



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

TÍTULO:

**“PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL
EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO
PENAL”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

CRISTINA FERNANDA ESCOBAR CORONEL

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.

LOJA-ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

Dr. Mg. Sc.

Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

DIRECTOR DE TESIS

De mi consideración:

Que el trabajo investigativo, titulado “PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO PENAL”, previa a la obtención del título de Abogada y de autoría de la postulante **CRISTINA FERNANDA ESCOBAR CORONEL** ha sido revisado prolijamente por quien suscribe y la misma cuenta con todos los requisitos establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Por la atención que se digne dar a la presente me suscribo de Usted.

Loja, Agosto de 2016

Atentamente,



Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

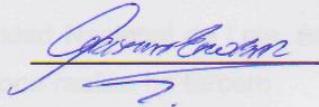
AUTORÍA

Yo, Cristina Fernanda Escobar Coronel, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

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

AUTORA: Cristina Fernanda Escobar Coronel

FIRMA:



CÉDULA: 172087669-5

FECHA: Loja, Agosto de 2016

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

Yo, Cristina Fernanda Escobar Coronel, declaro ser autora de la tesis titulada:
**“PREJUDICIALIDAD O AUTONOMIA DE LA ACCION DE DAÑO MORAL
EN LOS PROGRESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO
PENAL”**, Como requisito para optar al Título de: **Abogada** : 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 9 días del
mes de agosto del año 2016, firma la autora.

FIRMA: 
AUTORA: Cristina Fernanda Escobar Coronel
CÉDULA: 1720876695
DIRECCIÓN: Quito, De los Nogales E17-352 y 3er pasaje
CORREO ELECTRÓNICO: crisescobarc@gmail.com
TELÉFONOS: 0987962246

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Sc. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos	Presidente
Dr. Mg. Augusto Patricio Astudillo Ontaneda	Vocal
Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez	Vocal

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi esposo David, por el apoyo brindado en todo este tiempo y la motivación que me dio para poder continuar con el presente proyecto; a mis hijos que con su amor borran todas las dificultades que se hayan presentado, y gracias a ellos es que puedo esforzarme cada día para poder cumplir mis objetivos.”

AGRADECIMIENTO.

Al creador, por permitir que comience esta etapa en mi vida, en la que se termina un ciclo de estudio, pero inicia una etapa profesional.

A mi suegra la doctora Paulina Aguirre, gracias por el apoyo y motivación brindada para que llegue a culminar este trabajo.

Y a mis docentes por todas las enseñanzas impartidas

TABLA DE CONTENIDOS

1. Título
2. Resumen
Abstract
3. Introducción
4. Revisión de Literatura
 - 4.1 Marco Conceptual.
 - 4.1.1 La Responsabilidad Extracontractual
 - 4.1.2 Concepto De La Responsabilidad Extracontractual
 - 4.1.3 Elementos De La Responsabilidad Extracontractual
 - 4.1.4 El Daño Moral
 - 4.1.5 La Moral Objetiva
 - 4.1.7 La Moral Subjetiva
 - 4.1.8. Pruebas de los perjuicios morales subjetivos
 - 4.1.9 Indemnización del Daño Moral
 - 4.1.10 Responsabilidad Subjetiva
 - 4.1.11 Causas de exoneración de la Responsabilidad
 - 4.1.12 Características de la Fuerza Mayor
 - 4.1.13 Aplicación de la Fuerza Mayor
 - 4.1.14 Caso Fortuito
 - 4.1.15 Hecho de un tercero
 - 4.1.16 La Reparación de los Daños
 - 4.1.17 Naturaleza Jurídica del Daño Moral

- 4.1.18 Clasificación del Daño Moral
- 4.1.19 La Prueba del Daño Moral
- 4.1.20 Indemnización por Daño Moral
- 4.1.21 Otras formas de Reparar el Daño Moral
- 4.1.22 La Acción de Responsabilidad Extracontractual
- 4.1.23 El Delito y El Cuasidelito
- 4.1.24 El sujeto Activo de la Acción de Daño Moral
- 4.1.25 El Sujeto Pasivo de la Acción de Daño Moral
- 4.2 Marco Doctrinario.
 - 4.2.1 Prejudicialidad o Autonomía De La Acción De Daño Moral
 - 4.2.2 Concepto de Prejudicialidad
 - 4.2.3 Alcance Jurídico
- 4.3 Marco Jurídico.
 - 4.3.1 Reconocimiento y Garantía del Derecho de Libertad de las Personas
- 4.4. Legislación Comparada.
 - 4.4.1 La Legislación Brasileña y el Daño Moral
 - 4.4.1 El Daño Moral en la Legislación Iberoamericana
- 5. Materiales y Métodos
 - 5.1 Materiales y Métodos utilizados
 - 5.2 Métodos
 - 5.3 Procedimientos y Técnicas
- 6. Resultados
 - 6.1 Análisis de aplicación de la Encuesta

7. Discusión

7.1 Verificación de Objetivos

7.2 Contrastación de la Hipótesis

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

8. Conclusiones

9. Recomendaciones

9.1 Propuesta de Reforma Jurídica

10. Bibliografía

11. Anexos

1.- TÍTULO.

**“PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE
DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN
POR MEDIO DE JUICIO PENAL”**

2. RESUMEN.-

El daño a la moral es el que afecta la dignidad y buena fama del individuo.

Podría en ocasiones apreciarse visualmente, y podría alterar la psiquis interna del individuo.

Debemos entender que cualquier cosa, insisto, que pueda menoscabar la honra de una persona, o deteriorar la imagen que esta persona tiene ante la sociedad, es susceptible de indemnización. En el sistema de Administración de Justicia del Ecuador se han generado dos puntos de vista para abordar al daño moral en los procesos que se originan por medio de un juicio penal. Así, en la anterior Corte Suprema de Justicia y en la actual Corte Nacional de Justicia se analiza si es procedente que en los juicios civiles de indemnización de daño moral, formulados por medio de una denuncia o acusación particular y que han sido rechazados dentro de un juicio penal, cuando el acusado no ha sido imputado, existe o no el requisito de "prejudicialidad", o por el contrario si es suficiente analizar la autonomía de la acción de daño moral para determinar que en la misma, no es necesaria que la denuncia o acusación particular, que deba haber sido declarada como maliciosa o temeraria para dar paso al juicio civil de indemnización por daño moral.

Se concluye así, que no necesariamente la demanda por daños y perjuicios o de daño moral en vía ordinaria, se puede iniciar cuando sea parte de un proceso anterior porque no existe la llamada prejudicialidad, sino que también puede demandarse por el hecho de producir sufrimientos físicos o psíquicos, como angustias, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes,

resultados de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados como el caso que nos ocupa, sin que tenga o exista una sentencia ejecutoriada de tipo penal, que justifique o demuestre los daños y perjuicios o el daño moral.

Con esto no intento que exista una aglomeración de demandas por daño moral en los juzgados civiles, simplemente que se cumpla y se agilicen las demandas que puedan existir por daño moral.

Los tratadistas explican las razones para que no sea necesaria la prejudicialidad para una demanda civil de daños morales; la principal es la naturaleza jurídica de las dos acciones y su finalidad, por un lado tenemos la acción penal que es punitiva, y por otro lado la acción civil que es compensatoria.

El presente trabajo busca que exista una unificación de criterios, por los juzgadores (jueces) ya que en las diferentes salas de la misma Corte Nacional de Justicia existen procesos resueltos por vía civil y otros a los que se les casa por falta de prejudicialidad, convirtiéndose en un problema evidente pues no es posible que bajo la misma ley que somos llamados a obedecer los gobernados existan dos formas de resolverse nuestras demandas por daño moral.

ABSTRACT

The moral damage is affecting the dignity and reputation of the individual.

Sometimes it could be seen visually, and could alter the inner psyche of the individual.

We must understand that anything I repeat, anything, that could impair the honor of a person or damaging the image that this person has in society, is liable for compensation. In the system of Administration of Justice of Ecuador they have generated two views to address the moral damage in the processes that originate through a criminal trial. Thus, in the previous Supreme Court and the current National Court examines whether it is appropriate that in civil suits for compensation for moral damage, formulated by a complaint or private prosecution and that have been rejected within a criminal trial, when the accused has not been charged, exists or not the requirement of "prejudicialidad", or conversely whether it is sufficient to analyze the autonomy of action of moral damage to determine that it is not necessary that the complaint or private prosecution, which should have been declared as malicious or reckless to give way to civil action for compensation for moral damages.

It is concluded, that does not necessarily demand for damages or moral damage in ordinary way, you can start when part of a previous process because there is no call prejudicialidad, but can also be sued by the fact produce physical suffering or mental, as anguish, anxiety, humiliation or similar offenses, results detention or unlawful or arbitrary arrests or

prosecutions unjustified as the present case, without having or there is rendered by a criminal sentence, to justify or prove damages damages or emotional harm.

This not attempt there is a crush of demands for moral damages in the civil courts, just to compliance and requests that may exist for moral damages be speeded up. The writers explain the reasons for prejudicialidad for a civil suit for moral damages is not necessary; the main one is the legal nature of the two actions and purpose, on one hand we prosecution is punitive, and on the other side that civil action is compensatory.

This paper seeks there is a unification of criteria for the judges (judges) because in the different rooms of the same National Court processes are resolved through civil proceedings and others who are home for lack of prejudicialidad, becoming an obvious problem as it is not possible under the same law that we are called to obey the governed there are two ways to resolve our demands for moral damages.

3.- INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo de investigación que he desarrollado explica un tema que en la actualidad se desarrolla por mala interpretación de la ley entre los juzgadores de instancia, abogados y en general, ya que existen dos criterios en los cuales para algunos jueces o profesionales del derecho no es necesaria la prejudicialidad del daño moral, es decir es autónomo, con esto no es preciso que la denuncia o acusación particular en materia penal haya sido calificada como temeraria o maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva, mientras que el otro criterio que se mantiene es que se debe calificar como temeraria o maliciosa por el juez de lo penal, como pre requisito antes de iniciar una acción civil.

Esta dualidad de criterios ha provocado que en algunos casos, en los cuales mediaba enjuiciamiento penal previo, se rechacen acciones de daño moral, al considerar que la calificación de maliciosa o temeraria era un pre-requisito para su procedencia; siendo dicho pre-requisito, a criterio de otros juzgadores, innecesario al ser la acción por daño moral autónoma e independiente, como se establece en el Art. 2234.- ***“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 leyes¹.”***

Al hablar de daño moral estamos hablando de dolores físicos, sufrimientos y angustia, hablamos de la honra y de la integridad intacta de un ser humano, que obviamente esto no es de naturaleza propiamente pecuniaria.

¹ CODIGO CIVIL ECUATORIANO

Por esto que el presente trabajo de investigación lo desarrolle con la colaboración de varios abogados que interpretaban a la ley de la manera errónea, y la Colaboración de jueces nacionales que con sus amplios conocimientos en la materia ayudaron a interpretar de manera correcta los artículos que hablan sobre daño moral en nuestro Código Civil.

Por lo que fue fundamental que dentro de la revisión de la literatura de este trabajo partamos con temas, conceptos como que es el daño moral, concepto de prejudicialidad, la indemnización por daño moral, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, causas de exoneración de la responsabilidad, la reparación de los daños.

Complementando este trabajo con las encuestas, sentencias conseguidas en las que se evidencia la dualidad de criterios antes mencionados, documentos que me proporcionaron datos estadísticos que fueron analizados en el transcurso del presente trabajo. Permitiéndome comprobar los objetivos planteados así como también la contrastación de la hipótesis.

4.- REVISIÓN DE LITERATURA:

4.1.- Marco Conceptual.-

4.1.1 La Responsabilidad Extracontractual

De La Responsabilidad Extracontractual.- De acuerdo con el artículo 1453 del Código Civil.-

“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia²”

Son fuentes de las obligaciones, el concurso real de las voluntades de dos o más personas, el hecho o acto de voluntad de una persona, los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos y la ley.

En este tipo de responsabilidad es difícil definir la gravedad del incumplimiento pues al no existir el acuerdo de voluntad expresa de las partes por escrito no se puede especificar la magnitud del daño que se cause a la parte afectada.

»Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, por otro lado está la responsabilidad extracontractual no ha sido creada por los contratantes. Estos, en la primera, están vinculados con

² CODIGO CIVIL ECUATORIANO

anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dolosos y en los precisos momentos en que esta realización tiene lugar. Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada.^{3»}

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

Para que sea un poco más claro el tema vamos a diferenciar entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, para los efectos prácticos de la litis, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuya reparación se persigue, tiene como origen el incumplimiento del deber de cuidado atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

4.1.2 Concepto de la Responsabilidad Extracontractual.- Para establecer un concepto diría que es la que nace de un daño producido a otra persona sin que exista una relación jurídica que vincule a un acuerdo de voluntades, es decir que no consta en un contrato escrito, por lo tanto no existe una

³ . www.trabajos.com///responsabilidad-contractual-extracontractual/responsabilidad-contractual-extracontractual. Visto 10 de enero del 2015

clausula penal que obligue, o fije una indemnización al incumplimiento del contrato, es la relación de responsabilidad que se origina en una acción u omisión ilícitas entre el autor del daño y el perjudicado.

“En términos globales puede decirse que la responsabilidad extracontractual del actual Código Civil interviene cuando resulta injustificadamente afectados la vida, la integridad física y psíquica, el honor y otros bienes morales, así como los bienes físicos de las personas”. Así menciona Fernando de Trazegnies en su libro La Responsabilidad Extracontractual Tomo II⁴.

Que a su vez genera la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una conducta o deber jurídico preexistente, que si bien el legislador no determina expresamente, sí lo protege o tutela jurídicamente al establecer su sanción dentro del ordenamiento jurídico positivo.

4.1.3 Elementos De La Responsabilidad Extracontractual.- Es un tema que se encuentra en construcción ya que no es un asunto netamente académico, sino más bien es una cuestión que está en proceso por las consecuencias prácticas que repercuten en la efectiva aplicación de los textos legales positivos.

Pero para que exista la responsabilidad extracontractual tienen que existir:

- a) **ACCIÓN U OMISIÓN**.- Es el (título) que la materia emplea, sin embargo diversos autores como Juan Espinoza Espinoza prefieren denominarlo “Imputabilidad” o “carácter imputable”.

⁴ TRAZEGNIES, F. (2000). La Responsabilidad Extracontractual. Bogotá: Temis

Concierne al que ocasiona hechos dañosos, en tal virtud, se entiende como agente denunciante, bien sea persona natural o persona jurídica.

- b) **LA ANTIJURICIDAD.**- En la doctrina argentina se han diferenciado la antijuricidad formal y material, entendiéndose a la primera a la "ilegalidad" y en la segunda a la contravención del ordenamiento jurídico público, social, económico y cultural, a su vez a las buenas costumbres.
- c) **DOLO Y LA CULPA.**- Para que este elemento se pueda presentar como parte de la Responsabilidad Extracontractual tiene que ser presentado como la conciencia del acto que se está produciendo, de sus resultados y la voluntad no solo encaminada a cumplir dicho acto sino a perseguir con el mismo las consecuencias dañosas; esto constituye el dolo; en cambio, la culpa radica en la actuación u omisión negligente, imprudente o descuidada que da origen al daño.
- d) **DAÑO.**- El origen etimológico del término "daño" obedece al vocablo latino "damnum", que significa detrimento, menoscabo, perjuicio. En vista de que no existe un concepto claro sobre daño se ha procedido a seguir la corriente por decirlo así de la clásica definición que estableció PAULO en el Derecho Romano en la que se denomina o se entiende al daño como la disminución del patrimonio. Sin embargo, en el daño moral debemos considerar que aquel rebasa este concepto clásico, pues el daño moral constituye en realidad el sufrimiento psicológico que sufre una persona que no está en obligación de soportar la acción ilícita de otra persona.
- e) Dentro de la Responsabilidad Civil el daño se divide en:
- **DAÑOS EXTRA PATRIMONIALES:** Son también conocidos como daños personales o de la persona. Estos se clasifican en:

- **Daños Somáticos.-** Como su nombre lo señala son los daños al cuerpo humano, es decir los signos son exteriores Ej. cortes, moretones, contusiones, etc.
 - **Daños Psicológicos.-** Comprende a todos aquellos que enervan la psique de una persona, dentro de estas podemos enmarcar a la paranoia, esquizofrenia, amnesia, oligofrenia, psicosis, depresión, etc.
 - **Daño Moral.-** Dentro de la responsabilidad extracontractual el daño moral corresponde al menoscabo o detrimento que se genera en contra de los principios y valores propios de la persona, vale decir los que les son inherentes como son por ejemplo el honor, la dignidad, la ética y la moral, es decir comprende a su vez todo lo que son valores que le son propios de una persona.
- f) **Hecho Ilícito.-** Cuando hablamos de un hecho ilícito estamos haciendo referencia a todo lo que se aparta del orden jurídico público, de las buenas costumbres o de la moral, estamos tratando de lo negativo de lo que afecta a la sociedad.
- g) **El Nexo Causal.-** En este caso hablaremos de la causalidad y culpabilidad estas dos nociones no solo son intelectualmente discernibles sino que son ontológicamente distintas pudiendo existir independientemente la una de la otra.
- h) **El Lucro Cesante.-** La forma más clara y practica de explicar al lucro cesante es estableciendo que hace referencia a dinero:
lucro=dinero; es decir hace referencia al dinero que una persona deja de percibir por un daño causado por otra es una forma de daño patrimonial que consiste en la pérdida de una ganancia legítima o

de una utilidad económica por parte de la víctima o sus familiares como consecuencia del daño, y que ésta no se habría producido si el evento dañoso no se hubiera verificado.

El lucro cesante ocurre cuando hay una pérdida de una perspectiva cierta de beneficio. Por ejemplo, el comerciante cuya mercancía ha sido destruida puede reclamar el valor de la misma, así como el beneficio que habría obtenido.

4.1.4.- El Daño Moral.- Como ciudadanos tenemos el derecho de ser respetados y protegidos por el Estado y por las demás personas que se encuentran en nuestro entorno. Nuestro Código Civil en su artículo ⁵2231 menciona ***“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”***

La Constitución en su Art. 66 numeral 3) dice:

“El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...)⁶

Pero a que se hace referencia al mencionar daño moral; antiguamente cuando se hablaba de daño solo se hacía referencia al daño patrimonial y es

⁵ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO; 24 de Junio de 2005/Registro Oficial Suplemento 46

⁶ CONSTITUCIÓN 2008 ECUADOR ART. 66 Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios.
3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
 - a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

así que el único facultado para reclamar era el dueño o el poseedor de la cosa; fue después del año 1984 que se hizo mención del daño personal.

Y fue en este año que el legislador el Dr. Gil Barragán Romero, quien en su exposición de motivos, entre otras cosas, manifestó que “puede causarse daño a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, como el dolor o sufrimiento de un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad; como su desprestigio por difamación o menosprecio; como el atentado a sus creencias; su detención o prisión injustificadas o su procesamiento en igual caso⁷”. Con estos antecedentes, se dio nacimiento a lo que el Código Civil denominó “daños morales”, pero que no solamente corrigió los vacíos en cuanto a los varias formas de daño, sino que incluso se encargó, por la amplitud de su texto, de que nada pueda quedarse fuera.⁸

Para este caso existe una excepción que obviamente es para el que realice las imputaciones de un delito, siempre que estas puedan ser confirmadas y se logre confirmar la verdad caso contrario si tendrá que responder por el daño moral que obviamente se genere.

En doctrina se señala que el daño moral, es el que causa al espíritu del individuo, ya sea por dolores físicos o morales, por herir sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud a consecuencia de

⁷ BARRAGAN ROMERO GIL Elementos del Daño Moral

⁸ **ZAMORANO**, E. (2008). Del Daño Moral Al Daño Extramatrimonial: La Superación Del 'Pretium Doloris'. Revista Chilena de Derecho, (1). 85.

ZANNONI, E. (2005). El Daño En La Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Editorial Astrea

pesadumbres que hayan sido ocasionadas por la privación de un apoyo o de una dirección.

También se dice que es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales, inherentes a la personalidad humana; en último término todo aquello que signifique un menoscabo a los atributos o facultades morales del que sufre el daño.

De este modo el daño moral, es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual, que constituyen sus más gratos afectos, dice así la jurisprudencia Argentina.

Por ser una especie de agravio implicado con la violación de algunos de los derechos personalísimos, o sea de sus derechos subjetivos, que protegen como bien jurídico las facultades o presupuestos de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona; esto es la contingencia de la vida, sus pesares, dolores, las amenazas a la integridad física, a las facultades psíquicas o al espíritu que el hombre debe soportar.

Para esto debemos tener en cuenta que el ser humano es íntegro y por tal todo daño debe repararse, porque ello es y atañe a su esencia, su dignidad de ser humano es un ser íntegro y por tal todo daño debe repararse ,porque ello es y atañe a su esencia, a su dignidad de ser humano, por esta razón el derecho debe preservar su integridad espiritual y material frente a los hechos y actos de otros hombres, pues hay que recordar que el patrimonio moral es

un bien irrevocable y autónomo que goza de genuina protección en nuestro derecho.

De lo dicho se concluye que las personas poseemos algo más valioso que nuestro patrimonio, y esto es nuestra rectitud, nuestros valores morales, el respeto que tenemos el uno por el otro y la consideración que estos les guarden, etc..., este es el conjunto de realidades individuales que configuran nuestro patrimonio moral.

Este daño afecta a nuestra integridad como seres humanos, viola nuestro derecho de tener una vida íntegra en los aspectos físicos, psíquicos y morales ocasionando dolores físicos, sufrimientos y angustia en la víctima, daño que sin duda no es de naturaleza propiamente pecuniaria y no implica por ende un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa para ser evaluado en dinero con relación a la época en la que el daño se produjo, motivo por el cual su reparación monetaria solo queda procurar en lo posible que el perjudicado obtenga la reparación satisfactoria racionalmente equivalente que sean de la misma índole.

Para iniciar un enfoque de daño moral en nuestra legislación se debe iniciar en las disposiciones del Registro Oficial N.779 del cuatro de julio de 1984, en la que se tomó en cuenta que las disposiciones del título XXXIII del libro IV del Código Civil, que tratan de las indemnizaciones relativas a los Delitos y Cuasidelitos y las demás que contienen el citado cuerpo de leyes, en materia de indemnización, causados a las personas.

Que innumerables actos ilícitos lesionan bienes jurídicamente protegidos, si embargo de lo cual, en virtud de las actuales normas (se refiere al año 1984) quedan sin reparación alguna; y, Que era necesario llenar ese vacío legal incorporando preceptos acordes con las corrientes jurídicas actuales.

Modificando tal como lo tenemos a la presente fecha desde el artículo 2232 al 2235 del Código Civil.

Art. 2232.- “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.”

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

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”

Art.2233.- “La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de

aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus 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.

Art. 2234.- *“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”.*

Art. 2235.- *“Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”.*

4.1.5 LA MORAL OBJETIVA.- como seres humanos nos caracterizamos por la necesidad de vivir en un entorno social, porque necesitamos convivir entre nosotros mismos, para conseguir la convivencia que buscamos es decir una convivencia en armonía hay varias reglas que se deben seguir como evitar vulnerar la integridad física y emocional de otro individuo.

Existe fuera de nuestra conciencia y voluntad un conjunto de valores éticos que existen independientemente y que constituyen un patrimonio común de los asociados en tanto conciencia ético social, que nos exige la realización de acciones sociales, por lo que su vulneración ofende a su conjunto, ocasionando rechazo social de variada naturaleza.

Nuestra moral objetiva es la que trata de nosotros mismos, nuestro propio concepto de lo ético y de lo correcto, para una convivencia en armonía con la sociedad.

Pero también está el comportamiento de los que están bajo nuestra dependencia que es responsabilidad nuestra también y esto se conoce como responsabilidad objetiva.

4.1.6.- Responsabilidad Objetiva.- Se produce con independencia de toda culpa directa por parte del sujeto responsable, es decir es un hecho que se le atribuye a una persona pero que en su provocación no interviene su voluntad, pero es responsable por sus efectos, basándose como principio que todo daño debe ser reparado. Por ejemplo si tu perro muerde a otro sujeto.

4.1.7.- MORAL SUBJETIVA.- puedo decir que es el reconocimiento del ordenamiento positivo que se conoce como derechos individuales de las personas naturales, que se constituyen en un bien jurídico objeto de protección legal como son los derechos a la honra, a la buena reputación, a la integridad moral, a la intimidad personal y familiar.

4.1.8.- Pruebas de los perjuicios morales subjetivos.- estos son los que deben ser demostrados dentro del proceso y si bien como dice la doctrina, su cuantificación económica es imposible dada la naturaleza misma del daño, su intensidad si es demostrable. ⁹Jorge Mosset Iturraspe señala se pueden implementar ciertos criterios como reglas para determinar el valor que debe mandarse a pagar por el daño moral, que son los siguientes:

⁹ MOSSET Jorge Edición de Homenaje; Aída Kemelmajer de Carlucci, felix Alberto Trigo- Santa Fé de la Universidad Nacional del Litoral, pag. 211

1. **No a la indemnización simbólica**, esto en razón de que hasta hace algunos años al demandar por daño moral los valores que se establecían en calidad de indemnización eran irrisorios, es decir simbólicos, sin mayor trascendencia jurídica y no cumplían con su verdadera función, que es resarcir el daño causado;

2. **No al enriquecimiento injusto**, esto es que la indemnización debe ser equiparable al daño, pues si esta es exagerada y se obtienen un beneficio que exceda la compensación que se busca, por el daño moral sufrido, se estaría causando un perjuicio al sujeto pasivo, el cual pasaría de ser victimario o víctima, por cuanto la indemnización disminuye su patrimonio de manera injusta;

3. **No a la tarifación con piso o techo**, pues el daño moral afecta a bienes intangibles que no pueden ser valorados, y tampoco existe una tabla de valores de cuánto vale la libertad, la vida, la honra, por tal razón no puede existir un piso o techo para la apreciación del daño, el quantum será señalado por el juez con prudencia teniendo en cuenta las particularidades del caso.

4. **No a un porcentaje del daño patrimonial**, esto es el daño moral es independiente del daño patrimonial, pero en algunos casos hay que tomar en cuenta para establecer la indemnización, el valor de los bienes patrimoniales afectados;

5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia, el juez no solamente debe aplicar la prudencia, sino observar las peculiaridades de los distintos casos y las particularidades de la víctima y el victimario;

6. Si a la diferencia según la gravedad del daño, sin duda alguna hay daños que son más relevantes que otros, entre estos tenemos:

- a. Alteración disvaliosa de los estados de ánimo, angustia, tristeza, etc.;
- b. Alteración originada de una disminución de la salud, de la integridad psicológica;
- c. Alteración por la pérdida de un órgano, de un sentido, de un miembro, etc..
- d. Alteración por la tragedia ocurrida a un familiar, cónyuge, padres o hijos;
- e. Alteraciones del avance de la intimidad o reserva;
- f. Alteraciones por la pérdida de la armonía o belleza;
- g. Alteración por la frustración de los proyectos de la vida;
- h. Alteración por la intimidación de la vida de relación;
- i. Alteración por el ataque a la identidad personal, el bagaje cultural propio.;

7. Si a la atención a las peculiaridades del caso víctima y del victimario, y esto lo señala el artículo 2232 del Código Civil, por esto no puede existir fallos idénticos, pues en cada caso existen diferencias relevantes de acuerdo al daño sufrido, al damnificado y al responsable del daño y a la circunstancia que rodean al acto ilícito;

8. Si a la armonización de la reparaciones en casos semejantes, es importante que se cree jurisprudencia que pueda tomarse como referente a los valores indemnizatorios para ciertos daños;

9. Si a los placeres compensatorios, pues como dice la doctrina “Las penas con pan son mejores”, más aún la indemnización en estos casos tiene como objetivo compensar a la víctima y procurar mejorar la psiquis de la persona; y,

10. Si a las sumas que puedan pagarse, dentro del contexto económico del país y el general estándar de la vida, por lo que hay que atender a la jurisprudencia extranjera, pues la nuestra es bastante pobre en esta materia”

4.1.9.- ¿Porque la indemnización del daño moral se lo realiza con dinero? Aunque es difícil cuantificar esta suma para compensar el daño que ha sufrido la víctima, el dinero que se ordena mediante sentencia a pagar nunca va a ser la representación exacta del dolor que esta experimente, pero le servirá para compensarle proporcionándole los medios de aliviarse de él, si es físico o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo o en todo caso atenuarlo o hacerlo más soportable.¹⁰ Y la cantidad que será pagada es solo responsabilidad del juez.

4.1.10.- Responsabilidad Subjetiva.- Es aquella que se atribuye a título de culpa o dolo sea que es imputable al sujeto que realiza la conducta. Por ejemplo una persona que golpea a otra por su propia voluntad. Nace La responsabilidad civil subjetiva de la responsabilidad civil tradicional, conocida por la doctrina desde épocas remotas y estructuradas desde los tiempos de

¹⁰ PIZARRO, Carlos, Incumplimiento Contractual, Resolución e Indemnización de Daños, pag. 308-312

Roma, según la cual sólo deben ser reparados los daños que el agente cause por su propia culpa.

Si el agente que causa el daño no incurrió en culpa al ocasionarlo, debe quedar exonerado de la reparación. Sólo existe responsabilidad civil si el agente procede con culpa. La responsabilidad civil depende de la condición subjetiva de actuación culposa.

4.1.11.- Causas De Exoneración De La Responsabilidad.- Las causales exonerarías de responsabilidad pueden liberar totalmente al demandado de responsabilidad, cuando la fuerza mayor, el hecho del tercero y/o el hecho de la víctima son consideradas como la causa única exclusiva y determinante del daño.

Pero también puede demostrarse que probada esa causal exonerativa su ocurrencia tuvo incidencia en la producción del daño junto con el actuar del demandado a título de concausalidad, evento en el cual la consecuencia no será en principio, la exoneración total de responsabilidad sino que estará frente a una reducción en la apreciación del daño, es decir una reducción en la indemnización.

Se puede afirmar que la imputación que no ha pasado por el filtro de las causales exonerativas, es una imputación aparente, que se convierte en definitiva solo cuando supera este estudio sin verse alterada. Para los efectos de este escrito hare referencia a las tres causales exonerativas estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia como son la fuerza mayor y/o

caso fortuito, el hecho del tercero y el hecho de la víctima. De cada una de ellas referiremos su definición, sus características y su aplicación.

a) Fuerza Mayor.- Se define la fuerza mayor como el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar. Como menciona Francisco Soto Nieto, ¹¹ “La fuerza mayor procede de un acontecimiento inevitable o del acto legítimo o ilegítimo, de persona distinta de la obligada que supone para esta la imposibilidad de cumplir su obligación.

4.1.12.- Características de la Fuerza Mayor

- Es un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever.
- Tiene gran importancia, en Derecho, a la hora de establecer la responsabilidad por los daños.
- Ejemplo, cuando una empresa no ofrece un servicio por causa de fuerza mayor, puede evitar el pago de los daños, ya que no está en su mano poder evitarla. La existencia de una fuerza mayor normalmente libera a una o ambas partes de un contrato de sus obligaciones contractuales

4.1.13.- Aplicación de la Fuerza Mayor.- es habitual en los contratos, y sirve para cubrir posibilidades fuera del control de las partes tales como desastres naturales, guerras, etc. Su interpretación tiene mucha importancia,

¹¹ SOTO Nieto Francisco, El Caso fortuito y La Fuerza Mayor, Ediciones Naula 1965 pag. 22

porque hay muchos casos que están en el límite entre fuerza mayor y caso fortuito (como, por ejemplo, huelgas que impidan prestar los servicios).

- En Derecho internacional, la fuerza mayor se refiere a una fuerza imposible de evitar o de prever, más allá del control de un Estado, y que hace imposible el cumplimiento de una obligación internacional.

Ejemplos:

- Si una persona tiene contratado un viaje al Caribe en una agencia de viajes y se sabe que un huracán va cruzar esa zona. No se puede evitar que el huracán devaste esa zona pero sí puede anular el viaje al cliente y devolverle el dinero.
- Si el suministro eléctrico falla debido a que queda estropeado un transformador por falta de mantenimiento. La avería era inesperada pero era debida a un mantenimiento negligente.

Excluyéndose el caso de que el origen del fallo fuera desconocido. No se podría apelar a la fuerza mayor, porque si no las empresas intentarían no descubrir u ocultar el origen del fallo.

4.1.14.- Caso Fortuito.- Proviene de la estructura de la actividad de aquel y puede ser desconocido, permanecer oculto y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño. Es decir que la doctrina y la jurisprudencia se refieren entonces al caso fortuito como sinónimo de causa desconocida, la misma que si bien puede o no puede ser previsible o imprevisible, y en

todos los casos irresistible, se reputa como consustancial a la actividad en el desarrollo de la cual el daño se causa el daño lo que le da el carácter de interioridad, razón por la cual no tiene potencialidad de exonerar de responsabilidad en aquellos regímenes por riesgo excepcional proveniente de la realización de una actividad peligrosa.¹² Se ha entendido que si la causa del daño no es externa a la actividad no existe en este sentido una causa extraña que tenga la consecuencia de exonerar de responsabilidad

¹³“El caso fortuito, ...exonera al deudor en cuanto rompe la relación de causalidad entre las acciones u omisiones del deudor y los daños experimentados por el acreedor ...Lo que no priva al deudor de su deber de diligencia en orden al cumplimiento, ni de los deberes de previsión y seguridad, sino al contrario: solo el deudor diligente podrá exonerarse porque si el hecho ha podido ser previsto con la diligencia exigible o evitado con una actividad diligente, no habrá caso fortuito o forzoso ni, consecuentemente, liberación o exoneración.

Nuestra Legislación determina en su Art. 30.- “**Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.**”

Posteriormente la jurisprudencia ha desarrollado, además de la conceptualización de los elementos para poder identificar como caso fortuito

¹² Revista de Ciencias Jurídicas Nº 123 (69-98) setiembre-diciembre 2010, M.S.C.. Jorge Jiménez Bolaños

¹³ BRENES Córdoba, Alberto. Tratado de las Obligaciones, pág. 108

o fuerza mayor un hecho, también se han planteado algunas otras características:

-El hecho debe ser jurídicamente ajeno al causante del daño. Es decir el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito lleva implícita la prueba de la debida diligencia del agente.

-¹⁴La fuerza mayor o caso fortuito proceden como causales de exoneración de responsabilidad civil, pues desvirtúan la culpa del agente como también la causa del daño.

De esta manera el caso fortuito o fuerza mayor no son distinguidos en el derecho privado ecuatoriano por las consecuencias que trae, que en últimas es la exoneración de la responsabilidad civil.

Por último y como conclusión cabe resaltar que sería erróneo enumerar cuántos o cuáles hechos pueden calificarse bajo estos conceptos o excluir cuales no pueden serlo, pues son las condiciones bajo las que se desarrolla cada hecho de manera particular y las actuaciones diligentes de las personas, los elementos que determinan de manera cierta cuando se configura este eximente de responsabilidad.

4.1.15.- Hecho de un tercero.- Esta causal de exoneración parte del supuesto inicio según el cual el causante del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. No son terceros las personas a quienes además del demandado, la ley adjudica responsabilidad solidaria y que por ende resultan coobligados. Jurídicamente solo es tercero

¹⁴ RAMOS RENE, DE LAS OBLIGACIONES Colección De Manuales Jurídicos, Impresores salesianos S.A.

alguien extraño, por quien no se debe responder, es decir no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria.¹⁵

4.1.16.- La Reparación De Los Daños.- La reparación es el broche que cierra toda esa cadena de acontecimientos y condiciones a que nos venimos refiriendo desde un principio (acción u omisión, ilicitud, culpabilidad, nexo causal y daño), para una mejor comprensión de la responsabilidad extracontractual por acto ilícito no punible del que emana la obligación ¹⁶*ex lege de resarcir o indemnizar el daño causado.*

El contenido de esta reparación se desdobra en dos aspectos:

- a) La ejecución en forma específica, que consiste en dar lo debido, deshacer lo mal hecho, reponer lo deshecho o sustraído, hacer lo no hecho, o bien a la vez, deshacer lo mal hecho y hacerlo en la forma ordenada.
- b) La indemnización de daños y perjuicios.

Solo el autor culpable del acto antijurídico (hecho propio) debiera ser en buena lógica, el obligado a reparar el daño causado por su torpe conducta (responsabilidad subjetiva); mas esta reparación se amplía al hecho ajeno cuando existe un vínculo jurídico (patria potestad, tutela, dependencia o subordinación, etc.) entre el autor material y el que queda responsable al atribuirse a éste una presunción de culpa *in eligendo o in vigilado*, y lo mismo podemos decir de los producidos por los animales y las cosas inanimadas que se encuentran en nuestro poder o que nos pertenecen,

¹⁵ M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Actuaciones por daños, cit., p. 172

¹⁶ LA ACCIÓN CIVIL DEL DAÑO MORAL ,Mendoza Martínez, Lucía Alejandra
ISBN 9786070253799

aunque algunos de los supuestos contemplados tengan naturaleza típicamente objetiva¹⁷.

Un problema que puede plantearse en la responsabilidad civil extracontractual es el de quién o quienes están autorizados, o mejor dicho legitimados para ejercitar la acción de resarcimiento de daños, en principio diremos que lo están todos los perjudicados directos o indirectos ósea las propias víctimas del evento pero como su extensión podría dar lugar a un rigor excesivo de onerosidad para los condenados responsables, se ha querido limitar el artículo de las personas exigentes poniendo en juego el requisito de la causalidad civil, o también desechando las situaciones que se consideran precarias, inmorales o de puro hecho para obtener la protección jurídica .¹⁸ En nuestro sistema jurídico, el artículo 2233 del Código Civil dispone que la acción de daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal; y en caso de imposibilidad física, podrán ejercitarla su representante legal, el cónyuge o parientes en segundo grado de consanguinidad; además, en caso de fallecimiento de la víctima, la acción por daño moral la podrá ejercer el derecho habiente.

4.1.17.- Naturaleza Jurídica Del Daño Material.- Se han formulado varias clasificaciones de los daños que son reconocidos por el Derecho, la más importante se ha concluido que es la que trata del bien jurídico menoscabado. Separando al daño en los grupos de daños patrimoniales y

¹⁷ **ABARCA**, L. (2011). El Daño Moral Y Su Reparación En El Derecho Positivo. Quito: Editorial Jurídica Del Ecuador

¹⁸ LOS DAÑOS CIVILES Y SU REPARACIÓN, Revista de Derecho Privado, Madrid 19928 página 1

daños morales, pero esto detallare más adelante en la clasificación del Daño Moral.¹⁹

4.1.18.- Clasificación Del Daño Moral.- Empezando por la gran separación que se hace a partir de la naturaleza del daño moral existe la clasificación más detallada y clara que hace referencia a su clasificación como son:

a) Daños Morales Originados por la violación de los derechos inherentes a la personalidad que protegen los bienes que integran al aspecto objetivo o social del patrimonio moral:

- Daño Moral engendrado por el ataque al honor de una persona.
- Daño Moral originado por el ataque al nombre: Nombre civil, Nombre comercial, Seudónimo.
- Daño Moral originado por ataque a la Honestidad
- Daño Moral originado por violación del derecho a la libertad de acción.
- Daño Moral producido por un ataque a la autoridad paterna.
- Daño Moral originado por violación de la fe y fidelidad conyugal
- Ataques contra el estado civil de las personas.

b) Daños Morales originados por la violación de derechos inherentes a la personalidad que integran el aspecto subjetivo del patrimonio moral:

- Daño Moral producido por lesión a las afecciones legítimas
- Daño producido por la muerte de un miembro de la familia
- Titulares de la acción

¹⁹ ROBERTO H. BREBBIA. ; EL DAÑO MORAL 2DA. EDICIÓN 2013, Argentina, Córdoba 1078 (galería Córdoba).

- Lesión a las afecciones legítimas en casos de delitos que no ocasionan la muerte de la víctima inmediata
- Lesión de las afecciones legítimas por exposición de fotografías y cartas del muerto.
- Lesión al sentimiento de piedad familiar.
- Daño Moral producido por ataques a la seguridad personal e integridad física de las personas.
- Daño Moral originado por violación al derecho moral del autor.
- Daño Moral producido por violación al derecho de intimidad, derecho a la propia imagen, derecho a tener el domicilio libre de intrusiones, derecho al secreto profesional, libertad de conciencia, daño moral originado por destrucción, pérdida o menoscabo en los bienes patrimoniales con valor de afección.

Daños Morales, derechos inherentes a la personalidad y bienes personales forman así una trilogía indisoluble que constituye el núcleo de la teoría jurídica de los agravios extra patrimoniales; efectuar, por ello, una clasificación de cualquiera de estos tres elementos implica agrupar automáticamente en clases similares a los restantes.

Así como se tuvo en cuenta para caracterizar a los daños en dos grandes categorías *daños morales* y *daños patrimoniales*, la división existe en dos grupos perfectamente definidos de los derechos subjetivos para clasificar ahora en diversos subgrupos los agravios morales deberá tomarse necesariamente como base las diferentes especies de derechos inherentes a la personalidad.

4.1.19.- La Prueba Del Daño Moral.- La prueba dentro del proceso de daños es uno de los temas de mayor complejidad e importancia. El propósito de mantener la pulcritud e indemnidad del patrimonio del litigante busca a su mejor aliada: la prueba. Sólo a través de ella se podrá persuadir al juez, y demostrar el verdadero detrimento de su patrimonialidad, justificar el por qué reclama y por cuánto se reclama. *“La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable”* (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002). Por lo tanto, en el daño moral no se debe

demostrar el sufrimiento, el padecimiento, la angustia, etc., sino que basta con demostrar la existencia del hecho ilícito y del nexo de causalidad.

4.1.20.- La Indemnización Por Daño Moral.- Si hablamos de daño moral dentro de la clasificación por la violación de derechos inherentes a la personalidad que integran el aspecto subjetivo del patrimonio moral es un tema demasiado subjetivo ya que es difícil establecer una indemnización por daño moral, pues es muy difícil poner una cuantía a la muerte de un familiar por ejemplo.

“Resulta difícil cuantificar el daño moral, por tratarse de “sufrimientos, lesiones a la honra, padecimientos de carácter extra patrimonial”; pues es obvio que por no tratarse de daños y perjuicios materiales, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que *“...es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho”*.²⁰

El Código Civil, en la parte pertinente dispone: *“..²¹quedando a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las*

²⁰Galli .Enrique V.. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954

²¹ Código Civil Ecuatoriano Art. 2232

circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”, las cuales se refieren a la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta. Sobre este tema se ha dicho que la acción indemnizatoria del daño moral es de carácter reparatoria y no sancionadora, por tanto, no cabe se mande a pagar sumas exorbitantes de dinero como en muchos casos se demanda o cantidades tan exiguas que ni siquiera justifiquen el ejercicio de esta acción, pues que la valoración del daño moral esté a “prudencia del juez”, no significa que aquel tiene una amplia libertad para fijar ese valor, sino que debe ponderar sus decisión²².” (Sentencia Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Nacional de Justicia, de 17 de marzo de 2014).

4.1.21.- Otras Formas De Reparar El Daño Moral.- A pesar que la legislación ecuatoriana se encarga de indemnizar económicamente a las víctimas que fueron atacadas u ofendidas, pienso que debe existir más ayuda para la parte emocional de los ciudadanos pues como dije anteriormente es un tema complejo ya que no se puede establecer un valor para los daños psicológicos y emocionales que se hacen al afectado. ²³ Pudiendo plantearse como alternativa a más de la compensación económica un tratamiento psicológico a la víctima.

4.1.22.- La Acción De Responsabilidad Extracontractual

La responsabilidad extracontractual proviene de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culpable, que no supone la existencia de ningún vínculo jurídico previo.

²²Sentencia Sala de lo Civil y Mercantil, Corte Nacional de Justicia, de 17 de marzo de 2014

²³ **GAVILÁN, E.** (2008). La Reparación Del Daño Moral Ante Un Ilícito Penal. 3• Protección de la propiedad intelectual Tendencias más recientes de la jurisprudencia cubana Esp. Orlando González García 12• La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (I).

4.1.23.- El Delito y El Cuasidelito.- El cuasidelito es una acción u omisión no intencional que provoca un daño a una persona; en otras palabras, es un hecho dañoso realizado sin dolo, es decir, sin tener una intención maliciosa de cometer un perjuicio a otro.

Mientras que el término "cuasidelito" es más usado en el ámbito del Derecho civil, el "delito culposo o imprudente" lo es dentro del Derecho penal.

Y el delito es un comportamiento que, ya sea por propia voluntad o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto, implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena

4.1.24.- El Sujeto Activo De La Acción De Daño Moral.- Si hablamos de derecho penal el sujeto activo es el individuo "persona" que tiene la capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal, si hablamos en derecho civil el sujeto activo es el que realiza la acción o incurre en una omisión culposa, dentro de este tema por ejemplo sería el que causa el daño.

4.1.25.-El Sujeto Pasivo De La Acción De Daño Moral.- Es la persona natural o jurídica que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo. Una misma persona no puede ser, simultáneamente, sujeto activo y sujeto pasivo.

4.2.- MARCO DOCTRINARIO

4.2.1.- Prejudicialidad o Autonomía De La Acción De Daño Moral.- para poder determinar y sacar un criterio con fundamento sobre si en realidad es necesario la prejudicialidad o si el daño moral es autónomo como lo establece el Código Civil, veamos los diferentes criterios que se han obtenido de los juristas entendidos.

Y además tomando en cuenta que actualmente nuestro país está atravesando por una serie de cambios jurídicos ya que existen leyes que han tenido que ser actualizadas conforme a las necesidades que han ido surgiendo en el país, es importante estudiar los diferentes criterios emitidos, para continuar con el presente trabajo.

4.2.2.- Concepto de Prejudicialidad.- Este término deriva del latín “prae iudicium” que significa antes del juicio, y, por PREJUDICIAL se entiende aquello “que requiere decisión previa al asunto o sentencia principal. De examen y decisión preliminar, referido a ciertas acciones y excepciones.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, **quien señala que:**

“para intentar la acción civil proveniente de un delito o cuasidelito que es a la vez penal, no es menester deducir previa o conjuntamente la acción penal, ni que una sentencia haya establecido y penado ese delito o cuasidelito con anterioridad”

4.2.3.- Alcance Jurídico.- En este aspecto cabe mencionar que una es la acción por daños morales que pueda perseguir una persona como consecuencia del ejercicio abusivo al presentar en su contra una denuncia

por un delito no comprobado, y que dicha víctima puede seguir dentro del mismo proceso penal para que se califique la denuncia como maliciosa o temeraria; y, otra es la acción civil que se sigue por vía ordinaria para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y la reparación del daño moral, establecida en artículo 2232 del Código Civil. La primera acción, es decir , cuando la acusación particular fuere declarada como temeraria o maliciosa, cabe la acción ante el juez de lo Penal o el Tribunal en su caso; ya que este asunto no pertenece a la jurisdicción civil, así declaró la primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia en el fallo No. 195-98 (Iigña Zurita), resolución No. 189-2000, de 2 de mayo de 200, mientras que si no hay ninguna calificación previa respecto de la denuncia o la acusación particular de parte del Juez o Tribunal Penal, procede la acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de daño moral ante la jurisdicción civil, conforme lo ha declarado la Sala referida, en el fallo No. 150-2000.

4.2.4.-Aplicación En Casos Concretos.- Nuestro Código Civil dispone en su Art. 2231.-

“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”.

Art. 2232.-

“En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de

reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.”

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

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.

En los que se dispone que se puede demandar la indemnización civil por daños morales sin que haya precedido juicio penal en que se declare probada legalmente la existencia del delito o cuasidelito, es decir que la acción civil es independiente de la acción penal, en otras palabras para iniciar una acción civil por indemnización por daño moral, no se requiere que exista una resolución o sentencia de tipo penal previa que implique o contenga un delito o cuasidelito.

Es decir el principio de “prejudicialidad” no se requiere en este caso, y así lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en el fallo de casación expedido el 24 de Abril de 1995 (R. O. 698, 18-V-95), el cual expresa:

“Por tanto, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido, el legislador la habría requerido expresamente. Por otra parte pueden darse hechos que causen presunción y que estén tipificados como delitos por la ley penal, pero no dejarían por ello de originar obligación de indemnizar dada la amplitud que tiene el Código Civil, como fuente de obligaciones, el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona...”

4.2.5.- La Autonomía De La Acción De Daño Moral.- La acción de daño moral estructurada en el Código Civil, en los artículos 2231 al 2237, tiene por objeto establecer la responsabilidad civil como obligación derivada de un hecho o acto malicioso o negligente que ha producido daños meramente morales; en consecuencia es independiente de cualquier acción penal, y no está sujeta a prejudicialidad.

4.2.6.- Concepto.- Existe su autonomía ya que no necesita la demanda por daños y perjuicios o de daño moral en vía ordinaria, y se puede iniciar cuando sea parte de un proceso anterior, porque no existe la llamada

prejudicialidad, sino que también puede demandarse por el hecho de producir sufrimientos físicos o psíquicos, como angustias, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, resultados de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados como el caso que nos ocupa, sin que tenga o exista una sentencia ejecutoriada de tipo penal, que justifique o demuestre los daños y perjuicios o el daño moral.

4.2.7.- Alcance Jurídico.- El tratadista Gil Barragán Romero, establece que:

“La acción civil de daño moral es contenciosa y declarativa; el juicio en que se la sustancia, ordinario. No es menester la prejudicialidad penal para esta acción. Aunque nuestra ley no la exige, la afirmación de este principio es necesaria, pues en algunas legislaciones se impone este requisito y hay autores que lo han considerado necesario y frecuentemente se lo invoca en la práctica judicial. Prejudicialidad es la acción para que una acción judicial pueda plantearse o iniciarse con libertad e independencia de cualquier acción, deben resolverse previamente ciertas situaciones que obstaculizan, a fin de que su trámite sea jurídicamente procedente. Los tratadistas explican las razones para que no sea necesaria la prejudicialidad para una demanda civil de daños morales: la principal es la naturaleza jurídica de las dos acciones y su finalidad; pues como lo hemos manifestado anteriormente, la acción penal es punitiva mientras la civil es compensatoria. La prejudicialidad existe únicamente - para lo penal- en los supuestos del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal... puesto que el procedimiento civil es de derecho público, de haber prejudicialidad para

demandas civiles debería declararlo la ley. No lo ha hecho. Por esto, la Corte Suprema ha rechazado la alegación de que se requiere.”

La Sala, IV de la Corte Suprema en la sentencia 112 de las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992, ha llegado a conceptualizar el daño así:

"El daño constituye uno de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto el deber de resarcir solamente se configura si ha mediado un hecho ilícito dañoso que lesione un interés jurídicamente relevante susceptible de ser tutelado por el ordenamiento jurídico. El daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico”.

Bajo esta tesitura, no hay responsabilidad civil si no media daño, así como no existe daño si no hay damnificado. Por otra parte, sólo es daño indemnizable el que se llega a probar (realidad o existencia), siendo ello una cuestión de hecho reservada al prudente arbitrio del juzgador. En suma, el daño constituye la brecha perjudicial para la víctima, resultante de confrontar la situación anterior al hecho ilícito con la posterior al mismo. El daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens).²⁴

En idéntico sentido, se manifiesta un importante autor peruano, Fernando de Trazegnies, para quien este tipo de daños tienen por origen actuaciones u

²⁴ Esta sentencia ha sido retomada en las resoluciones siguientes: número 618 de las 10 horas 50 minutos del 1 de octubre de 2003, número 622 de las 15 horas 40 minutos del 14 de agosto de 2002

omisiones cuya naturaleza esencialmente ilícita, y que provocan perturbaciones o alteraciones en el equilibrio psicológico del damnificado, y ejemplifica: "²⁵En realidad, muchas de estas violaciones producen daños patrimoniales: la privación ilegal de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación por persona ajena de los derechos de autor o inventor, etc., conllevan consecuencias económicas.

Sin embargo, cabe también la posibilidad de considerar los daños que se derivan de ellas desde una perspectiva no patrimonial, conjuntamente o independientemente de la perspectiva patrimonial: la humillación de la prisión injusta, la frustración del proyecto de vida de quien ha sufrido una lesión física deformante, el sentido herido del honor, etc./ Pero tales daños espirituales tampoco son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como daño moral. Esta última institución no está limitada únicamente a la *pecuniam doloris*, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se entiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad./ Basta interrogar a los autores franceses (que fueron los creadores de la expresión daño moral) para comprobar que se trata de una referencia amplia a todo daño no patrimonial. El proyecto del Código franco-italiano de las obligaciones, ilustra el daño moral en su artículo 85 con los siguientes ejemplos: Lesión corporal, daños que afectan al honor, a la reputación o a la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto, dolor

²⁵ De Trazegnies, Fernando

sufrido por los padres, parientes o cónyuge, en caso de muerte de la víctima. Lalou y Azard nos dicen clara y directamente que la distinción entre daño material y daño moral, corresponde a esa gran división de derechos entre derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia). Las violaciones a los derechos de la personalidad son, pues, parte del dominio que era conocido como daño moral. Entiéndase bien: no estamos discutiendo por un nombre. Lejos está de nuestra mente defender la expresión daño moral.

No cabe duda de que esta denominación no es feliz; y esto ya ha sido dicho cientos de veces. Podemos utilizar cualquier otra. Podríamos usar la expresión de daño a la persona; a pesar de que todo daño es, directa o indirectamente, un daño a la persona (incluyendo los daños patrimoniales).

Nosotros preferimos llamarlo daño extrapatrimonial (o no patrimonial, si se quiere)... Pero, más allá de un pleito de etiquetas, lo que importa es si estamos ante uno o ante dos campos conceptuales: hay que preguntarse si el dolor y el sufrimiento tienen un tratamiento jurídico diferente de la frustración del proyecto de vida de una persona o del atentado contra su honor, o si, como lo parecen entender los juristas franceses, todo ello tiene un tratamiento similar y por consiguiente, pertenece al mismo campo y debe merecer un mismo nombre genérico. Nosotros estamos dentro de esta última posición..." (La responsabilidad extracontractual, Tomo II, Bogotá, Temis, 5a edición,

2000, pp. 73-74) Pues bien dentro de estos cambios existen algunos que deben ser tomados en cuenta como es el tema de mi presente trabajo de investigación ya que a falta de la unificación de criterios se dictan sentencias que afectan a los ciudadanos de acuerdo al criterio de los jueces por la Ley que se presta para poder aplicarse de las diferentes formas.

Según el artículo 2231 del Código Civil ²⁶*“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho a demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba el daño emergente o lucro cesante, sino también el perjuicio moral”*

La jurisprudencia de la corte Suprema, así lo ha interpretado, conforme a la buena doctrina jurídica al decir que la acción es autónoma, independiente de otra civil o penal. Tal es la doctrina de ALESSANDRI RODRÍGUEZ quien enseña que:

“Para intentar la acción civil proveniente de un delito o cuasidelito que es la vez penal, no es menester deducir previa o conjuntamente la acción penal, ni que una sentencia haya establecido y penado ese delito o cuasidelito con anterioridad” (De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno, No. 21.p. 35)²⁷ En esta aspecto cabe mencionar que una es la acción por daños morales que pueda perseguir una persona como consecuencia del ejercicio abusivo al presentar en su contra una denuncia por un delito no comprobado y que dicha víctima puede seguir dentro del mismo proceso penal para que se califique la denuncia como maliciosa o

²⁶ CODIGO CIVIL ECUATORIANO ART. 2231

²⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno, No. 21. P. 35

temeraria; y, otra es la acción civil que se sigue por vía ordinaria para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y la reparación del daño moral, establecida e Artículo 2232 el código Civil. La primera acción es decir, cuando la acusación particular fuere declarada como temeraria o maliciosa, cabe la acción ante el juez de lo Penal o Tribunal en su caso; ya que este asunto no pertenece a la jurisdicción civil, así declaró la primera Sala de lo Civil Mercantil de la corte suprema de Justicia en el fallo No. 195-98 (Ligña –Zurita), resolución No. 189-2000, de 2 de mayo de 2000, mientras que si no hay ninguna calificación previa respecto de la denuncia o la acusación particular de parte del juez o Tribunal penal, procede la acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de daño moral ante la jurisdicción civil, conforme lo ha declarado la sala referida, en fallo No. 150-2000(cuenca Rosales), resolución No. 350-2000 de 11 de septiembre de 2000. Se concluye así, que no necesariamente la demanda por daños y perjuicios o de daño moral en vía ordinaria, se puede iniciar cuando sea parte de un proceso anterior, porque no existe la llamada prejudicialidad, sino que también puede demandarse por el hecho de producir sufrimientos físicos o psíquicos, como angustias, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes, resultados de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados como el caso que nos ocupa, sin que tenga o exista una sentencia ejecutoriada de tipo penal, que justifique o demuestre los daños y perjuicios o el daño moral.

El tratadista Gil Barragán establece que:

“La acción civil de daño moral es contenciosa y declarativa; el juicio en que la sustancia ordinario. No es menester la prejudicialidad penal para esta acción. Aunque nuestra ley no la exige, la afirmación de este principio es necesaria, pues en algunas legislaciones se impone este requisito y hay autores que lo han considerado necesario y frecuentemente se lo invoca en la práctica judicial. Prejudicialidad es la acción para que una acción judicial pueda plantearse o iniciarse con libertad e independencia de cualquier otra acción, deben resolverse previamente ciertas situaciones que la obstaculizan, a fin de que su trámite sea jurídicamente procedente.

Los tratadistas explican las razones para que no sea necesaria la prejudicialidad para una demanda civil de daños morales: la principal es la naturaleza jurídica de las dos acciones y su finalidad; pues como lo hemos manifestado anteriormente, la acción penal es punitiva mientras la civil es compensatoria.

En 1991 Tunc expresaba, con razón, que el daño a la persona es el campo más importante de la Responsabilidad Civil tradicional en los tiempos que corren²⁸. En el mismo año, desde la Argentina, Mosset Iturraspe llegaba a similar conclusión. En las páginas de la tercera edición de su valioso libro "El valor de la vida humana" el profesor argentino afirmaba que "los aspectos más sobresalientes, a nuestro juicio, en las cuestiones generales de la temática (sobre la Responsabilidad Civil), son dos: la aparición del

²⁸TUNC, A. Le visage actuelle de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé: En: Developpements récents du droit de la responsabilité civile. Zurich, 1991. p. 21-40. Citado por: De ANGEL YAGUEZ, Ricardo: Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995

denominado daño a la persona y el afianzamiento de la nueva comprensión y alcances del daño moral,²⁹

Es un tema que origina mucha discusión por un lado tenemos el criterio mencionado en toda esta doctrina y por otro lado está el otro criterio, por ejemplo el del profesor Efraín Torres Cháves, quien considera que la inclusión de estas conductas en el Código Civil ha sido inadecuada y se ha rebasado indebidamente una órbita que es de orden exclusivamente penal, por considerar que todas estas actuaciones (las mencionas en el artículo 2232 del Código Civil), entrañan cuestiones de orden penal. Pero en todo caso, siempre se observa que la actuación u omisión ha de entrañar ilicitud. Aun la discrepancia expresada por el Doctor Torres nos manifiesta claramente la idea del ilícito como requisito para reparar un daño moral. O tengo también el criterio constante en el Registro Oficial de fecha 20 de Septiembre del 2001, que menciona La Ley No. 171, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, que mandó a agregar tres artículos innominados al Título XXXIH De los delitos y cuasidelitos, del Libro IV del Código Civil, llenó el vacío que existía en nuestra legislación concerniente al daño moral; pero todas estas disposiciones son de carácter sustantivo o material; en ninguna de sus partes reguló la competencia para conocer y resolver las demandas por daño moral, así como tampoco lo hizo acerca del procedimiento a seguirse.³⁰ Es decir dejó intocadas las disposiciones procesales vigentes acerca de la competencia y el

²⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. El valor de la vida humana. 3ra. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991. p: 327

³⁰ Registro Oficial de fecha 20 de Septiembre del 2001

procedimiento a seguirse. Es sabido que la jurisdicción legal nace de la ley y ni en la Ley No. 171 ni en otro cuerpo legal se otorga competencia al juez de lo civil para conocer y resolver las demandas de indemnización por daño moral en el caso de que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo hubiesen calificado como temeraria la denuncia o la acusación particular...". Finalmente, el fallo citado dice: "Se ha argumentado que las demandas por indemnización por daños materiales en el caso del abuso del derecho de la referencia deben ser conocidas por un juez de lo penal, y las denominadas indemnizaciones por daño moral deben ser conocidos por un juez de lo civil. Estos argumentos son completamente deleznable por estas razones: a) El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en forma general a la indemnización de daños y perjuicios, no lo limita exclusivamente a los daños materiales, y donde la ley no distingue no puede distinguir el juzgador; b) Un mismo hecho ilícito, por lo común ocasiona simultáneamente daño material y daño moral, la frontera entre el uno y el otro frecuentemente es difícil de diferenciar porque el daño material o patrimonial coexiste comúnmente con el daño moral o extrapatrimonial. Una lesión o menoscabo en la integridad física, en el honor o en otro bien inherente a la personalidad, no solo produce inevitablemente y de manera directa un daño moral, sino que es susceptible de ocasionar perjuicios de manera mediata sobre el patrimonio de la misma. Al respecto Roberto H. Brebbia dice: la extra patrimonialidad de los daños morales deben entenderse en el sentido de que son susceptibles de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes

personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo solo se ven influidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto para producir o conservar esa clase de bienes»

El problema práctico se desenvuelve desde la perspectiva en la cual, en la Corte Nacional de Justicia se mantienen dos criterios en los cuales para algunos jueces no es necesaria la prejudicialidad del daño moral, es decir es autónomo, con esto no es preciso que la denuncia o acusación particular en materia penal haya sido calificada como temeraria o maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva, mientras que el otro criterio que se

mantiene es que se debe calificar como temeraria o maliciosa por el juez de lo penal, antes de iniciar una acción civil.

Confusión que se crea a partir de la existencia de los dos criterios y citare el artículo 2258 del Código Civil por la ley 171 promulgada en el Registro Oficial No. 779 de 4 de Julio de 1984 dijo 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, no dijo ni podía decir que se deba indemnización por daño moral como resultado de acciones u omisiones lícitas, lo que dice es que la reparación del daño moral no se halla comprendida en la reparación del daño patrimonial que una y otra son obligaciones independientes entre sí de manera que la suerte que corra la una no afecta a la otra por lo que inclusive puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como por ejemplo el pago de un seguro de vida.

En conclusión cabe señalar al respecto que en los artículos 2231 y 2232 del Código Civil se dispone que se puede demandar la indemnización civil por daños morales sin que haya procedido juicio penal en que se declare probada legalmente la existencia del delito o cuasidelito, es decir que la acción civil es independiente de la acción penal, en otras palabras para iniciar una acción civil por indemnización por daño moral, no se requiere que exista una resolución o sentencia de tipo penal previa que implique o contenga un delito o cuasidelito.

He aquí la importancia en la que se cree jurisprudencia para que pueda existir un solo criterio y se resuelva el problema que se está presentando.

Así lo ha manifestado la Corte suprema de Justicia en el fallo de casación expedido el 24 de abril de 1995 (R.O.698, 18-V-95, el cual expresa:

“Por lo tanto la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido, el legislador la habría requerido expresamente. Por otra parte, pueden darse hechos que causen presunción y que estén tipificados como delitos por la ley penal, pero que no dejarían por ello de originar obligación de indemnizar dada la amplitud que tienen el Código Civil, como fuente de obligaciones, el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona”.

4.3.- MARCO JURÍDICO.-

4.3.1.- Reconocimiento y garantía del derecho de libertad de las personas.- Nuestra constitución en su artículo 66, numeral 2 establece que se reconocerá el derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. (...) ³¹

Siendo nuestra ley suprema y teniendo como su fin principal el velar por los derechos de los ciudadanos menciona que el estado garantiza nuestra integridad moral, pero somos los ciudadanos los que por falta de una cultura de respeto, de igualdad, violamos todas las reglas que establecen y que podrían permitirnos convivir en un territorio rodeados de la tranquilidad, seguridad que necesitamos.

³¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , ART. 66 p. 47

Después de la Ley suprema están las leyes especiales que siempre generan diferentes criterios en los entendidos en derecho y esto permite que podamos realizar varias investigaciones para poder concluir la mejor forma de aplicar la ley.

En este caso son los artículos que ya he mencionado anteriormente en el código civil el que es causa de esta investigación.

Que nos llevan al análisis de la necesidad de la prejudicialidad en un proceso por daño moral y basándonos en los artículos 2231.-

“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”

“Art. 2232.-

“En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes

causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

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.;

y su Art. 2214, que expresa

“El que ha cometido un delito o cuasidelito que a inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito³²”.-

En el caso de los delitos, el Art. 309 del Código de Procedimiento Penal establece que la sentencia debe contener, entre otros requisitos, la condena a pagar los daños y perjuicios ocasionados por la infracción y en cuanto a la competencia para el conocimiento de la acción civil deducida para la reparación de daños y perjuicios que deriven de una causa penal el Artículo 31 del Código de Procedimiento Penal establece reglas para determinar la

³² CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO Art.2214. P.149

competencia en los juicios de indemnización de daños y perjuicios.- (622 numeral 6).

En lo referente a los cuasidelitos , por regla general contenida en el Art. 2229 del Código Civil, todo acto u omisión que pueda imputarse malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta y la competencia, por su naturaleza corresponde al juez de lo civil.

Al existir por una parte la interpretación de jueces desde primera y segunda instancia sobre la necesidad de la prejudicialidad para iniciar un proceso de daño moral, ocasionando el origen de dos criterios diferentes ya que se establece también que si es necesaria la prejudicialidad para un juicio de daño moral por tratarse de un tema penal, y basándome en el artículo 82 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece en su tercer párrafo:

“La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente” la propuesta de reforma es que el pleno de la Corte Nacional de Justicia emita una resolución obligatoria para los jueces de primera y segunda instancia y abogados, en los que se dé a conocer la autonomía del daño moral.

³³Sala en fallos de triple reiteración, sostiene: "para que un procesamiento injustificado constituya delito y de lugar a la acción de daños y perjuicios o daño moral, requiere que el juez penal califique la acusación o la denuncia de temeraria o maliciosa, sólo entonces estaríamos frente a un caso de un hecho ilícito, de abuso del derecho, y como tal, eficiente en la acción por daño moral, sin esta calificación,, estaríamos frente a un caso de quien actúa conforme a derecho, ajustándose su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social. Sin el pronunciamiento del Juez que califica la acusación, no procede la acción de daños y perjuicios"

4.3.1.- LEGISLACIÓN COMPARADA

La legislación Brasileña y el Daño Moral

Sobre el tema de los daños morales puede anotarse en el derecho brasileño una divergencia similar a la que presenta el derecho argentino. Mientras la interpretación sistemática de los textos legales parecería consagrar de manera amplia y general el principio de la reparación de los daños morales, sin hacer distinción entre las fuentes contractual o aquiliana del perjurio, la jurisprudencia se ha quedado atrás en la aplicación del mismo y hasta época reciente admitió solo en casos especiales el resarcimiento agravio moral sufrido, o bien, lo que resulta más ilógico todavía, cuando el hecho ilícito ha tenido repercusión sobre el patrimonio.

³³ texto citado en la Resolución de la Tercera, Sala de lo Civil y Mercantil del 12 de febrero del 2003; alas 10h00, publicada en la Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11, Pág. 3492

Fundamentan, a nuestro juicio, la tesis amplia, los preceptos legales contenidos en los Art 76, 159 y 1553 del C:C: El primero de ellos establece que

“para intentar a contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral”(…),

En el segundo se expresa que:

“aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o impudencia, viola un derecho o causa un perjuicio a otra, está obligado a reparar el daño”;

y en el tercero se prescribe que

“En los casos no previstos en este capítulo (se refiere a los casos de muerte, lesiones y delitos contra el honor u la honestidad) se fijara por arbitrio judicial la indemnización”.

El ilustre jurista Bevilaqua, autor del Código Civil, sostiene que de daño moral en el derecho positivo brasileño es siempre resarcible, con la sola excepción de los casos de homicidio.

Esta opinión en un comienzo resistida se ha abierto camino en la doctrina y jurisprudencia que cada vez se muestra más favorable a la consagración de la tesis que admite como regla la reparación del daño moral y no solo únicamente en los casos señalados específicamente por los art. 1538, 1539, 1547, 1548, 1549,1550 y 1551 que se refieren respectivamente a los casos

de lesiones delitos contra el honor contra la honestidad y ataques a la libertad personal.³⁴

Como en cualquier país las leyes están evolucionando por que necesitan ir acorde a los cambios que se van presentando en la sociedad, lo interesante de esto es que sobre el daño moral en el derecho brasileño señalan que pedir una indemnización por esto sería inmoral por que se estaría dando valor a la honra de una persona y el Tribunal Federal de Brasil establece que es algo muy valioso como para cuantificarlo.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil ya llegó a considerar que, en caso de la responsabilidad civil, sólo sería posible a la indemnización por los daños patrimoniales. Demandar el daño moral sería inmoral, en el sentido de que se estarían patrimonializando un valor moral, muy valioso, no patrimonial.

Antiguos procesalistas no reconocían este tipo de reparación, porque como requisito para la entrada de una reclamación en el poder judicial ha que ser un interés patrimonial, lo que no existe cuando requiere la reparación por el daño moral. Así, llegó a la conclusión de que el sería imposible de reparar.

Entonces se promulgó la Constitución de la República Federativa del Brasil. En el título: Dos derechos fundamentales y garantías, en el artículo 5 de la sección XXXV se estableció que la justicia no puede omitir la evaluación del perjuicio o amenaza a derechos y en las proposiciones V y X se reconoce explícitamente la posibilidad de daño moral, así como asegura su reparación.

³⁴ Cons, CARVALHO SANTOS, Código Civil Brasileño Interpretado XXI pag, 21 y sigts; Avio Brasil “ O daño moral no direito brasileiro”, AGUIAR DIAS, ob. Cit II. Título VII Cap. I MELO DA SILVA, “O daño moral e su reparacao”; etc.

La doctrina de aquel tiempo, entonces, entendía el daño moral como el dolor, la tristeza. Con el tiempo, esta visión ha sido superada. El dolor o tristeza no son los daños morales, sino la consecuencia de estos. Empezó la opinión de que el daño moral es la lesión a los derechos de la personalidad del individuo, que son los que se refieren a su esencia, sus valores interiores. Así, una lesión puede generar un daño patrimonial como moral.

En continua evolución, el daño moral llegó a ser visto más que una lesión a los derechos de la personalidad, sino como un perjuicio a la propia dignidad de la persona humana, que es el gran principio constitucional brasileño adonde derivan todos los demás principios.

Después que se consolidó este entendimiento, la magnitud de los daños morales ahora se amplió e, a pesar de posiciones contrarias, empezaron a entender que las personas jurídicas pueden sufrir daños morales, tienen algunos de los derechos de la personalidad extendidos a ellas y estos derechos pueden ser heridos, como el honor.

Pero no en su honor subjetivo, que es la privativo de los seres humanos, que por su naturaleza están dotados de sentimientos, pero en su honor objetivo. Por lo tanto, se publicó el resumen 227 de la Corte Superior de Justicia y el artículo 52 del Código Civil brasileño que dispone:

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

“Se aplica a las personas jurídicas, en su caso, la protección de los derechos personales”

Hasta el momento, todo el Derecho se basa en la persona individual. Cada uno de los matices de daño moral se dirigieron al "yo".

Sin embargo, la evolución social ha seguido inexorable marcha. La inquietante pregunta ahora es si, el día de hoy, por encima de la tradicional particular, sería posible hablar más allá del privado: hablar también de lo colectivo, difuso.

Todo eso basado en la solidaridad constitucional, que se centra no sólo en la idea del individuo como también en la nación, en lo bien, en la justicia, en los derechos trans individuales que se destacan de la persona individual y abarca los derechos no patrimoniales de toda la sociedad, como el derecho a un medio ambiente sano, a la paz, a la calidad de vida y a la cultura de todo un pueblo, el respeto de las diversas culturas y la historia existe en un multicultural Estado Democrático de Derecho, tal como es, lindamente, el Brasil. Para la tutela de esos derechos, empiezan a defender el daño moral colectivo.

Así, el daño moral colectivo ocurriría cuando alguien realiza alguna conducta antijurídica, comisiva u omissiva que lesiona un bien considerado de gran importancia y estima por toda la sociedad, causando un perjuicio que no de fácil reversión o es de difícil reparación, así como ocurre cuando se ha lesionado el ámbito de los derechos de la personalidad de una persona.

El daño Moral en la legislación iberoamericana.-

El Código Civil napoleónico respondía, en materia de reparación de daños, a las teorías doctrinarias que lo informaban, es decir, "el individualismo

filosófico, el liberalismo económico, con un total desprecio por los aspectos sociológicos de contextualización de los seres humanos”.³⁵ Así, los códigos civiles de origen napoleónico se ubicaron dentro del liberalismo, y ello explica en buena medida el espíritu economicista del derecho de obligaciones, pensado, sobre todo, para regular las relaciones entre particulares con proyección económica.

Está claro que los redactores del Código Civil napoleónico, no pensaron en absoluto en la indemnización del daño moral, sino sólo en el patrimonial. Su concepto encerraba, una visión economicista del daño contractual, en el que, en principio, no encaja el daño moral ya que la indemnización tiene como objetivo el reintegro de un patrimonio que ha sido lesionado, concebido el patrimonio como un conjunto de bienes materiales.

Con el paso de los años, esta visión restringida del daño derivado del incumplimiento contractual se expandió y fue Francia el primer país en aceptarlo en 1833. De igual manera, España lo hizo en 1912.

En América latina, el derecho chileno fue uno de los precursores en acoger la indemnización del daño moral derivado del hecho ilícito (las primeras decisiones chilenas datan de 1907).³⁶ El Código Civil chileno carece de una regulación expresa del daño moral por lo que se encargó dicha interpretación a la labor jurisprudencial.

³⁵ Ghersi, Carlos. “La regulación jurídica del daño moral por incumplimiento contractual”. Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2001, p.

³⁶ Domínguez Hidalgo, Carmen. “La Reparación Del Daño Moral Derivado De Contrato En El Derecho Civil Chileno: Realidad y Límites”. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales, nº 3, Julio 2006, p. 228

En un fallo de octubre de 1994, la Corte Suprema chilena abandonó la interpretación restrictiva del artículo 1556 del Código Civil,³⁷entendiendo que el mismo no excluye de manera forzosa la reparación del daño moral en materia contractual. La Corte efectuó un análisis sistemático de las normas jurídicas y abandonó la concepción patrimonialista del derecho de las obligaciones. La Corte entendió que la tutela de la persona y sus atributos inmateriales requieren una protección si no superior, al menos igual, a la de sus atributos materiales o patrimoniales.³⁸

La referida posición a favor de la indemnización del daño moral con independencia de la fuente que lo origina, ha sido reconocida de forma expresa en la legislación civil de países como Perú y Argentina.

Dicha aceptación encuentra su fundamento en la interrogante planteada en el sentido de que no sería justo que el daño moral sea indemnizable únicamente si al agente que lo causa y un tercero denominado damnificado o víctima no les une vínculo contractual alguno En este sentido, manifiesta Ramón Pizarro:

“Un hecho ilícito no deja de ser tal, no modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse dentro de una obligación preexistente que resulta incumplida, o fuera de ella. En uno y otro supuesto, el menoscabo espiritual derivado de la lesión a un interés no patrimonial puede ocasionarse y merecer la misma reacción del

³⁷ “Art. 1556.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente

³⁸ Cárdenas Villarreal, Hugo. “Daño moral por incumplimiento de Contrato: un réquiem por la uniformidad jurisprudencial”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 33, 2006, p. 590

ordenamiento jurídico, orientada a restablecer el equilibrio alterado mediante el pertinente resarcimiento.³⁹

Incluso en la legislación de países como Argentina, existe el debate de los diferentes criterios sobre daño moral en este caso, entra en discusión si debería existir daño moral por una responsabilidad extracontractual. En Argentina, la Corte Nacional de Justicia ha considerado que la indemnización del daño moral contractual no se apoya en un derecho del perjudicado sino que depende de una decisión prudencial del magistrado en virtud del artículo 522 del Código Civil que establece que el juez podrá condenar su reparación⁴⁰. Es decir, se ha dado una interpretación amplia a dicha disposición permitiendo a los jueces conceder indemnizaciones cuando éstos lo estimen necesario.

En España, diversas sentencias del Tribunal Supremo han ampliado la indemnización del daño moral a la responsabilidad contractual, superando así los criterios restrictivos que limitaban su aplicación, así como la concepción clásica del *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad. Dicho Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

El daño moral indemnizable no es sólo aquel que consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico, sino también el que deriva de un “impacto o

³⁹ Pizarro, Ramón. Daño moral. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 195

⁴⁰ La sentencia estableció que: “El daño moral pro incumplimiento de un contrato no aparece como un derecho estricto del agraviado, sino como una posibilidad de que el juez haga funcionar una atribución que la ley ha remitido a su prudencia y discreción. No todo incumplimiento contractual trae aparejado daño moral, dependiendo la reparación respectiva de la libre apreciación del juez acerca del hecho generador del perjuicio y de las circunstancias del caso, dado que no puede sustentarse en cualquier molestia que no se origina en la insatisfacción de las prestaciones contractuales”. Citado por: Zavala de González, Matilde. Tratado de daños a las personas: Resarcimiento del daño moral. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2009, p.14.

sufrimiento psíquico o espiritual, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio o incertidumbre” o el “trastorno de ansiedad, impacto emocional”.⁴¹

⁴¹ 32 Solé, Josep. “El daño moral por infracción... Óp. cit., p. 18

5.- MATERIALES Y METODOS:

La elaboración del presente estudio se realizó utilizando diferentes materiales y métodos.

5.1.- Materiales y métodos utilizados.- los materiales y métodos que se usaron para la elaboración de esta tesis fueron jurisprudencia y doctrina de juristas nacionales y extranjero, leyes, registros oficiales, libros, internet, revistas, mismos que constan como referencia al pie del presente trabajo y detallados en la bibliografía.

Se utilizó también sentencias emitidas con doble criterio, unas en las que se solicita que exista prejudicialidad para emitir el daño moral y otras en las q reconocen la demanda de daño moral como autónomo, completamente independiente de cualquier acción, lo que me ayudo a determinar y encontrar el problema que se general actualmente en la Corte Nacional de Justicia.

La modalidad y el tipo de investigación fue jurídica-descriptiva-exploratoria ya que se parte del análisis del daño moral para determinar si la acción es autónoma o es necesaria la prejudicialidad.

5.2.- MÉTODO ANALÍTICO:

Este método me permitió conocer más sobre el daño moral y los diferentes puntos de vista que hay entre los abogados, ya que la mayoría desconoce que el daño moral es completamente independiente de cualquier otra acción, por medio de este pude concluir la necesidad de crear una resolución obligatoria emitida por el pleno de la Corte Nacional de Justicia.

5.3.- MÉTODO HISTÓRICO:

Mediante este método se analizó la trayectoria completa y la evolución que está teniendo el daño moral en nuestra legislación y en la de países como Brasil, pudiendo investigar las anteriores sentencias que fueron dictadas por la Corte Suprema de Justicia, encontrando el mismo problema, (dos criterios sobre el daño moral)

5.4.- PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS:

5.4.1.- ENCUESTAS.- se realizaron 30 encuestas a diferentes profesionales del derecho, no necesariamente especializados en el área penal, ni civil, lo que me permitió obtener los resultados.

Con el objetivo de determinar si la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal es de carácter prejudicial o autónomo, se analizaron las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y Corte Nacional de Justicia desde el año 1995 hasta el año 2014, con la finalidad de obtener al menos tres fallos que justifiquen cada punto de vista, debido a que tres fallos sobre un mismo punto de derecho es el requisito para que la Corte Nacional de Justicia por medio de una resolución establezca que criterio se debe adoptar como precedente jurisprudencial el cual tiene fuerza de ley.

Se buscaron procesos en la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia así como en su Archivo. Una vez analizada la información proveniente de la muestra cualitativa, obtuve las respuestas que

me permitieron plantear las conclusiones y recomendaciones y la propuesta de resolución, así como determinar la necesidad que existe en el ámbito civil de determinar si es necesaria la prejudicialidad en la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal, o si por el contrario no se necesita de ninguna prejudicialidad pues es autónoma.

6.- RESULTADOS:

6.1.- Análisis de Aplicación de la encuesta.-

Se realizaron treinta encuestas a profesionales del derecho obteniendo los siguientes datos:

PRIMERA PREGUNTA

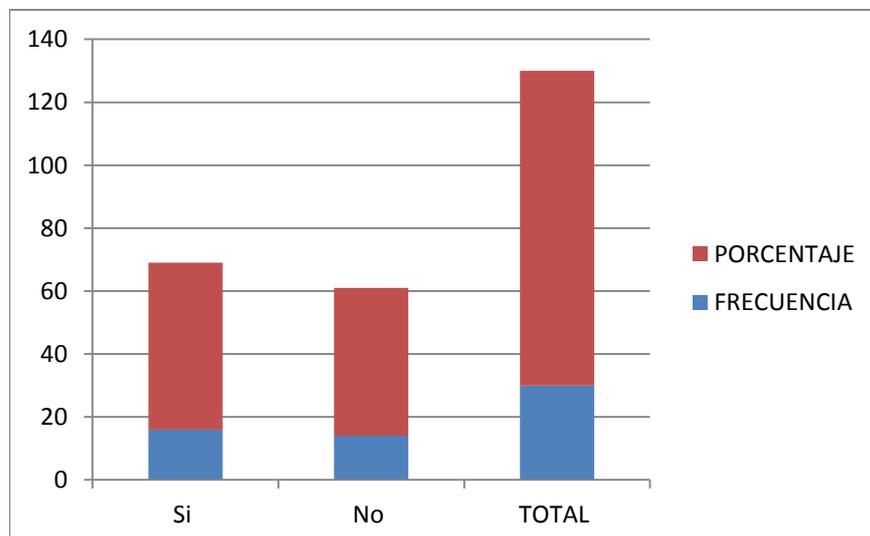
1. ¿Conoce usted el proceso legal para iniciar una acción de daño moral?

CUADRO NÚMERO 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si conoce	26	87
No conoce	04	13
TOTAL	30	100

Fuente: profesionales del Derecho y alumnos de derecho
Elaboración: Cristina Fernanda Escobar Coronel

GRÁFICO NÚMERO 1



INTERPRETACIÓN:

De acuerdo a las respuestas obtenidas a esta interrogante puedo determinar que un buen porcentaje de personas dice si conocer sobre el procedimiento legal para demandar daño moral. Se puede determinar de acuerdo al cuadro estadístico que de treinta personas, 26 personas que equivale al 87%, han contestado de manera positiva mientras que 4 personas que equivale al 13 %, contestan de manera negativa indicando que no conocen el proceso para demandar daño moral.

ANÁLISIS:

Los resultados obtenidos demuestran que la mayoría de los abogados piensa conocer el proceso, para iniciar una demanda por daño moral.

SEGUNDA PREGUNTA

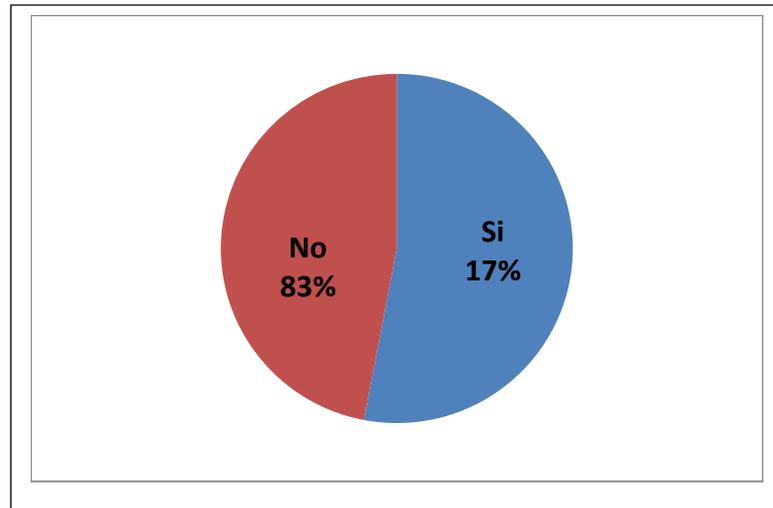
- 2. ¿Piensa usted que el daño moral puede juzgarse sin tomar en cuenta la prejudicialidad?**

CUADRO NÚMERO 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	5	17
No	25	83
TOTAL	30	100

Fuente: profesionales del Derecho y alumnos de Derecho
Elaboración: Cristina Fernanda Escobar Coronel

GRÁFICO NÚMERO. 2



INTERPRETACIÓN.-De acuerdo a las respuestas obtenidas a esta interrogante se determina que un 83% de los abogados y estudiantes, ha contestado de forma negativa indicando que no conocen que el daño moral puede juzgarse sin necesidad de que exista prejudicialidad; mientras que el 17% responde de forma positiva reconociendo que si conocen que el daño moral puede juzgarse sin prejudicialidad.

ANÁLISIS.- Esta pregunta revela la falta de conocimiento en los profesionales y estudiantes de derecho, al poner en evidencia que a pesar de que la mayoría está consciente de que el daño moral es autónomo, existe un porcentaje que no es bajo que cree que si debe existir un juicio penal con anterioridad para demandar por daño moral.

TERCERA PREGUNTA:

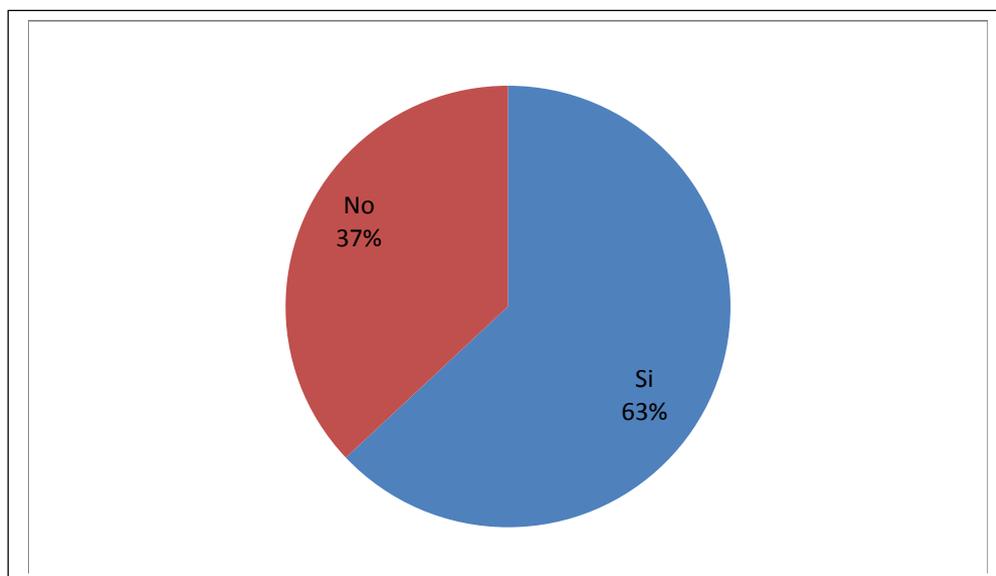
3.- ¿Considera importante que el daño moral pueda ser resuelto como autónomo en la salas de lo civil?

CUADRO NÚMERO 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	19	63
No	11	37
TOTAL	30	100

Fuente: profesionales del Derecho y alumnos de Derecho
Elaboración: Cristina Fernanda Escobar Coronel

GRÁFICO NÚMERO 3



INTERPRETACIÓN:

El 63% de los encuestados responde de forma positiva indicando que es conveniente que el daño moral se resuelva en las salas de lo civil, como autónomo; mientras que el 37% por ciento responde de forma negativa.

ANÁLISIS:

El 63% está en total acuerdo para que el daño moral sea demandado por vía civil, permitiéndome concluir que los criterios jurídicos anteriormente transcritos tienen mayor porcentaje de aprobación en los profesionales y alumnos del derecho encuestados.

CUARTA PREGUNTA:

4. **¿Piensa que es importante que exista una compensación económica por daño moral?**

CUADRO NÚMERO 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	28	93
No	2	7
TOTAL	30	100

Fuente: profesionales del Derecho y alumnos de Derecho
Elaboración: Cristina Fernanda Escobar Coronel

GRÁFICO NRO. 4



INTERPRETACIÓN.-

El 93% por ciento de los encuestados han respondido de forma positiva manifestando estar a favor de una compensación económica por daño moral, mientras que el 7% ha respondido de forma negativa.

ANÁLISIS:

Al reconocer al daño moral como autónomo estamos dando la posibilidad de que los afectados puedan recibir su resarcimiento completamente independiente de cualquier otro proceso si fuere el caso, o inclusive sin la necesidad de que exista otro proceso a más del civil.

PREGUNTA CINCO

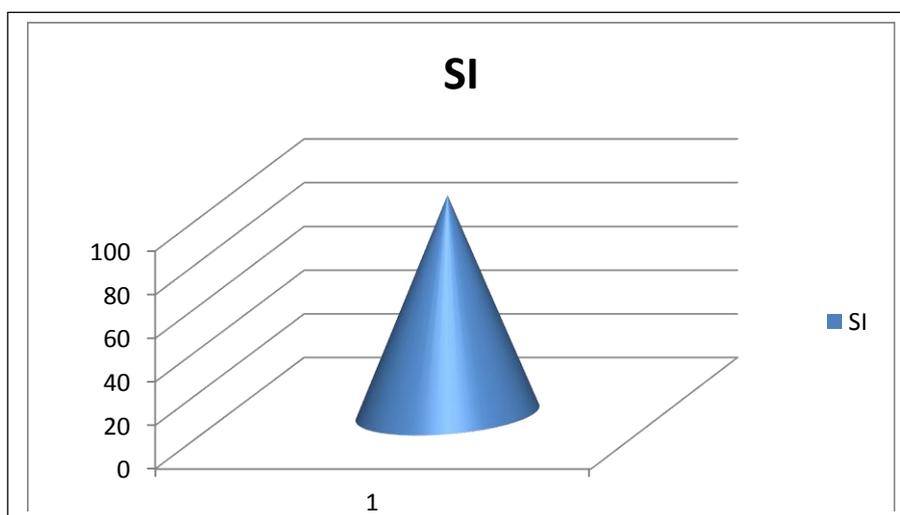
5. ¿Piensa usted que existe inseguridad jurídica al existir dos criterios diferentes de jueces al resolver demandas de daño moral?

CUADRO NRO. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Si	30	100
No	0	0
TOTAL	30	100

Fuente: profesionales del Derecho y alumnos de Derecho
Elaboración: Cristina Fernanda Escobar Coronel

GRÁFICO NÚMERO 5



INTERPRETACION:

El 100% de los encuestados responde de forma positiva, confirmando que existe inseguridad jurídica, al existir dos criterios diferentes en la Corte Nacional.

ANÁLISIS:

De acuerdo a las respuestas obtenidas a esta interrogante puedo determinar que el 100% de personas encuestadas contestan de manera positiva, coincidiendo en que se crea inseguridad jurídica a nivel nacional al tener dos criterios diferentes en la Corte Nacional de Justicia

7. DISCUSIÓN

7.1.-VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

Al ir desarrollando el presente trabajo se planteó el objetivo general

OBJETIVO GENERAL

“Determinar si la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal es de carácter prejudicial o autónomo con la finalidad de generar una Resolución de la Corte Nacional de Justicia la misma que servirá para unificar criterios en los juzgados civiles y cortes provinciales a nivel nacional.”

En el desarrollo de la investigación que realice se llega a determinar la importancia de establecer un criterio unificado en una autoridad legisladora como lo es la Corte Nacional de Justicia, pues no se puede hablar de seguridad jurídica en un país en el que no existe una entidad que profundice y analice sus sentencias desde un mismo punto de vista, es decir basándose en un mismo criterio emitido de conformidad con la Ley.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

“Analizar que es el daño moral”.

Este objetivo se determinó investigando vario contenido doctrinario, que me brindo los conceptos y me permitió hacer un análisis de diferentes opiniones de juristas sobre el daño moral, concluyendo y

entendiendo al daño moral como el quebranto que se ocasiona a una persona en su honra, en sus, sentimientos.

“Analizar que es la responsabilidad extracontractual”.

Para llegar a un análisis sobre la responsabilidad extracontractual fue necesario realizar una investigación de conceptos, y teorías que se han originado en base a este tema, iniciando una breve investigación desde la responsabilidad civil, que me permitió establecer una diferencia entre ilicitud civil y penal, para de esta forma poner plantear y analizar que es la responsabilidad extracontractual.

“Determinar que se considera como la autonomía del daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal.”

Antes de entrar en vigencia el Código Orgánico de la Función Judicial se estableció que para emitir una sentencia bastaría con tener como antecedente tres fallos que justifiquen el mismo criterio que los jueces vayan a utilizar en la sentencia, pero el Código Orgánico de la Función Judicial estable

“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho

plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.⁴²

Al existir un incumplimiento absoluto de esta norma se comprobó que no existe una resolución emitida por el pleno que permita dictar una resolución con carácter de obligatoria para su cumplimiento a nivel nacional.

“Comprender la prejudicialidad del daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal”.

Este objetivo se pudo cumplir completamente pues está claro que para un proceso que se origina por daño moral no necesitamos un antecedente penal para poder reclamar una indemnización por este tema.

“Analizar los fallos de la entonces Corte Suprema de justicia y Corte Nacional en los cuales se observa la dualidad de criterios”.

Este es un tema realmente preocupante pues como dije anteriormente en juzgados y Cortes Provinciales aún se toman en cuenta los tres fallos como respaldo para emitir sentencias en contra del daño moral como autónomo.

⁴² CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
Ley 0 Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar-2009 Última modificación: 01-nov-2011 Estado:
Vigente
EL PLENO DE LA COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN Art. 182

7.2.- CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

“Es la prejudicialidad un requisito de la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal para que estos accedan al sistema de justicia”

Se llegó a comprobar la hipótesis ya que en el Código Civil en el artículo 2234 establece que se puede demandar la indemnización civil por daños morales sin que haya procedido juicio penal en que se declare probada legalmente la existencia del delito o cuasidelito, es decir la acción civil es independiente de la acción penal.

7.3.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA LA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

7.3.1.- Partiendo desde nuestra Constitución que establece muy claramente en su Artículo 82

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.⁴³”

Se puede visualizar el problema que nace por que el pleno de la Corte Nacional de Justicia no ha emitido la resolución que manda y se establece en el Código Orgánico de la función Judicial, en su artículo 182

⁴³ CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR ART. 82

“PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.-Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. (...)⁴⁴

Con base en lo estudiado en el transcurso de la investigación realizada, sobre el tema de la presente tesis **“PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO PENAL”** la fundamentación jurídica de la propuesta la realizo en razón de los resultados obtenidos en el transcurso del presente trabajo.

Pues al Existir varios casos en la Corte Nacional de Justicia en los que se han desechado varios procesos en las salas de lo civil

⁴⁴ CODIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL ART .182

fundamentando que el daño moral necesita prejudicialidad y a la vez casos aceptados en los que se reconoce la individualidad del daño moral. Se viola el derecho de los ciudadanos a contar y gozar de seguridad jurídica.

Es por esto que mi propuesta es que se cree la resolución en la corte con el fin de determinar que el daño moral puede seguirse por proceso autónomo como lo establece el Código Civil.

8.- CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente trabajo de investigación

- Se determina la autonomía del daño moral.
- Existe inseguridad jurídica, por la emisión de sentencias sobre daño moral con criterios diferentes.
- La demanda puede iniciarse cuando sea parte de un proceso anterior porque no existe prejudicialidad.
- No existe parámetros para establecer una cantidad del resarcimiento del daño; pues he observado en los procesos que he revisado cuyas sentencias me refiero en este trabajo no existen parámetros establecidos para fijar el valor que en concepto de resarcimiento del daño se ordena pagar en las sentencias; llego a la convicción de que son cantidades simbólicas y no en relación con las cuantías fijadas en las demandas.
- Existe un desconocimiento en los profesionales de derecho quienes tienen la convicción de que la acción de daño moral únicamente se puede reclamar a través de una acción penal cuando esta ha sido declarada maliciosa y temeraria

9.- RECOMENDACIONES

- Los Jueces Nacionales reunirán jurisprudencia y doctrina que justifique la autonomía del daño moral
- El pleno de la Corte Nacional expida una resolución con el carácter de obligatoria, para los jueces de primera instancia y cortes provinciales, en la que se reconoce la autonomía del daño moral.
- El Consejo de la Judicatura capacite y dé a conocer a los jueces de unidades judiciales y Cortes Provinciales sobre la resolución que se llegue a elaborar.

9.1.- PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.-

Luego de terminar de realizar la investigación pienso que mi propuesta es la adecuada ya que así se va evitar que tanto las salas de lo civil como las salas de lo penal no desechen los juicios de daño moral.

Para este caso no he visto necesario que exista la reforma de un artículo en la Ley vigente pues como justifique anteriormente el Código Civil es muy claro, pero existe contradicción con el Código Orgánico Integral Penal, cosa que se podría solucionar con una resolución de la Corte Nacional de Justicia e la que establezca:

“En vista que la propia ley que creó la acción de indemnizatoria por daño moral en los Art. 2231, 2232, y 2234 de la Codificación vigente del Código Civil, se determina el carácter autónomo e independiente de aquella, al expresar que las imputaciones injuriosas contra la honra y crédito de una persona, dan derecho a demandar no solo por daños materiales sino también por el perjuicio moral así como el derecho a demandar por los daños meramente morales, dejando a salvo las penas por los delitos o cuasidelitos; que la indemnización por daño moral es independiente por su naturaleza”

RESOLUCIÓN DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

QUE el art. 75 de la Constitución garantiza la tutela efectiva de los derechos; el art. 82 sobre la seguridad jurídica.

QUE, el artículo 185 inciso primero, de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obliga a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria”. En concordancia con esta disposición, el artículo 184.2 de la misma Constitución determina que corresponde a la Corte Nacional de Justicia desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundado en los fallos de triple reiteración;

QUE, la ex Corte Suprema de Justicia, ha pronunciado diversos criterios contradictorios, respecto a la necesidad de la calificación de la denuncia o acusación particular como maliciosa o temeraria, para la procedencia de la demanda de daño moral fundamentadas en acciones penales previas, siendo dicha calificación, de acuerdo a ciertos criterios, un pre-requisito para que prospere la acción; y en otras causas no; así en ciertos pronunciamientos era obligatoria la calificación, como en otros no lo fue;

QUE, la Sala de lo Civil y Mercantil de la actual Corte Nacional de Justicia, ha emitido fallos de triple reiteración en las siguientes causas: en las siguientes causal: Juicio No. 510-2010, Resolución No. 247-2012 de 24 de julio del 2012, que en la parte pertinente manifiesta: *“Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación” por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.”*; También en el Juicio No. 270-2011, Resolución No. 389-2012 de 18 de octubre del 2012; expresa lo siguiente: *“En este ámbito, los juzgadores deben considerar que las disposiciones de esos artículos del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por*

daño moral: 1ra. Autonomía.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “ Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito ”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.-” Finalmente en el juicio No. 308-2011, Resolución No. 69-2013, de 7 de febrero del 2013, se expresa: ““Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley”. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.-(...) Este pronunciamiento se sustenta en que la propia ley que creó la acción indemnizatoria por daño moral prevista, en los Arts. 2231, 2232 y 2234 de la Codificación vigente del Código Civil, determinan el carácter autónomo e independiente de aquella, al expresar que las imputaciones injuriosas contra la honra y crédito de una persona, dan derecho a demandar no sólo por los daños materiales, sino también por el perjuicio moral; así como el derecho a demandar por los daños meramente morales, dejando a salvo las penas por los delitos o cuasidelitos; y, que la indemnización por daño moral es independiente por su naturaleza, de las que en casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otras semejantes, regulen otras leyes.- Dado el carácter autónomo de la acción de daño moral, en la que el juez civil deberá juzgar si en un caso en particular puesto a su decisión ha existido o no una acción u omisión ilícitas, si éstas han sido la causa de sufrimientos morales del accionante y el consecuente perjuicio extra patrimonial para el demandante, tal decisión no puede estar supeditada o condicionada al requisito previo de que un juez penal que haya calificado de temeraria o calumniosa la denuncia o acusación particular en un juicio penal anterior, para que el actor tenga la facultad de demandar el daño moral”.- Resoluciones en los que establece el criterio de que las acciones civiles de daño moral que se fundamenten en un proceso penal anterior, no requieren como requisito previo la calificación de temeraria o calumniosa de la denuncia o acusación particular por parte de la jueza, juez o tribunal en materia penal, dado el carácter autónomo de la acción de daño moral; y,

En uso de la atribuciones que le confiere el Art. 185 de la Constitución de la República y el Art. 180 numeral 2do. del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- Ratificar el criterio emitido por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en el sentido de que no se puede exigir como requisito previo, el que un juez penal haya calificado de temeraria o calumniosa la denuncia o acusación particular en un juicio penal anterior, para demandar civilmente indemnizaciones por daño moral.

Art. 2.- Este criterio constituye precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser acatado y aplicado por todas las juezas y jueces de primera instancia y por las salas de las provinciales en sus resoluciones.

Art. 3.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, a

10.- BIBLIOGRAFÍA:

Abarca, L. (2011). El Daño Moral Y Su Reparación En El Derecho Positivo. Quito: Editorial Jurídica Del Ecuador.

Albán, E. (2005). Manual De Derecho Penal Ecuatoriano. Quito: Ediciones Legales.

Alessandri, A. (1943) De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil Chileno. Santiago De Chile: Imprenta Universitaria.

Alma María Rodríguez, G. (2008). La Reparación Del Daño Moral En La Contratación Inmobiliaria. Revista De Derecho, (30), 141.

Ampuero, C. (2010). De nuevo sobre la prueba del daño moral (Corte de Apelaciones de Valdivia). Revista de Derecho (Valdivia), 26(2).

Avilez, D. (2007). "Deme Su Voluntad, Señor": Sobre La Cuantificación Del Daño Moral. Revista De Economía Y Derecho, 4(16), 93-104.

Barragán, G. (2008). Elementos Del Daño Moral. Quito: Corporación De Estudios Y Publicaciones.

Barros, E. (2006). Tratado De Responsabilidad Extracontractual. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.

Borrell, D. (1958). Responsabilidades Derivadas De Culpa Extracontractual Civil. Barcelona: Editorial Bosch.

Bujosa Vadell, L. M. (2007). El resarcimiento por daño moral en España y Europa. Justicia, (1/2), 257-260.

Corral, H. (2003). Lecciones De Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago De Chile: Editorial Jurídica De Chile.

Corría, R. (2005). La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral. Vniversitas, (109), 239-259.

Crespo, M. (2007). Un Caso De Daño Moral En La Responsabilidad Civil Por Productos Defectuosos. Comentario A La Sentencia De La Audiencia Provincial De Vizcaya 155/2004 (Sección 5a): Una Muela En La Coca-Cola. Revista Jurídica De La Universidad Autónoma De Madrid, (16), 187-205.

De Trazegnies, F. (1999). La Responsabilidad Extracontractual. Bogotá: Editorial Temis S. A.

Domínguez, C. (2000). El Daño Moral. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.

Dei-Cas, B. (2009). Indemnización Del Daño Moral En El Derecho Ambiental. Revista De Derecho (15105172), 8(16), 125-141.

García, J. (2010). La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos. Quito: Rodin.

García, F. (S.A.). Manual teórico práctico en materia civil: Parte práctica del juicio por la acción de daño moral y forma de cuantificar su reparación. Quito: Rodin

Gavilán, E. (2008). La Reparación Del Daño Moral Ante Un Ilícito Penal. 3• Protección de la propiedad intelectual Tendencias más recientes de la jurisprudencia cubana Esp. Orlando González García 12• La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (I).

Gherzi, C. (2003). Teoría General De La Reparación De Daños. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gómez, R. I. M. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, (36), 21.

Hidalgo, C. D. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. Revista Chilena de Derecho, 27-55.

Mazeaud, L., Mazeaud, J., & Chabas, F. (1997). Derecho Civil. Montchrestien.

Martín, G., & Juan, F. (2007). La prueba del lucro cesante. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.

Medina, M. (2003). La Culpa De La Víctima En El Daño Extracontractual. **Madrid:** Editorial Dykinson.

Mendoza, Y. (2006). Discusiones en torno a la reparación del daño moral. Revista Dikaiosyne, (16), 137.

Peirano, F. (2004). La Responsabilidad Extracontractual. Bogotá: Nomos

Petronio Bismarck Tenorio de, B. (2011). Daño Moral A La Persona Jurídica En El Derecho Brasileño. Cognitio Juris: Revista Jurídica, (02), 50.

Pomar, F. G. (2000). Daño moral. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (1), 6.

Rodríguez Guitián, A. (2006). Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?.

Rodríguez Guitián, A. (2008). La Reparación Del Daño Moral En La Contratación Inmobiliaria. Revista De Derecho, (30), 141-163.

Sessarego, C. F. (1996). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. Revista de direito civil, 75.

Sessarego, C. F. (2003). Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”.

Solé i Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español.

Sierra, C., & Robles Bacca, P. (2014). La reparación del daño extramatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. Revista De Derecho Privado (0123-4366), (26), 499-527.

Tamborindeguy, H. (2011). Los procesos de humanización de la sociedad comercial: La Admisibilidad De Su Daño Moral. Revista De Derecho. Publicación Arbitrada De La Universidad Católica Del Uruguay, 631-58.

Talciani, H. C. (2003). Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile.

Trazegnies, F. (2000). La Responsabilidad Extracontractual. Bogotá: Temis.

Valencia, A. (1978). Derecho Civil de las Obligaciones. Bogotá: Temis.

Villanueva, F. V. (2005). El daño moral. Revista CONAMED, 10(1), 38-39.

Villarreal, H. (2006). Daño Moral Por Incumplimiento De Contrato: Un Réquiem Por La Uniformidad Jurisprudencial: Comentario a Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de diciembre de 2005. *Revista Chilena de Derecho*, (3). 585.

Zamorano, E. (2008). Del Daño Moral Al Daño Extramatrimonial: La Superación Del 'Pretium Doloris'. *Revista Chilena de Derecho*, (1). 85.

Zannoni, E. (2005). *El Daño En La Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

11. ANEXOS

ENCUESTA

LOS DATOS OBTENIDOS EN LA PRESENTA ENCUESTA SERÁN UTILIZADOS PARA LA TESIS TITULADA “PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DEL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO PENAL.”

1.- ¿CONOCE USTED EL PROCESO LEGAL PARA INICIAR UNA ACCIÓN DE DAÑO MORAL?

SI

NO

2.- ¿PIENSA USTED QUE EL DAÑO MORAL PUEDE JUZGARSE SIN TOMAR EN CUENTA LA PREJUDICIALIDAD?

SI

NO

3.- ¿CONSIDERA IMPORTANTE QUE EL DAÑO MORAL PUEDA SER RESUELTO COMO AUTÓNOMO EN LA SALAS DE LO CIVIL?

SI

NO

4.- ¿PIENSA QUE ES IMPORTANTE QUE EXISTA UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR DAÑO MORAL?

SI

NO

5. ¿PIENSA USTED QUE EXISTE INSEGURIDAD JURÍDICA AL EXISTIR DOS CRITERIOS DIFERENTES DE JUECES AL RESOLVER DEMANDAS DE DAÑO MORAL?

SI

NO

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.-



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

TEMA:

**“PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL
EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO
PENAL”**

PROYECTO DE TESIS PREVIO A
OBTENER EL TITULO DE ABOGADA

AUTORA:

Cristina Fernanda Escobar Coronel

DOCENTE:

Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc

LOJA-ECUADOR

2015-2016

1.- TEMA: “PREJUDICIALIDAD O AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINAN POR MEDIO DE JUICIO PENAL”

2.- PROBLEMÁTICA:

En el sistema de Administración de Justicia del Ecuador se han generado dos puntos de vista para abordar al daño moral en los procesos que se originan por medio de un juicio penal. Así, en la anterior Corte Suprema de Justicia y en la actual Corte Nacional de Justicia se analiza si es procedente que en los juicios civiles de indemnización de daño moral, formulados por medio de una denuncia o acusación particular y que han sido rechazadas dentro de un juicio penal, cuando el acusado no ha sido imputado, existe o no el requisito de “prejudicialidad”, o por el contrario si es suficiente analizar la autonomía de la acción de daño moral para determinar que en la misma, no es necesaria que la denuncia o acusación particular, que deba haber sido declarada como maliciosa o temeraria para dar paso al juicio civil de indemnización por daño moral.

3.- JUSTIFICACIÓN:

La acción de daño moral en nuestro sistema normativo aparece en la reforma introducida al Código Civil del año 1984 con la Ley 171, en el artículo 2258-a entendida esta como la acción por daños meramente morales con lo cual se puede demandar una indemnización pecuniaria a

título de reparación, siempre y cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. En este artículo claramente se establece que están obligados a esta reparación quienes 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. Por lo tanto la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado. En la legislación vigente se encuentra enmarcada en el Código Civil a partir del artículo 2231. Zannoni (1989:1) describe al daño moral como un elemento de la responsabilidad civil, desde una perspectiva objetiva, “como el menoscabo que en consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”. A su vez Rodríguez (2008:155) afirma que el daño moral es aquel perjuicio de naturaleza no patrimonial que resulta de la lesión de cualquier interés jurídico, tanto si éste posee naturaleza patrimonial como si no es así, entonces ciertos casos conviene intereses no materiales lesionados por el incumplimiento de un contrato que, aunque no puedan calificarse como derechos de la personalidad en sentido estricto, han de considerarse relevantes a la luz de las convicciones sociales dominantes, pues se debe entender que el daño moral no solamente se da por una afectación de los derechos personales. Desde este punto de vista el daño

moral busca proteger facultades de la personalidad como la paz, tranquilidad, vida íntima, integridad personal, entre otros, pero que repercuten en cualquier interés jurídico.

Según el artículo 2231 del Código Civil “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho a demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba el daño emergente o lucro cesante, sino también el perjuicio moral”. Desde esta perspectiva se entiende que el daño moral tiene dos puntos de partida, uno que se refiere a las indemnizaciones patrimoniales como los daños y perjuicios materiales y otra a las extra patrimoniales que sería el daño moral, tomando en cuenta que la legislación no excluye a estos dos puntos de vista. Lo que esta concordancia con los artículos 2232 y 2234 en los cuales se determina que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación...”; y, que “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.”, normas con las cuales está claro que el legislador ha diferenciado entre las indemnizaciones regulares y las extrapatrimoniales.

Ahora el problema práctico se desenvuelve desde la perspectiva en la cual, en la Corte Nacional de Justicia y la Corte Suprema de Justicia se mantienen dos criterios en los cuales para algunos jueces no es necesaria la

prejudicialidad del daño moral, es decir es autónomo, con esto no es preciso que la denuncia o acusación particular en materia penal haya sido calificada como temeraria o maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva, mientras que el otro criterio que se mantiene es que se debe calificar como temeraria o maliciosa por el juez de lo penal, antes de iniciar una acción civil.

Esta dualidad de criterios ha provocado que en algunos casos, en los cuales mediaba enjuiciamiento penal previo, se rechace acciones de daño moral, al considerar que la calificación de maliciosa o temeraria era un pre-requisito para su procedencia; siendo dicho pre-requisito, a criterio de otros juzgadores innecesario al ser ambas acciones independientes, y por tanto han concedido indemnizaciones a los peticionarios. Por tanto, actualmente persiste confusión e inequidad para los justiciables en estos casos, pues, depende únicamente del criterio del juzgador el aplicar uno u otro de los criterios antes mencionados. Motivo por el cual, por medio del presente trabajo se busca presentar una propuesta de Resolución de la Corte Nacional de Justicia a fin de contar con un criterio unificado sobre el tema, luego de realizar un análisis teórico de la dualidad entre la prejudicialidad o autonomía del daño moral en los juicios que se inician en juicios penales.

4.- OBJETIVOS:

4.1.- OBJETIVO GENERAL

Determinar si la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal es de carácter prejudicial o autónomo con la finalidad de generar una Resolución de la Corte Nacional de Justicia la cual sirva para unificar criterios en esta materia.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Analizar que es el daño moral.
- 2.- Analizar que es la responsabilidad extracontractual.
- 3.- Determinar que se considera como la autonomía del daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal.
- 4.- Comprender la prejudicialidad del daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal.
- 5.- Analizar los fallos de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Suprema de justicia en los cuales se observa la dualidad de criterios.

5.- HIPÓTESIS:

Es la prejudicialidad un requisito de la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal para que estos accedan al sistema de justicia.

6.- MARCO TEÓRICO:

Introducción

1. Capítulo I: La Responsabilidad Extracontractual

1.1 Concepto De La Responsabilidad Extracontractual

1.2 Elementos De La Responsabilidad Extracontractual

1.2.1 Elemento Subjetivo

1.2.2 Elemento Material

1.3 El Daño Material

1.3.1 El Daño Emergente

1.3.2 El Lucro Cesante

1.4 El Daño Moral

1.5 Responsabilidad Objetiva

1.6 Responsabilidad Subjetiva

1.7 Causas De Exoneración De La Responsabilidad

1.8 La Reparación De Los Daños

2. Capítulo II: El Daño Moral

2.1 El Concepto De Daño Moral

2.2 Naturaleza Jurídica Del Daño Material

2.3 Que Bienes Jurídicos Protege El Daño Moral

2.4 Clasificación Del Daño Moral

2.5 La Prueba Del Daño Moral

2.6 La Indemnización Por Daño Moral

2.7 Otras Formas De Reparar El Daño Moral

3. Capítulo III: La Acción De Responsabilidad Extracontractual

3.1 El Delito Y El Cuasidelito

3.2 La Acción De Daño Moral

3.2.1 El Sujeto Activo De La Acción De Daño Moral

3.2.2 El Sujeto Pasivo De La Acción De Daño Moral

3.2.2.1 La Responsabilidad Solidaria

3.2.3 Tutela Judicial De La Acción De Daño Moral

3.2.4 La Prueba De La Acción De Daño Moral

3.2.5 La Extinción De La Acción

4. Capítulo IV: Prejudicialidad O Autonomía De La Acción De Daño Moral

4.1 La Prejudicialidad De La Acción De Daño Moral

4.1.1 Concepto

4.1.2 Alcance Jurídico

4.1.3 Aplicación En Casos Concretos

4.2 La Autonomía De La Acción De Daño Moral

4.2.1 Concepto

4.2.2 Alcance Jurídico

4.2.3 Aplicación En Casos Concretos

4.3 Análisis Comparativo De La Prejudicialidad y La Autonomía De La Acción De Daño Moral

4.3.1 Análisis De Resultados

4.3.2 Interpretación De Resultados

4.3.3 Verificación De La Hipótesis

5. Capítulo V: Propuesta De Resolución De La Corte Nacional De Justicia

5.1 Propuesta De Resolución De La Corte Nacional De Justicia

5.1.1 Título De La Propuesta

5.1.2 Antecedentes

5.1.3 Justificación

5.1.4 Objetivo General

5.1.5 Objetivos Específicos

5.1.6 Análisis De La Factibilidad De La Propuesta

5.1.7 Proyecto De Resolución

5.1.7.1 Normatividad Aplicable

5.1.7.2 Antecedentes

5.1.7.3 Explicación De Motivos

Conclusiones Y Recomendaciones

Referencias

7.- METODOLOGÍA:

La elaboración del presente estudio será dogmático documental, debido a que se busca analizar teóricamente las instituciones que son parte de la investigación y llegar a la generación de una propuesta de carácter normativo, que en nuestro caso sería una Resolución de la Corte Nacional de Justicia con fuerza de ley.

La modalidad y el tipo de investigación será jurídica-descriptiva-exploratoria ya que se parte del análisis del daño moral para determinar si la acción es autónoma o es necesaria la prejudicialidad.

Los métodos que se usaran son:

7.1.- MÉTODO CIENTÍFICO:

Es el procedimiento planteado que se sigue en la investigación para descubrir las formas de existencia de los procesos objetivos, para desentrañar sus conexiones internas y externas, para generalizar y profundizar los conocimientos así adquiridos, para llegar a demostrarlos con rigor racional y para comprobarlos en el experimento y con las técnicas de su aplicación.

7.2.- MÉTODO ANALÍTICO:

El Método analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. Es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia. Este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se puede: explicar, hacer analogías, comprender mejor su comportamiento y establecer nuevas teorías.

7.3.- MÉTODO SINTÉTICO:

El método sintético es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve. En otras palabras debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades.

7.4.- MÉTODO HISTÓRICO:

Está vinculado al conocimiento de las distintas etapas de los objetos en su sucesión cronológica. Para conocer la evolución y desarrollo del objeto o fenómeno de investigación se hace necesario revelar su historia, las etapas principales de su desenvolvimiento y las conexiones históricas fundamentales. Mediante el método histórico se analiza la trayectoria

concreta de la teoría, y su condicionamiento a los diferentes períodos de la historia.

7.5.- INVESTIGACIÓN CUALITATIVA:

Es aquella que se basa en la investigación de campo e investigación bibliográfica. Basados en principios teóricos tales como la fenomenología, hermenéutica, la interacción social empleando métodos de recolección de datos que no son cuantitativos, con el propósito de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los correspondientes. A diferencia de la investigación cuantitativa, la investigación cualitativa busca explicar las razones de los diferentes aspectos de tal comportamiento. La investigación cualitativa se basa en la toma de muestras a través de fichas nemotécnicas, bibliográficas y hemerográficas, y a través de la observación e investigación.

7.6.- POBLACIÓN O MUESTRA:

Con el objetivo de determinar si la acción de daño moral en los procesos que se original por medio de juicio penal es de carácter prejudicial o autónoma, se analizaran las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y Corte Nacional de Justicia desde el año 1995 hasta el año 2014, con la finalidad de obtener al menos tres fallos que justifiquen cada punto de vista, debido a que tres fallos sobre un mismo punto de derecho es el requisito para que la Corte Nacional de Justicia por medio de una resolución establezca que criterio se debe adoptar como precedente jurisprudencial el cual tiene fuerza de ley. En este sentido se acudirá a la Sala de lo Civil y

Mercantil de la Corte Nacional de Justicia así como a su Archivo. Una vez analizada la información proveniente de la muestra cualitativa, se obtendrán las respuestas que permitan configurar las conclusiones y recomendaciones y la propuesta de resolución, así como de determinar la necesidad que existe en el ámbito civil de determinar si es necesaria la prejudicialidad en la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal, o si por el contrario no se necesita de ninguna prejudicialidad pues es autónoma.

7.7.- RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:

La recolección de la información teórica se la realizara por medio de fichas bibliográficas electrónicas de las obras relacionadas con el tema. Esto incluye la elaboración de fichas nemotécnicas electrónicas con citas textuales y contextuales que respalden la información doctrinaria del texto teórico.

Para la recolección de información académica, se recurrirá de manera preferente a las Bibliotecas de las Universidades de Quito y a la de la Corte Nacional de Justicia. En lo referente a los datos necesarios para presentar el estudio que respalde la propuesta, se acudirá a la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia y al Archivo de la Corte Nacional de Justicia, para identificar los fallos que sobre el tema se hayan pronunciado los jueces, tomando en cuenta los dos puntos de vista, esto es la prejudicialidad

y la autonomía de la acción de daño moral en los procesos que se han originado por medio de juicios penales.

7.8.- PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN:

Luego de recopilada y analizada la información teórica se procederá a analizar la información de la muestra cualitativa del objeto de estudio, con lo que se buscara determinar si en la acción de daño moral en los procesos que se original por medio de juicio penal es de carácter prejudicial o autónoma.

Al finalizar la presente investigación podremos conocer cuál es el criterio que recurridamente se usa en la Corte Nacional de Justicia, sobre la prejudicialidad o autonomía de la acción de daño moral, además de que esta se justificara por medio de la discusión teórica que sobre el tema se analice en la investigación, para finalmente plantear una propuesta que permita dilucidar sobre esta disyuntiva teórica y práctica al realizar un proyecto de Resolución de la Corte Nacional de Justicia en la cual se adopte la prejudicialidad o la autonomía de la acción de daño moral en los procesos que se original por medio de juicio penal.

7.9.- PLAN DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN:

La información de la doctrina jurídica se sistematizara con la finalidad de llegar a comprender las instituciones jurídicas que forman parte de este estudio. En este sentido se procederá a clasificar la información en función

del aporte que pueda presentar a la investigación. Con la finalidad de presentar una propuesta de carácter legal, se analizarán los fallos que tengan relación con la prejudicialidad o autonomía de la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal, que hayan sido resueltos por la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Nacional de Justicia desde el año 1995 hasta el año 2014. Se debe tomar en cuenta que esta investigación al ser cualitativa y no cuantitativa lo que busca es determinar los fallos en los cuales se hayan producido sentencias contradictorias, motivo por el cual se ha escogido este periodo de tiempo, pues desde 1995 se encuentran sentencias que se refieren a la prejudicialidad del daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal. En tal sentido, cualquier proceso de casación en materia civil que se refiera a la prejudicialidad o autonomía será un proceso valido de estudio. Entonces se realizará una muestra de los fallos contradictorios, no de manera estadística, sino argumentativa, tomando en cuenta que para que se dicte una Resolución por parte de la Corte Nacional de Justicia es necesario que existan tres fallos sobre el mismo punto de derecho, es decir tres fallos por cada tema a ser estudio esto sea prejudicialidad o autonomía, los cuales se tabularán de manera electrónica para obtener datos que permitan interpretar con la parte teórica cual es el criterio que la Corte debería tomar en cuenta para la acción de daño moral en los procesos que se originan por medio de juicio penal, información que servirá como aporte para determinar nuestra hipótesis y generar una propuesta.

8.- CRONOGRAMA DE TRABAJO:

Actividades En meses	Año																			
	2014- 2015																			
	Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero - Febrero			
Semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección y Elaboración Del esquema	x	x																		
Elaboración del proyecto			x	x	x	x														
Acopio de Información Bibliográfica Redacción del primer borrador							x	x	x	x										
Acopio de Información empírica									x	x	x	x								
Análisis de datos Verificación Y conclusiones Recomendaciones.													x	x	x					
Redacción del Informe final																x	x	x	x	
Presentación del Trabajo																				x

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

9.1.- RECURSOS HUMANOS:

Está conformado de la siguiente manera:

Docente Coordinador: DR. FELIPE SOLANO GUTIÉRREZ MG. SC

Investigadora: Sra. Cristina Fernanda Escobar Coronel

9.2.- RECURSOS TÉCNICOS:

Se contara con el sistema informático Lexis, sistemas informáticos de recopilación de información, y acceso a bibliotecas y revistas especializadas indexadas.

9.3.- RECURSOS MATERIALES:

- Computadora
- Papelería
- Materiales de Oficina

9.4.- RECURSOS FINANCIEROS:

Para la presente investigación se necesitara.

No.	Elaboración de Proyecto	Valores
1	Leyes y Estatutos	100
2	Copias	50
3	Transporte	300
4	Internet	100
5	Trabajo en computadora	100
6	Impresiones	100
7	Empastado	50
8	Material Didáctico	200
	Total	1000

9.5.- FINANCIAMIENTO:

El valor total del financiamiento del proyecto investigativo será por cuenta de la investigadora.

10.- BIBLIOGRAFÍA:

Abarca, L. (2011). El Daño Moral Y Su Reparación En El Derecho Positivo.

Quito: Editorial Jurídica Del Ecuador.

Albán, E. (2005). Manual De Derecho Penal Ecuatoriano. Quito: Ediciones

Legales.

Alessandri, A. (1943) De La Responsabilidad Extracontractual En El Derecho Civil Chileno. Santiago De Chile: Imprenta Universitaria.

Alma María Rodríguez, G. (2008). La Reparación Del Daño Moral En La Contratación Inmobiliaria. Revista De Derecho, (30), 141.

Ampuero, C. (2010). De nuevo sobre la prueba del daño moral (Corte de Apelaciones de Valdivia). Revista de Derecho (Valdivia), 26(2).

Avilez, D. (2007). "Deme Su Voluntad, Señor": Sobre La Cuantificación Del Daño Moral. *Revista De Economía Y Derecho*, 4(16), 93-104.

Barragán, G. (2008). *Elementos Del Daño Moral*. Quito: Corporación De Estudios Y Publicaciones.

Barros, E. (2006). *Tratado De Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.

Borrell, D. (1958). *Responsabilidades Derivadas De Culpa Extracontractual Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.

Bujosa Vadell, L. M. (2007). El resarcimiento por daño moral en España y Europa. *Justicia*, (1/2), 257-260.

Corral, H. (2003). *Lecciones De Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago De Chile: Editorial Jurídica De Chile.

Corría, R. (2005). La transmisión y prueba del derecho a la indemnización por daño moral. *Vniversitas*, (109), 239-259.

Crespo, M. (2007). Un Caso De Daño Moral En La Responsabilidad Civil Por Productos Defectuosos. Comentario A La Sentencia De La Audiencia Provincial De Vizcaya 155/2004 (Sección 5a): Una Muela En La Coca-Cola. *Revista Jurídica De La Universidad Autónoma De Madrid*, (16), 187-205.

De Trazegnies, F. (1999). *La Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis S. A.

Domínguez, C. (2000). *El Daño Moral*. Santiago: Editorial Jurídica De Chile.

Dei-Cas, B. (2009). Indemnización Del Daño Moral En El Derecho Ambiental. *Revista De Derecho* (15105172), 8(16), 125-141.

García, J. (2010). La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos. Quito: Rodin.

García, F. (S.A.). Manual teórico práctico en materia civil: Parte práctica del juicio por la acción de daño moral y forma de cuantificar su reparación. Quito: Rodin

Gavilán, E. (2008). La Reparación Del Daño Moral Ante Un Ilícito Penal. 3• Protección de la propiedad intelectual Tendencias más recientes de la jurisprudencia cubana Esp. Orlando González García 12• La capacidad jurídica y el ejercicio de la capacidad (I).

Gherzi, C. (2003). Teoría General De La Reparación De Daños. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Gómez, R. I. M. (2010). La dualidad del daño patrimonial y del daño moral. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, (36), 21.

Hidalgo, C. D. (1998). La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 27-55.

Mazeaud, L., Mazeaud, J., & Chabas, F. (1997). *Derecho Civil*. Montchrestien.

Martín, G., & Juan, F. (2007). La prueba del lucro cesante. Revista de Responsabilidad Civil y Seguro.

Medina, M. (2003). La Culpa De La Víctima En El Daño Extracontractual. **Madrid:** Editorial Dykinson.

Mendoza, Y. (2006). Discusiones en torno a la reparación del daño moral. Revista Dikaiosyne, (16), 137.

Peirano, F. (2004). La Responsabilidad Extracontractual. Bogotá: Nomos

Petronio Bismarck Tenorio de, B. (2011). Daño Moral A La Persona Jurídica En El Derecho Brasileño. Cognitio Juris: Revista Jurídica, (02), 50.

Pomar, F. G. (2000). Daño moral. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (1), 6.

Rodríguez Guitián, A. (2006). Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?.

Rodríguez Guitián, A. (2008). La Reparación Del Daño Moral En La Contratación Inmobiliaria. Revista De Derecho, (30), 141-163.

Sessarego, C. F. (1996). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. Revista de direito civil, 75.

Sessarego, C. F. (2003). Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”.

Solé i Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español.

Sierra, C., & Robles Bacca, P. (2014). La reparación del daño extramatrimonial a la persona por incumplimiento contractual: la experiencia colombiana. *Revista De Derecho Privado (0123-4366)*, (26), 499-527.

Tamborindeguy, H. (2011). Los procesos de humanización de la sociedad comercial: La Admisibilidad De Su Daño Moral. *Revista De Derecho. Publicación Arbitrada De La Universidad Católica Del Uruguay*, 631-58.

Talciani, H. C. (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual.* Editorial Jurídica de Chile.

Trazegnies, F. (2000). *La Responsabilidad Extracontractual.* Bogotá: Temis.

Valencia, A. (1978). *Derecho Civil de las Obligaciones.* Bogotá: Temis.

Villanueva, F. V. (2005). El daño moral. *Revista CONAMED*, 10(1), 38-39.

Villarreal, H. (2006). Daño Moral Por Incumplimiento De Contrato: Un Réquiem Por La Uniformidad Jurisprudencial: Comentario a Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de diciembre de 2005. *Revista Chilena de Derecho*, (3). 585.

Zamorano, E. (2008). Del Daño Moral Al Daño Extramatrimonial: La Superación Del 'Pretium Doloris'. *Revista Chilena de Derecho*, (1). 85.

Zannoni, E. (2005). *El Daño En La Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

FALLO EN EL QUE SE SOLICITA PREJUDICIALIDAD.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 11 de julio del 2001; las 1 lh05.

VISTOS: Miriam Yustin Jaya Loaiza interpone recurso de casación de la sentencia dictada por la Primera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Zamora, que confirma la de primer nivel que rechaza la demanda, dentro del juicio ordinario que, por indemnización por daño moral, sigue la recurrente en contra de Gabriel Ricardo Caamaño Gangotena; la competencia, por el sorteo de ley, se radicó en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, la que mediante auto de fecha 11 de abril del 2001 lo aceptó a trámite; una vez terminada la etapa de sustanciación de este proceso de casación, para resolver se considera: PRIMERO: Se ha dado cumplimiento en este proceso a lo dispuesto por el artículo 8, reformado de la Ley de Casación.- SEGUNDO: La recurrente acusa al fallo de última instancia de haber infringido los artículos 2 de la Ley Reformatoria al Código Civil, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984; 23 numeral 8 de la Constitución Política de la República; 2241 y 2258 del Código Civil; 16 y 245 del Código de Procedimiento Penal, y 494 del Código Penal, y alega inaplicación de unas normas y errónea interpretación de otras, al amparo de lo previsto por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Estos son los límites dentro de los cuales se desenvolverá la actividad jurisdiccional de este Tribunal de Casación.- TERCERO: En su escrito de fundamentación, la recurrente señala: "El señor Juez A quo, en el considerando segundo de la sentencia, cita el Art. 2258 del Código Civil, el Art. 2241 del mismo cuerpo legal y nada expresa sobre el contenido del Art. 2 que consta en la Ley Reformatoria del Código Civil sobre reparación de daños morales... en el cual con claridad meridiana e inobjetable da derecho a plantear la acción de daño moral contra un ciudadano, cuando este ha hecho levantar **procesamientos injustificados** en contra de otra persona .". Dice la recurrente que, en la especie, no es aplicable el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal, porque la prejudicialidad que en el caso del Art. 16 del C.P.P. se trata, se refiere a que sin antes que el Juez de lo Civil resuelva un asunto, no hay como o es improcedente plantear la acción penal... En este caso señores Ministros, en ningún momento he demandado a la contraparte ningún juicio de indemnización de daños y perjuicios en la vía verbal sumaria, porque para ello sí era requisito ineludible la calificación de la acusación particular de maliciosa y temeraria... lo que he demandado es enjuicio de daño moral, en el trámite ordinario... al haberseme procesado injustificadamente.". La recurrente dice además que el fallo impugnado viola el numeral 8 del artículo 23 de la Constitución Política de la República,

porque esta norma, en estrecha vinculación con el artículo 2 de la Ley Reformativa al Código Civil, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, protege la honra, la buena reputación y la intimidad personal y familiar, derechos fundamentales de todas las personas.- CUARTO: Al respecto, la Sala reitera el criterio expresado en su Resolución No. 189-2000 de 2 de mayo del 2000, publicado en el Registro Oficial 108 de 28 de junio del mismo año: "Según nuestro ordenamiento legal, el que ha cometido un hecho ilícito que ha inferido daño a la persona o propiedad de otro incurre en la responsabilidad civil de pagar indemnización al agraviado. El hecho ilícito puede constituir las figuras jurídicas del delito o del cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo o malicia, que según la definición del último inciso del artículo 29 del Código Civil es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del mismo artículo es la falta de aquella diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El mismo hecho ilícito, entonces, puede constituir delito o cuasidelito puede ser penal o civil. El delito o cuasidelito es penal cuando el hecho ilícito está tipificado como infracción penal por la ley, y es civil en los demás casos. Por lo común el delito es penal, puesto que el dolo o malicia es uno de los elementos constitutivos de la acción penal; sin embargo, existen hechos dolosos que no están tipificados como infracciones por la ley penal, en cuyo caso, el hecho ilícito no obstante ser malicioso o doloso constituye únicamente delito civil...". Más adelante, el fallo citado continúa: "El ejercicio abusivo del derecho que ocasiona daño a la persona o patrimonio de otro puede constituir delito si dicho ejercicio se lo ha hecho con malicia y cuasidelito si lo ha hecho con culpa. Dentro del abuso del derecho, el Código de Procedimiento Penal contempla los casos de la denuncia y de la acusación particular maliciosa o temeraria. El tribunal o juez de lo penal, en la sentencia absolutoria o en el auto de sobreseimiento definitivo está obligado a calificar si la denuncia o acusación particular ha sido maliciosa o temeraria, según corresponda. Así lo disponen expresamente los artículos 245, 248 y 330 del Código de Procedimiento Penal. El condenado por temeridad pagará las costas judiciales así como las indemnizaciones y perjuicios, y si el juez también las hubiere calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderá además con la infracción prevista en el artículo 494 del Código Penal, esto es prisión de dos meses a dos años y multa de 40 a 160 sucres (artículo 445 del Código de Procedimiento Penal)... De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: daños patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en

patrimoniales y extrapatrimoniales. Son derechos patrimoniales aquellos que poseen un valor pecuniario, o sea los que son susceptibles de ser apreciados adecuadamente en dinero. Son derechos extrapatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral, afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad y no admiten apreciación adecuada en dinero, así como también son inalienables e imprescriptibles. En cuanto a las características de los daños patrimoniales no hay discrepancias en la doctrina, no así en cuanto a los daños extrapatrimoniales en que las opiniones de los tratadistas se hallan divididas; algunos las caracterizan por los efectos que produce el hecho ilícito, otros, por la naturaleza del bien lesionado y, los más, con el criterio de que son daños morales todos aquellos que no pueden ser patrimoniales. Nuestro Código Civil, en el artículo 2241 establece la regla general de que: «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito». En el artículo innominado incorporado por la Ley No. 171, Título XXXÜI del Libro IV De los delitos y cuasidelitos, caracteriza a los daños morales como los que provoquen sufrimientos psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Enumera, especialmente, entre los delitos y cuasidelitos que ocasionan daño moral a aquellos que manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación, las lesiones, la violación, el estupro, los atentados contra el pudor, los arrestos ilegales o arbitrarios y los procedimientos injustificados...". Estos criterios ya fueron expresados antes por esta misma Sala en la Resolución NO. 334-99, publicada en el Registro Oficial No. 257 de 18 de agosto de 1999, y en la Resolución No. 350-2000, publicada en el Registro Oficial 203 de 14 de diciembre del 2000. Pues bien, las conductas señaladas en la ley como causa eficiente del daño moral, son todas ilícitas, contrarias al ordenamiento jurídico. No causa daño moral que pueda originar el deber de indemnizarlo, quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social. El ejercicio de la acción penal no es, de suyo, contraria a derecho, ya que es una forma de ejercitar el derecho constitucional de petición; por lo tanto, no puede de modo alguno concluirse que el ejercicio dentro de los parámetros legales de un derecho puede originar un deber indemnizatorio. El ordenamiento legal ha querido que sea expresamente declarado por el juzgador penal que conoce del proceso en que se ha deducido la acusación particular o se ha presentado la denuncia quien, al calificarla, establezca si se ha actuado o no ilícitamente (sea por temeridad o malicia) y, por lo tanto, si existe o no derecho a reclamar las indemnizaciones de daño patrimonial y de daño moral. Cuando el legislador,

en el artículo tercer enumerado que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil por la Ley N° 171 promulgada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, dijo que la: 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, no dije ni podía decir que se deba indemnización por daño mora como resultado de acciones u omisiones lícitas; lo que dije en esta norma es que la reparación del daño moral no se halla comprendida en la reparación del daño patrimonial, que una y otra son obligaciones independientes entre sí de manera que la suerte que corra la una no afecta a la otra por lo que, inclusive, puede reclamarse el daño moral aunque se haya satisfecho la indemnización patrimonial como, por ejemplo, el pago de un seguro de vida, de enfermedad, etcétera; sin embargo, las dos se originan en una misma causa de la cual son dependientes, de tal manera que si la causa no existe no es exigible ni una ni otra. En consecuencia, no cabe reclamar indemnización de daño moral (como tampoco de daño patrimonial) por haberse presentado una denuncia o una acusación particular dentro de un proceso penal, si es que tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria o maliciosa por el Juez de la causa mediante resolución definitiva; calificación que, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 16 del vigente Código de Procedimiento Penal, es prerequisite para que prospere la acción indemnizatoria tanto de los daños patrimoniales como de los morales, conforme se concluye del análisis que antecede.-QUINTO: La sentencia antes transcrita, dictada por este Tribunal el 2 de mayo del 2000 continua la tratando el tema, de la siguiente manera: "Al tratarse de una sentencia o auto en que el juez o tribunal penal declara la denuncia o la acusación particular de temeraria, es necesario dilucidar cuál es el juez competente para conocer y resolver la demanda en que se pretenda el pago de indemnización por daño moral. Según la definición del artículo 1 del Código de Procedimiento Civil: «La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes. Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados», la jurisdicción o potestad de administrar justicia es única, por tanto lo ideal sería que exista un solo tribunal y juez para administrar justicia en todo el territorio nacional; pero esto es prácticamente imposible, de allí que el legislador haya tenido que distribuir la jurisdicción en numerosas porciones. Esta medida o porción de la jurisdicción distribuida entre los jueces y tribunales es lo que se llama competencia. La ley señala con precisión los límites del ámbito, esfera o

campo de acción dentro del cual el juez o tribunal ha de ejercer su potestad jurisdiccional. Para Chiovenda, «Competencia es el conjunto de causas sobre las cuales puede el órgano ejercer la fracción de jurisdicción». Una de las fracciones o porciones en que se distribuye la jurisdicción es por razón de la materia, que se refiere a la naturaleza del asunto sometido al juez o tribunal; naturaleza que, a su vez, está determinada por las leyes sustanciales o materiales. La porción de jurisdicción por razón de la materia se subdivide a su vez en: competencia civil y penal; y en virtud de la cual los jueces civiles deben conocer los asuntos civiles y mercantiles y los jueces de lo penal, los asuntos penales. La indemnización por daños morales es un asunto eminentemente civil, sin embargo, por excepción a la regla, a los jueces de lo penal les corresponde conocer la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por el ejercicio abusivo del derecho por parte del denunciante o acusador particular. Así lo dispone clara y categóricamente, el artículo 162 el Código de Procedimiento Penal, que dice: «En caso de sentencia absolutoria o de sobreseimiento definitivo, si la acusación o denuncia han sido calificadas de temerarias, la demanda de indemnización de daños y perjuicios se sustanciará en la vía verbal sumaria y en cuaderno separado ante el presidente del tribunal penal o ante el juez penal según el caso...». La Ley No. 171, publicada en el Registro Oficial 779 de 4 de julio de 1984, que mandó a agregar tres artículos innominados al Título XXXIH De los delitos y cuasidelitos, del Libro IV del Código Civil, llenó el vacío que existía en nuestra legislación concerniente al daño moral; pero todas estas disposiciones son de carácter sustantivo o material; en ninguna de sus partes reguló la competencia para conocer y resolver las demandas por daño moral, así como tampoco lo hizo acerca del procedimiento a seguirse. Es decir dejó intocadas las disposiciones procesales vigentes acerca de la competencia y el procedimiento a seguirse. Es sabido que la jurisdicción legal nace de la ley y ni en la Ley No. 171 ni en otro cuerpo legal se otorga competencia al juez de lo civil para conocer y resolver las demandas de indemnización por daño moral en el caso de que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento definitivo hubiesen calificado como temeraria la denuncia o la acusación particular...". Finalmente, el fallo citado dice: "Se ha argumentado que las demandas por indemnización por daños materiales en el caso del abuso del derecho de la referencia deben ser conocidas por un juez de lo penal, y las denominadas indemnizaciones por daño moral deben ser conocidos por un juez de lo civil. Estos argumentos son completamente deleznable por estas razones: a) El artículo 162 del Código de Procedimiento Penal se refiere, en forma general a la indemnización de daños y perjuicios, no lo limita exclusivamente a los daños materiales, y donde la ley no distingue no puede distinguir el juzgador; b) Un mismo hecho ilícito, por lo común ocasiona simultáneamente daño material y daño moral,

la frontera entre el uno y el otro frecuentemente es difícil de diferenciar porque el daño material o patrimonial coexiste comúnmente con el daño moral o extrapatrimonial. Una lesión o menoscabo en la integridad física, en el honor o en otro bien inherente a la personalidad, no solo produce inevitablemente y de manera directa un daño moral, sino que es susceptible de ocasionar perjuicios de manera mediata sobre el patrimonio de la misma. Al respecto Roberto H. Brebbia dice: la extra patrimonialidad de los daños morales deben entenderse en el sentido de que son susceptibles de incidir de una manera indirecta sobre el patrimonio de las personas, en cuanto a los bienes personales menoscabados por el hecho ilícito poseen generalmente un determinado valor económico y como tal influyen en la capacidad productiva del sujeto pasivo del agravio. La distinción entre valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales. Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero y, por tanto, carecen de valor pecuniario, pero, en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto. Los agravios patrimoniales inciden de una manera directa sobre el patrimonio del sujeto, formado exclusivamente por bienes con valor pecuniario; los daños morales inciden indirectamente sobre el patrimonio por cuanto los bienes con valor pecuniario que forman el mismo solo se ven influidos por la lesión a un bien personal en la medida de que este menoscabo redunde en desmedro de la capacidad del sujeto para producir o conservar esa clase de bienes» (El Daño Moral, segunda edición, Editorial Orbir, Córdoba, Argentina, 1967, p. 83)... En la especie, el fallo impugnado dice en sus considerandos cuarto y quinto: "La querellante en su escrito de prueba -fs. 80-, reproduce su demanda y la documentación que adjunta -fs. 1 a 53-, documentación en la que consta el auto resolutorio dictado por el Juez Cuarto de lo Penal de Zamora Chinchipe, el veintiuno de junio de mil novecientos noventa y nueve -fs. 53-, declarando el abandono de la acusación particular propuesta por Gabriel Ricardo Caamaño Gangotena en contra de la querellante y declarando también que la misma no es maliciosa ni temeraria... Lo expuesto en la cláusula anterior significa que si el Juez Penal ha declarado que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria, no ha nacido la razón legal o la causa legítima indispensable para demandar la reparación del daño moral...", por lo que, de conformidad con lo expuesto en los considerandos precedentes, el fallo de última instancia no ha infringido ninguna de las normas legales citadas por la recurrente, ya que en este caso no procedía la demanda ordinaria de indemnización de daño moral

propuesta por la recurrente.- SEXTO: Finalmente, del análisis que precede se concluye que tampoco ha infringido el fallo de última instancia en forma alguna el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal de la recurrente, porque en este caso no se ha probado que se conculcó ninguno de estos derechos personalísimos, ya que la acusación particular que estuvo dirigida en contra de la actora fue declarada como no maliciosa ni temeraria mediante auto de 23 de junio de 1999, dictado por el señor Juez Cuarto de lo Penal de Zamora Chinchipe, declaración que no fue impugnada por la actora habiendo permitido que se ejecutorie, con lo que demostró su conformidad con la misma, por lo que no procede la indemnización por daño moral reclamada.- Por las consideraciones que anteceden, esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, rechaza el recurso de casación interpuesto por Miriam Yustin Jaya Loaiza por carecer de fundamento legal, y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para los fines de ley.- Sin costas.- Notifíquese y publíquese

12.4.- FALLO EN EL QUE SE CONCEDE LA DEMANDA POR DAÑO MORAL RECONOCIENDO SU AUTONOMÍA.

30/07/2009 ESCRITO

14:46:07

Petición: ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

27/07/2009 SENTENCIA

16:34:00

VISTOS: Rafael Correa Delgado dice que en el mes de septiembre del 2002, cuando solicitó la emisión de la tarjeta de crédito Diners, se enteró que estaba registrado en la central de riesgos como deudor moroso del Banco Pichincha, con categoría E, porque, según se le informó, mantenía un saldo deudor de USD \$136,98 en la tarjeta de crédito Visa No. 4565120126654008. El demandante agrega que la obligación que, supuestamente, adeudaba fue cargada a una tarjeta de crédito emitida por el Banco la Previsora, cuya cuenta y contrato los había cancelado y terminado antes de salir del país, entre los años 1997 y 2001. Con estos antecedentes remitió, dice el actor, una carta al Banco Pichincha, el 12 de septiembre del 2002, solicitando la entrega de los estados de cuenta con el objeto de determinar el origen de la obligación, en esta carta especificó que la información que aparecía en una pantalla de computadora no era respaldo

suficiente para exigir el pago del crédito; pero a pesar de que en su petición constaban, con claridad y exactitud, sus direcciones y teléfonos no recibió respuesta del Banco y solo verbalmente le comunicaron que la Entidad requerida no disponía de esa información. Según el demandante, el 3 de enero del 2003, insistió en su pedido y no obtuvo respuesta alguna, por lo que su abogado, el 10 de abril del 2003, pidió que lo eliminaran del sistema y del registro de la central de riesgos en la que constaba como crédito incobrable. Ante esta situación, añade el actor, presentó una queja en la Superintendencia de Bancos por la conducta arbitraria del Banco Pichincha y dos meses más tarde, esto es el 21 de julio del 2003, recibió el oficio suscrito por el Director de Consultas y Reclamos –Encargado- de la Superintendencia de Bancos y Seguros que le hacía conocer que en la escritura de transferencia de activos y pasivos de FilanCARD (sic) a favor del Banco del Pichincha, otorgada en la Notaría Pública Trigésimo Quinta del cantón Guayaquil, aparece su nombre como tarjetahabiente con saldo deudor, contra quien el Banco La Previsora dedujo una acción verbal sumaria por mora en el pago de su tarjeta, además adjuntó la documentación remitida por el Banco Pichincha, que incluía una copia diminuta de la escritura de transferencia de activos del Filanbanco a favor del Banco Pichincha C. A y varios documentos impresos que se afirma son estados de cuenta. Con esto se demuestra, según él, la falta de causa en la obligación exigida y el anatocismo en que se incurrió. En la demanda se indica que el economista Rafael Correa compareció al juicio, iniciado para el cobro del saldo de la tarjeta de crédito, tramitado en el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha, que se dio por citado y como la parte actora no presentó prueba, después de la recusación del juez titular, el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha rechazó la demanda y habiéndose justificado que entre los meses de agosto de 1997 y agosto del 2001 se hallaba fuera del país, que era imposible que realizara consumos y como la obligación, según el Juez, no tenía soporte y era inexistente se rechazó la demanda. Resuelta claro, por tanto, asevera el actor, que el Banco Pichincha, actuando como cesionario de un derecho y de una obligación inexistente, a sabiendas, se abstuvo de corregir su error y sin atender a sus pedidos resolvió mantenerlo como deudor moroso y reportado a la central de riesgos con una categoría E, es decir como deudor incobrable. Esta conducta, asegura el demandante, le causó graves daños y continúa ocasionándole daños, porque no tuvo acceso, durante más de cinco años, a créditos dentro del sistema financiero y porque esa información se hizo pública en la época en la que actuó como Ministro de Economía, lo cual afectó a su imagen. Con estos antecedentes, respaldado en las disposiciones de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil, demanda la reparación por daño moral, puesto que el Banco Pichincha le ha ocasionado un grave daño al haberle incluido como deudor moroso en

la central de riegos y haberle dado la calificación E, condición que jamás la tuvo, porque nunca existieron la obligación ni la deuda, hechos que fueron conocidos por el Banco demandado. El accionante dice que el Banco no sólo buscó causarle daño sino que trató de obtener el pago de una obligación inexistente y con ello lograr un enriquecimiento sin causa, conducta que afectó su crédito y su credibilidad ante el sistema financiero, debido a que, por varios años, no pudo ser sujeto de crédito, porque estuvo acusado de incumplir con sus obligaciones con una institución del sistema financiero. La emisión y circulación de información falsa, a sabiendas de que lo es, peor aún cuando se trata de información relativa a la supuesta falta de pago de una obligación que se conoce es inexistente constituyen, según el demandante, una clara conducta dolosa por parte del Banco Pichincha, conducta que le causó daño moral y que afectó su crédito. Afirma que el Banco conocía de tal situación, pues ante sus reiterados pedidos, lejos de reconocer su error, mantuvo silencio y como jamás pudo presentar justificativos, pretendió utilizar mecanismos indirectos e ilegales para obtener el cobro de una obligación inexistente y prefirió mantenerlo reportado a la central de riesgos. Con estos fundamentos de hecho y de derecho demanda al Banco Pichincha S.A. para que se le condene a pagar la indemnización por daños y perjuicios y por los daños morales que los estima en cinco millones de dólares de los Estados Unidos. El Presidente Adjunto y representante legal del Banco Pichincha C.A. niega los fundamentos de hecho y de derecho de la acción, alega improcedencia de la demanda, dice que la relación de los hechos es incompleta, parcial e inexacta, que el Banco no ha realizado ningún acto que pudiera causar un supuesto daño moral al demandante, y, subsidiariamente, alega la prescripción de la acción (fs.19). Trabada en estos términos la litis, luego del trámite respectivo, el señor Juez Primero de lo Civil de Pichincha acepta la demanda y fija en cinco millones de dólares de los Estados Unidos la indemnización que queda obligado a pagar el Banco Pichincha a favor del actor. De esta resolución interpone recurso de apelación el demandado. Radicada, por sorteo, la competencia en esta Sala, para resolver, se considera: PRIMERO: El proceso es válido y no se aprecia omisión de solemnidad sustancial que hubiera podido influir en la decisión. SEGUNDO: La pretensión del actor está encaminada a que el Banco Pichincha C. A. le pague una indemnización de cinco millones de dólares, por el hecho ilícito que, según él, originó la responsabilidad civil extra patrimonial prevista en los artículos 2231 y 2232 del Código Civil. La acción de daño moral ha tenido una importante evolución doctrinaria y jurisprudencial, y, como lo señala José Luis Diez, existe casi unanimidad en aceptar que “el daño moral consiste, equivale o tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona...” (Diez Schwerter,

José Luis. El daño extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, p. 82). Para que exista daño resarcible es necesario que concurren las siguientes circunstancias: a) que el daño sea el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado (Art. 2232 inciso final del Código Civil); b) que ese acto considerado como ilícito ocasione un daño; c) que se produzca una relación de causalidad entre el acto ilícito realizado por el demandado y el daño sufrido por el actor; d) que se pruebe que la acción ilícita nació de la voluntad del agente; e) que se establezca la existencia de dolo o culpa en el demandado; y, f) que exista violación del derecho subjetivo del actor;

TERCERO: Respecto del primer requisito el daño moral supone, necesariamente, la existencia de un hecho ilícito. Debe quedar claro que, aunque exista daño, no está obligado a resarcir quien ejerce un derecho previsto en la ley, en este caso no hay un hecho ilícito; consecuentemente este tipo de acciones u omisiones no comprometen la responsabilidad. Hechos o actos ilícitos son los contrarios a las normas legales o reglamentarias, se trata de acciones u omisiones que contravienen lo que dispone el ordenamiento jurídico. La jurisprudencia enseña que: “Las conductas señaladas en la ley como causa eficiente del daño moral, son todas ilícitas, contrarias al ordenamiento jurídico. No causa daño moral que pueda originar el deber de indemnizarlo, quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social...” (Res. 103-2002. R. O. 627 de 26 de julio del 2002). Respecto del acto ilícito que se pretende que sea indemnizable, el actor dice textualmente en el escrito inicial: “En el presente caso, el Banco Pichincha C.A. (antes Banco del Pichincha C.A.), me ha causado un grave daño moral al haberme incluido como un deudor moroso en la central de riegos y haberme dado la calificación de E en dicha central. Conforme se ha señalado, dicha condición jamás la tuve pues nunca existió obligación alguna ni deuda alguna, hecho que fue siempre conocido por el Banco demandado, al extremo que habiendo solicitado tanto extrajudicial como judicialmente la presentación y exhibición de los documentos que habrían justificado la existencia de la obligación, jamás lo hizo, pues no existe ni existió obligación alguna conforme lo determinó el Juez Sexto de lo Civil de Quito...”. En la central de riegos, de acuerdo con la ley, se encuentran registrados todos los sujetos de crédito del sistema financiero: con calificación A los créditos de riesgo normal, con calificación B los créditos de riesgo potencial, con calificación C los créditos deficientes, con calificación D los créditos de dudoso recaudo y con calificación E los créditos incobrables que se cargan a pérdidas. El certificado emitido, a fs. 602 del cuaderno de primera instancia, por el Procurador Judicial de la Superintendencia de Bancos, previa la revisión efectuada de la base de

datos de ese Organismo de Control, establece que “en la central de riesgos, con datos remitidos por las instituciones financieras a partir del 31 de diciembre de 1997 al 31 de mayo del 2000 y desde el 31 de marzo del 2001 al 31 de julio del 2007, a nombre de Correa Delgado Rafael se registran las obligaciones que constan en el reporte que se adjunta en 8 fojas útiles”.. El actor, según el registro histórico de fs. 604 y siguientes del proceso, aparece como sujeto de crédito, registrado, por diferentes créditos, con calificaciones A, B, C, D y E en distintas operaciones, inclusive con calificaciones B y C después de que se canceló el importe de la obligación registrada a nombre del Banco Pichincha y que sirve de base para el reclamo indemnizatorio. La acreencia de la Institución demandada aparece registrada con calificación E, con fecha de corte 31 de agosto del 2001, es decir después de la transferencia de activos y pasivos hecha por Filanbanco S.A a favor del Banco del Pichincha (24 de agosto del 2001). Antes de esa fecha estuvo registrada a nombre del Banco Filanbanco y originalmente se reportó, el 31 de diciembre de 1997, con el Código de la entidad financiera No. 371000000, con calificación B. El sujeto de crédito alcanzó la calificación E al cabo de ocho meses en el registro. La central de riesgos es un registro público que se somete a las normas de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuyo objetivo fundamental es mantener un sistema de registro con información individualizada, consolidada y clasificada sobre los deudores principales de las instituciones del sistema financiero. El hecho de reportar a la central de riesgos a un sujeto de crédito del sistema financiero no es un acto ilícito y más bien constituye una obligación legal, regulada en el artículo 27 de la Ley General de Instituciones Financieras, según el cual las instituciones del sistema financiero, están obligadas a suministrar a la Superintendencia, en la forma y frecuencia que ella determine, la información para mantener al día el registro. El hecho o acto ilícito relacionado con este sistema de registro tendría lugar en el caso de que la entidad financiera proporcione deliberadamente información falsa o maliciosa a la central de riesgos y de esta manera incluya o mantenga en el registro a una persona que no tiene la calidad de deudora, situación que la prevé el artículo 95 de la misma Ley; CUARTO: En forma unánime los tribunales consideran que quien alega haber sufrido un daño moral debe acreditar su existencia, es decir está obligado a probar que el demandado incurrió en una conducta injurídica o reprochable que originó la obligación de indemnizar. El actor, en el escrito inicial, sostiene que la conducta ilícita del Banco Pichincha consiste en que “actuando como cesionario de un derecho inexistente y de una obligación inexistente, a sabiendas de que esta era la realidad, se abstuvo de corregir su error” y deliberadamente le mantuvo como deudor moroso o reportado a la central de riesgos con una categoría E. Efectivamente se ha acreditado en el proceso que el Banco Pichincha,

mediante escritura otorgada el 24 de agosto del 2001, adquirió los activos y pasivos del Filanbanco S.A, Entidad esta última que transfirió a favor del cesionario la totalidad del negocio de las tarjetas de crédito Visa-Filanbanco, Visa-Banco La Previsora y Filancard, que comprende la cartera y los saldos de cartera por cobrar. En esa escritura, con el número 2551 de Visa-Previsora, aparece el saldo por cobrar a Correa Delgado Rafael, que asciende a \$ 97,29 (fs. 329). El cesionario del crédito mantuvo reportado al actor como deudor con calificación E en la central de riesgos y este hecho, a pesar de ocasionar daño, no sería ilícito si efectivamente habría existido una deuda, pero el crédito fue declarado inexistente, mediante sentencia pronunciada por el señor Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, el 15 de julio del 2006, cuyo texto es el siguiente “La obligación no tiene soporte y se vuelve inexistente y, siendo inexistente, la misma carece de derecho el actor para proponer la demanda...” (fs. 731). Un acto o negocio jurídico inexistente es aquel que no ha nacido a la vida jurídica. Arturo Alessandri señala: “No puede hablarse de un acto jurídico, sino de una apariencia de acto, que carece en absoluto de eficacia, y que no puede producir efecto alguno” (Alessandri Besa, Arturo. La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil. Santiago de Chile: Imprenta Universidad. 1990, p. 7). La legislación ecuatoriana no ha desarrollado la teoría de la inexistencia de los actos y contratos, pero ello no constituye obstáculo para que la inexistencia aceptada por un juez ecuatoriano, a través de un fallo ejecutoriado, obligue a admitir que la deuda que se atribuyó al actor no nació a la vida jurídica, que fue una mera apariencia y que, por consiguiente, no pudo servir de soporte para mantenerlo registrado en la central de riesgos. En definitiva el Banco Pichincha cometió un acto ilícito cuando mantuvo registrado al economista Correa en la central de riesgos por una obligación inexistente, aun cuando la sentencia fuera posterior a la cesión de activos, considerando, además, que la ineficacia de este tipo de actos no requiere declaración de juez, característica que, precisamente le diferencia de la nulidad, en que se hace falta recurrir a la justicia; QUINTO: Respecto del otro requisito, que tiene que ver con que el acto ilícito fuera realizado voluntariamente por el demandado, es preciso tener en cuenta que, en principio, el Banco Pichincha, cuando adquirió la cartera vencida de otra Institución, se subrogó en los derechos del acreedor y podía mantener a los tarjetahabientes morosos en el registro de la central de riesgos, pero, previamente, debía actualizar y analizar la cartera caso por caso, de conformidad con el artículo 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, norma según la cual su obligación consistía en mantener al día el registro con información individualizada y, se entiende, auténtica y veraz. Como se ha señalado quien ejerce un derecho no comete un hecho ilícito ni compromete su responsabilidad, pero, en este caso, se produjo un abuso del derecho, porque el demandado hizo un

ejercicio anormal de su facultad de mantener a todos los clientes en la central de riesgos sin analizar cada acreencia. A esto se añade que el Banco no hizo efectivo el derecho del tarjetahabiente de acceder fácilmente a la información sobre el supuesto crédito, a pesar de los reiterados pedidos (fs. 557, 558 y 559) y no le proporcionó al actor los documentos y respaldos que le hubiesen permitido examinar la situación del crédito. Por el contrario, el Banco fue renuente a entregar la información requerida, lo que le impidió a la propia Institución comprobar el estado de la deuda. De manera que el registro público de un sujeto de crédito que es de suyo un acto legítimo devino en arbitrario e ilegal en su ejercicio, porque afectó el derecho del cliente, que fue mantenido en la central de riesgos por una deuda inexistente. Así mismo fue legítima la acción judicial para recaudar un crédito pendiente de pago, pero el uso de la acción se tornó abusivo cuando el Banco Pichincha, como cesionario, conociendo que se hallaba propuesta una demanda por esa deuda, (fs.577) no compareció al proceso para ejercer sus derechos, esta falta de diligencia atentó contra el principio de buena fe procesal; SEXTO: Examinado el expediente la Sala concluye que la Institución Bancaria actuó de manera negligente, sin revisar el crédito del actor y sin proporcionarle al cliente los documentos de manera oportuna y diligente, al punto que en el juicio seguido por la Previsora contra el economista Correa, que creaba un espacio jurídico adecuado para exhibir la información de soporte pedida reiteradamente por el tarjetahabiente y ya con una orden judicial previa, el Juzgado deja constancia “que, efectivamente no se exhibe la documentación requerida y por expresiones de la doctora Magdalena Pareja Rosales, funcionaria de este departamento, la documentación no la tienen y la misma está en Diners” (fs. 661). La desidia, descuido y negligencia del Banco configuran la culpa, no solamente porque se incumplió la obligación de examinar la calidad de la cartera que adquiriría el Banco Pichincha como cesionario, sino porque no fue cuidadoso y diligente en proporcionar al actor, ligado a la Institución con un contrato de emisión de tarjeta de crédito, la documentación que respaldaba la mora (fs. 557, 558 y 559). Consta del proceso que sólo por requerimiento de la Superintendencia de Bancos, luego de varios reclamos del cliente, mediante oficio de 20 de mayo del 2003 (fs. 499), el Banco Pichincha envió la parte pertinente de la escritura de cesión de derechos y fue preciso un nuevo requerimiento de la Superintendencia, realizado el 18 de julio del 2005, para que el demandado remitiera otros documentos. En esta última comunicación (fs. 504) el Presidente del Banco admite que conoce la demanda iniciada en el Juzgado Tercero de lo Civil, para el cobro del saldo de la tarjeta de crédito y lo que tiene más relevancia es que sostiene que “no corresponde a nuestra institución presentar los justificativos sobre el origen de esta obligación vencida, contraída por el deudor con el Banco la Previsora....si la decisión

del Juez de lo Civil fuera favorable al deudor, extinguiendo la deuda, el acreedor, como es su derecho, solicitará al Filanbanco S.A., el reintegro de lo pagado por la transferencia de ese activo a su favor” (fs. 504), declaración inadmisibles si se toma en cuenta que el Banco Pichincha, como sucesor en los derechos del Banco la Previsora y del Filanbanco, estaba sujeto a las normas de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (Art. 201), a las cláusulas del contrato de otorgamiento de tarjeta de crédito (cláusulas 3 y 4 del contrato de fs. 615) y a las normas recogidas en la Codificación de Resoluciones de la Superintendencia de Bancos sobre emisión y uso de tarjetas de crédito (Art. 33). Las disposiciones legales, reglamentarias y las cláusulas contractuales reconocen el derecho del tarjetahabiente de acceder fácilmente a información detallada sobre el manejo del crédito, obligación que no cumplió la Institución demandada; SEPTIMO: En cuanto al daño moral y a los perjuicios sufridos, en el escrito de demanda el actor señala que el hecho ilícito afectó su credibilidad, que no tuvo acceso a créditos dentro del sistema financiero y que la información se hizo pública cuando actuó como Ministro de Economía, lo cual afectó su imagen pública. Admitida la existencia del hecho ilícito que lesionó el interés extrapatrimonial él estaba obligado a acreditar el daño de índole moral, que debe ser demostrado por quien sostiene haberlo sufrido, como consecuencia de un hecho ilícito y por eso demanda su reparación. En el caso de imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona, la mayoría de la jurisprudencia ecuatoriana entiende que existe daño moral por ocurrir el hecho ilícito, es decir simplemente por el incluir el nombre del demandante en un registro público, al cual pueden acceder no sólo las instituciones financieras sino la mayoría de ciudadanos, en base de una obligación inexistente, este hecho ha debido producir angustia al actor, la prueba de ello es su insistencia en pedir al Banco Pichincha que le proporcione los datos sobre su crédito, sobre todo porque eso le impedía acceder a créditos en otras instituciones, al punto que se vio obligado a pagar el saldo de la tarjeta de crédito (fs. 506) para que M. M. Jaramillo Arteaga hiciera efectivo un préstamo aprobado a su favor (fs. 508 y 569). También hay constancia procesal de que el actor, como Ministro de Economía, debió soportar la publicidad, a través de medios escritos, que le consideraron como deudor de la banca (fs. 515). Examinada la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala concluye que el actor fue víctima de daño moral; OCTAVO: Rechazadas las excepciones de los numerales 1, 2 y 3 del escrito de fs. 19 corresponde examinar la excepción subsidiaria de prescripción. La disposición del artículo 2235 del Código Civil señala que las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. Los actos ilícitos, sean estos delitos o cuasidelitos, son fuentes de obligaciones que se extinguen, entre otras

causas, por la prescripción y cuando una persona ha sufrido afectación en su honor, en su reputación, en su consideración, es decir en su patrimonio moral, la ley le permite reclamar la indemnización dentro de cuatro años, que se cuentan desde la perpetración del acto ilícito, esto es a partir de la fecha en que la víctima puede reclamar la indemnización. Respecto a este punto el profesor Louis Josserand expone un principio aplicable a la prescripción de la siguiente manera: “Punto de partida del plazo de la prescripción. Principio. La prescripción corre a contar del día en que el acreedor ha podido accionar, si corriese antes, existiría el riesgo de que el derecho se perdiese antes de que su titular estuviese en condiciones de ejercitarlo” (Josserand Louis. Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. T II, Vol I, p. 750). Siguiendo este principio la prescripción no correría en obligaciones que no son exigibles, en las obligaciones que dependen del cumplimiento de una condición y en los derechos eventuales, en cambio en las obligaciones que nacen de actos o hechos sucesivos o periódicos, teniendo en cuenta que el acreedor o el perjudicado puede accionar a partir de cada uno de ellos, la prescripción se cuenta siguiendo la regla general pero tomando como referencia cada acto. El demandante, en calidad de víctima directa, demandó la indemnización pecuniaria por las imputaciones injuriosas contra su honra o crédito e invocó la disposición del artículo 2231 del Código Civil (fs.7). En el escrito inicial determinó que el hecho que manchó su reputación consistió en que el Banco Pichincha “actuando como cesionario de un derecho inexistente y de una obligación inexistente, a sabiendas de que esta era la realidad, se abstuvo de corregir su error y peor aún sin atender mis pedidos que se limitaban a acceder a los documentos que supuestamente justificaban la existencia de la supuesta deuda, resolvió deliberadamente mantenerme como deudor moroso y reportado a la central de riegos con una categoría E, es decir como deudor incobrable”. El acto ilícito, en este caso, se originó en la información periódica que el Banco proporcionaba a la central de riesgos. Es preciso tener presente que los datos individuales que suministra el Banco no responden a una acción única, sino que, de conformidad con el artículo 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, la información se proporciona en la forma y frecuencia que determina la Superintendencia de Bancos. Como la información es periódica o con la frecuencia que requiere la Entidad de Control los datos se registran, generalmente, en forma mensual, lo que permite mantener actualizada la información individual, pero cuando la información es falsa, maliciosa o como en el caso no existe el crédito, cada registro es un acto ilícito independiente. Por tanto la fecha de la perpetración del acto, cuando se consumó o cometió el hecho que originó el daño moral coincide con cada una de las fechas de registros mensuales realizadas en base de la información proporcionada por la Institución

demandada, la última de ellas tuvo lugar el 30 de noviembre del 2005. Desde esta última fecha hasta la presentación de la demanda no ha transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción. NOVENO: En virtud de lo expuesto en las precedentes consideraciones: encontrarse acreditado el daño moral y no hallarse prescrito el derecho para reclamarlo, corresponde a la Sala cuantificar la indemnización que, en concepto de reparación, debe la compañía demandada, Banco Pichincha C. A., entregar al actor. El actor reclama en su libelo inicial la cantidad de cinco millones de dólares, reclamo que es aceptado en su totalidad por el juez de primera instancia. Cuanto a la determinación del monto de la reparación y a las dificultades que ello comporta, el profesor argentino Roberto H. Brebbia en varios pasajes de su obra "El Daño Moral" (Ediciones Jurídicas ORBIR, 2ª Edición), enseña: "Desde el momento que la condenación impuesta por el juez al ofensor cumple una finalidad específica de reparación del daño causado, es indudable que el principio general que debe regir en la materia es el de una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño" Luego, añade: "Por razón de su particular naturaleza, los agravios morales no admiten una traducción exacta en dinero y si bien esta circunstancia no puede constituirse en óbice para que los mismos puedan ser reparados mediante dicho medio universal de pago, no deben cerrarse los ojos a la realidad y negar, por ello las serias dificultades que rodean al tema, verdadero talón de Aquiles de la institución del daño moral" (ps. 227-228.) En otra parte de su obra, dice: "Aun tratándose de esta especie de agravios extrapatrimoniales, el juzgador no podrá imponer como indemnización la suma que le fije su fantasía, sino la que resulte de las circunstancias particulares del caso, toda vez que siempre la cantidad de dinero cuyo pago imponga al ofensor deberá estar proporcionada a la gravedad del daño causado, gravedad que, no por ser intraducible en guarismos exactos, podrá ser apreciada por el juez" (Ob. cit. pág. 91) Sobre este mismo tema, en otra parte de su misma obra, añade: "En numerosas decisiones judiciales, en nuestro derecho como en el derecho francés, se hace expresa mención de la necesidad de que la reparación no sea para la víctima motivo de enriquecimiento sin causa. Pese a apoyar en todo la justicia de dicho criterio, no podemos menos que hacer notar el peligro que se corre de aplicar demasiado estrictamente el mismo: el de reducir a cantidades mínimas las indemnizaciones que se acuerden en concepto de reparación de agravios morales..." (Ob. cit. pág. 236-237) Queda señalado en el considerando tercero de este fallo que el Banco Pichincha, como cesionario de los activos y pasivos del Filanbanco S.A., mantuvo reportado al actor como deudor con calificación E en la central de riesgos a partir del 31 de agosto de 2001 por un crédito que más tarde fue declarado inexistente; reporte que duró hasta el 30 de noviembre de 2005, lo que

equivale a decir que el demandante se encontró en esa situación por espacio de cincuenta y un meses. Como parámetros para cuantificar la indemnización reclamada, aparte de la cuantía de la supuesta deuda por la cual se le mantuvo en la central de riesgos, o sea las circunstancias particulares del caso y la gravedad del daño causado, la Sala considera que bien pueden servir tanto el período de tiempo que el Banco Pichincha mantuvo al actor en la mencionada central de riesgos con la categoría indicada, así como el texto del Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración máxima en el sector público, que según su artículo 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales; indemnización esta que como enseña la doctrina cumple función satisfactoria que el ofensor debe abonar a la víctima de un agravio moral, y que en la especie, dicha función satisfactoria según los parámetros mencionados, ascendería a doscientos cincuenta y cinco mil dólares. A esta cantidad la Sala considera debe añadirse, como es obvio, las erogaciones que debió realizar por la defensa del juicio incoado en su contra y las molestias ocasionadas durante todo el tiempo empleado infructuosamente para conseguir del Banco Pichincha la entrega de la documentación que sirviera de soporte para haberlo reportarlo en la central de riesgos con la categoría tantas veces mencionada. Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, esta Sala admite el recurso de apelación presentado por el Banco demandado y teniendo en cuenta la magnitud del agravio, se reforma la sentencia impugnada en cuanto al monto de la indemnización que, en concepto de reparación por el daño causado, debe pagar al economista Rafael Vicente Correa Delgado el Banco Pichincha C. A., que la Sala la fija en trescientos mil dólares de los Estados Unidos de América. Sin costas Notifíquese.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE FALLOS DE TRIPLE REITERACIÓN

NO ES NECESARIA LA CALIFICACIÓN DE LA DENUNCIA O ACUSACIÓN PARTICULAR COMO MALICIOSA O TEMERARIA PARA LA EJERCER LA ACCIÓN CIVIL DE DAÑO MORAL,

1.- NORMATIVIDAD APLICABLE

Corresponde a la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo al 184.2 de la Constitución: “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración.”.

En concordancia, el Art. 185 ibídem determina: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obliga a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.”

De acuerdo al artículo 202 del Código Orgánico de la Función Judicial, corresponde al Presidente de cada sala especializada: “Remitir al Pleno de la Corte Nacional de Justicia las sentencias que en su Sala se hayan dictado y reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho”.

Cabe expresar, la importancia legal del sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios dentro nuestro sistema legal, pues a más de constituir, como ya se expresó, una de las labores fundamentales de la Corte Nacional de Justicia, deber íntimamente vinculado con las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos al debido proceso y a la seguridad jurídica; sirve también de acuerdo al artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial para: “interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.”, siendo ello un pilar de apoyo para todos las juezas y jueces de instancia, como provinciales, así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general.

2.- ANTECEDENTES:

La ex Corte Suprema de Justicia, a través de las Salas de lo Civil y Mercantil, se pronunció respecto de si es o no necesario que un juez penal

haya calificado como malicioso o temeraria una denuncia o acusación particular, para demandar en la vía civil la acción de daño moral, en los casos que ésta se fundamente en una acción penal previa. Así, podemos citar como ejemplo a las Resoluciones No. 287-2000, R.O. 140 de 14 de agosto del 2000; No. 260-2001, R.O. 416, de 20 de septiembre de 2001; y, No. 238-2008, R. O. Suplemento 67 de 1 de Septiembre del 2010; en las cuales, se expresa en síntesis lo siguiente: *“no cabe reclamar indemnización de daño moral (como tampoco de daño patrimonial) por haberse presentado una denuncia o una acusación particular dentro de un proceso penal, si es que tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria o maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva; calificación que, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del artículo 16 del vigente Código de Procedimiento Penal (actual 40 del CPP), es prerrequisito para que prospere la acción indemnizatoria tanto de los daños patrimoniales como de los morales, conforme se concluye del análisis que antecede.”* (Lo subrayado es nuestro.)

Por otro lado, también podemos encontrar fallos de la Ex Corte Suprema de Justicia, que expresan la postura contraria, citando como ejemplo a las Resoluciones No. 283-1995, R.O. 698 de 18 de mayo de 1995; No. 21-2007, R.O. Suplemento 345 de 26 de Mayo de 2008; y, No. 233-2007, R.O. 564 de 06 de abril de 2009. En dichos fallos, se expresa en síntesis lo siguiente: *“Conforme ha declarado esta Sala, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría requerido expresamente”.*

Esta dualidad de criterios provocó que en ciertos casos, en los cuales mediaba enjuiciamiento penal previo, se rechace acciones de daño moral, al considerar que la calificación de maliciosa o temeraria era un pre-requisito para su procedencia; siendo dicho pre-requisito, a criterio de otros juzgadores innecesario al ser ambas acciones independientes, y por tanto concediendo indemnizaciones a los peticionarios. Por tanto, actualmente persiste confusión e inequidad para los justiciables en estos casos, pues, depende únicamente del criterio del juzgador el aplicar uno u otro de los criterios antes mencionados.

La actual Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, ante esta situación y con el fin de contar con un criterio unificado sobre el tema, luego de haber realizado un análisis prolijo de los casos en juzgamiento, ha llegado a la conclusión, de que la calificación de maliciosa o temeraria no es

un pre-requisito en aquellas demandas de daño moral, que se fundamenten en una acción penal previa; plasmando dicho razonamiento en la motivación expuesta en las siguientes causal: Juicio No. 510-2010, Resolución No. 247-2012 de 24 de julio del 2012; Juicio No. 270-2011, Resolución No. 389-2012 de 18 de octubre del 2012; y, Juicio No. 308-2011, Resolución No. 69-2013, de 7 de febrero del 2013; fallos que reiteran en tres ocasiones una misma opinión sobre un punto de derecho.

En dichos fallos, esta Sala ha manifestado que: *“En ejercicio de la facultad que le confiere el Art. 184 de la Constitución de la República, este Tribunal estima necesario establecer su criterio respecto si, en los juicios de indemnización por daño moral, a las que haya precedido un juicio penal, es necesario que el juez haya calificado como temeraria o maliciosa la denuncia o acusación particular, para que con este requisito previo, de prejudicialidad, se pueda ejercer la acción civil de daño moral.- Sobre este tema, la Sala de lo Civil y Mercantil de la actual Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que “Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación” por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.” (Juicio No. 510-2010, sentencia de 8 de agosto del 2012; y, Juicio No. 270-2011, sentencia de 18 de octubre del 2012).- Este pronunciamiento se sustenta en que la propia ley que creó la acción indemnizatoria por daño moral prevista, en los Arts. 2231, 2232 y 2234 de la Codificación vigente del Código Civil, determinan el carácter autónomo e independiente de aquélla, al expresar que las imputaciones injuriosas contra la honra y crédito de una persona, dan derecho a demandar no sólo por los daños materiales, sino también por el perjuicio moral; así como el derecho a demandar por los daños meramente morales, dejando a salvo las penas por los delitos o cuasidelitos; y, que la indemnización por daño moral es independiente por su naturaleza, de las que en casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otras semejantes, regulen otras leyes.- **Dado el carácter autónomo de la acción de daño moral, en la que el juez civil deberá juzgar si en un caso en particular puesto a su decisión ha existido o no una acción u omisión ilícitas, si éstas han sido la causa de sufrimientos morales del accionante y el consecuente perjuicio extra patrimonial para el demandante, tal decisión no puede estar supeditada o condicionada al***

requisito previo de que un juez penal haya calificado de temeraria o calumniosa la denuncia o acusación particular en un juicio penal anterior, para que el actor tenga la facultad de demandar el daño moral.

4.- CONCLUSION:

En aplicación de las disposiciones de la Constitución de la República contenidas en los Arts. 184 y 185; de lo previsto en el Art. 180, numeral 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 19 de la Ley de Casación, a efecto de brindar soluciones sobre temas controvertidos o en los que hubiese existido discrepancia de opiniones, para garantizar el derecho a la seguridad jurídica, se considera conveniente que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución ratifique este criterio a fin de que constituya jurisprudencia de obligatoria aplicación para las juezas y jueces de instancia.

RESOLUCIÓN DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

EL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO:

QUE el art. 75 de la Constitución garantiza la tutela efectiva de los derechos; el art. 82 sobre la seguridad jurídica.

QUE, el artículo 185 inciso primero, de la Constitución de la República del Ecuador, establece: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obliga a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria”. En concordancia con esta disposición, el artículo 184.2 de la misma Constitución determina que corresponde a la Corte Nacional de Justicia desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundado en los fallos de triple reiteración;

QUE, la ex Corte Suprema de Justicia, ha pronunciado diversos criterios contradictorios, respecto a la necesidad de la calificación de la denuncia o acusación particular como maliciosa o temeraria, para la procedencia de la demanda de daño moral fundamentadas en acciones penales previas, siendo dicha calificación, de acuerdo a ciertos criterios, un pre-requisito para que prospere la acción; y en otras causas no; así en ciertos pronunciamientos era obligatoria la calificación, como en otros no lo fue;

QUE, la Sala de lo Civil y Mercantil de la actual Corte Nacional de Justicia, ha emitido fallos de triple reiteración en la siguientes causas: en las siguientes causal: Juicio No. 510-2010, Resolución No. 247-2012 de 24 de julio del 2012, que en la parte pertinente manifiesta: *“Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación” por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.”*; También en el Juicio No. 270-2011, Resolución No. 389-2012 de 18 de octubre del 2012; expresa lo siguiente: *“En este ámbito, los juzgadores deben considerar que las disposiciones de esos artículos del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: 1ra. Autonomía.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “ Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito ”, están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.-”* Finalmente en el juicio No. 308-2011, Resolución No. 69-2013, de 7 de febrero del 2013, se expresa: *““Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que “Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente*

obligados a esta reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley". Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil.-(...) Este pronunciamiento se sustenta en que la propia ley que creó la acción indemnizatoria por daño moral prevista, en los Arts. 2231, 2232 y 2234 de la Codificación vigente del Código Civil, determinan el carácter autónomo e independiente de aquélla, al expresar que las imputaciones injuriosas contra la honra y crédito de una persona, dan derecho a demandar no sólo por los daños materiales, sino también por el perjuicio moral; así como el derecho a demandar por los daños meramente morales, dejando a salvo las penas por los delitos o cuasidelitos; y, que la indemnización por daño moral es independiente por su naturaleza, de las que en casos de muerte, incapacidad para el trabajo u otras semejantes, regulen otras leyes.- Dado el carácter autónomo de la acción de daño moral, en la que el juez civil deberá juzgar si en un caso en particular puesto a su decisión ha existido o no una acción u omisión ilícitas, si éstas han sido la causa de sufrimientos morales del accionante y el consecuente perjuicio extra patrimonial para el demandante, tal decisión no puede estar supeditada o condicionada al requisito previo de que un juez penal haya calificado de temeraria o calumniosa la denuncia o acusación particular en un juicio penal anterior, para que el actor tenga la facultad de demandar el daño moral'.- Resoluciones en los que establece el criterio de que las acciones civiles de daño moral que se fundamenten en un proceso penal anterior, no requieren como requisito previo la calificación de temeraria o calumniosa de la denuncia o acusación particular por parte de la jueza, juez o tribunal en materia penal, dado el carácter autónomo de la acción de daño moral; y,

En uso de la atribuciones que le confiere el Art. 185 de la Constitución de la República y el Art. 180 numeral 2do. del Código Orgánico de la Función Judicial,

RESUELVE:

Art. 1.- Ratificar el criterio emitido por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en el sentido de que no se puede exigir como requisito previo, el que un juez penal haya calificado de temeraria o calumniosa la denuncia o acusación particular en un juicio penal anterior, para demandar civilmente indemnizaciones por daño moral.

Art. 2.- Este criterio constituye precedente jurisprudencial obligatorio, que debe ser acatado y aplicado por todas las juezas y jueces de primera instancia y por las salas de las provinciales en sus resoluciones.

Art. 3.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, a

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS.....	VII
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	8
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	64
6. RESULTADOS.....	67
7. DISCUSIÓN.....	75
8. CONCLUSIONES.....	81
9. RECOMENDACIONES.....	82
9.1. PROPUESTA DE REFORMA	83
10. BIBLIOGRAFÍA.....	87
11. ANEXOS.....	92
ÍNDICE.....	140