que al sumar varios efectos de los señalados estamos frente a la terminación del estado de paz y tranquilidad que debe tener un ser humano para ser un ente feliz y por ende un ente productivo.

4.2.6.2. **Factores Culturales.-** Vinculados específicamente con aspectos sociales: creencias, símbolos, actitudes, vestimenta, dialecto, costumbres. De esta manera conoceremos que si un pueblo mantiene su propia cultura o ha sufrido cambios. Identificar si el grupo en estudio se mantiene con su propia cultura o los cambios han aculturizado o subculturizado.

Sobre este particular el tratadista Rodrigo Bucheli Mera manifiesta:

“La Cultura”, cuya significación está profundamente vinculada con principios colectivos, puesto que, concomitantemente concurren juntos a los valores sociales, significados, creencias, símbolos y actitudes; de tal manera que la comprensión de los elementos enunciados debe hacerse en conjunto, dentro de un contexto material y dialéctico, al que es menester se lo ubique con criterio integral y total; por ejemplo, no es posible entender al lenguaje sino en función de concepción colectivos³¹

Concomitante con el criterio del Dr. Rodrigo Bucheli, pensamos que la cultura es una manifestación colectiva con sus costumbres, tradiciones, folklore, idioma. Un análisis del espectro social da la pauta de si un pueblo tiene una cultura compleja o no.

³¹ BUCHELI Rodrigo: Criminología del Positivismo a la Filosofía Crítica. Pág. 123 Citado por el Dr. Jorge Pallares

La cultura es mutable y dinámica, de acuerdo como la sociedad desarrolle sus intereses colectivos. La cultura es mantener identidad con las costumbres, tradiciones, folklore, música, vivienda, medio ambiente, alimentación, idioma y educación, pese a la interculturalidad y al proceso de globalización que vive actualmente el mundo. Dentro de ese andamiaje, los seres humanos desarrollamos un sistema de valores, afianzamos nuestra personalidad y encontramos satisfacciones vitales.

El daño moral desde el punto de vista cultural, tiene una relación directamente proporcional al nivel cultural que la víctima posee dentro de su colectivo social. Si la víctima ocupa un grado relevante en el ámbito cultural de su entorno social el impacto psicológico y moral será indudablemente mayor que si ocupara un lugar relativamente discreto en el mismo.

El factor cultural tiene su efecto en la determinación de la indemnización por daño moral, en razón de que es un barómetro de medición de impacto, en razón de los niveles culturales que rodean a la víctima como al victimario, esto funciona para determinar una acción que puede ser mal vista en algún sector con acervo cultural elevado, en otra sección territorial, quizá no tenga el mismo efecto, o puede darse por el nivel económico, político o social que ejerza en la sociedad una persona, al ser víctima de daño moral puede alterarse totalmente su modo de vida y es muy importante tomar en cuenta estos factores en la decisión final del juez.

4.2.6.3. **Factores Económicos.**- Porque hay desniveles económicos en nuestra sociedad y las demás del mundo de donde resultan

ciertos distingos e identificaciones, y admiten que hay ciudadanos de una y otra clase socioeconómica, esto es rico y pobre. La importancia para está en la capacidad adquisitiva y de disposición de bienes.

Este factor considera que el nivel de vida se halla íntimamente relacionado con el de ingresos y ocupación y ese nivel de vida va a verse afectado por el daño producido por el delito o el cuasidelito recibido.

En la reparación de daños y perjuicios importa menos el nivel económico del delincuente o del negligente, pero si cuenta el nivel económico de la víctima, pues a este nivel afecta directa o indirectamente el delito o cuasidelito.

En este nivel el juez debe apreciar el nivel de daño con prudencia y apegado a la sana crítica de tal manera que la fijación del monto a indemnizarse tenga íntima relación con el daño objetivamente probado.

Aquí importa el nivel de capacidad económica de la víctima como el victimario y se mide en el efecto social que causa para la persona que ha sufrido el daño, no es lo mismo el daño que sufre una persona que tiene varios negocios lícitos y con fines sociales, que una persona que está sin producir económicamente nada a la sociedad, los dos tienen el mismo derecho a no ser víctimas por ninguna circunstancia de un delito o cuasidelito que les pueda causar daño moral, pero si lo llegaren a sufrir, el efecto es diferente en cada uno de ellos.

4.2.6.4. **Factores Sociales.-** La sociedad es mutable, cambiante de acuerdo a las relaciones de producción en el tiempo y el espacio. Lo transformable de la sociedad hace también que las leyes sean mutables, por cuanto tienen que ser de acuerdo a las necesidades sociales. Cuando el orden histórico cambia y deja de ser posible la equidad entre las clases sociales, la sociedad se vuelve peligrosa con o sin delito, por sobreponerse unos a otros.

Rodrigo Bucheli expresa:

*“Los valores sociales, sean libertad, familia, derecho, justicia en tiempo y espacio son relativos porque al tratarse del resultado del comportamiento humano y de su adecuación en el medio para su convivencia, sus características varían conforme se produzcan las modificaciones sociales tendientes al perfeccionamiento. Es decir que los valores sociales no son inamovibles ni absolutos, sino eminentemente relativos”.*³²

Con Rodrigo Bucheli apreciamos que por cuanto lo social tiene un contenido múltiple: libertad, familia, buena fama o prestigio, derecho y justicia, a las que agregamos las circunstancias profesionales e interpersonales de aceptación grupal del individuo, el daño que puede ocasionar en este campo el delito o cuasi delito es así mismo múltiple y por eso agravado.

En efecto, el daño que puede ocasionar socialmente el delito o cuasidelito puede ser severo: privación de libertad, sufrimiento familiar, desprestigio o desvalorización, desmedro profesional, conculcación económica, unas o todas a la vez conforme al nivel social de la víctima, lo cual tendrá que analizar objetivamente el juzgado para resolver sobre el resarcimiento.

³² BUCHELI Rodrigo: Criminología del Positivismo a la Filosofía Crítica. Pág. 123 Citado por el Dr. Jorge Pallares

Influye y mucho el medio social en que se desenvuelva la sociedad, el tiempo en que este ubicado la fenomenología, la época, las relaciones de producción; la sociedad es dinámica y por ende muy cambiante, el derecho no se cristaliza, se adecua de acuerdo a los requerimientos sociales, el delito o cuasidelito también va cambiando, cada día en las sociedades modernas asoman una variedad de delitos nuevos que los ordenamientos jurídicos se ven en la necesidad de penalizarlos de acuerdo al efecto que causan, en definitiva los factores sociales se dan de acuerdo al medio familiar y social que el individuo se desenvuelva y el juez tiene que observar cuidadosamente con su sana crítica para sancionar.

4.2.6.5. **Factores Políticos.-** La política va íntimamente ligada con lo económico, social, cultural. Ostentar el poder y de esta forma ser parte de un grupo de personas que gobiernan a un País en sus diferentes ámbitos y niveles de hecho es importante. Considerado que el rol político de una preeminencia especial en tanto el político es el depositario de la fe popular, fe que engloba todos los valores cívicos y sociales, se vuelve a no dudar un referente público, más visible que el ciudadano común; el impacto del delito o del cuasi delito resulta, así mismo, múltiple y grave, y más si consideramos que la dinámica política tiene proyecciones futuras, y el daño se convierte, entonces no sólo en presente, sino también en futuro, lo que tendría que tomar en cuenta el juzgador en su resolución.

Coincido plenamente con lo que señala el Dr. Jorge Pallares, la política es una sumatoria de los factores económico, social, cultural, por medio de la política se llega a representar a una sociedad y por ende la persona que goza de este privilegio de ser ampliamente conocido por el mundo de la política es un punto muy visible y por ende cuando sufre un delito o cuasidelito que le ocasione daño moral, el efecto es bastante grave para su credibilidad, honra, buen nombre etc. Además hay un efecto en el colectivo social que le acompaña, aquí el juez tiene que juzgar de acuerdo al impacto social, el efecto que produjo.

4.2.7. De la Responsabilidad.- El Dr. Guillermo Cabanellas en su Obra *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, señala que *responsabilidad es la obligación de satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la perdida causada, el mal inferido o el daño originado.*

Debemos señalar a la responsabilidad en el cometimiento de un delito en el que el sujeto actúa con voluntad y conciencia, es decir con todas sus condiciones intelectuales estables y la intención de cometerlo; así como en el cometimiento de un cuasidelito en el que no prima la intención, pero se produce un daño por no haber observado con debida diligencia el conjunto de elementos para evitar que acontezca un hecho dañoso.

Dicho esto se resume que el sujeto responsable por un hecho dañoso o culposo, debe responder por el daño causado a la víctima, tanto el que actúa con voluntad y conciencia, es decir con la intención de cometer un acto

dañoso, en este caso responde por delito, cuanto el negligente, imprudente o inobservante de la ley debe responder por cuasidelito, la responsabilidad puede ser en el campo civil como en el campo penal. Si estamos refiriéndonos al daño moral, se debe situar a la responsabilidad entre las extracontractuales, pues como se dijo anteriormente esta tiene como causa un delito o cuasidelito.

El Dr. Gil Barragán Romero, en su obra Elementos del Daño Moral señala:

“Etimológicamente, responsabilidad viene del latín responderé, que quiere decir “estar obligado”, por tanto, su acepción más amplia es la dar cuenta de los actos, ofrecer explicación por hechos que uno ha realizado. Así entendida, su sentido es limitado y no supone solo la obligación de responder ante los demás, ya que desde el punto de vista ético el hombre tiene en si mismo un poder espiritual interior que también le demanda cuentas: su conciencia.”³³

Del concepto anteriormente citado, se desprende que el autor nos dice que responsabilidad es estar obligado; esto es, por una acción que se ejecute en contra de una persona alguien tiene que responsabilizarse de la misma y responder por el acto ejecutado sea con intención de hacerlo o sin la intención de hacerlo, se tiene que responder ante la sociedad, ante la ley y ante la conciencia interna del ser humano.

4.2.8. Clases de responsabilidad.- Hay dos grupos de responsabilidad, la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral, perfectamente separadas la una de la otra, la responsabilidad moral se refiere al fuero interno del individuo, mientras que la jurídica se relaciona con el fuero externo del individuo, es decir su

³³ BUCHELI Rodrigo: Criminología del Positivismo a la Filosofía Crítica. Pág. 123 Citado por el Dr. Jorge Pallares

conducta exterior, la moral no se impone por la fuerza, mientras que la coercibilidad es una característica del derecho, lo moral concierne a la intención, lo jurídico a la bilateralidad de las relaciones entre las personas. Las responsabilidades tanto moral como jurídica no se excluyen la una de la otra, pueden coexistir las dos.

Hay otras responsabilidades como es la responsabilidad social, política, administrativa etc.

4.2.9. Clasificación de la Responsabilidad Jurídica.- A la responsabilidad jurídica se la puede clasificar en los siguientes tipos o clases que son: responsabilidad penal, civil, administrativa, disciplinaria, sancionatoria etc.

4.2.9.1. Responsabilidad Penal.- El doctor Guillermo Cabanellas nos dice al respecto: *“la que se concreta en la aplicación de una pena. Por la acción u omisión dolosa o culposa del autor de una u otra. Es estrictamente personal, de interpretación restringida, de irretroactividad vedada, de voluntariedad presunta y de orden público”*³⁴.

La responsabilidad penal es la consecuencia jurídica cuando existe una violación de la ley, realizada por un sujeto imputable o inimputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas.

³⁴ IBIDEM

En Derecho significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito como autor del mismo, o de haber participado en éste.

La responsabilidad penal la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir.

4.2.9.2. Responsabilidad Civil.- El doctor Guillermo Cabanellas al respecto dice: *“el talión económico- jurídico: la obligación de resarcir en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que se excuse de ello”*³⁵.

La responsabilidad civil es la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, habitualmente mediante el pago de una indemnización por perjuicios.

Aunque la persona que responde suele ser la causante del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos, como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados

³⁵ IBIDEM

por sus hijos o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación. es decir móvil.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido amplio), se habla de responsabilidad extracontractual, la cual a su vez puede ser o bien delictual o penal (si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito) o cuasi-delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria).

Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera), se habla entonces de responsabilidad contractual.

4.2.9.3. **Responsabilidad Administrativa.-** Esta responsabilidad es la que recae sobre la administración pública, en el cumplimiento de sus actividades, es decir de todas las instituciones del Estado que son señaladas por la constitución de la República del Ecuador como tales.

4.2.9.4. **Responsabilidad Disciplinaria.-** Esta responsabilidad se origina en el cumplimiento de deberes específicos al buen funcionamiento de una institución pública, de ciertas personas en su calidad de funcionarios de la administración pública. Por ejemplo, llegar tarde al trabajo;

4.2.9.5. **Responsabilidad Sancionatoria.**- puede ser penal o administrativa. Por ejemplo, la responsabilidad que genera el robar, conducir en estado de ebriedad, clausura de establecimientos, etc.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. LA CONSTITUCIÓN Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.

Dado el marco legal que rige en el Ecuador desde la promulgación de la Constitución del 2008, que señala en el:

Art. 1 “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

*Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.*³⁶

Analizando el anterior artículo transcrito, en la parte pertinente a los derechos y garantías que establece, debemos tener en cuenta tres elementos: 1ro. En el Estado Constitucional (primer elemento) la Constitución es norma; y, por tanto la justicia ordinaria es garante de la Constitución. Al Juez o Jueza corresponde aplicar las leyes formalmente vigente y validas constitucionalmente.

2do. Es un Estado de Derechos (segundo elemento) Para la actividad jurisdiccional y para toda relación jurídica en un “Estado de Derecho”, la única fuente es la Ley. En cambio en un “Estado de Derechos” como es el Ecuador, el sustento, la referencia, ya no es exclusivamente el sistema jurídico, sino los derechos de las personas (más allá de la Ley),

³⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a enero del 2010. Pág. 3.

reconociendo varios sistemas jurídicos. El Estado Constitucional de Derechos se estructura por un derecho, por principios. De ahí la trascendencia de la labor del juez, el juez crea derecho cuando concreta un principio.

3ro. La justicia (tercer elemento), de acuerdo a la Constitución, el juez crea derecho para hacer justicia, construye una norma a raíz y a la luz de los principios. Para hacer justicia el juez no tiene que atarse a la ley; el juez no puede estar sojuzgado por la Ley. Definitivamente el juez no es la boca de la ley; no es el frío aplicador de un texto legal.

Por lo tanto se puede decir que hemos superado el Estado legalista que regía desde 1830, y la realidad jurídica de las instituciones jurídicas actuales tiene que irse adaptando a la nueva corriente que estamos viviendo en el país.

Luigi Ferrajoli, en su obra Derechos y Garantías señala:

“En el Estado Constitucional de Derecho, el poder público o privado está sometido a los derechos que vienen a ser el límite vinculante del poder. En todas las instancias en que se aplica el Derecho, al interpretar y poner en práctica normas jurídicas, se debe tener en cuenta el antecedente y la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales. Cabe tener presente que, caracteriza al constitucionalismo actual, la sujeción de todos a la norma fundamental y no solo a la ley, principio de estricta legalidad o de legalidad sustancial.”³⁷

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derecho, por lo tanto los derechos previstos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, prevalecerán sobre cualquier norma legal y se garantiza el goce efectivo de los derechos de las personas.

³⁷ FERRAJOLY Luigi, Derechos y Garantías. La ley del más débil, 2001, p. 66)

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 11, numeral 6, establece: *“Todos los principios son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”*³⁸

En este contenido se clarifica que todos los derechos de las personas tienen rango constitucional de igual jerarquía, no hay derechos de primera, de segunda o tercera, todos son iguales, con la salvedad de observancia del principio superior, establecido en el Art. 44 de la Constitución que refiere que el derecho de los niños o niñas atendiendo al principio de su interés superior, prevalecerán sobre los de las demás personas.

En la Constitución de la República del Ecuador, en el Capítulo Sexto, Derechos de Libertad, en el Art. 66, señala: *Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.*

Como sabemos los derechos constitucionales son un conjunto de prerrogativas que la Constitución reconoce a las personas naturales en relación con los demás individuos de la especie humana y con el Estado, para vivir con dignidad, libertad, igualdad, paz y orden social. Son esencialmente supremos y soberanos, nacen con el hombre al servicio del hombre, Por su naturaleza son irrenunciables, intransferibles, inmutables y universales.

³⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a enero del 2010. Pág. 5..

El Art. 66, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, abarca un amplio espectro al garantizar el derecho a la integridad personal, que está a su vez subdividido en integridad física, psíquica, moral y sexual.

La física se refiere al derecho de toda persona a no ser afectado por nada ni nadie que atente contra su cuerpo, es decir la parte externa del ser humano; la psíquica se refiere al aspecto interno de una persona es decir sus sentimientos, emociones, a no ser víctima de sufrimientos, humillaciones, angustias u ofensas de cualquier índole; la integridad moral se refiere al honor, el buen nombre, la credibilidad de una persona el desenvolvimiento del ser humano como ente social; y, la integridad sexual es el respeto al ser humano en todo aspecto, interno y externo que puede ser por ejemplo a no ser víctima de bestialidades sexuales, nadie puede ser obligado a mantener relaciones sexuales sin su consentimiento, el ser humano tiene derecho a que se respete sus creencias, prácticas en todo sentido.

4.3.2. El Artículo 2232 del Código Civil del Ecuador y la Necesidad de su reforma en su inciso tercero referente a la determinación de la indemnización por daño moral.

En el Código Civil del Ecuador, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 46 del 24 de junio de 2005, se establece en el Art. 2232 del Código Civil las normas que regulan el Daño Moral, señalándose en el inciso 3ro del artículo 2232 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.”³⁹

La norma legal antes transcrita ha dejado un enorme campo abierto de interpretación *la prudencia del juez*, pudiendo generar excesos tanto en quien se siente víctima de DAÑO MORAL, como en el juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada , ya que puede determinarse valores irrisorios en unos casos o enormes fortunas en otros.

Es obvio que la víctima de daño moral debe ser indemnizada por la aflicción sufrida y es evidente que el agresor o responsable del hecho sea condenado a resarcir el daño, pero para esto debe haber un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional, esto es que no sean simbólicos como determinan varias legislaciones Europeas, ni millones de dólares como los establecidos en algunos casos en el Ecuador, para que el juicio por daño moral no se prostituya y se considere como mecanismo a través del cual se busque y en ocasiones se obtenga dinero fácil.

4.3.3. La Acción por Daño Moral, Jurisdicción y Procedimientos

1.- El Código Civil del Ecuador en el artículo 2232 señala:

“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

³⁹ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a septiembre del 2005. Pág. 625.

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.”⁴⁰

Con este artículo se instituye la acción por daño moral en el ámbito civil, como fuente de obligación, dentro del Título XXXIII “DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS”, esta institución jurídica esta reglada desde los artículos 2231 al 2237.

El bien jurídico que protege el daño moral son las facultades inherentes de la persona como la paz, tranquilidad espiritual, vida íntima, integridad física, la honra de la persona entre otros, facultades que permiten el desenvolvimiento del ser humano en la sociedad, desde el ámbito jurídico, económico, social y político.

El Art. 2231 del Código Civil expresa: “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”.⁴¹

Con este artículo se deja en claro la independendencia que tiene esta acción para demandar por imputaciones contra la honra y el crédito de una persona, siendo la sanción una indemnización pecuniaria; en ese mismo sentido el Art. 2232 expresa “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito

⁴⁰ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a septiembre del 2005. Pág. 625. Quito Ecuador.

⁴¹ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a septiembre del 2005. Pág. 625. Quito Ecuador.

o *cuasidelito*, están especialmente obligados a esta reparación....” Y finalmente en el 2234 establece “las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza de las que en los casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes”.

La Dra. Paulina Aguirre Suárez, Jueza de la Sala Civil de la Corte Nacional de Justicia, en el Boletín institucional, Edición Nro.6, 2011, al respecto señala:

“claramente la ley a querido diferenciar entre las indemnizaciones patrimoniales (daños y perjuicios materiales) y las extra patrimoniales (daño moral) y que la una no excluye a la otra.

*Por su carácter civil, en razón de la materia, la jurisdicción y competencia de la acción por daño moral, en sus inicios, correspondía privativamente a los jueces civiles, cuya tramitación era exclusivamente en la vía ordinaria, al no tener un proceso especial, conforme al artículo 59 del Código de Procedimiento civil. No obstante este panorama ha cambiado con la expedición de algunas reformas legales, modificando tanto lo relativo a la competencia como la vía en que ha de tramitarse; así tenemos que: 1.- **El daño moral proveniente de un delito**, que se origina en una sentencia penal condenatoria, corresponde conocer al juez penal, en el mismo juicio que condena al infractor, sea el delito de acción pública o privada, así lo dispone el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal; por otro lado, en el art. 31 de ese código se consagra un derecho de liquidación que se desprende del delito que será demandado por vía verbal sumaria ante el presidente del Tribunal de Garantías Penales que dictó la sentencia, quien será el competente para resolver el caso. 2.- **El daño moral proveniente de un cuasidelito**, se debe demandar ante el juez civil por vía ordinaria según el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil. 3.- **El daño moral contra instituciones públicas**, se debe demandar ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del demandante, correspondiendo el tramite contencioso administrativo, conforme las normas de los Arts. 217.8 y 185.6 del Código Orgánico de la Función Judicial. 4.- **Acciones contra el Estado por retardo injustificado e inadecuada administración de justicia**, error judicial, violación del derecho a la tutela efectiva y por violación de los derechos al debido proceso se demandaran ante las juezas y jueces de lo contencioso administrativo y de acuerdo al trámite contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, de acuerdo con los Arts. 32 y 217.6 del Código Orgánico de la Función Judicial. 5.- **Las acciones por responsabilidad personal de juezas y jueces, fiscales y defensoras y defensores públicos** se sustanciarán ante el juez de lo civil, pero en la vía verbal sumaria, según el Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial. Estas normas deben ser consideradas por*

*los juzgadores, abogados y usuarios en general del servicio de justicia al momento de plantear y conocer de una acción por daño moral a efecto de evitar nulidad por efectos de competencia o de trámite*⁴².

La antes citada Jurista nos dice claramente cómo se tiene que diferenciar de donde proviene el daño para poder plantear la demanda correspondiente ante el juez competente para resolver tal situación jurídica de una manera adecuada y así evitar el archivo de la causa o lo que es peor el accionante sea procesado en acción de retorno.

El Código Civil determina quién debe reclamar por el daño moral. En el artículo 2233 precisa quien es el titular del derecho a la acción por daño moral.

“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 intentar sus derechos habientes, 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.”*⁴³

La persecución del daño moral es personalísima de la víctima u ofendido.

Esta responsabilidad puede ser asumida en el caso de incapaces y menores de edad, por sus representantes legales, el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, aunque no existe una disposición que faculte a los allegados, lo que significan una limitación que en determinado momento perjudicarían al sujeto pasivo del daño. Por último existe la posibilidad del reclamo por parte de los herederos del causante.

⁴² AGUIRRE SUÁREZ Paulina, Aportes al Derecho. Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia. Edición Nro. 6.

⁴³ Código Civil

El código civil destaca la naturaleza especial que tiene el daño moral con relación a otras situaciones fácticas. En el artículo 2234 habla de la independencia de las Indemnizaciones al señalar que las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.

El artículo 2235 establece *“la prescripción de las acciones por hecho ilícito Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”*. Desde que se produjo el Daño Moral, siempre y cuando no exista sentencia ejecutoriada, la acción para perseguirla prescribe en cuatro años. Se le sigue en juicio ordinario, ante Juez de lo Civil, y si existe sentencia se tramita ante el Tribunal Penal que emitió la sentencia.

El Código Civil prescribe acción popular ante el daño moral contingente. Lo contingente se refiere a lo probable, posible, accidental, circunstancial, aventurero que amenace a persona indeterminada, por eso se habla de daño probable, daño posible, daño eventual, daño accidental, daño circunstancial; y daño aventurero, que proviene de la imprudencia o negligencia que amenace, tal el caso de colocar sin seguridades floreros al filo del balcón.

Cualquier persona puede demandar el daño y perjuicio que puede ocasionar el hecho y/o el objeto amenazante. Pero si la amenaza es a persona

determinada o indeterminada surge el derecho de, sólo esa persona, y nadie más, iniciar la acción.

El artículo. 2236 refiriéndose a la acción popular por daño contingente menciona que: *“por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.”*⁴⁴

En síntesis, el primero es daño colectivo, indeterminado, en donde cualquiera reclama daños y perjuicios; y, es individualizado a persona determinada; este reclamo es personalísimo; y en uno y en otro caso, además, el daño moral.

Para el caso de la denuncia colectiva, nuestro Código Sustantivo Civil establece garantías y es así que en el artículo 2237 refiriéndose a los derechos de quien ejercita la acción popular se establece que si las acciones populares a que dan derechos los artículos precedentes parecieran fundadas, *“será el actor indemnizado de todas costas de la acción, y se le pagara lo que valgan el tiempo y diligencias empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica la Ley en casos determinados”*⁴⁵.

Más allá de lo que literalmente diga el verbo “parecieran”, la demanda tiene que estar debidamente fundamentada, so pena que, de no ser así, se corre el riesgo de que la acción sea rechazada por el juzgador o, lo que es peor, el

⁴⁴ Código Civil

⁴⁵ Código Civil

accionante sea procesado en acción de retorno. Al actor se debe indemnizar por costas procesales y el tiempo llevado en la tramitación del caso, valor que debe ser apreciado por la sana crítica del juzgador, por cuanto no existen parámetros fijos para un cálculo preciso.

4.3.4. **El Proceso Civil.**- El Código Civil no preceptúa expresamente cual es la vía judicial para el reclamo de daños y perjuicios en el daño moral. Es el Código de Procedimiento Civil el que llena este vacío procesal en el artículo 59: *“Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”*.⁴⁶

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Elemental Jurídico, menciona que con toda propiedad nos dice al respecto: *“juicio ordinario es el que se sustancia con mayores garantías para las partes, donde las pruebas pueden ser más completas y más extensas las alegaciones, por los lapsos mayores que para las diversas actuaciones y trámites se establecen. Constituye el juicio tipo del enjuiciamiento civil, y se conoce más con los nombres del juicio ordinario o de mayor cuantía.”*⁴⁷

Entre las características de este proceso tenemos:

- a) Se lo realiza ante un juez civil;
- b) Sus términos para sus pasos procesales son más dilatados, así: el juez no tiene término para calificar la demanda; esta carencia de un

⁴⁶ Código Civil

⁴⁷ Código Civil

término que obligue generalmente dilata este paso procesal. Para la contestación a la demanda tiene un término de 15 días; si hay renovación, concede 15 días para la contestación a ella; para la junta de conciliación tampoco hay un término establecido, lo que igual dilata el proceso; el término de prueba es de 10 días; la sentencia, por el artículo. 288 del C. P. Civil, tiene un término de 12 días para ser expedida, y se agregará un día más por cada cien fojas;

- c) Admite reformas de demanda como establece el artículo 70 inciso primero del Código de Procedimiento Civil: “No podrá cambiar la acción sobre que versa la demanda, después de contestada por el demandado; pero se la puede reformar, antes que principie el término probatorio, pagando al demandado las costas ocasionadas hasta la reforma”;
- d) Admite reconvencción, como se sabe, como institución jurídica es, a decir de Cabanellas en su Diccionario Jurídico, *“procesalmente, “la demanda del demandado”*; *la reclamación judicial que, al contestar la demanda, formula la parte demandada contra el actor, que se hace ante el mismo juez y en el mismo juicio*”. (T. VII, p. 49). Nuestro Código Adjetivo Civil en su artículo 398 determina un término de quince días para contestar la reconvencción, la que por ser considerada procesalmente como un incidente del juicio principal, deberá ser resuelta conforme el artículo. 106 del C. P. Civil: “Las excepciones y la reconvencción se discutirá al propio tiempo y en la

misma forma que la demanda, y serán resueltas en la sentencia”, por el mismo juez que conoce la causa principal;

- e) Posee dos instancias más los recursos de apelación, de hecho, de nulidad; y, de casación.

4.3.5. Etapas.-

Producido el hecho a perseguirse y a juzgarse, el iter procesal ordinario civil está dado por las siguientes etapas:

- 1) Demanda;
- 2) Calificación de la demanda;
- 3) Citación a la parte demandada;
- 4) Contestación a la demanda
- 5) Reconvención en la contestación a la demanda (como posibilidad);
- 6) Término para contestar a la reconvención;
- 7) Junta de conciliación (total o parcial);
- 8) Término de prueba;
- 9) Sentencia;
- 10) Aclaración o ampliación de sentencia (posibilidad);

11) Impugnación: apelación, nulidad. En la apelación: fundamentar el recurso en 10 días, artículo. 408. C. P. C., la contestación de la otra parte en 10 días, artículo. 409. C. P. C., apertura de la causa a prueba por 10 días, artículo.410.C.P.C;

12) Recurso: casación, revisión;

13) Acción extraordinaria de protección constitucional.

4.3.6. **Sentencia y Valoración del Daño Moral.-** Hay que sancionar a quien comete el delito o cuasidelito para llegar a la indemnización de daños y perjuicios. El dolo o la negligencia, la imprudencia, la impericia tiene que pagar su carga de responsabilidad social, y esto se vislumbra en la sentencia, la que deberá reflejar la realización no solo del Derecho sino de la misma justicia.

Para Guillermo Cabanellas, motivar, significa: *“Fundar, razonar un fallo o una resolución”*. En concreto motivar una sentencia no es otra cosa que la fundamentación de la misma basándose en los fundamentos tanto de hecho como de derecho. La sentencia tiene que narrar como se cometió el delito o cuasi delito, como exige la teoría críminis, y luego esos hechos narrados empatar, por su nexo de pertenencia y proximidad, con la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la sana crítica, de tal forma que las partes queden satisfechos con un fallo razonado en el que el Estado tutele, con propiedad, el bien jurídico protegido.

La importancia de la motivación, llamada también fundamentación, en las resoluciones está establecida también en los artículos 274 del Código de Procedimiento Civil: “ En las sentencias y en los autos se decidirán los puntos que fueren materia de la resolución, fundándose en la ley y en los méritos del proceso; a falta de Ley, en precedentes jurisprudenciales obligatorios, y en los principios de justicia universal.”, en el 276 ibídem: “En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior.” Es así de gravitante la fundamentación en una resolución donde se dirime deberes y derechos, que ha sido elevada, y con razón, a principio constitucional.

En efecto, la Carta Magna dice en su artículo 76: *“en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

- 1) *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 consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”⁴⁸*

⁴⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a enero del 2010.

En la motivación del daño moral, el juzgador debe referirse obligadamente, de manera clara, explícita y concreta a cada uno de los factores que se ven involucrados necesariamente en el caso: psicológico, cultural, económico, social, político, laboral, etc.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Determinación del valor de la Indemnización por Daño Moral en México.-

En México como en otros países el daño moral no es universalmente aceptado. Su origen proviene de la Doctrina Francesa y ha sido traducido directamente en otras legislaciones. Sin embargo algunos autores lo denominan daño no patrimonial, daño inmaterial, daño económico o daño extra patrimonial, pero todos ellos se refieren a lo mismo.

Autores como Baudry- Lacontinerie y Barde lo definen como:

*... “Todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo... El daño comprende: la desconsideración que significa para la persona atacada al resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son a veces, la consecuencia del hecho dañoso”.*⁴⁹

Ortis Ricol, sostiene en su obra Valoración Jurídica del Daño Moral, que: *el daño moral es... daño inferido en derechos de la estricta personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica... es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales.*

⁴⁹ BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, Troite Theorique et pratique de droit civil, 2da. Ed., Paris. Librairie de la Societe du Recueil General des Jois et des Arrêts, 1905, tomo III, 2da Parte, pp 1099.

Como vemos en la transcripción de los autores antes citados coinciden al referirse al daño moral como aquel detrimento patrimonial no afectivo, que sufre una persona por la conducta ilícita de otro, lo cual nos lleva a concluir que se trata de algo subjetivo, difícil de valorar, lo único cierto es que este daño debe ser cierto, personal y causado por un hecho ilícito.

El Código Civil de México en el artículo 1.916 señala 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. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

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

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

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

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original. "⁵⁰

⁵⁰ CÓDIGO CIVIL DE MEXICO, tomado de la página web

De esta forma, el Código Civil de México consigna una tutela jurídica de los derechos personales.

En México se repara el daño moral 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".

Coincide con la legislación ecuatoriana en reparar mediante una suma de dinero, el monto indemnizatorio se determina de acuerdo a la gravedad de los derechos lesionados, la participación o responsabilidad del causante del hecho ilícito y una cuestión que se diferencia de la legislación ecuatoriana es que se valora la situación económica del responsable y la víctima, lo que da un rango de desenvolvimiento para fijar un monto indemnizatorio de acuerdo a la realidad económica, posición social de la víctima como del victimario.

4.4.2. El Daño Moral en Argentina y su forma de indemnizar.-

En Argentina se conceptualiza al daño moral de manera muy similar al del resto de legislaciones de América señalando como el padecimiento de índole espiritual que sufre una persona herida en sus afecciones legítimas. Se considera que está en juego un interés jurídico de orden afectivo, es la incidencia del acto ilícito en la psiquis del damnificado.

Sobre la reparación de los daños morales en Argentina el tratadista Eduardo A. Zanoni en su obra El daño en la responsabilidad civil, señala:

"Dos grandes líneas de pensamiento han dividido, y dividen aún hoy a la doctrina. Por una parte están los que consideran que la reparación del daño moral constituye UNA PENA, es decir, una sanción al ofensor. Por otra parte, la mayoría de los autores prefiere considerar que la reparación constituye un auténtico RESARCIMIENTO.

La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción (pena) al ofensor parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal, INSUCEPTIBLE DE VALORACION PECUNIARIA Y POR ELLO no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima sino el castigo del autor". En las antípodas, la doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es RESARCITORIA y no punitoria. El enfrentamiento de ambas tesis -resarcitoria y punitoria- trascendió a los proyectos de reforma al Código Civil.

La reforma de 1968 ha venido a poner punto final al debate hermenéutico acogiendo sin duda, la tesis amplia en el nuevo texto del artículo 1.078: La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, sin sujeción a que el acto constituya delito del derecho criminal."⁵¹

En Argentina no se considera un delito de tipo criminal al daño moral, sin embargo existe la obligación de reparar o resarcir a la víctima en dinero, el autor antes señalado menciona que anteriormente había dos corrientes que chocaban en el Código Civil Argentino, refiriéndose al carácter de la reparación del daño moral, mientras que para unos era una pena por el acto o hecho ilícito, para otros era resarcitoria no punitoria.

El Código Civil de Argentina en lo referente al daño moral y su reparación señala:

"Art. 1.078. La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

⁵¹ ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1987. Pág. 290

Art. 1.083. El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero⁵².

Bueno aquí si hay diferencias notables con respecto a nuestro Código Civil del Ecuador, porque en Argentina se señala claramente que se debe reparar del agravio moral a la víctima cuantificando las pérdidas, e intereses claro que hubiese dejado de percibir a causa del hecho ilícito.

Otro aspecto que se señala que el resarcimiento consiste en la reposición de las cosas a su estado anterior y cuando esto no fuese posible, la indemnización se la fija en dinero o se le da el tipo de opcional para el damnificado o víctima que vendría a ser que la acepte que se le repare con dinero. No es obligatorio en Argentina indemnizar con sumas de dinero a quien haya sufrido daño o agravio moral.

Pero el problema acuciante aparece también en Argentina, cuando se trata de establecer con cierta certeza su valuación ya que como medir los sentimientos o el dolor padecidos.

Se ha intentado delinear pautas para su determinación, por ejemplo a los efectos de determinar la cuantía del daño moral, señalando que entre otros factores, debe tomarse en cuenta la gravedad de la culpa, las condiciones personales del autor del hecho y de la víctima, así como la extensión de los daños materiales, si existieren.

En Argentina para fijar la cuantía del resarcimiento del daño moral el juez accionante debe valorar la condición social y cultural de las partes, la

⁵² Código Civil Argentino, tomado del Internet.

jerarquía de magistrado del ofendido, la capacidad económica del ofensor y la magnitud de la lesión en los sentimientos del damnificado, no solo por la repercusión que produjo en su ánimo la denuncia sino por las consecuencias que la misma pudo provocar en su carrera.

En efecto, el principal problema que genera la cuantificación del daño moral es que no existen reglas rígidas o que puedan aplicarse en todos los casos o que puedan representarse en fórmulas matemáticas, pero debería haberlas a mi criterio personal para todas la legislaciones del mundo.

4.4.3. **La determinación del valor de la Indemnización por Daño**

Moral en Chile.- La legislación chilena al respecto es la siguiente:

"Art. 2.331 del Código Civil. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación".

El artículo 14 del Código Penal chileno independiza totalmente la posibilidad de seguir una acción civil separada de la penal, al disponer: "Art.14 Extinguida la acción civil no se entiende extinguida por el mismo hecho la acción penal que nace del delito.

La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido para el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente cuando se trate de delitos que deban perseguirse de oficio".

La jurisprudencia chilena acoge la doctrina que conceptúa el daño moral como la lesión, pérdida o menoscabo de un bien puramente personal, no susceptible de valuación o tráfico económico. Sin embargo de esta filosofía, el daño moral es en Chile indemnizable, pues la Ley es amplia y no limita la indemnización a los daños materiales, ya que los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil no hacen distinción y obligan a la reparación de todo daño.

En materia de prejudicialidad los tratadistas chilenos piensan que "la responsabilidad civil se impone sin perjuicio de la pena que corresponde al criminal, y la responsabilidad penal trae consigo la acción para obtener la reparación o indemnización debida a la víctima".

En cuanto al monto de la indemnización, los jueces están facultados para regularlo prudencialmente tomando en cuenta el modo como se produjo el delito o cuasidelito y todas las circunstancias que influyen en la intensidad del dolor o sufrimiento.

En realidad, hoy en día *casí la* totalidad de las legislaciones recogen la institución del daño moral, habiéndose en este análisis tan solo citado tres de las latinoamericanas.

4.4.4. El Daño Moral en España y su Forma de Cuantificar la Indemnización.

En España se considera a la reparación del daño moral como sanción al ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son

resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar.

El daño moral en España constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de actuar propia del afectado. Es difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aún que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria.

Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactivo, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

La indemnización va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia española sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

Es así que en España la ley 30/95 sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, dispone en el inciso 7º de su Anexo: *"La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud"*. Los montos indemnizatorios son fijados por los baremos que incluye el Anexo, la determinación de los montos indemnizatorios genera gran incertidumbre, y para contribuir a despejarla es útil el auxilio de baremos, tablas o índices siempre que les sea asignado el mero alcance de indicadores auxiliares.

El Dr. Ramón Macià Gómez, en su libro el daño Moral, al respecto nos dice:

"Aunque, debemos insistir en que el daño moral, por sí mismo, carece de una genérica valoración económica, no por eso no pueden ser objeto de indemnización, en cuanto esta sirva para compensar los sufrimientos psíquicos antes enumerados y descritos, y ello aunque el dinero no actúe como sustitutivo directo, como lo hace en el caso del resarcimiento por los daños materiales de la pérdida de valores que conlleva el daño. Por eso mismo, sólo a modo de ejemplo podemos transcribir el "Baremo del Precio del Dolor" los que crearon Tribunales Franceses conexión íntima con un problema de bases de datos estadísticos que pudieran servir de antecedentes a los jueces y a las partes procesales en la determinación del daño moral (estas baremaciones Pueden ser consultadas en: – www.minitel.fr o también en www.fnvictimesdelaroute.asso.fr). La tabla referida francesa es la siguiente:

Afección, dolores y molestias Pretium doloris.

- 1 .- Muy Leves 500 a 750 €.*
- 2 .- Leves 750 a 1800 €.*
- 3 .- moderados 1800 a 4.000 €.*
- 4 .- Medios 4,000 un 6.000 €.*
- 5 .- Algo importantes 6,000 € 12.000.*
- 6 .- Importantes 12.000 de 18.000 €.*

7.- Muy importantes 18.000 € y más.

Esta tabla ni es axiomática ni tiene carácter imperativo en el Derecho Español, pero sí Qué podría servir para guiar, tanto al abogado, al juez como, por el sistema analógico, para la fijación de unas cifras indemnizatorias, y en la actualidad en España, que no siempre están sujetas a un criterio razonado o razonable.

Por diferentes, variadas y convincentes razones, que confluyen en el aspecto subjetivo del daño moral, en el sistema español de fijación de Indemnizaciones no existe ningún tipo de baremo como es el del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios Causados a las Personas en Accidentes de Circulación, del Real Decreto Legislativo 8 / 2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos Motor. Sin embargo, del análisis de la metodología e indicaciones de este sistema podríamos deducir LAS SIGUIENTES conclusiones, evidentemente aplicables al tema que nos ocupa:

1 º) La Indemnización por daño moral debiera ser igual PARA CUALQUIER persona, atendidas sus circunstancias personales, Con derecho a la misma.

2 º) Las indemnizaciones que fija este sistema para la muerte y para las lesiones permanentes incluye la indemnización por los daños morales.

3 º) El sistema establece unos factores correctores para la indemnización por muerte y por lesiones permanentes, que podrían ser bien aplicables los daños morales.

Resulta evidente, al contrario de los daños materiales, que el daño moral, siempre debe ser considerado de forma individualizada, atendiendo a la específica repercusión que el mismo tiene para cada Individuo, así como que el daño moral, provoca un estado psíquico que limita las posibilidades de disfrute y ganancia del individuo, es decir, la calidad de vida de la persona, y esto es siempre personalísimo y de generalización imposible, pues cada individuo tiene tanto una posición social determinada como unas expectativas futuras específicamente propias. Partiendo de esta concepción, para la determinación de dicho daño tendríamos que valorar la pérdida de calidad de vida de cada persona concreta y las exactas y consecuencias de cada acción dañina particularmente infringida.

En cuanto al método sistemático para efectuar esta valoración del daño moral resulta necesaria la aplicación de un protocolo predeterminado compuesto por unas actuaciones consecutivas que podríamos sintetizar en las siguientes:

a) En primer lugar, el médico forense realizará una historia clínica del perjudicado, incluyendo referencias al daño moral de un valorar.

b) Después, un Médico Psiquiatra realizará una exploración clínica, cuya finalidad se centrará en obtener una estimación del porcentaje de pérdidas de actividad global o expectativas reales VINCULADAS un personaje dicha, A PARTIR DE protocolos médicos criterios y psicométricos avalados por la

estadística que permitan una medición efectiva y contrastable de las actividades y posibilidades de futuro las del perjudicado antes del daño y en el momento del análisis. En ocasiones, además, un psicólogo realizará una exploración clínica y psicométrica coincidente y complementaria a la efectuada por el Médico Psiquiatra.

c) Finalmente, el médico forense procederá a elaborar un Informe de síntesis, en el que se concretará la pérdida de calidad de vida que corresponde al promedio de los porcentajes detectados, en sus áreas correspondientes, por parte del psiquiatra y del psicólogo, que entregara al Juez⁵³.

Como podemos apreciar en la parte relativa al establecimiento de montos de indemnización aquí hay diferencia de como se establece con el Ecuador, en razón que el derecho español existe barómetros o tablas de cálculo para establecer los montos indemnizatorios aunque no son de carácter vinculante para los jueces pero si son herramientas en las que se toma de referencia para determinar una cuantificación por daño moral, al tratar a la sanción por daño moral como ejemplarizadora, se establecen homologadamente unos montos establecidos para todos los casos.

El Daño Moral en Francia y su Forma de Cuantificar.-Para este tema tiene gran importancia el conocimiento de esta legislación por la influencia que el Código Civil Francés ha ejercido en casi todas las legislaciones, especialmente en las dictadas en el siglo XIX, llegando algunos países adoptarlo íntegramente o amoldados a las peculiaridades, costumbres de cada país. Por algo se ha dicho que el Código Civil Francés fue adoptado por las demás naciones sea por la razón o la fuerza.

⁵³ Código Civil Argentino, tomado del Internet.

El sistema francés ha experimentado una sorprendente evolución en materia de responsabilidad en general y, muy destacadamente en materia de daño moral.

La apreciación y evaluación del daño moral se rige por dos principios básicos, reconocidos por la mayoría de los sistemas más desarrollados, ellos son el principio de reparación integral del perjuicio y el poder soberano de los tribunales de fondo en la evaluación de los perjuicios.

Sobre la reparación integral el derecho francés permite poner en constante cuestionamiento los métodos de evaluación de los perjuicios, de modo que se permita su adaptación inmediata a las situaciones particulares y a las nuevas posibilidades de alivio de las víctimas provenientes de la evolución de las ciencias, de las técnicas y de las condiciones sociales.

En lo que respecta a la fijación de montos por cada una de las especies de perjuicios no patrimoniales a que la víctima puede aspirar, esto no se ha impuesto por vía de reforma legislativa, pues no existe texto legal que imponga montos particularizados para cada especie, sino que en la práctica los tribunales han tomado espontáneamente el hábito de aislar cada uno de los perjuicios no patrimoniales que se producen como consecuencia de un accidente corporal y evaluarlos separadamente, es así como suele encontrarse una referencia específica para el *pretium doloris*, perjuicio estético, perjuicio de agrado y perjuicio de afecto o de afección que son consideradas como las cuatro categorías esenciales. Otra forma destacable de avanzar en la armonización de las evaluaciones que se realizan en

Francia ha pasado por la exigencia establecida por ciertos cuerpos legales en materia de responsabilidad de que se efectúen publicaciones periódicas de las indemnizaciones fijadas por los tribunales de justicia o acordadas en acuerdos transaccionales.

En conclusión existe en Francia algunos baremos de reparación, que como en todos los sistemas que los han establecido, se limita fundamentalmente al daño corporal. Ellos son el producto de una espléndida colaboración entre médicos expertos del daño corporal y abogados especialistas en la materia que ha permitido idear variados baremos y tablas de evaluación que, por ahora, son meramente orientativos para los tribunales.

Es la legislación más vanguardista y de avanzada sobre la forma de establecer montos indemnizatorios que se adecuen a baremos o tablas de referencia, que es lo que planteamos en nuestra tesis de grado sobre establecer unos montos mínimos y unos montos máximos de indemnización acordes a la realidad nacional y así evitar posibles abusos al interponer demandas por daño moral y evitar enriquecimientos sin razón en unos casos y empobrecimientos sin razón en otros fruto de esta amplia libertad que le da al juez el determinar el monto indemnizatorio.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. Materiales Utilizados.-

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó como materiales de estudio la encuesta, la entrevista, el internet, una grabadora y como métodos de investigación el deductivo, inductivo, analítico, sistémico, empírico, que permitió abordar el tema y su problemática con una mejor objetividad científica y práctica.

5.2. Métodos.-

En cuanto a los métodos a desarrollar en la presente investigación se utilizó el método científico, como el método más adecuado para llegar a comprender la problemática del Daño Moral y su determinación del valor de la indemnización.

5.2.1. Los métodos Inductivo y Deductivo: Permitieron conocer la realidad del problema a investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general, y segundo partiendo de lo general para a lo particular y singular del problema.

5.2.2. El Método Descriptivo: Abarca en si la realización de una descripción de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los problemas existentes en nuestra sociedad. El Método Analítico; me permitió estudiar el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político y económico; y analizar así sus efectos.

5.2.3. El Método Comparativo: Es un método que permite equiparar dos objetos de estudio de similar naturaleza, el cual lo utilicé en la comparación de las legislaciones civiles extranjeras respecto de la de nuestro país, concretamente en la legislación de otras naciones comparada con la nuestra.

5.3. Procedimientos y Técnicas

La observación, el análisis y la síntesis desarrollados, me permitieron obtener la información sustancial para desarrollar la presente investigación, auxiliándome con técnicas adecuadas para la recolección de la información, tales como el fichaje bibliográfico; y que se lo aplico en el desenvolvimiento de la doctrina y la normativa legal.

5.4. Fases.

5.4.1. Fase de recopilación:

Consistió a la etapa de selección de la bibliografía a emplearse y la formulación del marco referencial sobre el tema- problema planteado y la correspondiente elaboración de los contenidos teóricos.

Se utilizó las técnicas de investigación científicas como: fichas bibliográficas, nemotécnicas, se obtuvo información empírica o de campo, con dicho fin se aplicó encuestas y una entrevista a personas que su opinión sirvió de orientación del presente trabajo; se dio utilidad a todos los medios técnicos y tecnológicos que guarden información científica.

5.4.2. Fase de sistematización.-

Procedí a organizar y sistematizar los contenidos teóricos en orden cualitativo, histórico, cronológicos; la información empírica se hizo mediante el sistema de procedimiento de datos.

5.4.3. Fase de presentación.-

La información bibliográfica recopilada durante el proceso de la investigación, fue sistematizada y expuesta a través de enunciados y contenidos teóricos; y los resultados que arrojó el trabajo de campo, se lo proceso a través de la elaboración de cuadros estadísticos.

5.4.4. Fase de discusión.-

La información obtenida fue objeto de un prolijo análisis crítico reflexivo; y, los datos empíricos se los sometió a un análisis estadístico simple.

5.4.5. Fase de síntesis.-

Correspondió a la operatividad y verificación de los objetivos planteados en la investigación; se elaboró las conclusiones y las recomendaciones a las que nos llevó la ejecución de la investigación; para finalmente elaborar la reforma a la Ley enunciada.

5.5. Técnicas.-

Las técnicas utilizadas, fueron la de Observación, la cual permito obtener información correcta del objeto a investigar, la lectura científica, análisis de

contenidos que permitieron la información necesaria para la estructura de la investigación, de dialogo, a través de la cual, se pudo lograr interrelacionar con los abogados en libre ejercicio y con autoridades judiciales y administrativas de la Corte Nacional de Justicia. La técnica de la entrevista que se realizó de manera directa con profesionales del Derecho para obtener información relevante sobre la Investigación.

Y por último la técnica de la encuesta, con la cual se diseñó el formulario de preguntas que luego se aplicó.

6. RESULTADOS

6.1. ANALISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA.

La presente investigación jurídica, desarrollada en la Ciudad de Quito, de conformidad al proyecto de investigación, que dentro de su contexto, doctrinario y normativo, tomando como estudio la problemática planteada, se hace relevante del establecimiento de un monto a la determinación del valor de la indemnización del daño moral y no dejar a la prudencia del Juez la determinación del monto como actualmente establece la normativa del Código Civil del Ecuador.

La investigación planteada se lo ha hecho en base a los instrumentos y medios, estuvo dirigida mediante la aplicación de 30 encuestas y 3 entrevistas, estructuradas sobre los principales aspectos de la problemática en estudio, así como los objetivos e hipótesis; y que fuera contestada por profesionales del derecho y funcionarios judiciales, tanto de los objetivos como de la hipótesis.

Cumpliendo con la metodología de trabajo trazada en el proyecto de investigación, al desarrollar este tipo de metodología aplicable en la realidad jurídica, orgánica, social y ante todo económica; han sido considerados los profesionales del Derecho, así como a Funcionarios Judiciales de la Corte Nacional de Justicia.

ENCUESTAS:

PREGUNTA UNO

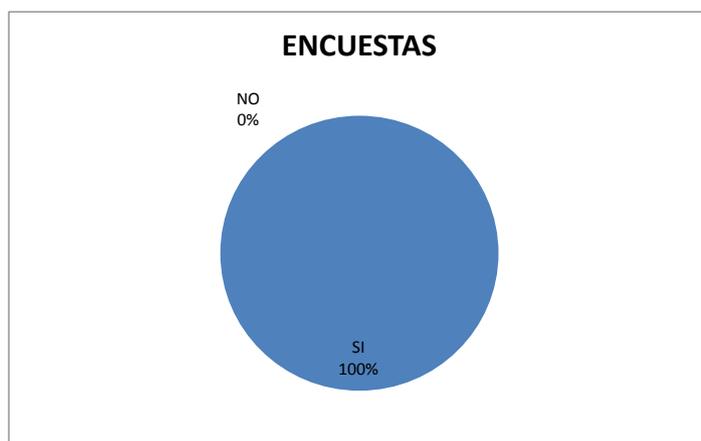
1.- ¿Conoce usted que es el Daño Moral y su trascendencia en la sociedad?

Gráfico Nro. 1

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

Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia



Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia

INTERPRETACIÓN:

En esta pregunta de los treinta encuestados, en la totalidad del porcentaje manifiestan conocer el Daño Moral y su trascendencia en la sociedad en

razón de que todos son profesionales del derecho, esto equivale al 100 %, lo cual es la totalidad de la muestra.

ANÁLISIS:

En esta pregunta se determina que esta institución jurídica denominada Daño moral es conocida en general por todo profesional del Derecho y por tanto se convierte en un tema de interés general el mismo que debe ser tratado con toda la seriedad del caso y adecuarse a las necesidades sociales de la actualidad, además se preguntó su impacto en la sociedad del cual se menciona ser ampliamente utilizada y de gran trascendencia en la vida de las personas en el Ecuador, por lo que se la debe tratar con mucho tino para evitar que se utilice para otros fines y se aleje de la razón verdadera de existir que es una protección de los derechos extra patrimoniales.

PREGUNTA DOS

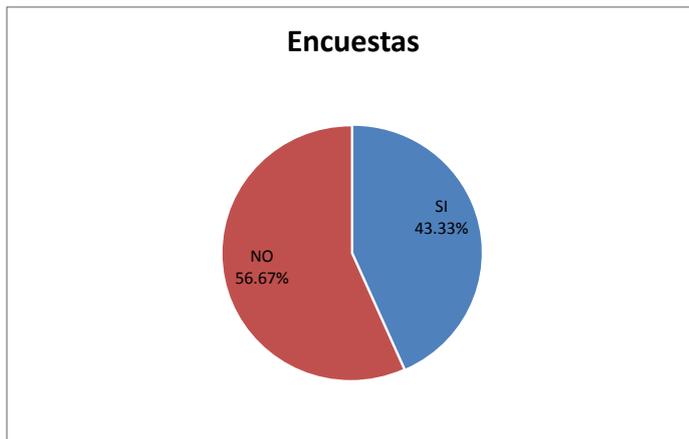
2. Está de acuerdo con lo que está dispuesto en el Código Civil sobre el Daño Moral?

Gráfico Nro. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	13	43.33 %
NO	17	56.67 %
TOTAL	30	100 %

Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia



Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor
Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia

INTERPRETACIÓN

En esta pregunta 13 personas estuvieron por el si, lo que viene a ser el 43.33 % de la muestra y el resto que es el 56% no está de acuerdo con lo que señala el Código Civil referente al Daño Moral.

ANALISIS:

Las personas que estuvieron por el SI señalan que es la manera de hacer efectiva el derecho al reclamo cuando hayan sufrido o sido víctimas de un acto ilícito que afecte sus derechos, mencionan estar satisfechas con el alcance de las disposiciones legales existentes, lo cual señala que en verdad no hay mucho que reformar en estas disposiciones, al contrario mejorarlas y hacerlas efectivas para que tengan una precisión de cirujano para atender cuando se las requiera en la vida de las personas.

Las personas que se pronunciaron por el NO señalan que no se debe dejar a la prudencia del Juez la determinación del monto a indemnizar, que es muy subjetivo y generalizado, aquí es donde nos dan razón al planteamiento de poner un tope de indemnizaciones, no se trata de poner precio a un derecho, más bien lo que se trata es de evitar que se abuse de una institución tan noble que se ha creado y que las indemnizaciones sean vistas como darle razón el juez por la merma de un derecho extra patrimonial. La sentencia que emite un juez es darle la razón a una pretensión justa de una persona que siente que se provocado una merma en sus derechos, y mas no tomarle como una forma de sacar réditos económicos descomunales y sacar de contexto a la institución jurídica del daño moral.

PREGUNTA TRES

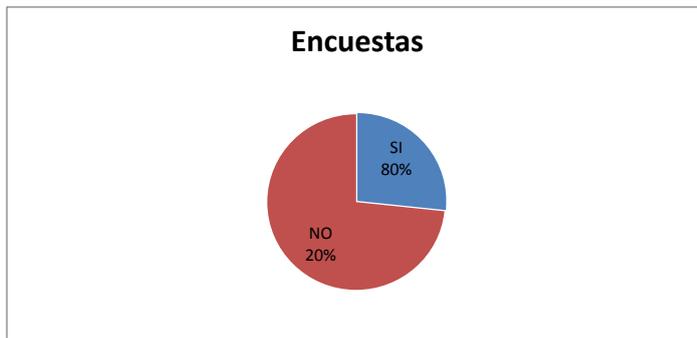
3.- Conoce usted, si se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, y si se ha resarcido de manera equitativa el daño ocasionado a la víctima?

Gráfico Nro. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	22	80 %
SI	8	20%
TOTAL	30	100 %

Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia



Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor
Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia

INTERPRETACIÓN:

De los treinta encuestados, 22 responden que no conocen que se haya sancionado por daño moral a quienes lo han ocasionado, peor que haya sido de manera equitativa y el resto que es el 20% señala que si se ha sancionado y considera que es de manera equitativa.

ANALISIS:

Las personas que respondieron negativamente lo hacen no desconociendo la estadística jurídica, sino más bien en base a que a los que verdaderamente ocasionan daño moral muchas de las veces no son sancionados por diferentes motivos, sean estos mal formuladas las demandas, pretensiones exageradas, además señalan que cuando se sanciona esta no es en forma equitativa así como en ciertos casos hay montos que superan la racionalidad y prudencia del juez, el honor y los derechos extra patrimoniales no deben ser medidos en dinero, al contrario

reconocidos y resarcidos con unos montos acordes a la realidad nacional y no en exageradas sumas de dinero, la manera de reconocerlos es cuando un Juez señala que si hubo vulneración de derechos y resarcir es cuando se manda a pagar una cantidad de dinero que no debe ser exagerada.

Las personas que respondieron si señalan que por marañas de abogados inescrupulosos o jueces han permitido que no se sancionen.

Los encuestados que respondieron afirmativamente señalan que si se ha sancionado por este tipo de daño extra patrimonial y que está bien establecida las sanciones que por ello se ha aplicado, para este grupo de personas no hay razón de establecer ningún cambio en la legislación vigente.

PREGUNTA CUATRO

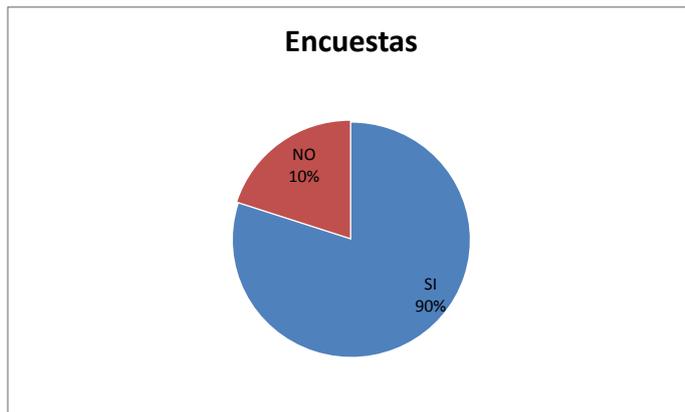
4.- ¿Considera Usted que ha generado excesos tanto en quien se siente víctima de DAÑO MORAL, como en el juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada?

Gráfico Nro. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	3	10 %
TOTAL	30	100 %

Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia



Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor
Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia

INTERPRETACIÓN

El 90 % de la muestra se pronuncia a favor de esta pregunta, responden afirmativamente y el restante 10 % tiene una opinión distinta que menciona que no se ha generado excesos tanto en la victima al formular la demanda, como el Juez al determinar los montos de indemnización.

ANALISIS

Las personas que respondieron con el sí, consideran que no se aplicaron principios fundamentales como el de la proporcionalidad que debe ejecutarse a base a la forma como se originó la acción, otros señalan que si bien el lucro cesante y el daño emergente se pueden calcular mas no así el perjuicio moral, pero en definitiva lo que se menciona es que para realizar la formulación de la cuantía no hay restricción de ninguna clase, no hay límites de ninguna naturaleza, se puede pedir lo que se crea conveniente a las

pretensiones personales, así también en lo que respecta a la decisión de los jueces está queda al libre estimación de cada uno de ellos, en el momento como están establecidas las sanciones, las leyes que rigen sobre la materia se deja a la prudencia del juez, a la sana critica que esta persona estime sobre el tema, lo que deja un enorme campo abierto de interpretación personal.

Las personas que dijeron no mencionan que dependen del caso, de la afectación que se causó a la víctima o la estimación que hace el juez del caso en base a la pretensión planteada por la persona que se siente víctima.

PREGUNTA CINCO

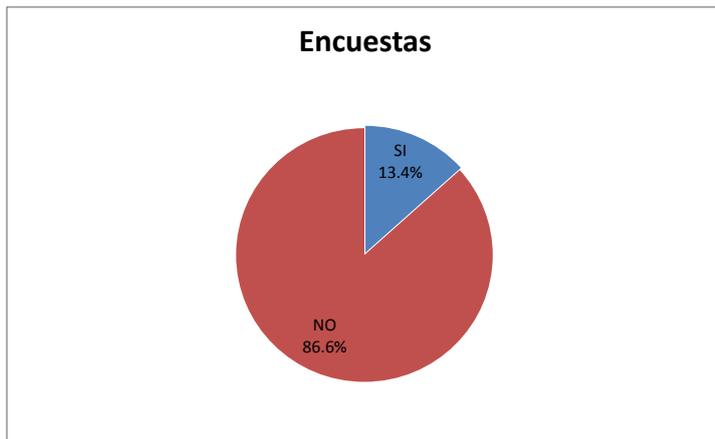
5.- Está de acuerdo usted, que se deje a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización a la víctima por Daño Moral y no exista un marco legal que regule los montos a indemnización de acuerdo a la realidad nacional?

Gráfico Nro. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	13.4 %
NO	26	86.6%
TOTAL	30	100 %

Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia



Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor
Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia

INTERPRETACIÓN:

En esta pregunta se han pronunciado por el si apenas el 13.4% de las personas encuestadas y el 86.6 % se ha pronunciado por el no, lo que significa que la mayoría está en desacuerdo sobre lo que señala referente a este tema el Código Civil.

ANALISIS:

Las personas que respondieron en su mayoría que no, señalan que debe ser demostrado en porcentajes el perjuicio a la víctima, establecer parámetros legales en que regirse caso contrario se puede prestar para interpretaciones y aplicaciones que no corresponden, en razón que los daños morales son de difícil cuantificación, por lo que el juez ha de realizar un análisis prolijo del hecho que causo el daño moral y sus circunstancias, así como de las

calidades tanto del actor como de la víctima para determinar el monto de la reparación pecuniaria, pero es la víctima la que da la guía o pauta para esta determinación, el juez tiene total libertad para la determinación del monto de la indemnización, lo que ha conducido que se fijen cuantías exageradas, que han producido una tendencia a mercantilizar los daños morales, porque se despierta la codicia de alcanzar una reparación millonaria, ello ha producido que se propongan demandas por cualquier razón y la mayoría de las veces infundadas, lo cual ha creado inseguridad jurídica. En cuanto a las personas que respondieron afirmativamente no hay mucho que agregar en razón que están de acuerdo como está regulado actualmente esta institución jurídica y la forma de determinar la indemnización.

PREGUNTA SEIS

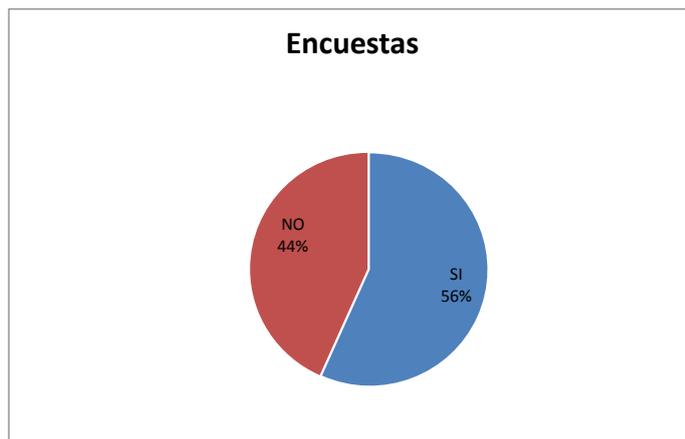
6.- Considera Usted, que se reformar el artículo 2232 del Código Civil a fin de establecer un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional y que el Juez no podrá determinar indemnizaciones inferiores a diez salarios mínimos unificados ni mayores a cien mínimos unificados?

Gráfico Nro. 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	17	56 %
NO	13	44%
TOTAL	30	100 %

Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor

Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia



Autor: Edgar Gerardo Albán Gaibor
Fuente: Funcionarios Corte Nacional de Justicia

INTERPRETACIÓN:

En esta pregunta 17 personas se pronunciaron por el si lo que representa el 56% y por él no se han pronunciado 13 personas.

ANALISIS:

Las personas que respondieron afirmativamente señalan que debe existir una base y un tope para evitar sanciones injustas, eso se acercaría a la verdadera justicia con marco de ley bien definido donde las partes gocen de seguridad jurídica al saber a qué atenerse.

Insisten que los daños morales son de difícil cuantificación, por lo que el juez ha de realizar un análisis prolijo del hecho que causó el daño moral y sus circunstancias, así como de las calidades tanto del actor como de la víctima

para determinar el monto de la reparación pecuniaria, se recomienda que se debe establecer un monto mínimo a partir del cual el juez fijara una indemnización y que es necesario también y fundamentalmente poner un tope máximo ; Si se fija una cantidad como tope mínimo” y al mismo tiempo se señala una cantidad como “cuantía de la pretensión”, no estamos más bien ante un tope máximo?.

Las personas que respondieron negativamente señala que no se debe establecer montos mínimos ni máximos, porque un daño moral que sufre una persona sea esta natural o jurídico no tienen forma de cuantificarse en dinero.

6.2. ANALISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.

Continuando con el cronograma establecido para el desarrollo de la tesis de grado, se procedió a realizar tres entrevistas a un Juez de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a un Juez de lo Civil de Pichincha y a un abogado en libre ejercicio, las mismas que se plantearon en seis interrogantes debidamente elaboradas y que respondieron de acuerdo a su conocimiento y punto de vista jurídico, relacionado con el tema de la presente investigación.

PRIMER ENTREVISTADO

ENTREVISTA DIRIGIDA A UN JUEZ DE CORTE NACIONAL.

Me permito solicitarle Señor (a) Profesional del Derecho, se sirva prestar su valiosa colaboración dando respuestas a las preguntas de la siguiente entrevista, toda vez que las mismas servirán de mucha utilidad para el desarrollo de la investigación jurídica titulada “**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL**”, previo al grado de Abogado en la Universidad Nacional de Loja, no sin antes expresarle a usted mi más sentidos agradecimientos.

Nombre: Dr. Wilson Efraín Andino Reinoso

Ocupación: Juez Nacional de la Sala Civil, Mercantil de la Corte Nacional de Justicia

1. Conoce usted, que es el Daño Moral?

Para llegar a un concepto de Daño Moral no es posible determinarlo con un tipo que abarque una concepción general y precisa de lo que es, más bien es lo que se entiende por dolor físico o moral que afecta al espíritu del individuo, por herir sus sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud a consecuencia de pesadumbres que le han sido ocasionados como consecuencia de un delito o cuasidelito. En definitiva se

podría decir que es una lesión o perjuicio causado a la persona moral del individuo.

2. Esta de acuerdo con lo que está dispuesto en el Código Civil sobre el Daño Moral?

El Código Civil es muy claro desde el Art. 2230 hasta el 2233 sobre el Daño Moral, considero que es una ley muy bien hecha, pero como el derecho es evolutivo y debe acoplarse a las necesidades de la sociedad, nada está hecha sobre tabla de piedra y van quedando ciertos vacíos que merecen llenarse, mediante una reforma legal que esté acorde a la realidad actual.

3. Conoce usted, si se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, así como si se ha resarcido de manera equitativa el daño ocasionado a la víctima?

Por supuesto que sí, si la pretensión es justa, tenemos variada jurisprudencia a dónde acudir y revisar las sentencias emitidas por las distintas judicaturas.

4. Considera usted, 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 o enormes fortunas en otros?

Si hay pretensiones absurdas en las que el Juez tiene que valorar, pero esto debe hacerlo con prudencia y no con arbitrariedad, el Juez debe explicar los

motivos por los que estima adecuada tal o cual cifra, según la gravedad de la falta.

5. Esta de acuerdo usted, que se deje a la prudencia del Juez la determinación del valor la indemnización a la víctima por Daño Moral y no exista un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional?

Como le dije anteriormente no es arbitrariedad dejar a la prudencia del juez fijar el monto de indemnización, lo que si hay que motivar por qué tal decisión. En establecer una tabla si es aceptable, pero tome en cuenta que Daño Moral es diferente de un Daño Material, no es lo mismo que demande el Presidente de la República, que demande cualquier ciudadano, pero en definitiva si se debe precisar ciertos montos.

6. Considera usted, que se reforme el artículo 2232 del Código Civil a fin de establecer un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional y que el Juez no podrá determinar indemnizaciones inferiores a diez salarios mínimos unificados, ni mayores a cien salarios mínimos unificados?

Como le dije anteriormente no estoy de acuerdo en fijar montos, cantidades o porcentajes de indemnización, pero tampoco hay que alejarse de la realidad nacional y si se puede evitar abusos que se lo haga. Pero dejo claro que la esencia del daño en cuestión impide fijar mecanismos matemáticos para su determinación, pero no es menos cierto que los repertorios de jurisprudencia evidencian notables diferencias en los resarcimientos

otorgados en caso de principios similares, lo cual origina un amargo desconcierto entre los actores involucrados.

COMENTARIO:

El mencionado profesional está de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2232 del Código Civil del Ecuador, referente al daño moral y en la determinación del monto de la indemnización que se deje a la prudencia del Juez, pero si es partidario que se reforme si hay la necesidad de hacerlo, por lo que no es necesario determinar montos, cantidades o porcentajes de indemnización, pero tampoco alejarse de la realidad nacional que se vive en el país.

SEGUNDO ENTREVISTADO

ENTREVISTA DIRIGIDA A UN JUEZ DE LO CIVIL,

Me permito solicitarle Señor (a) Profesional del Derecho, se sirva prestar su valiosa colaboración dando respuestas a las preguntas de la siguiente entrevista, toda vez que las mismas servirán de mucha utilidad para el desarrollo de la investigación jurídica titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL ”**, previo al grado de Abogado en la Universidad Nacional de Loja, no sin antes expresarle a usted mi más sentidos agradecimientos.

Nombre: Dr. Fernando Rovalino Villafuerte

Juez Tercero de lo Civil de Pichincha

1. Conoce usted, que es el Daño Moral?

La determinación del concepto de Daño Moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil, algunos autores señalan como los pesares, molestias y sufrimientos que experimenta un individuo en su esfera psíquica, a causa de la comisión de un hecho ilícito.

Daño Moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu.

2. Esta de acuerdo con lo que está dispuesto en el Código Civil sobre el Daño Moral?

Estoy de acuerdo, porque es claro y la intención del legislador fue la de resarcir por el daño sufrido en la parte psicológica de la víctima, es decir el sufrimiento moral ocasionado como consecuencia de un delito o cuasidelito.

3. Conoce usted, si se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, así como si se ha resarcido de manera equitativa el daño ocasionado a la víctima?

Sí, claro que se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, al menos en mi judicatura hay variedad de casos que han sido Juzgados de manera equitativa de acuerdo a las disposiciones legales y en ponderación

con el daño ocasionado. El monto de la reparación del Daño Moral tiene relación directa con la gravedad del ilícito.

4. Considera usted, 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 o enormes fortunas en otros?

Las pretensiones son variadas, pero el papel del juez es aplicar la Ley de acuerdo al daño ocasionado, observando los principios de proporcionalidad, los precedentes jurisprudenciales dictados por la Corte Nacional de Justicia, garantizando el debido proceso.

5. Esta de acuerdo usted, que se deje a la prudencia del Juez la determinación del valor la indemnización a la víctima por Daño Moral y no exista un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional?

Los jueces al momento de determinar la cuantía de la reparación, tomamos en cuenta no solamente las circunstancias que rodean al ilícito, sino también las circunstancias que rodean al autor como persona. Esto incluye personalidad y situaciones particulares del autor. Se debe analizar la situación socioeconómica de la persona, así como las circunstancias que llevaron al agresor o agresora a cometer el ilícito.

Como le dije anteriormente existen principios que rigen la determinación de la reparación pecuniaria del Daño Moral, entre ellos tenemos el principio de

la reparación integral, el principio de justicia que va de la mano con la equidad, el principio

6. Considera usted, que se reforme el artículo 2232 del Código Civil a fin de establecer un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional y que el Juez no podrá determinar indemnizaciones inferiores a diez salarios mínimos unificados, ni mayores a cien salarios mínimos unificados?.-

Considero que es muy difícil valorar un perjuicio de carácter moral, un daño patrimonial usted lo cuantifica un daño moral no, yo personalmente si estoy de acuerdo en que se establezca una tabla en la que se señale ciertos montos de acuerdo a la realidad económica que vive el país, es decir se consideraría como una sanción al ilícito, mas no como un valor por el perjuicio moral propiamente dicho, en razón que es incuantificable y difícil de poner precio a un sufrimiento causado como consecuencia de un ilícito.

COMENTARIO:

En la presente entrevista, el indagado está de acuerdo en que se reforme el artículo 2232 del Código Civil, en razón que el derecho es evolutivo y debe el derecho adecuarse a las necesidades de la sociedad y señala que nada está hecho sobre tabla de piedra y cuando haya un vacío legal hay que subsanarlo aunque señala que la prudencia del juez no es arbitraria, ya que deben observar varios principios entre ellos el de equidad, proporcionalidad.

TERCER ENTREVISTADO

ENTREVISTA DIRIGIDA A UN ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO.-

Me permito solicitarle Señor (a) Profesional del Derecho, se sirva prestar su valiosa colaboración dando respuestas a las preguntas de la siguiente entrevista, toda vez que las mismas servirán de mucha utilidad para el desarrollo de la investigación jurídica titulada **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL ”**, previo al grado de Abogado en la Universidad Nacional de Loja, no sin antes expresarle a usted mi más sentidos agradecimientos.

Nombre: Dr. Víctor Vela Zapata

Abogado en libre ejercicio.

1. Conoce usted, que es el Daño Moral?

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 como consecuencia de un hecho ilícito.

2. Esta de acuerdo con lo que está dispuesto en el Código Civil sobre el Daño Moral?

En parte si, aunque para mi forma de ver son muy subjetivas las consideraciones, lo que lleva a ciertas pretensiones absurdas en unos casos o desmedidas en otras dependiendo de la connotación social que traiga un hecho o acto ilícito. La parte positiva es que se protege muchos derechos personalísimos dando la facultad a demandar si han sido vulnerados.

3. Conoce usted, si se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, así como si se ha resarcido de manera equitativa el daño ocasionado a la víctima?

Si, claro que se ha sancionado pero de acuerdo a la trascendencia, connotación del caso, pero en la mayoría de casos que no tienen una amplia cobertura de medios se ha archivado las causas.

4. Considera usted, 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 o enormes fortunas en otros?

Por supuesto que hay sentencias extra comunales, tal es el caso del presidente de la República contra el Diario El Universo y su Editoralista Emilio Palacio, El caso Gran Hermano, que han sido resueltos con una celeridad envidiable y con sanciones muy drásticas, montos muy elevados y si se ha conocido también de casos en que las sanciones son simbólicas.

5. Está de acuerdo usted, que se deje a la prudencia del Juez la determinación del valor la indemnización a la víctima por Daño Moral y

no exista un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional?.

No, porque esto si genera abusos, se interpreta de acuerdo a la conveniencia de los grupos de poder o dominantes que estén en la época, de acuerdo a la coyuntura política, es decir de acuerdo a las pretensiones de los grupos dominantes de poder sean políticos, económicos etc. Debe existir un marco legal que regule las sanciones pecuniarias que se deben indemnizar de acuerdo al perjuicio ocasionado, sin que sean exageradas ni irrisorias.

6. Considera usted, que se reforme el artículo 2232 del Código Civil a fin de establecer un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional y que el Juez no podrá determinar indemnizaciones inferiores a diez salarios mínimos unificados, ni mayores a cien salarios mínimos unificados?.

Por supuesto que sí, debe haber un marco legal que traza las reglas claras a las que tengan que ceñirse tanto jueces, abogados como demandantes y demandados.

COMENTARIO:

El mencionado profesional señala que si ha existido abusos de este derecho tanto en quien plantea la demanda como el Juez que resuelve, si es partidario de implantar una reforma en lo pertinente al establecimiento del monto de la indemnización de acuerdo a la realidad social que vive el país y

de esta forma evitar abusos ya que se interpreta de acuerdo a la conveniencia de los grupos de poder o dominantes que estén en la época, de acuerdo a la coyuntura política, es decir de acuerdo a las pretensiones de los grupos dominantes de poder sean políticos, económicos etc. Debe existir un marco legal que regule las sanciones.

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.-

Una vez que se ha concluido el presente trabajo de investigación, tanto bibliográfico, marco teórico y de campo, con la aplicación de las encuestas y entrevistas aplicadas a distinguidos abogados, podemos llegar a establecer y determinar la verificación y el cumplimiento de los objetivos tanto general como específicos, planteados y propuestos en el presente proyecto investigativo.

7.1.1. Objetivo General.-

Se ha realizado un estudio de carácter jurídico, crítico y doctrinario del régimen legal que regula el daño moral en el Ecuador.

De acuerdo a los resultados de las encuestas el objetivo general se cumple con la Revisión de Literatura en el numeral 4.2 y 4.3, una vez realizado el estudio jurídico, doctrinario se establece que se debe plantear una reforma jurídica que establezca un marco regulatorio referente a los montos de indemnización sobre el daño moral y no seguir dejando a la prudencia del Juez para determinarlo.

7.1.2. Objetivos específicos.-

1. Determinar las falencias presentadas al momento de establecer la indemnización del daño moral.

Se ha encontrado muchísimas falencias en el momento de fijar los montos de indemnización por distintas cuestiones, sean estas de índole política, económica o social que ha ido desnaturalizando el fin legal que establece el Código Civil, para llegar a esto se ha revisado la Jurisprudencia Ecuatoriana en las Gacetas Judiciales

2. Demostrar que se ha generado excesos tanto en quien se siente víctima de DAÑO MORAL, como en el juez que conoce, tramita y resuelve la acción planteada, aquí en este punto basta con ver los montos de petición o los montos indemnizatorios señalados por los jueces en las sentencias nos dan la idea clara de porque hay excesos.

3. Establecer la necesidad de reformar el Código Civil del Ecuador en el inciso tercero del Art. 2232 sobre la indemnización del DAÑO MORAL, se ha llegado establecer como resultado de la investigación y aplicación de la muestra de las encuestas.

4. Proponer un Proyecto de reforma al Código Civil en el Art. 2232, sobre la indemnización del daño moral.

En la presente investigación se está planteando un proyecto de reforma jurídica.

7.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPOTESIS

La hipótesis planteada fue: *Se ha generado al interponer la acción por daño moral 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.*

Se verificó de forma positiva, la hipótesis, ya que de esta afirmación se puede decir que si es verdad que hay excesos acudiendo a la jurisprudencia ecuatoriana, a los distintos fallos realizados por los jueces en casos de injuria, daño moral, que están muy alejados de la realidad nacional y más bien responden a intereses de coyuntura momentánea en unos casos.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

Grandes han sido las discusiones que, sobre la reparación material de los daños morales, se han producido entre los juristas modernos, discusiones todas que terminaban planteándose diferentes interrogantes sobre el adecuado monto de indemnización y la forma de determinarlo, que sea de manera justa.

Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido. Sin embargo, numerosas situaciones pueden causar daño o condiciones de malestar físico, social o moral que son inherentes a la personalidad.

El daño moral en el Ecuador, ha pasado de ser una figura desconocida y poco recurrida del Código Civil, a ser ampliamente utilizada en la actualidad con el fin de obtener una indemnización pecuniaria de terceros como reparación del daño causado por supuestas afectaciones a la honra o reputación ajena.

De ahí la necesidad de plantear una reforma al inciso tercero del artículo 2232 del Código Civil del Ecuador vigente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005, en el que se establece en el Art.2232 del Código Civil las normas que regulan el Daño Moral, señalándose en el inciso 3ro del artículo 2232 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 antes transcrita ha dejado un enorme campo abierto de interpretación *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, lo que trasgrede los derechos tanto del actor como del demandado.

Es obvio que la víctima de daño moral debe ser indemnizada por la aflicción sufrida y es evidente que el agresor o responsable del hecho sea condenado a resarcir el daño, pero para esto debe haber un marco legal que regule los

montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional, esto es que no sean simbólicos, ni millones de dólares como los establecidos en algunos casos en el Ecuador, para que el juicio por daño moral no se prostituya y se considere como mecanismo a través del cual se busque y en ocasiones se obtenga dinero fácil. Ante este problema y de acuerdo a nuestra investigación realizada creemos conveniente que se reforme el mencionado artículo, y se modifique en lo que corresponde a la forma de establecer el monto de indemnización.

8. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Por daño moral se entiende a toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extra patrimonial que el ordenamiento positivo confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración del derecho patrimonial que se trate.

SEGUNDA.- En el Juicio por Daño Moral, el Juez puede determinar una indemnización que esté acorde al daño personal no es factible determinar mediante medios de prueba, porque la integridad de una persona, ni su psiquis, ni su moral están en el mercado, ni existen tablas para su determinación.

TERCERA.- En nuestra legislación ecuatoriana, no existe un trámite especial o abreviado por daño moral, que permita agilizar subsanar los derechos trasgredidos

CUARTA.- El derecho es dinámico y cambiante, debe estar acorde a las realidades y exigencias de la sociedad, no puede apartarse de la realidad social que viva un pueblo, una nación y por lo tanto regular en concordancia a sus necesidades.

QUINTA.- Si se ha generado excesos en las demandas por daño moral, tanto en quien las plantea, como en el Juez que resuelve los casos ya que

en unos casos se ha determinado sumas con valores irrisorios como resarcimiento por el daño causado, así como en otros se ha resuelto obligando a pagar enormes fortunas que han llevado a muchas familias a la ruina económica.

9. RECOMENDACIONES.

PRIMERA.- Que el Estado, a través de sus medios y organismos estatales, observe cuidadosamente lo que el daño moral significa en la sociedad como menoscabo de los derechos personales, pero no por esto se debe tomar como una oportunidad para hacer un negocio utilizando la subjetividad del tema, y al contrario regularlo para evitar que se abuse de este derecho.

SEGUNDA.- A la Asamblea Nacional, que analice que al ser el Juicio por Daño Moral, el único en que el juez puede determinar montos de indemnización inclusive mayor por la planteada, y al no existir tablas que lo regulen, se debe crear un marco regulatorio en el que el juez tenga que desenvolverse y no dar opción a que se generen abusos al resolver este tipo de procesos.

TERCERA.- Que la Asamblea Nacional, determine que el trámite por daño moral sea por la vía de un trámite abreviado, de manera oral en la que se agilite las etapas y no se siga sosteniendo el trámite que hoy se lleva que hace que resolver un proceso por daño moral sea demasiado largo y tedioso que ha llevado a que se abandone en la primera etapa del juicio gran parte de procesos.

CUARTA.- No se debe mantener sistemas legales rígidos, sino al contrario más bien que sean efectivos y por lo tanto se debe reformar los ordenamientos legales para hacerles efectivos.

QUINTA.- Se debe reformar el artículo 2232 en su inciso tercero del Código Civil sobre el monto indemnización del daño moral, para establecer un monto mínimo y un máximo, y de esta forma no dejar a la prudencia del juez la determinación de los valores a indemnizarse.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

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 leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.”

Que: las reformas al Código Civil contenidas en la Ley 171 fueron aprobadas 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 2232 del Código Civil a 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 del Ecuador, en forma imperativa determina que “la ley establecerá la debido proporcionalidad entre la infracción y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Por lo indicado y en uso de las atribuciones que le concede el Art. 20, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, La Asamblea Nacional expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL

ARTÍCULO 1.- Derogase el inciso 3ro del artículo 2232 del Código Civil.

ARTÍCULO 2.- Reformase el inciso tercero del artículo 2232 del Código Civil del Ecuador vigente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 46 del 24 de junio del 2005, en los siguientes términos:

La Reparación Por Daño Moral, se entenderá cuando esta sea el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado. El Juez o la Jueza de la Unidad Judicial de lo Civil y Mercantil no podrá determinar una indemnización pecuniaria menor a diez salarios mínimos unificados ni mayor a cien salarios mínimos unificados.

ARTICULO FINAL.- Esta Ley entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano el 23 de junio del 2014.

10. BIBLIOGRAFIA.

ABARCA. Luis. El Daño Moral y su reparación en el Derecho Positivo.

Editorial Jurídica del Ecuador. Quito Ecuador. Página 14.

AEDO barrena, Cristian. “El daño moral: Concepto, prueba y valoración en la doctrina y jurisprudencia Chilena”, en: *Revistade Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte*, Tomo IV, Antofagasta, 2005, p. 121.

BARRAGÁN, ROMERO Gil, Elementos del Daño Moral, pág. 3, Tercera Edición, 2008, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito- Ecuador.

BARROS, Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. pág. 287.

BUCHELI Rodrigo: *Criminología del Positivismo a la Filosofía Crítica*. Pág. 123

CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta Tomo III Pagina 7

CABANELLAS Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de derecho Usual*, tomo VII, Editorial Heliasta, 28va edición, pág. 191.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a enero del 2010. Pág. 21.

CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizada a enero del 2010. Pág. 345

DIEZ, schwerter, José Luis. *El Daño Extracontractual. Jurisprudencia y doctrina* –1a edición– Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, pp. 23 y ss.

DOMÍNGUEZ hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. Pág. 412

FONTAN Balestra Carlos: Derecho Penal. Introducción y Parte General Pág.111.

FUEYO Laneri Fernando. “El Daño Extrapatrimonial y su Indemnización en Materia Contractual”. Publicado en el año de 1968 en la revista de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil. Pág.198

GARFIAS GALINDO Ignacio, Citado por Alela Pérez en su Obra Reformas Legislativas 1982, 1983.

GHERSI, Carlos Alberto. Daño Moral y Psicológico. Pág. 107.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Ediar, Buenos Aires, 1982, IV Índice.

PALLARES Rivera Jorge, El Daño Moral y sus Factores de Valoración en el Ámbito Civil. Edición diciembre 2009. Quito-Ecuador, Pág. 340

PEREZ DUARTE Alela, Reformas Legislativas 1982, 1983.

QUINTANO Ripolles Antonio. Delitos contra la integridad física y la personalidad. T.II, pág. 1212.

RUIZ GARCIA, Abado, y, ALMEYDA, Orlando: Diccionario Jurídico Latino. Pág.137.

TORRES Chaves Efraín: El Sádico y las Niñas. Pág. 110

ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1987. Pág. 290
25. Código Civil de Chile, tomado de la página web.

11. ANEXOS.

ENCUESTA

Me permito solicitarle estimado ciudadano (a), se sirva prestar su valiosa colaboración dando respuestas a las siguientes preguntas por cuanto las mismas servirán para reforzar la investigación previa al grado de Abogado en la Universidad Nacional de Loja, bajo el título : “NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL”; no sin antes expresarle mi agradecimiento.

Edad:.....Ocupación o trabajo

1.- Conoce usted, que es el Daño Moral?

SI..... NO.....

Porque
?.....
.....

2.- Está de acuerdo con lo que está dispuesto en el Código Civil sobre el Daño Moral?

SI..... NO.....

Porque?
.....
.....

3.- Conoce usted, si se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, asi como si sea resarcido de manera equitativa el daño ocasionado a la víctima?

SI NO.....

Porque?.....
.....
.....

4.- ¿Considera Usted, 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 o enormes fortunas en otros?

SI NO

Porqué?.....
.....
.....
.....

5.-Esta de acuerdo usted, que se deje a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización a la victima por Daño Moral y no exista un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional?

SI..... NO.....

Porqué?.....
.....
.....

6.- Considera usted, que se reforme el artículo 2232 del Código Civil a fin de establecer un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional y que el Juez no podrá determinar indemnizaciones inferiores a diez salarios mínimos unificados ni mayores a cien salarios mínimos unificados?

SI NO

Porqué?.....
.....

Observaciones:
.....
.....
.....
.....
.....

ENTREVISTA

DIRIGIDA A UN JUEZ DE LO CIVIL, A UN JUEZ DE CORTE NACIONAL Y A UN ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL.

Me permito solicitarle Señor (a) Profesional del Derecho, se sirva prestar su valiosa colaboración dando respuestas a las preguntas de la siguiente entrevista, toda vez que las mismas servirán de mucha utilidad para el desarrollo de la investigación jurídica titulada “**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 2232 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR EN LO REFERENTE A LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL**”, previo al grado de Abogado en la Universidad Nacional de Loja, no sin antes expresarle a usted mi más sentidos agradecimientos.

Nombre:

.....Ocupación,

Cargo o Trabajo

1.- Conoce usted, que es el Daño Moral?

.....
.....

2.- Está de acuerdo con lo que está dispuesto en el Código Civil sobre el Daño Moral?

.....
.....

3.- Conoce usted, si se ha sancionado a personas que ocasionan Daño Moral, así como si sea resarcido de manera equitativa el daño ocasionado a la víctima?

.....
.....

4.- ¿Considera Usted, 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 o enormes fortunas en otros?

.....
.....

5.-Esta de acuerdo usted, que se deje a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización a la víctima por Daño Moral y no exista un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional?

.....
.....

6.- Considera usted, que se reforme el artículo 2232 del Código Civil a fin de establecer un marco legal que regule los montos a indemnizarse de acuerdo a la realidad nacional y que el Juez no podrá determinar indemnizaciones inferiores a diez salarios mínimos unificados ni mayores a cien salarios mínimos unificados?

.....
.....

ÍNDICE

CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN:.....	2
2.1. ABSTRACT.....	3
3. INTRODUCCIÓN	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.	7
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	7
4.1.1. El Daño Moral.....	7
4.1.2. La Responsabilidad	9
4.1.3. La Indemnización.....	10
4.1.4. Reparación.....	10
4.1.5. El Perjuicio	11
4.1.6. Delito	11
4.1.7. Cuasidelito	11
4.1.8. La Reputación	12
4.1.9. Difamación	12
4.1.10. Lesiones	12
4.1.11. Violación.....	13
4.1.12. Estupro	14
4.1.13. Atentado contra el pudor	14
4.1.14. Detención o arresto ilegal.-	14
4.1.15. Procesamiento Injustificado.-.....	14
4.1.16. Sufrimiento físico.-	14
4.1.17. Sufrimiento Síquico.-	15
4.1.18. Angustia.-	15

4.1.19.	Ansiedad.-	15
4.1.20.	Humillación.-	15
4.1.21.	Ofensa.-	15
4.1.22.	Acción.-	16
4.1.23.	Omisión.-	16
4.1.24.	Victima.-	17
4.1.25.	Derechohabiente.....	17
4.1.26.	Acto.-	17
4.1.27.	Imprudencia.-	17
4.1.29.	Demandado.-	18
4.2.	MARCO DOCTRINARIO.	19
4.2.1.	Antecedentes Históricos de la Obligación de Reparar el Daño Moral	19
4.2.2.	Visión Doctrinaria del Derecho respecto al Daño Moral.-	20
4.2.2.1.	Concepciones tradicionales de Daño Moral.-	21
4.2.2.2.	La concepción del Daño Moral como Pretium Doloris:.....	22
4.2.2.3.	El Daño Moral como todo perjuicio cuyo objeto no es un interés patrimonial:	22
4.2.2.4.	El daño Moral como lesión a simples intereses:.....	23
4.2.2.5.	El Daño Moral como lesión a intereses jurídicamente tutelados: ...	23
4.2.3.	Ámbito del Daño Moral	24
4.2.4.	Problemática de Daño Moral en el Ecuador.....	25
4.2.5.	El daño y la obligación de repararlo	27
4.2.6.	FACTORES PARA LA INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO POR DAÑO MORAL	29
4.2.6.1.	Factores Psicológicos.-	30
4.2.6.2.	Factores Culturales.-	31
4.2.6.3.	Factores Económicos.-	32
4.2.6.4.	Factores Sociales	34
4.2.6.5.	Factores Políticos.-	35
4.2.7.	De la Responsabilidad.-	36
4.2.8.	Clases de responsabilidad.-	37

4.2.9.	Clasificación de la Responsabilidad Jurídica.-.....	38
4.2.9.1.	Responsabilidad Penal.-	38
4.2.9.2.	Responsabilidad Civil.-	39
4.2.9.3.	Responsabilidad Administrativa.-	40
4.2.9.4.	Responsabilidad Disciplinaria.-	40
4.2.9.5.	Responsabilidad Sancionatoria.-.....	41
4.3.	MARCO JURÍDICO	42
4.3.1.	LA CONSTITUCIÓN Y LA GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.	42
4.3.2.	El Artículo 2232 del Código Civil del Ecuador y la Necesidad de su reforma en su inciso tercero referente a la determinación de la indemnización por daño moral.	45
4.3.3.	La Acción por Daño Moral, Jurisdicción y Procedimientos.....	46
4.3.4.	El Proceso Civil.-.....	52
4.3.5.	Etapas.-	54
4.3.6.	Sentencia y Valoración del Daño Moral.-.....	55
4.4.	LEGISLACIÓN COMPARADA.....	58
4.4.1.	Determinación del valor de la Indemnización por Daño Moral en México.-	58
4.4.2.	El Daño Moral en Argentina y su forma de indemnizar.-.....	60
4.4.3.	La determinación del valor de la Indemnización por Daño Moral en Chile.-.....	63
4.4.4.	El Daño Moral en España y su Forma de Cuantificar la Indemnización.	64
5.	MATERIALES Y METODOS.....	71
5.1.	Materiales Utilizados.-	71
5.2.	Métodos.-	71
5.2.1.	Los métodos Inductivo y Deductivo:	71
5.2.2.	El Método Descriptivo:	71
5.2.3.	El Método Comparativo:	72
5.3.	Procedimientos y Técnicas	72
5.4.	Fases.	72

5.4.1.	Fase de recopilación:	72
5.4.2.	Fase de sistematización.-	73
5.4.3.	Fase de presentación.-	73
5.4.4.	Fase de discusión.-	73
5.4.5.	Fase de síntesis.-.....	73
5.5.	Técnicas.-.....	73
6.	RESULTADOS	75
6.1.	ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA ENCUESTA.	75
6.2.	ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.	87
7.	DISCUSIÓN	99
7.1.	VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.-	99
7.1.1.	Objetivo General.-.....	99
7.1.2.	Objetivos específicos.-	99
7.2.	CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	101
7.3.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.	101
8.	CONCLUSIONES.	104
9.	RECOMENDACIONES.....	106
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.	108
10.	BIBLIOGRAFIA.	110
11.	ANEXOS.	112
	ÍNDICE.....	115