



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

ESCUELA DE DERECHO

EL DAÑO MORAL Y LOS CRITERIOS PARA LA
DETERMINACIÓN DE SU INDEMNIZACIÓN.

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del
Ecuador.

AUTOR: MANUEL SEBASTIAN BRITO GONZALÉZ.

DIRECTOR: DOCTOR OLMEDO PIEDRA IGLESIAS.

CUENCA-ECUADOR

2013

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación lo dedico principalmente a Dios por permitirme llegar a cumplir esta meta en mi vida y por haberme brindado salud, amor y bondad para cumplir mis objetivos.

Igualmente lo dedico a mis padres Joel y Marisol.

A mis hermanos María Fernanda y Juan Diego.

A mis cuñados Juan Eduardo y Janina.

A mis sobrinos Joaquín y Juan Martin.

A Patricia por su cariño y apoyo incondicional vertido hacia mi persona durante toda mi vida.

A Gabriela por todo el afecto y apoyo ilimitado dirigido hacia mí durante todo este tiempo.

Todo este trabajo fue posible gracias a ellos ya que son un pilar fundamental para cumplir esta meta.

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, valores y sobre todo por la motivación constante que me han inculcado la cual me ha permitido cumplir a cabalidad con esta meta.

Agradezco de manera especial al Doctor Olmedo Piedra Iglesias quien a través de su disposición, conocimientos y paciencia supo instruirme tanto en el ámbito académico como en el humano permitiéndome de esta manera finalizar mi proyecto de tesis, mi agradecimiento sincero.

INDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS:	3
INDICE DE CONTENIDOS	4
RESUMEN	6
ABSTRACT.....	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCION	7
CAPITULO I	12
1.1 Indemnización por Daños y Perjuicios.	12
1.2 Definición de Moral y concepto de Daño.	16
1.3 Antecedentes históricos referentes al Daño Moral.....	19
1.4 Definición de Daño Moral.	22
1.5 Elementos Constitutivos del Daño Moral.	24
1.6 Derechos Patrimoniales y Derechos Extrapatrimoniales	28
1.7 Bienes Jurídicos que Tutela el Daño Moral.	31
CAPITULO II	34
2.1 El Daño y la Obligación de Repararlo.	34
2.1.1 La Reparación natural o in natura	35
2.1.2 La Reparación por Equivalente.....	36
2.1 Naturaleza jurídica del daño moral.	37
2.3 El Daño Moral en la legislación ecuatoriana.	39
2.4 Daño Moral de efectos Objetivos.....	43
2.5 Daño Moral de efectos subjetivos.	45
2.6 El daño moral en las personas naturales.	46
2.7 El daño moral en las personas jurídicas.	48
CAPITULO III.....	51
3.1 Valoración de la Prueba en el Daño Moral.	51
3.1.1 Tarifa Legal:.....	51
3.1.2 Sana Crítica:.....	52
3.2 La Prueba en el Daño Moral.	55
3.3 Reparación del Daño Moral.	61

3.4 Reparación económica o pecuniaria del Daño Moral.	64
3.5 Cuantificación de la indemnización.	67
3.6 Reparación No Pecuniaria del Daño Moral.	70
CAPITULO IV.....	74
4.1 Análisis de un caso práctico referente al daño moral.....	74
CONCLUSIONES.....	98
RECOMENDACIONES.....	101
BIBLIOGRAFIA	103

RESUMEN

Siendo el ámbito de las relaciones sociales imprescindible para una sociedad, surge la figura del daño moral que constituye toda lesión producida sobre los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica, pues transgrede la esfera de los derechos extra patrimoniales.

Teniendo en cuenta que los derechos extra patrimoniales no tienen precio y por ende no pueden ser valorados, ello no impide que su reparación pueda ser pecuniaria y no pecuniaria, ya que dicha reparación obedece a un carácter satisfactorio, es necesario considerar que hoy en día los derechos extra patrimoniales son de suma importancia para la organización social y en consecuencia su protección jurídica resulta vital

ABSTRACT

Since social relations are indispensable in a society, we must mention to the presence of the figure of moral damage, which refers to any lesion to a person's feelings. These lesions cannot be economically valued due to their spiritual character and because they transgress the sphere of extra-patrimonial rights.

Although extra-patrimonial rights are priceless and therefore cannot be economically valued, this does not impede a pecuniary and non-pecuniary compensation due to the rewarding nature of this type of compensation. Therefore, it is necessary to consider that extra-patrimonial rights are highly important nowadays for our social organization, which is why their judicial protection is vital.



Diana Lee Rodas
Translated by,
Diana Lee Rodas

INTRODUCCION

El ser humano se caracteriza por ser eminentemente social, es decir por su notable y necesaria relación con los seres pertenecientes a su misma especie, a fin de conseguir asociarse con sus semejantes logra formar comunidades y con ello procura alcanzar el progreso colectivo, otro punto a destacar a favor del hombre consiste en su capacidad de poseer una razón moral, la cual le otorga la facultad de discernir el bien del mal.

En base a la relación del hombre con otros semejantes se generan los grupos sociales los cuales se encuentran gobernadas por intereses, aspiraciones y deseos comunes, a fin de conseguir un progreso mutuo, estos grupos o comunidades regidas por hombres tienen como directrices principales dos tipos de normas, el primero grupo hace referencia a las normas de índole jurídico y el segundo grupo nos habla de las normas morales, que son consideradas indispensables para el corrector operar y funcionar de una organización social.

La existencia de una ley moral como ente regulador, de lo que esta correcto realizar y de lo que no es posible hacerlo, es decir de lo que se encuentra prohibido por tener el carácter de incorrecto ha surgido desde los remotos orígenes del hombre, las primeras manifestaciones de lo moral viene dado por la religión, y por los diferentes dioses, la cual enseña a los hombres que lo correcto moralmente siempre debe guardar una relación estrecha con lo manifestado por Dios, caso contrario de actuar de manera contraria a lo manifestado por la religión se procedía a obrar de manera inmoral lo cual acarrearía distintas sanciones, que en sus orígenes eran nombradas como castigos de origen divino.

El Daño Moral es un tema que ha evolucionado conforme al desarrollo económico, cultural y político de las diferentes sociedades, durante muchos siglos la figura del daño moral fue totalmente desvirtuada, ya que en sus orígenes no se concebía la idea de que se pueda lucrar con el dolor humano, igualmente resultaba casi imposible poder probarlo ya que pertenece netamente a la esfera de las afecciones humanas entrando a formar parte del campo subjetivo, resultaba problemático poder determinar una cuantificación justa que compense el daño sufrido a favor del agraviado.

Después de que el Daño Moral por mucho tiempo haya sido vinculado al daño patrimonial, logra su propia autonomía, cuando el derecho reconoce que son objeto de protección del sistema jurídico aspectos tales como el honor, la honra, el buen nombre, la intimidad, brindando mayor amparo al campo de las afecciones espirituales, llegando incluso al punto de indemnizar al individuo que sufra una alteración o vulneración que afecten sus derechos extrapatrimoniales.

Posteriormente bajo la perspectiva del derecho moderno, el ser humano es sujeto tanto de derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, los cuales son reconocidos plenamente por el ordenamiento jurídico dotándolos de una protección que evite su vulneración, en caso de existir una lesión, que por consiguiente puede ser patrimonial o extrapatrimonial, dio como resultado el surgimiento de la indemnización que tiene como fin compensar al individuo como consecuencia del daño ocasionado, es decir conceder al perjudicado de alguna manera una satisfacción que le subsane el agravio sufrido.

Centrándonos concretamente en la figura del daño moral podemos afirmar que su indemnización resulta en gran parte subjetiva ya que se relaciona con el aspecto afectivo

perteneciente a cada individuo, el cual tiene su propia concepción de lo moral, cabe mencionar que no existen concepciones morales eternas e inmutables, el aspecto moral se caracteriza por variar, dicha variación depende de muchos aspectos como pueden ser la sociedad, la época, la religión o inclusive obedece a la formación propia de cada ser humano.

El daño moral afecta la psiquis del individuo, produciendo una alteración sobre la Homeostasis que consiste en aquella capacidad del ser humano para mantener una adecuada temperatura, y correcto nivel de salud, cualquier tipo de transgresión produce o provoca una alteración que afecta el equilibrio personal y que tiende a provocar un sentimiento de angustia, desequilibrio emocional, por lo tanto la indemnización recae sobre aspectos de muy difícil cuantificación y de una embrollada valoración pecuniaria.

Para una mayor comprensión acerca del término de la Homeostasis, nos remitiremos al significado propuesto por el diccionario de la Real Academia Española la cual declara lo siguiente “Conjunto de fenómenos de autorregulación, que conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y propiedades del medio interno de un organismo.”

Por lo tanto para su correcta indemnización es necesario que el Juez, conforme a la ayuda de los peritos y en base a criterios universales de equidad, otorgue una compensación proporcional al daño sufrido que sea real, efectiva, justa y conforme a derecho, a fin de evitar un resarcimiento incongruente que altere el orden público.

Al violentar aspectos subjetivos que dificultan su indemnización a provocado durante muchos siglos una debatida controversia que recae sobre el tema de cómo debe proceder la reparación del daño moral, pero es de saber que el derecho no vela únicamente por la

correcta protección de bienes económicos pecuniarios, la norma jurídica es mucho más amplia y otorga un amparo social que protege valores esenciales para el ser humano, el agravio realizado sobre estos aspectos pertenecientes a la esfera de las afecciones, configura el daño moral el cual es tutelado y protegido por el sistema jurídico, de tal manera que de producirse una violación sobre estos aspectos recae una compensación que de alguna manera satisfaga a la víctima por el dolor ocasionado.

CAPITULO I

1.1 Indemnización por Daños y Perjuicios.

Al suscitarse un hecho ilícito, el cual brevemente lo describiremos como toda conducta contraria a derecho, la cual conlleva un efecto jurídico, que impone al autor del acto, restablecer la situación a favor del agraviado, en base al daño padecido por el mismo, constituyendo una sanción de tipo indemnizatorio o resarcitorio que surge como respuesta a la vulneración un derecho jurídico tutelado.

Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico elemental al referirse sobre los daños y perjuicios expresa lo siguiente:

“Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio), la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la maquina rota ha dejado de producir tal artículo.” (Cabanellas, 2000, pág. 88)

De acuerdo a Galeas Luis (2011) durante las épocas primitivas esta indemnización no se encontraba limitada, pues tenía la característica de ser desmedida, considerándose como una autentica venganza, ya que muchas veces poseía el carácter de aniquilatoria ya que no era ejercida únicamente sobre el sujeto que ocasionó o realizó el acto, sino se la

ejecutaba contra todo su clan o grupo social, constituyéndose una medida notablemente desproporcional.

Según Rabinovich Ricardo (2003) la primera restricción surgida en torno a la indemnización es la conocida Ley del Tali3n, la cual profesaba el ojo por ojo, diente por diente, principio que propone una limitaci3n, y una compensaci3n proporcional en base al da1o padecido, lo que conlleva una indemnizaci3n mas equilibrada y ciertamente mas justa, aunque bastante primitiva, sin embargo resulta ser un avance para la acci3n indemnizatoria.

Ortolan (1976) expresa que con la evoluci3n jur3dica, y el desarrollo social se procede a abolir el concepto de venganza sea este proporcional o desmedido, surgiendo un nuevo criterio el cual propone como medio compensatorio del da1o a favor de la v3ctima, el ofrecerle ciertos bienes o una suma econ3mica, esta forma de indemnizaci3n fue conocida como “compositio”, sin embargo en sus inicios consist3a 3nicamente en una opci3n, que de no producirse hacia efectiva la Ley del Tali3n.

En el derecho Romano se suscitaron cambios importantes y surgieron nuevos criterios sobre las indemnizaciones por da1os y perjuicios, de esta manera los jurisconsultos expandieron la acci3n compensatoria, concedi3ndole al agraviado una protecci3n jur3dica, as3 esta sea producto de un da1o no previsto por la ley, es decir se procede a la renuncia del criterio estrictamente causistico, y procede a utilizar un criterio mucho mas general.

La Ley Aquilia, estableci3 una serie de requisitos que deb3an ser cumplidos para que la acci3n indemnizatoria sea procedente, seg3n la mencionada ley estos requisitos eran:

- Que el daño causado atente al patrimonio.
- Que el daño causado fuere producto de la acción de un cuerpo, sobre otro cuerpo.
- Ausencia de derecho por parte del ofensor.
- Que el daño causado se realice contra el dueño de la cosa agraviada.

En el derecho Justiano, se produjo una aplicación más aceptable de la Ley Aquilia, ya que durante este periodo se pulieron ciertos aspectos que facilitaron su aplicación, si bien la nombrada ley afirmaba que la indemnización operaba como producto de destrucción, muerte, lesión, o por todo tipo de deterioro que atente contra la naturaleza del bien, y sea cometida por contacto directo entre la víctima y el agresor, operando una concepción materialista, sin embargo durante este periodo se llegó a aceptar nuevas tendencias, como aquellas producidas sobre bienes sin que estos hayan sufrido lesiones que los deterioren, igualmente abarcó casos en que no exista contacto directo entre las partes, ocasionando un notable progreso de la acción indemnizatoria.

De acuerdo al criterio de (García, 2005, pág. 111) con el pasar de los siglos, y con el adelanto de la sociedad principalmente en el campo humano, jurídico, social y con la aparición del dinero, la indemnización por daños y perjuicios toma una nueva forma, y se dota de nuevas características, tales como:

- El dinero pasa a tener una característica netamente compensatoria.
- Al dinero se le otorga el carácter de satisfactorio, al actuar como medio indemnizatorio en el daño moral.
- El dinero se lo concibe como multa, cuando la ley o las partes la establecen como parte del cumplimiento de una pena.

Comprendiendo que el daño moral, atenta contra derechos extrapatrimoniales, los cuales serán objeto de su correspondiente análisis en lo posterior del capítulo, se recae en una debatida y polémica interrogante, como calcular racionalmente el resarcimiento por la vulneración de este tipo de daños, alrededor de la indemnización denotan varios criterios. Algunos tratadistas sostienen que la acción indemnizatoria de daño moral, llega a constituir una indiscutible sanción con el carácter de una pena impuesta contra el agresor, otra corriente sostiene que la indemnización llega a ser considerada como un resarcimiento de naturaleza compensatoria a favor del ofendido, como consecuencia de los criterios expuestos surge una concepción mixta la cual propone fusionar las dos teorías, y en base a aquella fusión declara que la acción indemnizatoria es del tipo sanción para el sujeto activo y del tipo satisfactorio compensatorio para el ofendido.

La reparación de índole pecuniario como efecto compensatorio por daño moral, ha sido un criterio aceptable en la mayor parte del mundo, convirtiéndose casi en la única forma de reparación, pero tomándola en el sentido compensatorio como efecto del daño producido, y utilizando como medio el dinero el cual básicamente cumple las siguientes funciones, se lo concibe como medio de reparación, de compensación y como parte de una pena.

García (2005) en su obra titulada “Parte Practica Del Juicio Por la Acción De Daño Moral y Forma De Cuantificar Su Reparación” menciona el criterio del tratadista Siburu el cual afirma “que un resarcimiento completo comprende la indemnización de todo perjuicio, si se excluye el daño moral, la indemnización no sería plena”(pág. 118)

1.2 Definición de Moral y concepto de Daño.

Según Abarca (2011) el ámbito de la Moral dentro de la sociedad ha desarrollado un papel vital, ya que el mismo se encuentra presente en casi todas las actividades desarrolladas por el hombre conforme el mismo se desenvuelve dentro de una sociedad de aquí radica su trascendencia e importancia, se considera a lo Moral, como aquel conjunto de valores, de principios éticos relativos al orden social, indispensables para el correcto operar de una sociedad, por el hecho de ser consideradas imprescindibles y de obligada aceptación para que una sociedad pueda superarse y progresar colectivamente, constituyéndose en una serie de directrices a seguir para que opere una correcta convivencia.

La Moral guarda una íntima relación con los valores éticos, que el ordenamiento jurídico reconoce como los derechos individuales de las personas naturales, estos derechos individuales a su vez se constituyen en bienes jurídicos que gozan de protección legal, como son los derechos al buen nombre, a la honra, a la intimidad personal y familiar, y que en el caso de ser violentados, ocasiona un agravio, que debe ser reparado.

Guillermo Cabanellas de Torres (2000) en su diccionario jurídico sobre la moral expresa lo siguiente “como adjetivo, lo concerniente a la moral en cuanto ciencia y conducta. Espiritual, abstracto; relativo a la percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia; como la convicción o prueba moral. Perteneciente al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición a lo jurídico.”(pág.207)

El diccionario de la real academia de la lengua española define a lo moral como “perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de

vista de la bondad o malicia, que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano, ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.” (www.rae.es, 2012)

Igualmente creemos necesario definir de una manera concreta lo que se entiende por el concepto de Daño, el cual en sus inicios fue designado para hacer mención a todo menoscabo patrimonial, actualmente abarca la esfera del campo no patrimonial y consiste en todo quebranto, menoscabo u ofensa que recae sobre una persona determinada, afectando sus bienes patrimoniales o perturbando como producto de este daño a la persona en si. (Zannoni 1987)

Guillermo Cabanellas de Torres (2000) en su de diccionario jurídico se pronuncia sobre el daño el cual lo define “en sentido amplio, toda suerte de mal material o moral. Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El daño puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso” obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposos suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia” (pág. 88)

Salazar y Gonzales (1990) en su obra “El Daño Moral” acogen al jurista Karl Larenz quien define al daño en el sentido jurídico “aquél menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales naturales o sobre su patrimonio”(pág. 2)

De lo mencionado anteriormente se puede concluir básicamente en la existencia de dos tipos de daños, el primero de ellos se lo denomina como el Daño Patrimonial o Daño Material, y el segundo criterio consiste en el llamado Daño Inmaterial, Daño Extrapatrimonial o Daño Moral.

Salazar y Gonzales (1990) en su obra “El Daño Moral” adoptan el criterio de los hermanos Mazeud los cuales consideran “que para diferenciar los daños patrimoniales de los extrapatrimoniales debe mirarse la naturaleza del derecho afectado, distinguiendo dos categorías de derechos: los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales”. (pág. 11)

Ramiro García Falconi define al daño de carácter patrimonial como “aquel que recae sobre el patrimonio, sea, directamente en los bienes o propiedades que lo componen, sea indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma, en sus derechos o facultades; por ejemplo los gastos realizados para su curación de las lesiones corporales, o las ganancias que dejo de percibir” (Garcia, 1995, pág. 21)

Salazar y Gonzales (1990) acuden a la definición adoptada por Guivor el cual define al daño extrapatrimonial como “aquel que no es susceptible de ser reparado en forma adecuada, debido a que la lesión recae sobre intereses que no son avaluables pecuniariamente, a diferencia del daño patrimonial que por afectar intereses económicos es susceptible de ser indemnizado, quedando el perjudicado en la misma situación que tenía antes de producirse el evento dañoso. ” (pág. 12)

1.3 Antecedentes históricos referentes al Daño Moral.

Actualmente es considerado indispensable resarcir los prejuicios derivados por el daño moral, pero no siempre ocurrió de esta manera ya que a lo largo de la historia se ha debatido profundamente sobre la necesidad de resarcir este tipo de daños.

Abarca (2011) afirma que situándonos en el régimen de la Comunidad Primitiva, se estableció el Sistema de la Venganza Privada, mediante la cual toda ofensa que ocasionara daño a un sujeto, se considera realizada contra todo su grupo familiar, por lo que era obligación del ofendido así como de los miembros de su familia, castigar no únicamente al ofensor, sino a todo su grupo familiar.

Como se puede apreciar en este sistema la responsabilidad no se encuentra particularizada, sino que responden todos los miembros del clan familiar, cabe mencionar que esta venganza una vez producida, no tenía la característica de ser proporcional al daño ocasionado.

Rabinovich Ricardo en su obra “Historia del Derecho” (2003) expresa que en el Código de Hammurabi el cual tiene la particularidad de ser el primer cuerpo normativo registrado en la historia, se hace referencia a un tipo de compensación la cual consistía en que se restituirá por el daño o el robo ocasionado a un sujeto, hasta el valor de 30 veces la cosa materia del perjuicio, en caso de que el agresor no tenga los medios para la indemnización el mismo era condenado a muerte, y dicha compensación corría a cuenta del propio estado.

En el Derecho Indio se encuentra presente el denominado Código de Manu el cual data aproximadamente de unos 600 años antes de Cristo, esta obra normativa es caracterizada

por su regulación jurídica, religiosa y moral, el mencionado código para muchos autores es considerado como el punto de partida de regulación moral ya que goza de variedad de normas éticas, el Código de Manu detalla cuidadosamente la indemnización por daños provocados contra el honor, estableciendo penas pecuniarias, corporales o incluso la muerte.

(Ortolan, 1976) En el Antiguo Derecho Romano, la concepción de daño, en sus orígenes era netamente de índole material, es decir en la tradición romana aun no existía la concepción de un daño en materia moral, únicamente concebían la reparación del daño por una conducta ilícita que afecte el patrimonio del titular.

Sin embargo con la posterior evolución del Derecho Romano surge un antecedente vital en materia del daño moral, el cual se desprende del concepto de injuria, que era considerada como una ofensa, como una expresión de desprecio hacia los demás individuos, que provoca una frustración de índole anímico o espiritual.

En la Ley de las XII Tablas las injurias eran concebidas como todo atentado físico contra las personas como por ejemplo golpes, heridas, no se hacía la distinción de que si existía o no la intención de causar agravio, conforme se expandió el Imperio Romano llegaron cambios económicos, sociales y culturales, que trajeron consigo importantes cambios y que cambio el concepto de injuria expandiéndolo también al campo del honor, de la honra, de la propiedad privada, de la difamación, etc...

La Ley de las XII Tablas definió a la injuria como contra jus, es decir la concibió como una conducta contraria al derecho y la clasifico en dos tipos:

Injurias Graves que hacen referencia cuando ha de producirse la ruptura de miembros, fracturación de huesos, y todas aquellas lesiones que atenten contra la correcta funcionalidad del cuerpo humano, para el caso de la pérdida de algún miembro se estableció la ley del talión, existiendo una excepción para evitar dicha sanción, que consistía en un acuerdo entre las partes.

Injurias Leves consistían en golpes, heridas de pronta recuperación siempre y cuando no llegase a afectar el correcto operar del cuerpo humano, en caso de producirse existía una indemnización.

La ley Cornelia reformó y produjo un cambio en el sistema romano y con ello modificó el campo de las injurias, concediendo a las víctimas de injurias graves, decidir el castigo que a su parecer les pareciera más apropiado, pudiendo ejercer un acto, el cual conlleva el pago compensatorio en función del acto que se ha cometido, la otra opción hace referencia a un castigo corporal como lo eran las torturas. Una de las características más importante de la mencionada ley es la incorporación de nuevos aspectos, que produjeron cambios al momento de considerar una injuria como grave o leve, se incorporaron una serie de reformas como lo son el lugar de cometimiento de la infracción, la hora en que se la realizaba, y si se la cometía de manera pública y notoria.

Podemos afirmar si bien el Derecho Romano en sus nacientes épocas solo consideraba al daño como estrictamente material, con su posterior evolución, llega a reconocer la posibilidad de generarse un daño moral, principalmente ocasionado como producto de las injurias, lo cual generaba una serie de ofensas sobre los individuos.

En la Edad Media, bajo las 7 partidas, obra atribuida a Alfonso X denominado el sabio, rey español entre 1242 y 1284 después de Cristo, su reinado se vio distinguido por su obra jurídica conocida como las 7 partidas, la cual trata de manera más clara la regulación acerca de los daños y sus compensaciones, sin embargo durante este periodo la concepción de un daño moral cada vez toma mas presencia, comprendiendo ya la lesión tanto a un derecho patrimonial como a los extrapatrimoniales y su posterior regulación e indemnización pecuniaria. (Rabinovich, 2003)

A través de la Revolución Francesa, la cual genero un notable desarrollo social, político y cultural con notable trascendencia a nivel mundial, repercutió a radicar la importancia de los valores morales y espirituales, a tal punto que se los considero como ejes centrales para el desarrollo y organización de las sociedades, y en base a tal importancia se les otorgó protección constitucional.

1.4 Definición de Daño Moral.

Gil (2008) señala que siendo el ámbito de las relaciones sociales casi ilimitado, la figura del daño moral se encuentra siempre presente y por tal motivo es preciso definirla de una manera concreta, siendo ésta toda conducta del hombre, que causa agravio a una persona determinada, vulnerando uno o más derechos extrapatrimoniales de su titular, generando la obligación de reparar tal agravio, sin desconocer que en muchos casos las lesiones producidas sobre derechos extrapatrimoniales, pueden llegar a afectar el patrimonio del agraviado ocasionando un perjuicio económico.

El daño moral es inferido sobre aquellos derechos de la personalidad que se caracterizan por pertenecer mas al campo de la afección, que a una la realidad material o económica,

es decir es aquella lesión que recae sobre aquellos bienes de naturaleza no pecuniaria del individuo.

Se puede causar daño moral a una persona violentando su reputación, su prestigio, su honra, por lo tanto, se genera como consecuencia del ataque a uno o más de los derechos de naturaleza extrapatrimonial, constituyéndose en una lesión que sufre una persona en su honor, dignidad, sentimientos, ocasionados por acción culpable o dolosa de otros. (Abarca, 2011)

Cabe mencionar que el daño moral afecta la personalidad del individuo, produce un sentimiento de angustia, un pesar que se traduce en un sufrimiento psíquico que altera notablemente al individuo, por lo tanto se trata de daños que alteran patrones de muy difícil cuantificación y de una complicada valoración pecuniaria.

Zannoni en su obra “El daño en la responsabilidad civil” (1987, pág. 287) recepta lo que para Alessandri el daño moral es, el cual expresa:

El que proviene de toda clase de acción u omisión que puede 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 de los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformación, con su prestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentando a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto o violación, estupro o seducción si es mujer, con la muerte de un ser querido y en general con cualquier hecho que le procure molestia, dolor o sufrimiento físico o moral

Salazar, Gonzales (1990) cita a Ortiz Ricol quien “sostiene que toda lesión producida en los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica, constituyen un daño moral” (pág., 18)

El doctor José García Falconi, (1995, pág. 61-63) en su obra “Parte Practica del Juicio por Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su Reparación, se basa en los siguientes autores para definir el Daño Moral.”

Alfredo Orgaz dice “Cuando la acción antijurídica hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral y no patrimonial”.

Jorge Joaquín Lambias expresa “El daño moral es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece una persona que no es susceptible de apreciación económica”.

Jorge Bustamante manifiesta “Es la lesión en los sentimientos, entes que determinan dolor o sufrimiento, inquietud espiritual o agravios a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos imposibles de apreciación económica”.

1.5 Elementos Constitutivos del Daño Moral.

Para que la acción por Daño Moral sea legalmente procedente es necesaria la concurrencia de una serie de requisitos o elementos, así como la existencia previa de un sujeto pasivo y un sujeto activo, es decir un agraviado y un agresor.

Podemos afirmar que el sujeto pasivo o perjudicado es aquella persona natural o jurídica, la cual es víctima del daño producido sobre un interés jurídicamente protegido, por acción culposa o dolosa del sujeto activo.

En cambio el sujeto activo es aquella persona natural o jurídica que es el generador del daño producido contra el sujeto pasivo, es decir es el autor o artífice del acto que lesiona los derechos tutelados de la víctima u ofendido.

Para que el daño tenga efectos jurídicos indemnizables según Salazar y González (1990, pág. 24) en su obra el “El Daño Moral”, es necesaria la participación de las siguientes características:

- Que el Daño sea cierto.
- El daño debe ser de quien lo enmienda.
- El daño debe lesionar un interés jurídicamente tutelado o legítimo.

Procederemos a analizar cada uno de estos aspectos:

El daño debe ser cierto, la primera característica hace referencia a que debe existir una verdadera certeza, es decir un conocimiento seguro, real que justifique la existencia del daño, es decir se debe aplacar aquellas presunciones o meras posibilidades y eventualidades, y poseer una verdadera convicción de la presencia de un determinado daño.

El daño cierto al ser caracterizado por su notable certeza, puede ser básicamente de tres tipos diferentes, el daño presente, el daño pasado y el daño futuro, al referirnos al daño futuro lo hacemos como aquel daño no producido, pero que se caracteriza por ser previsible como prolongación de un daño pasado o actual, es decir surge como consecuencia directa de acontecimientos pasados o presentes, que repercuten en el futuro mediato.

El Doctor Javier Tamayo Jaramillo (1996, pág. 127) “distingue la necesidad de una certeza absoluta tratándose de daños pasados o presentes y una certeza relativa al daño futuro, basado en las leyes de las probabilidades, no existe absoluto convencimiento de que se produzca el hecho”.

Como segunda característica tenemos que el daño debe ser personal de quien lo demanda, lo fundamental del análisis a este requisito radica en el conocido principio el cual reza que nadie puede enriquecerse injustificadamente, ni obtener una indemnización por un daño que no ha sufrido, esta característica se vincula con la legitimidad la cual según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la define como aquella aptitud personal para poder actuar como parte activa o pasiva en un proceso, determinada por la relación en que se encuentra la persona con el objeto litigioso. (www.rae.es, 2012)

Del mencionado concepto podemos concluir que existe una legitimación activa y una legitimación pasiva enfocándonos concretamente en el caso indemnizatorio por el daño moral procederemos a examinar la legitimación activa dentro del juicio indemnizatorio, como sabemos la legitimación activa es connatural a la víctima, sin embargo esta puede ser objeto de transferencia a sus herederos en derecho y a los cesionarios del ofendido, comprendiendo que los cesionarios según el diccionario jurídico elemental de Cabanellas cesionario “es la persona a cuyo favor se hace la cesión de bienes, el traspaso de un crédito o la transmisión de cualesquiera otros derechos.” (Cabanellas, 2000, pág. 54)

Como sabemos la legitimación activa recae sobre el agraviado, es decir sobre el sujeto pasivo al ser transmisible y al poder ser predominantemente transferible es idóneo para

ser cedible a los herederos de la víctima, ya que el daño producido en muchos casos trasciende la esfera personal del ofendido, invadiendo a sus legítimos sucesores, los cuales quedan facultados para solicitar la correspondiente indemnización por los perjuicios ocasionados en su persona.

De la misma manera queda facultado para exigir la acción indemnizatoria, según el artículo 2215 del Código Civil, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.

La legitimación pasiva en el juicio indemnizatorio según palabras del doctor Efraín Torres Chaves (2011) en su libro “El Daño Moral declara que en términos generales podemos decir que la acción indemnizatoria por perjuicios en el caso de la legitimación pasiva se dirige contra todo aquel que responda por el daño”, el artículo 2214 del Código Civil afirma el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Como mencionamos anteriormente la legitimación para el caso indemnizatorio es transferible por lo tanto puede condescender a sus herederos conforme lo indica el Código Civil en su artículo 2216, que dice- Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos, de la misma manera en el caso de que existan dos o más personas que ejecuten un delito o cuasidelito ellas serán responsables solidariamente por el perjuicio ocasionado en concordancia con lo que reza el artículo 2217 del mismo

cuerpo legal que expresa si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito.

La tercera característica a analizar es la que nos indica que el daño debe lesionar un interés jurídicamente tutelado manifestando que la acción indemnizable surge como consecuencia de lesionar derechos protegidos por el sistema jurídico, es decir deben estar reconocidos de manera anticipada por la ley, sin embargo se suscitan debates para aquellos casos en los cuales surgen controversias como aquellas que nacen de situaciones que ocasionan un perjuicio, pero no se han reconocido expresamente por el sistema jurídico, el tratadista Alessandri sostiene “Que basta que el daño afecte intereses no contrarios al derecho para que sean indemnizables”(Zannoni, 1987 pág.291)

1.6 Derechos Patrimoniales y Derechos Extrapatrimoniales

Según las investigaciones (Abarca 2011; García 2005; Zannoni 1987) los Derechos Patrimoniales se caracterizan por ostentar un contenido de índole económico, puesto que los mismos otorgan una utilidad para su titular, que puede ser apreciada en dinero, es decir son susceptibles de presentar un valor pecuniario, y a través de esta característica logran contraponer a los derechos extrapatrimoniales los cuales carecen de toda valoración que se pueda traducir como económica, al suscitarse una vulneración sobre un derecho de naturaleza patrimonial este ha de ser producido, por una lesión, por un menoscabo, o por un agravio que afecte de manera directa el bien objeto de derecho, destruyéndolo o afectándolo de manera total o parcial alterando el patrimonio del sujeto titular del bien.

Como producto de dicha vulneración se puede lograr distinguir dos tipos de perjuicios pecuniarios, el primero de ellos es aquel deterioro o disminución patrimonial provocada como consecuencia inmediata del daño producido, es decir se da una suerte de empobrecimiento del contenido económico del sujeto, que sucede como consecuencia del quebranto o de la destrucción, de los diferentes bienes que pasan a integrar un patrimonio.

El segundo tipo de perjuicio es aquel producido por la privación o carencia de un enriquecimiento patrimonial, es decir es aquel en el cual el sujeto se encuentra impedido de obtener ganancias pecuniarias, dicho de otra manera sucede una privación sobre la utilidad económica que genera el bien, afectando el beneficio pecuniario recibido y por ende alterando el patrimonio de su titular.

Los derechos patrimoniales al ser susceptibles de valoración económica, se encuentran caracterizados por ser transferibles, prescriptibles y renunciables.

Analizando cada una de las características que recaen sobre los derechos patrimoniales podemos afirmar brevemente que al ser transferibles pueden ser objeto de traspaso, al ser prescriptible nos indica que puede extinguirse como consecuencia del transcurso del tiempo, al ser renunciable nos hace referencia a que este derecho puede ser objeto de dejación o desistimiento voluntario por parte de su titular, ya que su renuncia no se encuentra prohibida por la ley.

Los Derechos Extrapatrimoniales se los puede concebir (Abarca 2011; García 2005; Zannoni 1987) como aquel conjunto de bienes jurídicos que se caracterizan por ser carentes de apreciación económica, son valores de naturaleza subjetiva, que tienen como

principal peculiaridad la ausencia de valoración pecuniaria, sin embargo pese a no poder ser cuantificados económicamente poseen una gran trascendencia social, cultural y moral.

Tratadistas como Adriano de Cupis, definen al daño extrapatrimonial como “Todo daño privado que no puede comprenderse en daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial” (Torres, 1994, pág. 17)

Los derechos extrapatrimoniales juegan un papel imprescindible dentro del contexto social, a tal punto de ser considerados vitales para la organización de los hombres, ya que en la actualidad es imposible imaginar que existan sociedades que no protejan bienes jurídicos tales como la libertad, la integridad, la honra, la reputación. Estos derechos son personalísimos inherentes al ser humano por el simple hecho de serlo, no se los puede extinguir bajo ninguna causa, y se encuentra fuera de todo acto de comercio, es decir son inalienables no pueden ser enajenados e imprescriptibles ya que no se extinguen por el pasar del tiempo, igualmente no pueden ser objeto de renuncia ni transferencia.

Pérez Vargas define a los derechos personalísimos, como “aquellos valores no patrimoniales que se hacen efectivos mediante situaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas que protegen los valores esenciales de la persona, en sus diversos planos de proyección (físico, intelectual, espiritual y de relación)”

Su desarrollo y posterior evolución, obedece a una serie de patrones que son cambiantes y dependen del tipo de sociedad, ya que los derechos extrapatrimoniales son producto del desarrollo histórico social del hombre.

La transgresión producida sobre un derecho de naturaleza extrapatrimonial aqueja al individuo afectando principalmente el campo de sus sentimientos personales, produciendo un sufrimiento que resulta casi imposible de determinar, es por ello que el juzgador tiende a resarcir el daño, a través de un contenido económico que tiene un carácter de compensatorio o satisfactorio.

1.7 Bienes Jurídicos que Tutela el Daño Moral.

Los bienes jurídicamente tutelados por el daño moral, son aquellos inherentes a la naturaleza propia del ser humano, que se traduce en una especial protección a los derechos de la personalidad, comprendiendo que los derechos de la personalidad según el tratadista Santos Cifuentes (2000, pág. 13) se refiere “que son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos”.

Salazar y Gonzales (1990) en su obra “El Daño Moral” invocan al jurista Karl Larenz quien sobre el mismo tema afirma que “el bien jurídicamente protegido por los derechos de la personalidad, es genéricamente, la auto existencia de la persona, la persona no puede ser considerada únicamente como instrumento o como medio, a ello corresponde igualmente el reconocimiento de lo que caracteriza su individualidad, así como de un ámbito existencial propio de cada individuo, en el cual puede existir únicamente para sí mismo”.

En base a los criterios anteriormente expuestos podemos afirmar, que los derechos de la personalidad son atributos innatos al ser humano acorde se desenvuelve y establece

relaciones reciprocas con sus semejantes dentro de una sociedad, que se encuentran debidamente tutelados y protegidos por el sistema jurídico.

Prosiguiendo con el análisis de los bienes jurídicos protegidos por el daño moral, creemos necesario citar el artículo 2231 del Código Civil, el cual expresa lo siguiente 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. Analizando el artículo anteriormente citado podemos afirmar que los términos descritos aluden al campo de las afecciones, y que el bien jurídico protegido es la honra, el sistema jurídico concede una tutela que recae sobre estos aspectos, a fin de evitar que sean corrompidos y de esta manera garantizar el goce de los mismos.

El artículo 2231 hace referencia a imputaciones injuriosas que recaigan en la honra de una persona, concretamente la honra significa según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Estima y respeto de la dignidad propia, buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito, demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito. La honra tiene una especial relación con otro bien jurídicamente trascendente para el daño moral como lo es el honor, para el diccionario de la real academia de la lengua española consiste en una cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo, gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea.

Como sabemos tanto la honra como el honor llegan a posesionarse como uno de los aspectos más importantes para el desarrollo de todo ser humano, convirtiéndose en uno de los bienes jurídicos más apreciados por el hombre, por la razón de ser indispensables para alcanzar un buen vivir dentro de una determinada sociedad, tal motivo impulsó a que el ordenamiento jurídico garantice su defensa, a fin de evitar cualquier tipo de quebrantamiento en los mencionados aspectos.

Sin embargo como todo bien jurídico es susceptible de ser vulnerado, el ataque al honor no es la excepción, su ofensa trasciende varias facetas del ofendido e incluso aqueja a sus seres más cercanos, citando varios ejemplos de agresiones en contra del honor podemos citar las injurias, las calumnias, difamaciones, ataques dirigidos contra la privacidad, y en los últimos tiempos noticias falsas que son expandidas de manera global a través de los diferentes medios de comunicación.

Prosiguiendo con la descripción de los bienes jurídicos tutelados por el daño moral mencionaremos el artículo 2232 del Código Civil, el cual se expresa acerca de la demanda de indemnización, en su párrafo primero alude que será objeto de la acción indemnizatoria pecuniaria, quien hubiese sufrido daños meramente morales, al realizar la descripción en los mencionados términos produce que el bien jurídico a tutelar se amplíe sobre todos aquellos aspectos que puedan trastornar las afecciones del ser humano, entre las cuales procederemos a citar las que a nuestro entender constituyen las más importantes:

Estas son las creencias, los sentimientos, la vida privada, los aspectos físicos, la reputación, la desacreditación y la difamación.

CAPITULO II

2.1 El Daño y la Obligación de Repararlo.

El derecho y la justicia promulgan el correcto operar en la vida social. Su objetivo se basa en regular las relaciones humanas, concediendo a cada miembro de la sociedad, la facultad de ejercer una acción, pero al mismo tiempo impone obligaciones, a fin de velar por el correcto operar de los distintos derechos.

(Salazar & Gonzales, 1990) Establecen que cuando la conducta de cierto individuo transgrede derechos de cualquier índole, sean estos de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, se impone la obligación por parte del Ordenamiento Jurídico, de reparar dicho agravio, es decir cuando una persona ejerce un daño injustificado en contra de otra, nace el efecto sancionatorio que surge en torno a quien es autor del daño, el cual tiene por objetivo restablecer un equilibrio jurídico social, fundamentándose en el ideal de justicia.

Recasens Siches (1946), afirma que para conseguir el mencionado ideal de justicia el derecho se basa en la norma positiva, ya que considera a cada una de las normas como un intento de realización del principio de justicia, de esta manera la reparación de un daño constituye una verdadera obligación de compensación por el perjuicio que una persona ocasiona a otra de manera injustificada y antijurídica.

Según las investigaciones de (Salazar & Gonzales 1990; Zannoni 1987; García 2005) a lo largo de la historia han surgido varias posturas entorno a la reparación por el daño padecido, tradicionalmente dos criterios son los más relevantes:

2.1.1 El criterio de la reparación natural o in natura.

2.1.2 El criterio de la reparación por equivalente, o también denominada indemnización por perjuicios.

2.1.1 La Reparación natural o in natura

Este método de reparación ha sido acogido por gran parte de la legislación mundial, su fundamento se basa en que de producirse un acto que menoscabo los derechos de un individuo, se debe restablecer dicha situación dejando al perjudicado, en la misma condición que se encontraba antes de suscitarse el hecho.

Carolina Salazar Vallejo y María del Pilar Gonzalez Puyana en su obra “El Daño Moral” (1990) citan las palabras del autor Arturo Alessandri lo siguiente “la reparación natural es eficaz cuando “crea una situación materialmente correspondiente a la que existía de no producirse o suscitarse el daño”. (pág. 81)

Sin embargo dicho criterio a nuestra manera de ver, llega a ser insuficiente, en la práctica jurídica surgen problemas respecto a su aplicación, ya que el mencionado criterio es perfecto únicamente en aquellos casos correspondientes a materia patrimonial, siendo escaso para aquellos casos de índole extrapatrimonial, concretamente en el caso del daño moral resulta imposible repararlo de manera natural, ya que es inadmisibles

borrar el daño padecido a la víctima peor aún regresarlo al estado anterior, por lo cual este criterio resulta imperfecto.

2.1.2 La Reparación por Equivalente

A partir de que el Derecho reconoce aspectos relativos a la personalidad del hombre, como objetos de tutela jurídica, ya que los mismos pueden ser sujetos de numerosas lesiones o cualquier otro tipo de daño, surge un criterio el de repararlo, así no sea un bien de naturaleza patrimonial, ya que se reconoce y se ampara por parte del derecho otros bienes que no son únicamente los patrimoniales.

Si bien son aspectos netamente subjetivos, como el honor, la paz, la libertad, que por su propia naturaleza no son susceptibles de que ninguna cantidad económica los repare, ya que se sostiene que son invaluable, sin embargo ello no quita su tutela que profesa aliviar el daño padecido.

La reparación por equivalente busca crear una situación compensatoria o satisfactoria no de naturaleza económica, ya que el daño moral no es susceptible de una apreciación en dinero, ya que el monto económico no puede restablecer la equilibrio a favor del perjudicado, por ende procede para aquellos casos en que resulta imposible dejar a la víctima en la situación que se encontraba antes de producirse el acto que le ha causado perjuicio.

Centrándonos en la figura del Daño Moral, yacen aspectos controversiales referentes al mundo de las afecciones, como lo son el dolor, el daño, el pesar, la angustia, que si bien son sentimientos de un debatido análisis ya que pertenecen al campo de lo subjetivo, sin

embargo pese a su complejidad el sistema jurídico los tutela y en algunos casos los traduce en medios que son susceptibles de ser valorados económicamente, con fines compensatorios, satisfactorios, reparando de este modo el daño moral sufrido a favor de la víctima.

La reparación por equivalente no se encuentra estrictamente limitada al campo de lo económico, si bien puede ser reparada a través del dinero, que es el mecanismo más usual en la actualidad, no constituye el único modo, ya que se acepta cualquier otro medio que busque como finalidad compensar y satisfacer al agraviado.

2.1 Naturaleza jurídica del daño moral.

De acuerdo a (Zannoni 1987; Gil 2008), se expresa que conforme a la naturaleza jurídica del daño moral, se ha suscitado a lo largo de la historia, una serie de debatidas polémicas, siendo principalmente dos los criterios más relevantes:

2.2.1 Por una parte existe una posición que sostiene que la naturaleza jurídica del daño moral llega a constituirse como una verdadera pena, por lo tanto se la concibe como una sanción impuesta al ofensor del acto antijurídico, esta posición se basa en la idea de que los derechos vulnerados o violentados por la acción de daño moral son de naturaleza ideal, lo cual expresa que no son susceptibles de apreciación económica de ningún tipo, por lo tanto Eduardo Zannoni (1987) en su obra “El daño en la responsabilidad civil”, cita las palabras de Georges Ripert el cual expresa “Lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo al autor. Los daños e intereses no tienen aquí carácter resarcitorio sino únicamente ejemplar” (pág. 304).

Esta primera concepción afirma que la sanción mantiene el carácter de ejemplar del tipo punitiva, su fundamento radica en que los daños morales no pueden ser valorados económicamente, por lo tanto se expresa que la inmoralidad perduraría pese a la suma o cantidad de dinero que se entregue, por lo tanto no subsana de ninguna manera el agravio moral sufrido por el ofendido, ya que como se manifestó el daño moral para esta corriente no puede ser resarcido, ya que resulta insostenible cuantificar y otorgar un valor a los sufrimientos humanos, expresando que lo más apropiado es castigar a modo de sanción o pena al autor de dicho acto.

Lo que nos lleva a concluir que esta posición doctrinaria sustenta que la naturaleza del daño moral es del tipo sancionatorio el cual impone un castigo al artífice de la acción, ya que el resarcir en dinero los sufrimientos resulta inaceptable, por lo tanto la sanción impuesta resulta ser del tipo ejemplar, sancionatorio a modo de castigo o pena contra el sujeto activo del acto.

2.2.2 Igualmente existe otra corriente la cual en la actualidad resulta ser la mayoritaria, esta señala que la naturaleza jurídica del daño moral, al contrario de lo que sostienen el criterio anteriormente expuesto, no es del tipo sancionatorio-ejemplar, impuesto a modo de pena o castigo, sino expresa que la verdadera naturaleza del daño moral es del tipo satisfactorio-compensatorio, puesto que esta cumple únicamente una función o un rol de índole satisfactorio, fundamentando su pensar en que el fin mismo de la indemnización surgida por la acción del daño moral consiste en brindar al perjudicado una especie de satisfacción o de complacencia, que no debe ser confundida con una indemnización propiamente dicha, puesto que en estos casos lo que realmente se busca es que de alguna manera se compense la ofensa sufrida.

Si bien es cierto que en la praxis jurídica resulta sumamente difícil evaluar el dolor, las afecciones, los pesares ello no implica que no sean objeto de reparación que en muchas ocasiones tiene el carácter de pecuniario, si bien la compensación no tiende a suprimir el daño moral padecido, procura otorgar un beneficio satisfactorio, ya que no se trata de colocar un precio al dolor ni de medir las afecciones en dinero, su objetivo como ya se mencionó no es eliminar por completo el agravio ocasionado, sino otorgar un goce de satisfacción que permita de alguna manera compensar al daño sufrido.

El Dr. José García Falconi en su obra “PARTE PRACTICA DEL JUICIO POR LA ACCION DE DAÑO MORAL Y FORMA DE CUANTIFICAR SU REPARACION”, expresa en palabras de Tomassello Harta lo siguiente “El dinero que el ofensor paga a la víctima no será la representación exacta del dolor que ésta experimente, pero le servirá para compensarlo procurándole los medios de aliviarse de él, o de buscar otras ventajas o satisfacciones que le permitan disiparlo, o hacerlo de alguna manera muchos más soportable”. (2005, pág. 106)

2.3 El Daño Moral en la legislación ecuatoriana.

Conforme las investigaciones de (Barragán 2008; García 2005; Abarca 2011) en el derecho ecuatoriano desde sus orígenes se contempló la posibilidad de ejercer la reparación económica por el daño padecido, únicamente referida a la esfera del daño patrimonial, desde la difusión del Código Civil ecuatoriano, se introdujo en el mencionado cuerpo normativo la obligación indemnizatoria por la ejecución de un delito o cuasidelito que transgreda derechos que afecten claramente el patrimonio material del ofendido, ya que dicha transgresión ostentaba de la posibilidad de ser valorado

económicamente facilitando su reparación, se incluye solamente una norma dentro del Código, la cual tiene por objeto regular el perjuicio moral basado únicamente cuando se atenta contra la honra de una persona por injurias, normativa que resulta del todo pobre para tan importante tema, pues descarta otros casos de daño moral que puede padecer la víctima como por ejemplo el atentando contra sus creencias, la prisión injustificada, la difamación y el desprestigio del cual pueda ser objeto el ofendido, por lo tanto un solo artículo no puede prever todas aquellas situaciones que pueden suscitarse, ocasionando que la regulación para el daño moral sea escasa e insuficiente.

Otro desperfecto que acarreaban los primeros cuerpos normativos del Ecuador, se basaba en que no se producía distinción alguna del daño, al no producirse dicha distinción se concebía que abarcaba todo tipo de daños incluido el moral, sin embargo para el pensamiento de la época únicamente era admisible la reparación e indemnización del daño de consecuencias patrimoniales, por lo tanto la ejecución de la acción por daño moral aparecía nula de toda posibilidad, por la razón de insuficiencia normativa y la imposición de conceptos tradicionales que dominaban la época, desembocando que en la praxis jurídica se torne imposible plantear la indemnización por daños morales de naturaleza extrapatrimonial.

En el Código Civil ecuatoriano del año 1950 se expidió en torno al daño moral el artículo 2331 el cual expresa lo siguiente “las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona no dan derecho para demandar indemnizaciones pecuniarias a menos de probarse el daño emergente o lucro cesante, que puedan apreciarse en dinero. Pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria si se probase la verdad de la imputación”.

Del análisis del artículo citado, se desprende que para la correcta ejecución de la indemnización económica por daño moral, es necesario que el perjuicio repercuta directamente sobre aspectos económicos, generando daño emergente y lucro cesante, que induzca consecuencias de índole patrimonial sobre el ofendido.

Concepción errónea ya que en muchas ocasiones el daño moral afecta derechos personalísimos como son el honor, la honra o el crédito de una persona, sin que ellos necesariamente incidan en el patrimonio económico material del ofendido, motivo por el cual el mencionado artículo 2331 perteneciente al Código Civil ecuatoriano del año 1950, fue modificado expresando lo siguiente “Existe derecho para demandar indemnización pecuniaria por un perjuicio moral, sin requerirse que al mismo tiempo hubiere daño emergente o lucro cesante”, enmienda que es del todo correcta ya que los vacíos legales producidos por el artículo mencionado antes de su reforma generaban una seria limitación que entorpecía y dificultaba la reparación de daños morales.

La posterior enmienda surge en el año 1984 con la Ley N° 171 reformativa al Código Civil, la cual incorpora los siguientes cambios:

“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 psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.”

Sin duda la enmienda producida por la Ley N° 171 mejoro consideradamente la reparación por daño moral, ya que amplía el alcance de la acción indemnizatoria, contemplando prácticamente cualquier tipo de daño, que tienda a perturbar las afecciones del individuo, así las mismas llegaran afectar o no a su patrimonio económico, constituyendo un verdadero avance en torno al daño moral.

En lo posterior a la reforma producida por la Ley N° 171, se han producido una serie de modificaciones que tienden a perfeccionar y a priorizar cada vez, con mayor énfasis la debida protección y la correcta tutela por parte del ordenamiento jurídico de aquellos derechos que giran en torno a lo moral, en las últimas ediciones del Código Civil se ha mantenido prácticamente una constante sin embargo un cambio importante es aquel referente a la acción por daño moral, en el artículo 2233 que expresa lo siguiente:

“La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrá ejercitarla su representante legal, conyugue o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”.

El mencionado artículo constituye un gran progreso para el desarrollo de la concreta regulación del daño moral, ya que en sus orígenes la posibilidad para plantear la acción de titularidad de la acción por daño moral pertenecía de manera exclusiva únicamente a la víctima, posteriormente se le concedió esta facultad a su representante legal, para por ultimo otorgar dicha posibilidad de plantear esta acción a la familia del afectado.

Con la evolución jurídica y la plena aceptación de que las personas jurídicas son consideradas como sujetos de derechos, se incluye la posibilidad de que las mismas padezca daños morales, recayendo sobre su titular o representate legal la facultad para ejercer la acción por daño moral.

Todas estas reformas han conducido a que la acción por daño moral cada vez se perfeccione más, acorde a legislaciones modernas en las cuales resulta insostenible pensar que el ordenamiento jurídico no preste la debida tutela y protección para aquellos derechos de la personalidad.

2.4 Daño Moral de efectos Objetivos.

Según (Abarca 2011; Zannoni 1987) el daño moral de efectos objetivos, es aquel caracterizado por atentar de manera directa el patrimonio material del ofendido, surge como resultado de violentar uno o más de sus derechos extrapatrimoniales, llegando a afectar el patrimonio económico, como resultado de las angustias padecidas por el ofendido a consecuencia del acto dañoso.

Según el jurista *Tulio Chiossone* Villamizar (1977, pág. 295) en su obra “Temas Procesales y Penales” afirma que el daño moral de efectos objetivos “es el daño moral

con repercusión económica, como el descredito que disminuye los negocios, los disgustos que debilitan la actividad personal y aminoran la capacidad para tener riquezas, es suma los daños morales que causan una perturbación de carácter económico”.

Al afectar el patrimonio material del ofendido, denota su característica de objetivo puesto que al poseer esta cualidad permite apreciar el perjuicio económico padecido por el agraviado, es decir se puede reparar porque es tangible, aunque el daño moral suscitado no puede ser susceptible de apreciación pecuniaria, si lo son las consecuencias económicas devengadas ya que son notorias, palpables y por lo tanto pueden ser cuantificables.

El doctor Luis Humberto Abarca Galeas (2011, pág. 25) en su obra “El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo”, nos remite un ejemplo referente al daño moral objetivo el cual manifiesta:

“Un ingeniero civil se encuentra a punto de ser adjudicado una obra de construcción en la que obtendrá un honorario de cinco mil dólares líquido, pero no es adjudicado porque cierta persona lo difama calificándolo de incompetente y de irresponsable ante la persona que se encontraba a punto de contratar sus servicios, lo cual determina que no se le adjudique la obra, lo que le ocasiona perjuicio económico consistente en la pérdida de los honorarios que iba a devengar”.

Del citado ejemplo podemos colegir que el daño moral objetivo si bien afecta un derecho de naturaleza extrapatrimonial, este incide en el patrimonio material, generando como consecuencia un deterioro económico el cual es plenamente valorable de cualquier tipo de apreciación pecuniaria

2.5 Daño Moral de efectos subjetivos.

Conforme a (Abarca 2011; Zannoni 1987) el daño moral de efectos subjetivos se produce cuando la conducta antijurídica violenta derechos de naturaleza extrapatrimonial, y que como consecuencia de dicha vulneración incide indirectamente en el patrimonio material del ofendido, pero a diferencia del daño moral de efectos objetivos, la apreciación o valoración económica no se la puede cuantificar de una manera precisa, ya que no tiene el carácter de evidente o palpable, por lo que dicha reparación obedece a un carácter compensatorio.

El daño moral subjetivo puede influir indirectamente en el patrimonio del ofendido, como en aquellos casos de difamación profesional o comercial, que de alguna manera llega a producir un decrecimiento en el patrimonio económico del agraviado, sin embargo existen casos de daño moral de efectos subjetivos que no llegan a alterar el patrimonio, si no perturban las afecciones o sentimientos del perjudicado, como por ejemplo aquellos casos en los cuales se producen humillaciones, difamaciones de índole personal o familiar, produciendo una lesión de derechos que no repercute en el patrimonio, pero produce una sensación de angustia que recae sobre el individuo.

En ambos casos procede la reparación por daño moral, sea que estos afecten al patrimonio o no, ya que es deber del ordenamiento jurídico velar por la debida tutela de los distintos derechos y sancionar su transgresión cuando estos son objeto de vulneración.

2.6 El daño moral en las personas naturales.

El diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas (2000) al referirse a la persona natural lo define como “el hombre en cuanto sujeto del Derecho, con capacidad para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, y responder de sus actos dañosos o delictivos”. (pág. 242)

La persona natural es caracterizada por sus profundas afecciones espirituales y sentimentales de la cual es titular, lo cual marca la principal diferencia con la persona jurídica, la cual carece de todo tipo de afecciones espirituales o afectivas.

(Abarca, 2011) Concretamente en el caso del daño moral en las personas naturales este llega a producir una variación en la psiquis de la víctima, lo cual produce una serie de sufrimientos o tormentos que alteran el ritmo normal de vida, repercutiendo en consecuencias que tienden a provocar graves sufrimientos anímicos los cuales se traducen en dolor, angustia, aflicción, depresión, generando dolencias o padecimientos de índole espiritual o afectivo, en varios casos estas dolencias pueden trascender la esfera física quebrantando la salud del perjudicado, concretamente produciendo una alteración en la homeostasis, que según el diccionario jurídico de la lengua española es aquel “Conjunto de fenómenos de autorregulación, que conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y propiedades del medio interno de un organismo”. (www.rae.es, 2012)

Según (Barragan, 2008, pág. 77) afirma que “la homeostasis es un concepto tomado de la fisiología, y consiste en la capacidad del cuerpo de mantener su composición química, su temperatura y su estado de salud al nivel adecuado”.

Trasladando esta concepción a la esfera jurídica de la moral, la homeostasis nos permite manejar un correcto equilibrio, sirviendo como un regulador mediante el cual el ser humano llega a la paz, puesto que la homeostasis es un fenómeno que concede a la persona ser capaz de manejar las tensiones y con ello proporcionar un estado de equilibrio emocional correcto, por lo tanto la perturbación al individuo, provoca una alteración que incide en los niveles adecuados de tranquilidad, y ocasiona un estado de perturbación que afecta a la paz de cada ser humano.

(Abrevaya, 2008) La integridad y normalidad psíquica constituyen bienes amparables por el ordenamiento jurídico, cuya violación tiende a provocar la debida reparación, el daño moral transgrede o afecta sobre aquellos derechos considerados como personalísimos del individuo como lo son la paz, la tranquilidad, la honra, la libertad, el buen nombre, ocasionando un menoscabo sobre aquellos derechos, que a pesar de carecer de toda valoración económica, poseen un valor esencial y de gran trascendencia para la vida del hombre, puesto que el daño que atenta contra la moral es considerado un bien irrevocable, si bien puede ser objeto de indemnización, esta indemnización no consiste en una reparación económica puesto que valorar pecuniariamente las afecciones resulta imposible de todo calculo, lo que busca la acción indemnizatoria consiste, en proteger bienes de vital importancia como lo son la honra, las creencias, o el crédito de una persona, concluyendo podemos afirmar que cuantificar el dolor, el miedo, el espíritu, es insostenible, por lo cual la indemnización no se la ejecuta con medios compensatorios, si no se produce de modo satisfactorio, como medio de buscar una posible reparación a favor del agraviado.

2.7 El daño moral en las personas jurídicas.

Si bien en la generalidad de casos el agraviado u ofendido por daño moral resulta ser una persona natural, ello no conlleva a que una persona jurídica no puede ser objeto de un perjuicio moral.

Según el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas (2000) define a la persona jurídica como un “ente que, no siendo el hombre o persona natural (v.), es susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. A esta noción más bien negativa, o meramente diferenciadora de la otra especie de sujetos del Derecho, de los individuos humanos, cabe agregar la nota activa de integrar siempre las personas jurídicas un grupo social con cierta coherencia y finalidad, con estatuto jurídico peculiar.”(pág. 242)

Del concepto anteriormente referido podemos afirmar de manera concisa que la persona jurídica, al ser entes creados por el derecho, tienen plena capacidad y facultad para ser considerados como sujetos de derecho y por ende están plenamente capacitados para ejercer una serie de derechos y contraer del mismo modo obligaciones.

A lo largo de la evolución histórica del derecho han surgido varias posiciones doctrinarias conforme al tema, resaltando principalmente dos tendencias:

2.7.1 La primera tendencia sostiene que una persona jurídica, no es susceptible de recibir perjuicios de naturaleza moral, por la razón de que se encuentran incapacitadas de percibir afecciones de tipo sentimentales, ya que carecen de toda facultad para sentir sufrimiento, dolor, tristeza o cualquier otro tipo de trastorno.

Conforme a esta posición la doctora Carolina Salazar Vallejo en su obra el “El Daño Moral” (1990, pág. 151) cita la posición del autor Renato Scognamiglio el cual expresa “Que si bien la persona jurídica no tiene responsabilidad sicofísica que le permita experimentar dolor o cualquier otro sentimiento propio de los seres humanos, no puede pensarse que tal sujeto pueda sufrir perjuicio moral”.

Según este enfoque doctrinario la persona jurídica esta privada de toda posibilidad para sentir aflicciones o angustias sentimentales fundamentándose en que únicamente solo son susceptible de apreciar pérdidas y consecuencias netamente económicas, por lo tanto jamás éstas serán aptas para ser consideradas como sujetos susceptibles de padecer daño moral por la razón de que no son seres que gocen de una subjetividad y espiritualidad, por ello concluyen en que es inadmisibile que las personas jurídicas sufran un daño moral, motivo por lo cual no pueden ser objeto de ningún tipo de perjuicio o daño de esta índole.

2.7.2 La segunda tendencia surge en contraposición al primer criterio expuesto con anterioridad, ésta afirma que si bien la persona jurídica carece de la capacidad para sentir cierto tipo de afecciones, como la angustia, el dolor o la tristeza, es portadora de otros derechos de naturaleza extrapatrimonial como lo son el crédito, el buen nombre, el prestigio, la buena reputación.

Por ende el ataque al prestigio, a la buena reputación, al crédito de una persona jurídica ocasiona un daño o un perjuicio moral el cual debe ser reparado por el ordenamiento jurídico que tutela todo tipo de derecho extrapatrimonial

El jurista argentino Eduardo Zannoni en su obra “El Daño en la Responsabilidad Civil” (1987, pág. 448) apoya esta posición expresando lo siguiente:

“Las personas jurídicas son titulares de un derecho a un buen nombre y ellas también tienen una consideración social equivalente al honor de las personas de existencia visible por esta razón pueden sufrir un perjuicio moral y consecuentemente demandar su reparación, si bien es cierto que si se considera que el daño moral es siempre “sufrimiento” parece descabellado atribuirlo a las personas jurídicas que, por la índole de su personalidad, no experimenta detrimentos emocionales, pero como hemos afirmado el daño moral se define en razón de la actividad dañosa que afecta intereses no patrimoniales de la víctima, porque si bien la reputación, el nombre la probidad, etc., están al servicio de sus fines no siempre son estos exclusivamente patrimoniales.”

Concluyendo podemos afirmar que las personas jurídicas indudablemente pueden ser objeto de perjuicios morales ya que el descredito, la deshonra, el ataque al buen nombre, determina el deterioro de su prestigio social induciendo un daño que acarrea una serie de consecuencias, que deben ser objeto de reparo por parte del ordenamiento jurídico.

CAPITULO III

3.1 Valoración de la Prueba en el Daño Moral.

A lo largo de la historia jurídica, tradicionalmente dos sistemas han sido los más relevantes sobre la valoración de la prueba, es necesario comprender que de la valoración dada por el juez, se determinara en mayor o en menor medida el valor probatorio de las mismas, siendo de tal manera unas pruebas más convincentes que las otras.

Estos dos sistemas de valoración de prueba son:

3.1.1 Tarifa Legal:

El primero es denominado como el de tarifa legal, este sistema se encuentra caracterizado por someter al juez a un estricto y preestablecido método de apreciación de la prueba, es decir el juzgador queda subordinado a una serie de paradigmas, reglas o procedimientos establecidos de manera previa por la misma ley, en torno a la apreciación de las pruebas.

Como punto destacable a favor del mencionado sistema, es sin lugar a dudas que el mismo logra una uniformidad o igualdad respecto a la prueba o pruebas aportadas, ya que el valor probatorio de las mismas, se encuentra establecido y fijado por la ley, a manera de crítica se puede aportar que el denominado sistema de la tarifa legal resta al juzgador la facultad de hacer uso de su capacidad de discreción, así como de la capacidad para calificar según su criterio las pruebas

aportadas, ya que se le impone de manera obligatoria acatar lo dispuesto por la norma:

3.1.2 Sana Crítica:

El segundo sistema de valoración de la prueba es el conocido como el de la sana crítica, este a su vez es caracterizado por revestir al juzgador de la facultad para evaluar, apreciar y calificar según su criterio y convicción las pruebas aportadas, pero tales decisiones deberán estar debidamente motivadas acorde a principios lógicos y jurídicos.

Citando el criterio del maestro de origen uruguayo (Couture Etcheverry, 1979, pág. 478) el mismo se refiere al mencionado sistema, expresando que la esencia del mismo radica en lo siguiente “si bien el juez debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente y arbitrariamente, ya que de proceder de esta manera no sería sana crítica, ya que la misma es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesiva abstracción del orden intelectual”

Para el maestro Couture Etcheverry E los pilares fundamentales del sistema de la sana crítica son dos: las reglas de la lógica y de la experiencia profundizando brevemente cada uno de ellos podemos afirmar que la lógica en palabras de Cabanellas G (2000, pág. 193) es la “Ciencia de las leyes, modos y formas del pensamiento humano y del conocimiento científico. Evidencia. Naturalidad en los acontecimientos”.

Las reglas de la experiencia son nociones de dominio común que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, las que se aprende en forma inmediata y espontánea como verdades indiscutibles. (Salazar & Gonzales, 1990)

Según el diccionario de la real academia de la lengua española la experiencia es considerada como aquella “Práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo”. (www.rae.es, 2012)

Una vez explicados de manera concreta en que consisten los dos sistemas de valoración de la prueba, podemos afirmar que el sistema más apto para el caso preciso del daño moral es el de la sana crítica, si bien los derechos de naturaleza extrapatrimonial como se ha dicho son caracterizados por ser invalorable, sin embargo ello no impide su indemnización, siempre y cuando esta sea acorde a principios jurídicos de equidad y justicia.

Del mismo modo la legislación ecuatoriana, en el Código de Procedimiento Civil, establece en su artículo 115 lo siguiente:

“La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”

Es por ello que el sistema idóneo es el de la sana crítica ya que éste exige al juez analizar las pruebas aportadas, además de revelar fundamentadamente las razones y motivos que

le llevaron a dicha apreciación, es por ello que para la estimación del daño provocado por la vulneración o violación de derechos de naturaleza extrapatrimonial, éstos quedan sujetos al arbitrio del juzgador, pero dicha facultad no le permite al mismo decidir de manera improcedente el monto de la indemnización, ya que la misma debe estar sujeta a reglas de la lógica, experiencia y congruente a principios jurídicos.

Para corroborar lo expuesto en el párrafo anterior (Salazar & Gonzales, 1990, pág. 145) en su obra titulada el “Daño Moral”, acogen el dictamen emitido por la Corte Suprema de Justicia Colombiana la cual expresa lo siguiente:

“El carácter propiamente subjetivo del daño moral no puede estructurarse y demostrarse en el proceso en su cuantía y en sus proyecciones económicas al igual del objetivo o material. Así es imposible esperar que un padre o madre que reclaman el derecho a ser indemnizados por la muerte del hijo, acrediten la magnitud de su dolor. La aflicción en tal caso es un hecho que emana de la propia naturaleza humana y por eso su consideración se impone al juez con alcances de certidumbre. Tampoco le será posible a la persona herida en un accidente con resultado de quedar permanentemente desfigurado o mutilado en su integridad física, acreditar el grado de tortura moral a que el hecho lo va someter toda su vida, y sin embargo surge para ésta una lesión psicológica de inmensas repercusiones subjetivas por el desequilibrio espiritual que el hecho irreparablemente dañoso lleva a esa vida.”

Es por ello que al juez, es a quien le corresponde en este caso regular el valor de la indemnización, como se ha dicho antes, esta decisión no puede ser totalmente arbitraria, en ella participaran y será de gran ayuda las pruebas aportadas, como igual es

imprescindible y totalmente necesaria la presencia de los peritos y sus correspondientes análisis, ya que por medio de los mismos se puede orientar a los juzgadores en sus decisiones posteriores, los jueces no están situados en mejor posición que los peritos para fijar el monto, por ello es indispensable la ayuda de los mismos, por tal motivo lo que se pretende buscar es, otorgar una indemnización justa conforme a derecho, la misma que deberá cumplir con el ideal de justicia, para que de esta manera se logre un monto indemnizatorio que cumpla con principios jurídicos, a fin de evitar el exceso y la desproporción de la misma.

De lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Colombiana podemos denotar, que la estimación del daño moral queda sujeta al criterio del juez, pero dicho razonamiento no le permite decidir arbitrariamente montos exagerados y desproporcionados, es por ello que el sistema de la sana crítica exige mostrar la necesidad de probar la existencia del daño, sus consecuencias, características y demás aspectos que le permitan al juzgador decidir motivadamente y acorde a la ley el monto exacto, este criterio se ha expandido a la mayoría de legislaciones, la ecuatoriana no constituye la excepción, por lo tanto el juez acorde a su criterio motivado sometido a las reglas de la lógica, de la experiencia y conforme a principios de justicia y equidad, es el indicado para precisar la cuantía de la indemnización por daño moral.

3.2 La Prueba en el Daño Moral.

Como punto de partida para el correspondiente análisis de la prueba en el daño moral, es necesario explicar de manera breve y concreta en que consiste la misma, la cual según Cabanellas G (2000, pág. 264) en su diccionario jurídico la define como la

“Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Cabal refutación de una falsedad. Comprobación. Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. Razón, argumento declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo.”

De igual manera el diccionario de la real academia de la lengua española detalla a la prueba como “Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.” (www.rae.es, 2012)

Una vez puntualizada en que consiste la prueba, es necesario enfocarse de manera precisa en el daño moral, materia de este análisis, comprendiendo que el mencionado tema es uno de los más discutibles y controvertidos dentro del mundo jurídico.

Según la legislación ecuatoriana, esta impone en sus artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil lo siguiente:

Artículo 113.- “Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa.

El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

Impugnados en juicio de letra de cambio o un pagare a la orden, por vía de falsedad, la prueba de esta corresponderá a quien la hubiere alegado.”

Artículo 114.- “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega, excepto los que se presumen conforme a la ley.

Cualquiera de los litigantes puede rendir pruebas contra los hechos propuestos por su adversario.”

De lo expuesto en los artículos antes mencionados, podemos concluir que corresponde a la víctima probar la existencia del hecho que le ha perjudicado, sea este de naturaleza material o moral, por ende para cualquiera de los casos, el ofendido debe brindar u aportar con los medios necesarios, convincentes e idóneos a través de las diferentes pruebas, para que el juez proceda a formar su criterio y de acuerdo al mismo dictar la procedencia o no de la acción que es solicitada, salvo como lo manifiesta el artículo 114 en su inciso final, hay una excepción para aquellos casos u hechos que la ley presume, bajo estos supuestos la víctima no debe probarlos ya que se los supone realizados.

Como medios de prueba las partes podrán valerse de todos aquellos que señala el Código de Procedimiento Civil en su artículo 121 el cual dispone de lo siguiente:

“Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.

La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema”

Entre las pruebas que la praxis jurídica determina como las más prácticas además de concluyentes podemos señalar las siguientes:

- Prueba Documental: Para este tipo de prueba, es necesario tomar la definición dada por Cabanellas G (2000, pág. 246) en su diccionario jurídico, el cual expresa lo siguiente “Es la que se realiza por medio de documentos privados, documentos públicos, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito.”

Igualmente citamos el concepto dada por Eduardo Jauchen (1996, pág. 271) en su obra “La Prueba en Materia Penal “el cual afirma que documento es el objeto que materializa una actividad humana significativa para el proceso, pudiendo ser en la actualidad de las más diversas formas y especies”. De los conceptos nombrados podemos concluir que este tipo de prueba, es aquella que brinda al proceso un instrumento material que se caracteriza por contener a través de un documento un hecho que es de interés dentro del proceso. De igual manera nuestro Código de Procedimiento Civil en su artículo 164 define que es el instrumento público estableciendo “Es el autorizado con

solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.

Se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”.

El artículo 191 del Código de Procedimiento Civil define lo que es el instrumento privado afirmando “es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio”.

- Prueba Testimonial: Es necesario citar el concepto dado por (Pérez Fuentes, 2006, pág. 264) en su diccionario jurídico el cual expresa “Es la que se hace por medio de testigos, o sea, a través del interrogatorio y declaración verbal o escrita de personas que han presenciado los hechos litigiosos o han oído su relato a otros”. Según Zavala Baquerizo J (2004, pág. 72) en su obra titulada “Tratados de Derecho Procesal Penal” define a la prueba testimonial como “Aquellas declaraciones que rinde el ofendido, ofensor o tercero implicado ante el juez, transmitiendo una experiencia vivida, captada en un lugar y tiempo concretos”. En el mismo contexto podemos exponer que la prueba testimonial es aquel medio probatorio en virtud del cual tanto la víctima, como el agraviante e incluso terceros implicados, acuden ante el juez con el objetivo de relatar o narrar sobre los hechos materia del proceso, con el único fin de llegar a dilucidar la verdad.

- Prueba basada en las Presunciones: El doctor García Falconi J (1995) expresa lo siguiente acerca de este método probatorio indicando que “la presunción no es un medio de prueba, es una deducción lógica a la que llega mentalmente el juez, luego de que se ha conseguido probar el daño. Se trata de presunciones judiciales de hecho, a las que arriba el juez, cuando los acontecimientos son de mucha importancia, puntuales, exactos y concisos, que se encuentran en armonía y concordancia unos con otros, acreditados debidamente” (pág. 97) Cabe mencionar que la prudencia como medio probatorio será eficaz siempre que ésta cumpla básicamente con tres principios estos son: la inteligencia, la experiencia y el sentido común.

- Prueba Pericial: Otro medio probatorio que cada vez es más trascendental dentro del mundo jurídico, es aquel dictado por los peritos. El perito según el diccionario de la real academia de la lengua española es “Aquella persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa bajo juramento al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia ” (www.rae.es, 2012)

De esta manera podemos establecer que el perito es determinante para aquellos casos en los cuales, el juez necesita de expertos, que manejen ciertas áreas, para que bajo su conocimiento estos contribuyan al esclarecimiento del hecho materia del proceso.

Igualmente es preciso acotar acerca del informe emitido por los peritos para ello nos valemos del artículo 257 del Código de Procedimiento Civil el cual expresa lo siguiente:

“El informe de perito o peritos será redactado con claridad y con expresión de los fundamentos en que se apoye; y si fuere obscuro o insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez, de oficio o a petición de parte, exigirá de ellos la conveniente explicación”

A manera de conclusión podemos establecer que la prueba pericial es el medio por el cual terceras personas, que poseen conocimientos determinantes en cierta ciencia, arte o profesión, y que han sido designados conforme a la ley, dictan su opinión motivada acerca del objeto materia del proceso, con el fin de aclarar en el juzgador aspectos que el mismo desconoce, a fin de que el fallo a ser dictado sea del todo justo y conforme a derecho.

3.3 Reparación del Daño Moral.

En varias investigaciones (Barragan, 2008; Zannoni, 1987; García 2005, Torres 1994) se concluye que por principio general se debe reparar todo perjuicio ocasionado, pues para el ordenamiento jurídico resulta insostenible y por ende no se concibe la noción de que exista un derecho que no ostente su debida protección y su correcta tutela, por lo tanto el daño moral no constituye la excepción.

Para facilitar el tema a tratar es necesario explicar de manera muy breve, en qué consiste la reparación, según el diccionario jurídico de Cabanellas G (2000) la misma significa

“Arreglo de daño. Compostura. Satisfacción o desagravio por ofensa o ultraje. Indemnización. Resarcimiento.” (pág. 279)

En el mismo contexto el diccionario de la real academia de la lengua española define a la reparación de la siguiente manera “Arreglar algo que está roto o estropeado, enmendar, corregir o remediar, desagraviar, satisfacer al ofendido, remediar o precaver un daño o perjuicio” (www.rae.es, 2012)

De los conceptos anteriormente citados podemos colegir que de ambos, se desprende la necesidad de remediar o arreglar la ofensa, por lo tanto podemos afirmar que la reparación llega a constituirse un derecho, derecho que surge a favor de la víctima, como medio compensatorio por el perjuicio padecido, el cual busca enmendar o corregir el daño producido.

Es vital comprender que el daño moral, principalmente transgrede derechos de naturaleza extrapatrimonial, vinculados principalmente al campo de las afecciones, sentimientos, emociones, etc...

Entendiendo que los mencionados bienes, por su naturaleza son invaluablemente económicamente, pero ello no implica desvirtuar su tan alto valor personal y social que poseen, y que en muchas de las ocasiones los posicionan en una jerarquía superior a cualquier otro derecho de naturaleza patrimonial, por tal razón merecen una indemnización justa acorde a principios de derecho.

Conforme a lo expuesto por (Salazar & Gonzales, 1990) surge una gran interrogante, si bien el daño moral es susceptible de reparación por parte del ordenamiento jurídico, bajo que directrices ha de proceder y como es su operar para que surja una indemnización

razonable, es preciso acotar que la doctrina tradicional consideraba no viable reparar el daño moral, argumentando que la angustia, el dolor, los pesares no ostentan un precio, siendo ajenos a cualquier tipo de valoración económica, razón por la cual no se puede indemnizar lo invaluable, sin embargo con el transcurrir de los siglos y la evolución jurídica-social, la doctrina de la no reparación del daño moral fue totalmente abolida y desvirtuada por completo.

Para reputar dicha posición doctrinara el Doctor García Falconí J (2005, pág., 110) en su obra titulada “Parte Practica del Juicio por la Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su Reparación” acoge el criterio de Alfredo Orgal tratadista argentino que expresa “Resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario, a falta de otro mejor no es materializar los intereses morales, sino al contrario, espiritualizar el derecho, en cuanto éste no se limita únicamente a la protección de los bienes económicos, y rodean también de seguridad jurídica a aquellos bienes no pecuniarios que son inseparables de la persona humana”.

Si bien hoy en día rige como regla de la generalidad que se utilice el dinero como medio de reparación del daño moral, éste si bien constituye el método más utilizado no es el único medio, ya que es viable cualquier otro mecanismo siempre y cuando este sea dirigido para enmendar, corregir, subsanar el agravio padecido por parte de la víctima como por ejemplo puede ser el uso de una disculpa pública la razón se sustenta en que en muchas ocasiones el dinero no puede de ninguna manera subsanar el daño moral padecido, es por ello que la víctima se acoge a otra forma de reparación tendiente a enmendar la ofensa , es necesario tener en cuenta que dicha reparación debe sujetarse a la normativa legal para que la misma sea procedente, de acuerdo a criterios de justicia y

equidad, ya que en la praxis jurídica existe el riesgo de que se suscite una reparación que llegue a producir un enriquecimiento injusto.

En materia civil en la actualidad está del todo claro, que se debe reparar el daño moral provocado, constituyendo un notable avance jurídico, sin embargo el operar para subsanar e indemnizar el daño moral continua provocado una serie de debatidas discusiones y posiciones doctrinarias, de lo cual surgen teorías encaminadas a defender dichas presunciones, entre las cuales las más sobresalientes según (Barragan, 2008; Zannoni, 1987; García 2005, Torres 1994, Abarca, 2011;) son:

- Aquellas dirigidas a defender la reparación económica del daño moral.
- Las que sostienen lo contrario manifestando como no posible la indemnización pecuniaria del daño moral.

Todas estas teorías como sus principales características serán tratadas de manera oportuna conforme se desarrolla el presente capítulo.

3.4 Reparación económica o pecuniaria del Daño Moral.

Una de las posiciones doctrinarias que cada día gana más adeptos dentro del mundo jurídico es aquella que manifiesta como mecanismo para la reparación del daño moral utilizar como medio reparatorio el dinero, este criterio es llamado como reparación económica o pecuniaria del daño moral, el mencionado criterio actualmente es el que prima casi por completo en la legislación mundial, siendo en nuestros días el más utilizado para resarcir este tipo de daños.

La mencionada teoría de la reparación pecuniaria o económica sostiene que el dinero es el medio más apto para dicha reparación, ya que fundamentan que el mismo es un mecanismo lo suficientemente capaz de amortiguar o amenorar las penas, el dolor y el sufrimiento, tomando en cuenta que el objetivo del dinero como medio de reparación no consiste en una compensación económica ya que no busca avaluar pecuniariamente los aspectos morales, sino persigue como finalidad otorgar al ofendido una especie de satisfacción que le permita manejar y hacer más llevadera la ofensa cometida en su contra, concediéndole una suerte de tranquilidad y bienestar, generando una serie de consecuencias que le permitan restablecer y equilibrar su espíritu.

Según el criterio del Doctor García Falconí J (2005, pág. 112) en su obra titulada “Parte Practica del Juicio Por La Acción De Daño Moral Y Forma De Cuantificar Su Reparación” expresa lo siguiente “Si bien en la vida ordinaria el dinero no solamente tiene la función de proveer las necesidades materiales del hombre, sino que con el dinero también se satisfacen necesidades de índole moral, artísticas e intelectuales”

Como se ha mencionado en puntos anteriores, según (Salazar & Gonzales, 1990) en la actualidad la reparación pecuniaria o económica es el criterio adoptado con mayor aceptación a nivel mundial, para proceder a la reparación del daño moral, como resulta lógico el medio utilizado para tal propósito, es el dinero, el cual en materia civil concretamente centrándose en el tema de la reparación posee las siguientes características o funciones:

- Cumple una función de compensación.
- Cumple una función punitoria.

- Y concretamente enfocándose al daño moral cumple una función satisfactoria.

Si bien es cierto que pese a la suma económica que se entregue a favor de la víctima, el daño moral no se subsanará de manera completa, ni tampoco resulta posible restablecer la situación al estado anterior de producirse la ofensa, ya que como se mencionó la reparación pecuniaria no se ejecuta con fines compensatorios sino se la realiza con una finalidad de satisfacción ya que resulta imposible reparar mediante dinero un interés no patrimonial.

Es necesario tener en cuenta que en materia de Daño Moral según (Salazar & Gonzales, 1990, pág. 92) quienes acuden al criterio de los hermanos Mazeaud, para afirmar que “Reparar no es siempre rehacer lo que se ha destruido, casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarle satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido, ya que el verdadero carácter de la reparación es un papel satisfactorio”

Si bien el dinero juega como se estableció en párrafos anteriores un papel únicamente satisfactorio, cuando se trata de reparación por daño moral, este no va a restablecer el dolor ni los pesares padecidos por la víctima, pero puede hacerlos más llevaderos otorgando una mayor capacidad para borrarlos, concediéndole una sensación de alivio, bienestar y de cierto modo ampliando la capacidad para poder restablecer nuevamente el cauce normal de la vida para el ofendido.

Para corroborar lo expuesto anteriormente acudimos al criterio de Santo Tomas de Aquino quien expresa conforme a los remedios para aliviar el dolor lo siguiente “entre otros placeres de orden corporal el pasear, el oír buena música, el beber vino generoso, comer un buen bocado, pues todas estas cosas por una parte restablecen la normalidad

corporal, y por el otro proporcionan deleite, o al menos una distracción con que suavizar las asperezas del dolor”.

Todo lo mencionado anteriormente puede facilitar el camino para enmendar la ofensa sufrida, ya que se contribuye a través de la aplicación del criterio de la reparación pecuniaria o económica por daño moral, con medios necesarios que de cierta manera pueden aliviar los daños provocados, favoreciendo notablemente a la disipación de los mismos.

3.5 Cuantificación de la indemnización.

El progreso cultural, social, jurídico y político que sucedió en Francia, a través de la denominada Revolución Francesa suscitada en el año de 1789, género que a nivel mundial los valores éticos, espirituales y morales, sean considerados como indispensables para los estados democráticos, por tal razón en base a su importancia se los otorgó protección constitucional.

En torno a la indemnización por daño moral, en sus orígenes existió un criterio el cual tenía como eje principal, no reparar económicamente lo relativo a los valores morales, ya que se afirmaba que medir el dolor, las angustias, los sentimientos, los pesares, resulta ajeno a cualquier tipo de valoración pecuniaria o económica, dicha teoría en la actualidad ha perdido fuerza y prácticamente está se encuentra obsoleta de toda praxis jurídica.

Si bien es cierto que el daño de naturaleza patrimonial por su propia naturaleza es susceptible de estimación económica ya que pueden ser cuantificados a través del dinero, siendo esta una característica que rige para todos los bienes patrimoniales, lo

cual no sucede con los bienes de naturaleza extrapatrimonial con los cuales no resulta posible calcularlos a través de una cifra numérica expresada en dinero, por ende para calcular la indemnización por daño moral, ésta no está sujeta a tarifas ni a ningún tipo de monto preestablecido.

De tal manera que en nuestra legislación, quien posee la facultad para establecer la indemnización económica por daño moral es el juez, quien para llegar a su criterio final se debe basar en los siguientes parámetros:

- Es de vital importancia la valoración que otorgará el juez a las pruebas aportadas, como se explicó en los puntos anteriores, dicha valoración permitirá que unas pruebas sean más contundentes y convincentes que otras, ya que el juez las valora conforme a su criterio, criterio que como se mencionó con anterioridad deberá manejarse con estricto apego a preceptos sostenidos por la lógica y la experiencia, además de estar sujeta dicha decisión a normas jurídicas conforme principios de equidad, proporcionalidad y de justicia.
- La indemnización se encuentra sujeta al arbitrio por parte del juez, lo cual nos quiere decir según palabras del Doctor García Falconi (2005, pág. 115), en su obra titulada “Parte Práctica Del Juicio Por Daño Moral y Forma De Cuantificar Su Reparación ” lo siguiente“ arbitrio es la capacidad jurídica que tiene el juez para analizar y estudiar las consecuencias dañosas del hecho y fijar como indemnización una suma adecuada, proporcionada, a las angustias o impactos psicológicos sufridos por el perjudicado”.

Del mismo modo según el Diccionario Jurídico de Cabanellas G (2000, pág. 28), expresa sobre el arbitrio lo siguiente:

Facultad de resolver eligiendo entre varias decisiones posibles. Potestad, poder, autoridad para obrar. Voluntad meramente caprichosa o apasionada. Sentencia arbitral. (Arbitraje, Arbitro, Potestad.) DEL JUEZ La facultad que tiene el juez para decidir por sí los casos omitidos o no resueltos claramente por las leyes. (v. Arbitrio judicial.) JUDICIAL. La ley 10, del tít. XXVII, de la Part. II, decía que arbitrio o “albedrío quiere tanto decir como asomamiento (**comparación o estimación**) que deben los hombres haber sobre las cosas que son dudosas y no ciertas, porque cada una venga a su derecho y así como proviene”. Por tanto, el arbitrio judicial es la facultad discrecional que se concede al juez para decidir, cual si fuera legislador en los casos no resueltos por la ley o contenidos en ella de manera dudosa. Es necesario precisar que si bien el juez puede hacer uso de su capacidad de arbitrio esta no puede ser bajo ningún concepto desmedido o desproporcional, ya que su decisión final para ser jurídicamente válida debe estar revestida de principios basados en la sana crítica, esto implica congruencia entre preceptos fundados en la lógica y la experiencia.

- El juez está revestido de amplia discrecionalidad lo cual significa según el diccionario jurídico de Cabanellas G (2000, pág. 107) lo siguiente:
“Facultad intelectual o recto juicio que permite percibir y declarar la diferencia existente entre varias cosas, así como distinguir entre el bien y el mal, midiendo las consecuencias posibles de los pensamientos, dichos y acciones. El primero es el discernimiento cognoscitivo; y el segundo, el moral.”

El mencionado principio resulta de gran importancia ya que basados en el mismo, éste permite al juzgador la facultad de establecer un fallo que cumpla con condiciones de equidad, proporcionalidad y sobre todo justicia.

- Es necesario de igual manera realizar un preciso y detallado examen del daño padecido por parte de la víctima, teniendo igualmente en cuenta la personalidad del mismo, como su posición social, es importante acotar que en caso de existir varias víctimas se procede a realizar un examen particular a cada uno de los implicados. Bajo estos supuestos la participación de un perito o peritos, llega a ser determinante ya que de ellos depende en muchas ocasiones la práctica de exámenes psicológicos que determinaran y contribuirán a esclarecer la situación psicológica del o de los ofendidos.
- El juez debe actuar en base a criterios de prudencia y equidad, comprendiendo que el objetivo de dicha indemnización no radica en otorgar una suma de dinero capaz de borrar el daño padecido ya que ello resulta completamente imposible, lo que en realidad se pretende radica en otorgar al ofendido medios satisfactorios que le permitan restituir su espíritu, y con ello retomar el cauce normal de su vida y de sus actividades diarias. (García, 2005)

3.6 Reparación No Pecuniaria del Daño Moral.

Para quienes sostienen esta posición doctrinaria fundada en que no es posible una reparación económica por daño moral, reputan lo siguiente “los sentimientos ni se

compran, ni se venden, afirmando que no es posible ponerle precio alguno al dolor” (García, 2005, pág. 113).

Esta tesis manifiesta y califica como inmoral, a cualquier tipo de indemnización por daño moral, su razón se fundamenta en que no existe ni podrá existir ningún tipo de vínculo o relación entre el dolor padecido por parte de la víctima con una determinada cantidad de dinero.

Se sostiene que en caso de practicarse una indemnización para esta posición doctrinaria, esta se caracterizaría además de inmoral por ser contraria a principios del derecho civil, por el motivo de que la mencionada reparación es incongruente e incapaz de ser perfecta, por la razón de que no será posible colocar al ofendido en la misma situación en que se encontraba antes de ser producida la ofensa, por lo tanto no existe una reparación como tal, puesto que según esta tesis reparar implica hacer desaparecer el dolor, borrando por completo la ofensa padecida, lo que conlleva a que no sea admitida la reparación por perjuicio moral ya que una reparación de índole pecuniaria o económica no podrá suprimir ni extirpar de ninguna manera los trastornos morales sufridos por la víctima.

Para los defensores de esta tesis una indemnización económica provocaría únicamente el denominado enriquecimiento sin causa, el cual, Cabanellas G (2000, pág. 120) en su Diccionario Jurídico expresa lo siguiente “ENRIQUECIMIENTO. Acción o efecto de enriquecerse, de hacer fortuna o de aumentarla considerablemente. SIN CAUSA. Aumento de un patrimonio con empobrecimiento del ajeno y sin amparo en las normas legales ni en los convenios o actos privados.”

A fin de procurar evitar el denominado enriquecimiento sin causa el jurista argentino Brebbia Roberto (1967) en su obra titulada “El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño” expresa lo siguiente referente al enriquecimiento sin causa “Dentro del campo del Daño Moral, donde, como en muchas otras materias del Derecho Privado, predomina el libre arbitrio del juez, este deberá sujetar un juicio a una directiva de carácter general surgida de los principios básicos que presiden la institución del daño moral la de evitar una indemnización que constituya para la víctima un enriquecimiento sin causa”. (pág. 236)

Por lo tanto para quienes defienden esta corriente sostienen que la reparación por daño moral sería perfecta siempre que esta proceda a modo de pena, es decir imponiendo una sanción al ofensor, su razonamiento se basa en que los derechos vulnerados por el daño moral son por su propia naturaleza invaluable de cualquier intento de apreciación económica y por ende carecen de la posibilidad de ser resarcibles, por ello afirman que la reparación no podrá ser bajo ningún supuesto económica ya que con esto únicamente se degradaría los sentimientos y aflicciones humanas a un mero campo pecuniario.

Sin embargo esta tesis en la actualidad ha perdido su protagonismo quedando de a poco relevada del mundo jurídico, la razón se sustenta en el surgimiento de nuevas tendencias basadas en criterios modernos para los cuales no resulta inmoral una indemnización económica ya que no se trata de poner un equivalente monetario a los sentimientos humanos sino lo que se persigue es otorgar una especie de utilidad es decir una compensación por los perjuicios morales padecidos, cumpliendo una función netamente satisfactoria.

La reparación por daño moral, no radica en borrar el sufrimiento padecido por completo, criterio manejado por la tesis expuesta anteriormente la cual afirma que la reparación es válida únicamente cuando disipa el daño en su totalidad, si bien es cierto que ninguna cantidad de dinero podrá suprimir las angustias padecidas por la víctima, esta compensación ayudara otorgando medios conducentes a facilitar el camino para borrarlos ya que lo que se mira no es cuantificar las afecciones sentimentales, sino se busca brindar una compensación a modo de satisfacción que proporcione y contribuya a solucionar el estado de la víctima.

De adoptar la tesis de la compensación a modo de satisfacción se presenta una gran interrogante en torno a la función del juez, la cual, es cómo determinar la cantidad precisa de dinero destinada al perjudicado por daño moral, a fin de evitar excesos y desproporciones en el monto final, es por ello que el jurista Geneviève Viney expresa que para sortear la extrema subjetividad que presenta el cálculo pecuniario por indemnización del perjuicio moral, es necesario en primer lugar el establecimiento de un monto máximo, es decir colocar un límite a este tipo de resarcimientos, igualmente expresa este autor de origen francés como indispensable tarifar las indemnizaciones a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa.

CAPITULO IV

4.1 Análisis de un caso práctico referente al daño moral.

Para iniciar el correspondiente análisis relativo a un caso práctico por daño moral, es necesario empezar mencionando a quienes conforman tanto la parte actora, como la parte demanda.

Como parte actora tenemos a la Doctora Sonia Marlene Cárdenas Campoverde, quien en ese entonces ejercía la función de Jueza Tercero de lo Penal del Azuay.

De igual manera podemos mencionar que como parte demandada se encuentra presente el señor Doctor Segundo Segarra.

Como antecedente previo para la procedencia de la acción por daño moral propuesta por la Doctora Sonia Cardenas en contra del Doctor Segundo Segarra, encontramos una sentencia dictada por la Corte Superior de Justicia de la ciudad de Cuenca, de la que se colige que el hoy demandado, es decir el señor Segundo Segarra, inicio un proceso en contra de la actual actora la señora Sonia Cárdenas Campoverde por el supuesto motivo de una querrela, la cual recibe por parte de la mencionada Corte el calificativo de temeraria y calumniosa, por lo tanto la Doctora Sonia Cárdenas Campoverde queda absuelta de manera definitiva de la causa por la cual se le imputó.

Es necesario mencionar dicho antecedente, ya que del mismo se origina y provoca que la situación emocional de la Doctora Sonia Cárdenas Campoverde sufra un quebranto en

cuanto perjudica tanto su honra, como su crédito, sus sentimientos y sobre todo su calidad profesional como Jueza.

Por tal motivo la mencionada actora plantea la acción civil por daño moral.

La actora presenta la correspondiente acción judicial por Daño Moral amparada en la Ley Número 171 publicada en el Registro Oficial Número 799 de fecha 04 de julio de 1984, respaldándose en el Art. 2258, hoy Art. 2231 del Código Civil.

Creemos necesario expresar que para los casos concretos de Daño Moral el fundamento de derecho se encuentra respaldado entre los artículos 2231, 2232 y 2233 del Código Civil, es preciso tener en cuenta que la Constitución Política del Ecuador garantiza el derecho a la Honra y la Buena reputación sobre todos los ciudadanos, concretamente lo expresa así, en su artículo 66:

“Se reconoce y garantiza a las personas:

Concretamente en su numeral 18 “El derecho al honor y al buen nombre”

El artículo 2231 del Código Civil ecuatoriano describe lo siguiente “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar la indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”.

Artículo 2232 expresa “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.”

Artículo 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 derecho 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.

Es preciso indicar que la acción civil por daño moral se sustancia a través del juicio ordinario, dicho fundamento se sustenta en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil el cual sostiene lo siguiente “Toda controversia judicial, que, según la ley, no tiene procedimiento especial se ventilara en juicio ordinario”, es preciso acotar que para el procedimiento judicial por una demanda de daño moral no existe un procedimiento

especial, conforme al artículo anteriormente expuesto podemos concluir que el trámite a proseguir es bajo la vía ordinaria.

Para aclarar aún más esta aseveración, es necesario expresar que a través del juicio ordinario se declara el reconocimiento o existencia de un derecho controvertido, por ende una demanda por daño moral lo que origina es un proceso declarativo mediante el cual, el actor busca que se le otorgue el reconocimiento de que sus derechos han sido vulnerados o violentados, y por ende es preciso que se le otorgue una reparación, en este caso concreto dicha reparación es de índole pecuniaria o económica.

La actora doctora Sonia Cárdenas Campoverde plantea la cuantía en la cantidad de dos millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, dicha cantidad incluye el pago de los honorarios a su abogado defensor.

Para comprender a mayor cabalidad lo que es la cuantía citamos el concepto del Diccionario Jurídico Elemental el cual nos indica lo siguiente “Cantidad a que asciende el importe total de lo reclamado en la petición formulada en la demanda de los juicios ordinarios, excepción hecha de las costas.” (Pérez Fuentes, 2006, pág. 84)

Al momento de establecer la cuantía en la demanda es necesario tener en cuenta que dicha cantidad debe representar de manera justificada la relación existente entre los daños padecidos por la víctima y el hecho litigioso, a fin de exigir una cantidad razonada y ajustada a los hechos sucedidos, para de esta manera evitar cuantías desmedidas y desproporcionales, si bien en la praxis jurídica se suele implantar como cuantía

cantidades realizar al azar, sin tomar en consideración la analogía suscitada entre la víctima y el hecho dañoso.

Si bien el actor es el que en un principio propone la cuantía o cantidad que busca se le sea entregada como compensación por la vulneración de sus derechos, corresponde únicamente al juez establecer o señalar la fijación del monto destinado a la indemnización.

Posteriormente enfocándonos en el citado caso se procede a señalar el domicilio del demandando el señor Doctor Segundo Segarra, se señala casilla judicial para futuras notificaciones y se prosigue con la autorización del abogado defensor.

Subsiguientemente la demanda es presentada ante la Sala de Sorteos y Casilleros Judiciales de esta ciudad de Cuenca, la cual sortea la mencionada causa, estableciendo que la misma recae ante el Juzgado Sexto de lo Civil, una vez que la demanda recibe el calificativo de ser clara y completa, se cita al demandado, quien mediante escrito dirigido al juez competente responde lo siguiente: “Solicito a su autoridad se sirva, REVOCAR la providencia en la que se procede a calificar la demanda, hasta que la actora CUMPLA CON EL REGLAMENTO DE TASAS JUDICIALES, ya que la misma, no ha pagado la suma de VEINTE MIL DOLARES, que es el resultado del uno por ciento de la cuantía fijada por la millonaria actora ”.

El demandado basa su petición en Reglamento De Tasas Judiciales, publicado el 5 de Marzo del año 2002, en el registro oficial N° 527, que establece como requisito imperativo que para las demandas por daño moral, el cancelar por parte de la actora el

correspondiente al 01% de la cuantía fijada, es decir que debe cancelar la suma total de Veinte mil dólares, es de recordad que la mencionada actora por motivo de Tasas Judiciales solo realizado el pago Mil Doscientos Diecinueve dólares, motivo por el cual el señor Doctor Segundo Segarra exige que la demanda no debe ser aceptada a trámite mientras no cumpla con los requisitos señalados por el reglamento anteriormente citado.

Una vez que expone su argumento en el escrito, fija casillero judicial y señala las correspondientes autorizaciones correspondientes a sus abogados defensores.

Nuevamente el demandado señor Doctor Segundo Segarra se pronuncia mediante contestación dirigida al Juzgado Sexto de lo Civil de Cuenca, la cual como puntos más relevantes sostiene lo siguiente:

Manifiesta que “La única persona que ha sido injuriada en forma insolente y maligna es el compareciente a quien de manera insolente y maligna fue llamado a juicio plenario de manera abusiva, por la actora, acusándolo de injuriar al Juez Cuarto de lo Penal de conformidad con los Art. 231 y 225, el cual tipifica el delito de Intento de Asesinato.

Ante esta infamia como profesional de derecho y en uso de mi legítima defensa de mi honor, concurrí ante el fuero de la hoy actora y me querelle en su contra por haberme difamado y calumniado e injuriado en un acto judicial como es el auto de llamamiento a juicio plenario. Desgraciadamente el presidente de la Corte sin razón valedera se excusó y por ello pasó a conocer el señor Presidente Subrogante de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, nuevamente este funcionario se excusó.

Lo cierto es que pasaron por varias salas hasta que llego a la cuarta sala, en donde se encuentran dos enemigos personales de mi persona los que establecieron la competencia y volvió al señor Presidente Subrogante el mismo que dictó sentencia absolutoria a favor de la hoy actora”

Es entonces que después de este hecho, el demandado señor Segundo Segarra denuncia a la Actora Sonia Cárdenas Campoverde por el delito de PREVARICATO en la ciudad de Quito ante la Ministra Fiscal de la Nación, del cual no tuvo sentencia a su favor, absolviendo a la hoy Actora y además calificando esta denuncia de Temeraria y maliciosa.

Además describe que la demanda presentada por la Doctora Sonia Cárdenas Campoverde presenta una seria de anomalías y fallas legales que según a criterio del demandado son las siguientes:

- Incumple y viola el numeral segundo del Art. 67 del Código de Procedimiento Civil al no precisar su edad ni su estado civil.
- Como se menciona en párrafos anteriores se sostiene que la presente demanda no cumple con el Reglamento de Tasas Judiciales, concretamente con el pago del 0,1% del valor de la cuantía, el cual se establece por razón de demanda por daño moral.
- La actora se fundamenta para su demanda en una sentencia dictada por el señor Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca lo cual resulta inexistente al no haber sentencia dictada por la mencionada autoridad, en cuanto a la querella presentada en contra de la actora.
- Los fundamentos de derecho están planteados erróneamente en cuanto la actora invoca la Ley No. 171 publicada en el R.O. No. 799 del 04 de julio de 1984, cuando

la ley correcta debería ser la Ley No. 171 publicada en el R.O. No. 779 del 04 de julio de 1984, de manera que la justificación legal propuesta por la actora en derecho no existe, razón por lo cual la acción debería ser declarada como improcedente.

- Indica que la actora contraría principios fundamentales, al estarse “beneficiando de su propia culpa”, al ser ella quien inicia las injurias, hecho que consta por escrito, por el auto por ella firmado al llamamiento a juicio penal en su contra, constituyendo este hecho una prueba a su favor de dicho acto.

De la misma manera el demandado en su contestación propone una serie de excepciones las cuales resultan ser las siguientes:

- Falta de Derecho por cuanto la actora se pretende beneficiar de su propia culpa.
- Fundamentación errada de la demanda, alegando que el Juez está para suplir las omisiones de Derecho, más no para corregirlas.
- Inexistencia de Daño Moral sufrido por parte de la actora.
- Pluspetición.
- Improcedencia de la demanda por haber violado el Reglamento de Tasas Judiciales, así como omitir los requisitos establecidos en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil.

Frente a todas estas alegaciones del demandado en cuanto a que la demanda está contraria a Derecho, es necesario indicar que el Juez de la causa únicamente responde respecto al Reglamento de Tasas Judiciales publicado en el Registro Oficial N° 490 de fecha 9 de Enero del año 2002, en la cual el Doctor Segundo Segarra sostiene el pago del 0,1% por

motivo de cuantía entorno a la demanda de daño moral, es preciso destacar que dicho reglamento sostiene en su primera disposición general lo siguiente “Las tasas judiciales se fijaran en relación a la cuantía del servicio judicial requerido, las mismas que en ningún caso excederán del monto equivalente a diez salarios básicos unificados”, por lo tanto en lo referente a la petición del demandado esta es errónea, y por ende se puede concluir que el valor pagado por concepto de Tasa judicial por la accionante llega a ser el correcto.

Reanudando lo que se vendría dentro del mencionado proceso, destacamos lo referente a abrir la causa a prueba, en donde el juzgador procede a valorar cada una de las pruebas presentadas tanto por la actora como por el demandado, entre las más sobresalientes podemos enunciar las siguientes.

Por parte de la Actora, es decir de la doctora Sonia Cárdenas Campoverde se presentan las siguientes pruebas:

- Compulsa certificada de la sentencia emitida por la Primera sala de lo Penal en contra del Demandado.
- Certificados de honorabilidad de la actora en su cargo.
- Copia certificada de la Querrela por injurias seguida por la actora en contra del demandado.
- Fotocopia certificada de todo el proceso penal propuesto por el demandado en contra de la actora por injurias.
- Copia certificada del Auto de llamamiento al juicio en contra del demandado seguido por injurias al Juez Cuarto de lo penal, presunto autor de un ilícito tipificado.

- Auto resolutivo emitido por la Corte Superior de Justicia, en el cual se confirma íntegramente el **auto de llamamiento** a plenario que ha dictado la Actora en contra del demandado. Correspondiente al juicio penal por injurias al Dr. Neira juez Cuarto de lo Penal.
- Adjunta la sentencia emitida por el por la Corte Superior de Justicia seguido por el demandado en contra de la actora, por el delito de injurias, en donde se le absuelve a la misma de manera definitiva y se la califica de **Temeraria**.
- Adjunta la sentencia emitida por el por la Corte Superior de Justicia seguido por el demandado en contra de la actora, por el delito de injurias, declarándose la absolución del mismo, pero además la califican de manera **Maliciosa**.
- Testimonios a varias personas quienes informan sobre la excelente calidad moral y profesional de la actora, además que el proceso penal por injurias seguido en su contra le causó un grave daño y la desestabilizó psicológicamente ya que se convirtió en un grave escándalo.
- Testimonio de la secretaria del Juzgado quien informa sobre las llamadas al demandado donde se le recomendaba llegar a un acuerdo pacífico, mediante el diálogo y se retiren las acciones entre ellos propuestas.
- Confesión judicial al demandado.

De igual forma el Doctor Segundo Segarra quien es el demandado presenta las siguientes pruebas a su favor:

- Presenta varios testigos, uno es cliente del demandado, los cuales el Juez los califica de referenciales, los cuales solo abonan información en cuanto a la buena conducta y honorabilidad del demandado, y consideran que es éste quien ha sufrido

el daño junto con su familia quienes han pasado tiempos de angustia, presión y ha sido perjudicado al haber sido llamado a juicio plenario por la actora.

- Se solicita otro interrogatorio a testigos que testifican negativamente respecto de la actuación de la actora como Jueza.
- Adjunta al proceso fotocopia certificada de un documento que consiste en un planteamiento realizado por el Dr. Jaime Ordoñez, ante el Delegado de la Defensoría de Pueblo, donde plantea su queja y denuncia a la actora por una detención sin fundamento legal.
- Confesión judicial a la actora.
- Dos Peritajes realizados sobre la condición Psicológica de la actora, en donde consta que la actora tiene una condición psicológica NORMAL, y que muestra elementos de ansiedad reactiva a la conflictiva actual, pero es imposible precisar el momento en el que emergió dicha ansiedad y si fueron o no resultado de afrontar la querrela penal. Con lo cual el Juez manifiesta que no constituye este informe prueba ni en contra ni a favor del demandado por cuanto no desvirtúa las pretensiones de la actora.

El juez tomando como referencia los puntos anteriormente citados procede a dictar sentencia, expresando **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY** “Declara con lugar la demanda propuesta por la Dra. Sonia Marlene Cárdenas Campoverde, contra el Dr. Segundo Napoleón Segarra Granda, fijándose en cuatro mil quinientos dólares americanos la indemnización que deberá pagarle a la actora el demandado, con costas a cargo de la parte

demandada. Se fija en la suma de trescientos veinte dólares los honorarios al Sr. Abogado Defensor de la parte Actora”

Es decir a modo de conclusión que de la serie de pruebas presentadas por el demandado, estas no ha llegado a desvirtuar las pretensiones de la parte accionante, en especial por la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia seguido por el demandado en contra de la actora, por injurias, donde se le absuelve del mismo, declarándose además la calidad de maliciosa y temeraria de la misma, en base a los hechos expuestos la actora, si prueba que se ha llegado a sufrir un daño moral, es importante considerar el cargo y función que cumple la misma, remitiéndose a su calidad de jueza, por consiguiente declara con lugar la demanda, fijándose el monto de indemnización a pagar a la accionante en \$4.500, más \$320, por concepto de costas procesales de los cuales se descontará el porcentaje de ley para el Colegio de Abogados del Azuay.

Recurso de apelación.

Para iniciar lo referente al recurso de apelación, es preciso manifestar de una manera breve pero clara un concepto acerca del mismo, el cual según el Diccionario Jurídico de Cabanellas lo define de la siguiente manera “Recurso que la parte, cuando se considera agraviada por la resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad judicial superior; para que, con el conocimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada. Pueden apelar, por lo general, ambas partes litigantes.

El que interpone la apelación se llama apelante; y apelado se denomina al litigante vencedor, contra el cual se apela. CON EFECTO DEVOLUTIVO Y SUSPENSIVO. La apelación legítimamente interpuesta, dice Escriche, suspende la jurisdicción del juez de

primera instancia, y devuelve o transfiere la causa al juez o tribunal superior. Por eso se dice que la apelación tiene dos efectos: uno suspensivo y otro devolutivo.” (Pérez Fuentes, 2006, pág. 27)

De igual manera el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española referente al mencionado recurso de apelación expresa lo siguiente “Recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior.” (www.rae.es, 2012)

El Código de Procedimiento Civil en su artículo 323 define que es la Apelación estableciendo, “es la reclamación que alguno de los litigantes u otro interesado hace al juez o tribunal superior, para que revoque o reforme un decreto, auto o sentencia del inferior.”

El subsiguiente artículo, es decir el 324 del mismo cuerpo normativo establece el término para interponer el recurso de apelación expresando lo siguiente “La apelación se interpondrá dentro del término de tres días; y el juez sin correr traslado ni observar otra solemnidad concederá o denegará el recurso.

No se aceptara la apelación, ni ningún otro recurso, antes que empiece a decurrir el termino fijado en el inciso anterior”

El artículo 325 establece las partes que pueden interponer el recurso de apelación expresando lo siguiente “Pueden interponer el recurso de apelación las partes que han intervenidos en el juicio, y los que tengan interés inmediato y directo en el pleito”

De esta manera el Recurso de Apelación es presentado por parte del demandado el señor

Segundo Segarra, quien fundamenta su petición de la siguiente manera:

- Expresa que la parte expositiva de la sentencia se encuentra plenamente detallada, sin embargo se ha dejado de lado documentación improcedente presentada por parte de la actora. En palabras del mismo demandado, señala lo siguiente “La parte expositiva de esta sentencia, se encuentra plenamente detallada y muy inteligentemente razonada conforme a los autos. Ha desmenuzado todo este abultado proceso, dejando de lado tanta documentación improcedente y rara que presento la parte actora”.
- Segundo, se fundamenta en que la prueba testimonial presentada por la parte actora no causa daño moral a la parte actora sino al demandado por haber sido llamado a juicio plenario de forma ilegal y arbitraria, con lo que argumenta que el Daño Moral es causado a la parte demandada y no a la actora esto es incorrecto ya que si hubiera sido de esta manera la parte Demandada hubiera sido la que hubiera presentado la demanda de Daño Moral lo cual no fue así, ya que el llamarle a juicio a una persona no se lo puede considerar como daño moral.
- Tercero. Se basa en que todos los testigos presentados por la parte del Demandada son idóneos, y de un manera totalmente diferente lo son los testigos presentados por parte de la Actora ya que en su mayoría estos son amigos íntimos, compañeros de trabajo, empleados de la actora y que tienen una intimidad con la parte Actora, los cuales no serían testigos idóneos, ya que todos estos testigos son interesados en la causa y en favorecer a la parte actora, esto en una parte se o ve como cierto ya que muchos de los testigos presentados por la parte actora tienen un vínculo cercano a la misma como hace la mención la parte demanda, pero en ningún momento se le deja sin ningún valor a los testigos, ya

que se considera a los testigos una parte muy importante en la fundamentación que realiza el Juez para dictar sentencia, de tal manera que no es correcta la valoración que realiza la parte demanda.

- Cuarto, El demandado hace referencia a los informes periciales, los cuales han expresado que es imposible que la parte actora pueda sufrir daño moral por la querrela realizada, ya que esta es una profesional en el área de derecho y por ende como jueza esta se encuentra capacitada y preparada para afrontar correctamente estas situaciones, en palabras del demandado el mismo lo expresa de la siguiente manera “Su autoridad así mismo analiza el contenido del informe y su ampliación presentado por los peritos, los que en forma terminante y científica, han manifestado que es imposible determinar si la actora ha sufrido daño moral por mi querrela presentada en su contra, sabiendo inclusive que un profesional en esta materia jamás puede caer en ese estado Psicológico, pues para ellos está preparado, no digamos alguien que llega al cargo de Juez, por lo que está claro que jamás pudo haberse dado daño moral alguno ”

Luego de ser aceptado el recurso de apelación presentado ante la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca (actual Corte Provincial) por del Demandada, Señor Doctor Segundo Segarra en contra de la Doctora Sonia Cárdenas, se establece:

- Primero, que no existe omisión de solemnidades sustanciales, que pudieran incidir en la tramitación del proceso, por lo tanto se lo declara totalmente valido, es de mencionar que la parte demanda se basa diciendo que existen omisiones de solemnidades sustanciales y que por esta razón el proceso no podría ser válido. Para facilitar el entendimiento de este punto es menester precisar que significa

una solemnidad sustancial la cual quiere decir, que es aquel requisito legal considerado como indispensable para la validez jurídica de un proceso.

- Segundo, conforme a lo dispuesto por el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde a la Actora justificar los hechos que ha propuesto afirmativamente y que han sido negados por el reo, siempre es la parte actora la que le corresponde mediante la prueba justificar todos los hechos en los cuales fundamenta su demanda.
- Tercero, la valoración de la prueba tiene que ser apreciada en conjunto, partiendo de todos los hechos que constan en el proceso, para realizar la valoración de la prueba y de esta manera poder motivar la prueba, todas las pruebas tienen que ser valoradas en conjunto y nunca van a poder valoradas de una manera separada.
- Cuarto, los testigos presentados por la parte demandada establecen, que el demandado nunca incurrió en causar ningún perjuicio a la parte actora y la parte actora fue la que le causó un perjuicio al llamarlo a juicio Plenario y que las actuaciones por la parte actora son ilegales en otros procesos. Los testigos presentados por la parte actora indican que la misma pasó momentos muy difíciles y que le causaron un daño Psicológico a la misma, para poder realizar una correcta valoración de los testigos se las tiene que hacer en un conjunto, es decir que no se puede tomar a cada uno de los testigos de manera separada, de tal manera que si los testigos de la parte demandada dicen que a este fue al que se le ocasionó el Daño Moral y no a la parte Actora, entonces el caso debería ser totalmente diferente y debería ser la parte demandada la que hubiera presentado

la demanda, de diferente forma, la parte actora lo que si quiere probar es que si le ha causado Daño Moral .

- Quinto, por el daño moral causado a la actora demanda la indemnización de dos millones de dólares, visto que siempre ha presentado probidad en actuación y cumplimiento de sus obligaciones.
- Sexto, las imputaciones injuriosas contra la honra, la dignidad y el buen nombre de una persona da derecho para que se pueda reclamar indemnizaciones pecuniarias, y la parte Actora indica que ha sufrido en lo anímico, emocional y psíquico por las expresiones vertidas por parte del demandado, con las pruebas testimoniales la parte actora lo que demuestra es que si ha sufrido un daño causado por la parte demandada, esto se ha venido produciendo dentro de su trabajo como en su hogar, y que afectado enormemente su vida cotidiana, la cual si ha tenido un Daño por la parte demandada razón por la cual reclama la indemnización pecuniaria.
- Séptimo se hace varias referencias a conceptualizar que es el daño moral, citando una serie de conceptos referentes a varios autores, estableciendo que de ninguna manera la actuación de un juez puede ser cuestionada y peor aún que ésta actuación sea fundamentada en temas de índole personal, ya que los fallos siempre son apegados al derecho y la justicia.

Tomando como referencia los argumentos expuesto anteriormente, la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia del Azuay, procede a **Administrar Justicia en nombre de la República y por Autoridad de Cuenca**, y expresa lo siguiente, “confirma la sentencia elevada en

apelación, reformando el monto fijado para la indemnización a Cincuenta mil dólares y con costas en Dos mil dólares.

Recurso de Casación

Como en el caso anterior es preciso definir de la manera más clara que se entiende por el Recurso de Casación, para ello acudiremos al Diccionario Jurídico de Cabanellas que expresa lo siguiente “Acción de anular y declarar sin ningún efecto un acto o documento. La instancia excepcional, al punto de no resultar grato a los procesalistas el término, que permite recurrir contra el tribunal de apelación u otros especiales (como los amigables compondores), tan sólo en los casos estrictamente previstos en la ley, cuando se haya incurrido en el fallo contra el cual se acude en casación, bien en una infracción evidente de la ley o en la omisión de alguna formalidad esencial en el procedimiento.” (Pérez Fuentes, 2006, pág. 50)

Igualmente citamos el concepto traído por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual dice lo siguiente “El que se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos o laudos, en los cuales se suponen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna garantía esencial del procedimiento” (www.rae.es, 2012)

Es de mencionar que de acuerdo con lo que establece el artículo 2 de la Ley de Casación el recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en procesos de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado.

No procede el recurso de casación contra las sentencias o autos dictados por las Cortes Especiales de las Fuerzas Armadas y la Policía y las resoluciones de los funcionarios administrativos, mientras sean dependientes de la Función Ejecutiva

El mencionado recurso según el artículo 4 de la Ley de Casación sólo podrá interponerse por la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto. No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia ni se adhirió a la apelación de la contraparte, cuando la resolución del superior haya sido totalmente confirmatoria de aquélla. No será admisible la adhesión al recurso de casación. El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días.

Analizando en concreto el caso práctico podemos afirmar entorno que las causales se encuentran establecidas en el artículo 3 de la Ley de Casación, que expresa lo siguiente:

Ira. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la Litis.

5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.

Análisis de las causales invocadas por el casacionista.

Puntualizadas bajo que causales procede el recurso de casación, corresponde analizar las que el casacionista ha invocado:

En lo referente a la causal primera afirma que existe falta de aplicación de normas de derecho concretamente, a la falta de aplicación del artículo 2232, inciso tercero del Código Civil el cual expresa lo siguiente “La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización”.

En la causal segunda expresa que existe falta de aplicación normativa perteneciente al Código de Procedimiento Civil, refiriéndose a los artículos 862 y 879 del cuerpo normativo, los cuales expresan lo siguiente:

Art. 862.- La recusación contra los ministros de las cortes se propondrá ante sus colegas que estén hábiles; y si todos están impedidos o comprendidos en la recusación, los recusados o impedidos llamarán a los conjuces permanentes para que juzguen y resuelvan sobre las excusas o recusaciones.

Si los recusados o impedidos no son todos, los restantes conocerán y fallarán sobre el impedimento o recusación, sin necesidad de llamar conjuces permanentes.

Art. 879.- Los ministros, jueces y demás empleados de justicia que tuvieren conocimiento de que hay respecto de ellos algún motivo de recusación, lo harán presente, en el acto, al tribunal a que pertenezcan, al juez de la causa, o al que deba subrogarles, sin esperar que se les recuse.

Al establecer el casacionista que el Conjuez, que estaba inhabilitado pueda conocer de la excusa de los otros Conjuces sobre el conocimiento de la causa y su trámite, alegando lo siguiente “es incuestionable que las excusas de los Ministros Jueces inhabilitados debe hacerse ante los compañeros Ministros habilitados”, afirma que como sucedió en esta caso todos se encontraban inhabilitados, por ende lo correcto y lo legal sería llamar al Conjuez o a la Sala de Conjuces, para que la mencionada sala califique la excusa presentando por los señores Ministros Jueces inhabilitados.

La sala expone que el principio segundo se rige bajo el principio de transcendencia en cuanto establece que de la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea

interpretación de normas procesales, haya revestido al proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, es decir que se configura la causal siempre y cuando hubiera influido en la decisión de la causa, es decir no toda violación de la norma procesal, si la hubiere, produce la nulidad procesal, porque esta violación no ha influido en la decisión de la causa. Además la Sala toma en consideración el Art. 350 del Código de Procedimiento Civil, el que expresa: “Cuando la nulidad provenga de composición irregular del tribunal o de defecto en la intervención de los jueces, y la providencia afectada de tal vicio hubiere subido por recurso de apelación el superior, sin declarar la nulidad procederá a resolver sobre lo principal, confirmando, revocando o reformando la providencia recurrida.....” Por lo expuesto no se acepta el cargo por la causal segunda.

Sin embargo la correspondiente sala sí reconoce en el Recurso de Casación una violación a la norma procesal al momento de la integración de la Sala, por mal manejo de las excusas de los Ministros, ya que al estar todos los Ministros inhabilitados tendrían que llamar a los Conjueces para que estos conozcan y resuelvan la excusa, pero en este caso no se dio así. En este sentido esta actuación puede causar un desacuerdo entre la aplicación de las normas procesales y la realidad, logrando así que desde que conoció la Sala el Recurso de Apelación y se integró, existiría la nulidad de todo lo actuado por esta.

En la causal tercera se alega falta de aplicación del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, que dice lo siguiente “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.”

Respecto de la causal quinta, el casacionista expresa que la sentencia carece de motivación, aduciendo lo siguiente “Como se constata de la simple lectura del fallo recurrido, este se reduce únicamente a relatar parte de la demanda, a nada decir respecto a las excepciones deducidas, a copiar criterios doctrinarios sobre el tema de daños morales traídos al cas, sin que se diga nada sobre la pertinencia o no de su aplicación al caso que nos ocupa, a referirse someramente a la prueba testimonial aportada por mi parte para desestimarla sin expresar porque se lo hace, a referirse escuetamente a la prueba testimonial de la actora, para aceptar sin fundamento ni análisis alguno, e ignorar la única prueba idónea para estos casos consistente en la pericia Psicológica y Psiquiátrica en la accionante, la que dice que ningún daño a ha sufrido la actora a consecuencia de mi juicio y a ordenar el pago de una astronómica suma de dinero a favor de la actora...”

La Sala advierte que la sentencia impugnada, el Tribunal Ad Quem si enuncia normas y principios jurídicos sobre el daño moral que fundamentan en fallo. Por lo expuesto no se acepta el cargo por la causal quinta.

En relación a la causal tercera el casacionista no determina que normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, además la facultad de valorar la prueba es privativa de los jueces de instancia; por lo que la Sala de Casación no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal ad quem ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos.

Respecto a la causal tercera, se sostiene que existen dos violaciones, la primera de ellas obedece a la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; y,

la segunda hace referencia a la violación de normas de derecho, como consecuencia de la primera, conduciendo a la errónea aplicación de las normas de derecho en la sentencia.

Sin embargo pese a todo esto dichas objeciones no son dadas como válidas debido a que el recurrente no determina los preceptos jurídicos que sostiene como violados, tampoco nada se sostiene conforme al modo en que cometió el vicio por indebida, falta o errónea interpretación de la norma, tampoco particulariza las normas de derecho que afirma han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, como consecuencia de la perpetración de preceptos jurídicos.

Respecto de la causal primera el casacionista manifiesta que “no existe la debida y racional proporcionalidad entre la supuesta infracción y la sanción pecuniaria que se impone, afirma además que tampoco existe prudencia por parte del juez para determinar el valor de la indemnización”, además alega que en este caso ninguna mengua ha sufrido la actora en su patrimonio.

Basándonos en los fundamentos debidamente explicados anteriormente la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia procede **A ADMINISTRAR JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, no casa la sentencia dictada por la Primera Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Cuenca.

CONCLUSIONES

A manera de aspectos concluyentes referentes al proyecto de investigación presentado, referente al tema del Daño Moral, se puede llegar a establecer o dilucidar una serie de conclusiones siendo estas, las siguientes:

- Como punto de partida y como primer aspecto es necesario manifestar que la figura del Daño Moral llega a ser considerada actualmente como toda transgresión o vulneración producida o suscitada sobre aspectos sentimentales u afectivos del perjudicado, es decir es una lesión que se produce sobre los sentimientos del hombre afectando su honor, dignidad, buen nombre, privacidad, etc...

Es menester expresar que si bien hoy en día el Daño Moral puede ser considerado como se explicó en el párrafo anterior, sin embargo para llegar a esta concepción fue necesario todo un proceso evolutivo de índole jurídico, social y humanitario.

El Daño Moral ha sufrido un proceso progresivo a través del cual se ha pulido y regulado esta figura, partiendo de este hecho podemos asegurar su transcendencia y notable importancia, a tal punto de ser considerada como un eje vital para la sociedad, ya que el Daño Moral tiene por objeto regular, tutelar y reparar aspectos de relativa importancia para los individuos que conforman dicha sociedad, como lo es el campo de sus afecciones de índole sentimental, de tal manera que la mencionada figura del Daño Moral llega a ocupar un puesto trascendental dentro del mundo jurídico.

- Como sabemos es una obligación por parte del sistema jurídico brindar la debida tutela y otorgar una correcta reparación sobre aquellos derechos que han sufrido de una vulneración o de cualquier tipo de agravio, siendo este principio perfectamente aplicable a la figura del Daño Moral, sin embargo a lo largo de la historia jurídica se ha debatido como debe proceder esta reparación, surgiendo una serie de teorías, de manera concluyente podemos afirmar que el agravio sufrido sobre los sentimientos u afecciones del individuo de ninguna manera son susceptibles de ser calculadas de manera pecuniaria o económica, sin embargo es preciso manifestar que el método más usado para repararlo es a través del dinero, la razón se sostiene en que el carácter de la indemnización no obedece a un aspecto compensativo, sino se basa en un aspecto satisfactorio el cual radica en otorgar cualquier medio legitimo siempre y cuando este valla encaminado a brindar componentes necesarios para hacer más llevadero y superable el dolor u angustia padecida.
- Uno de los debates que más controversias provoca, es lo referente a como probar la existencia del Daño Moral, ya que esta figura posee una subjetividad extrema mientras tanto la normativa del Código Civil y Procedimiento Civil es todo lo contrario goza de una gran objetividad, es por ello que a manera de conclusión podemos establecer que la manera concreta de llegar a demostrar el Daño Moral radica en una serie de pruebas siendo la más relevante para estos casos la Prueba Pericial, la razón se sustenta en que los peritos poseen conocimientos

determinantes en cierta ciencia, arte o profesión, siendo vitales los exámenes y pruebas psicológicas, ya que estas pueden ayudar a determinar el deterioro sufrido por la víctima que ha padecido afecciones sentimentales, otras pruebas consideradas de gran importancia para precisar la existencia del Daño Moral, es la prueba testimonial y la prueba documental, ya que en algunos casos las mencionadas pruebas pueden aportar elementos indispensables y necesarios para llegar a determinar la existencia del Daño Moral.

- Otro aspecto no menos controvertido sobre el Daño Moral es el referente a como establecer su cuantía, sobre este aspecto se han debatido una serie de teorías siendo según mi criterio el más óptimo el denominado como el de la Sana Crítica, a través del cual el juzgador establece la cuantía guiándose en elementos de equidad, justicia y principios universales del derecho, este sistema de la sana crítica reviste al Juez de una facultad discrecionadora pero de ninguna manera arbitraria ya que la decisión que tome debe estar debidamente motivada en detalle y como se dijo anteriormente debe estar fundada en elementos tanto de justicia y derecho, es por ello que el criterio del juez debe estar basado en juicios de prudencia y equidad, comprendiendo que el objetivo de la indemnización no es compensativo de carácter patrimonial, sino es de índole satisfactorio.

RECOMENDACIONES

A manera de recomendación, según mi criterio se pueden establecer las siguientes:

- Si bien el Sistema de la Sana Crítica es aplicable en nuestra legislación, sostengo que los Jueces y Tribunales no hacen el uso correcto del mismo, ya que en muchos casos como en el Daño Moral, sus resoluciones no cumplen con la debida motivación que exige este sistema por carencia de normativa relativa a la lógica, experiencia y conocimiento que son imprescindibles para la causa y para la posterior motivación en sentencia. Es por ello que lo óptimo consiste en aplicar los criterios antes mencionados en cada sentencia además de acatar conocimientos afines e imprescindibles para formular un criterio correcto y justo.
- Según mi criterio otra recomendación radica en lo referente a la manera de indemnizar el Daño Moral, ya que existen algunas teorías que sostiene que al realizar un pago pecuniario se degenera los sentimientos humanos colocándolos a la par de ser valorados y reparados a través del dinero, criterio que no es compartido ya que si bien es cierto que los sentimientos y afecciones humanas no pueden ser bajo ninguna manera cuantificados económicamente, la indemnización que se produce por concepto de Daño Moral no es compensatoria, sino es satisfactoria otorgando medios necesarios para hacer superable la ofensa sufrida por causa del Daño Moral, por ende la pago de dinero como medio compensatorio debe ser plenamente aceptado.

- Es preciso acotar que tanto la cuantía como las sentencias que se susciten por razón de Daño Moral deben obedecer a un carácter a través del cual su ejecución pueda resultar posible y real, ya que en muchas ocasiones cumplir con la obligación de cancelar el pago se torna imposible, la razón se sustentan en que se exigen cantidades astronómicas que resultan imposible de ejecutarse, es por ello que se recomienda que las cuantías y las sentencias acerca de la figura del Daño Moral giren en torno de exigir cantidades que puedan ser canceladas, por lo tanto estas deberán ser posibles ,reales y justas.

BIBLIOGRAFIA

- www.rae.es*. (2012). Obtenido de Real Academia Español: <http://www.rae.es/rae.html>
- Abarca, L. H. (2011). *El Daño Moral y su Reparacion en el Derecho Positivo*. Quito: Judicial del Ecuador.
- Abrevaya, A. (2008). *El Daño y su Cuantificacion Judicial*. Buenos Aires: Abeldo Perrot.
- Barragan, G. R. (2008). *Elementos Del Daño Moral*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Cabanellas, G. (2000). *Diccionario Juridico Elemental*. Heliastrea S.R.L.
- Couture Etcheverry, E. (1979). *Estudio de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Edicion Depalma.
- García, J. F. (2005). *Parte Practica Del Juicio Por Accion De Daño Moral y Forma de Cuantificar Su Reparacion*. Quito: Rodin.
- Garcia, R. F. (1995). *El Juicio Por Daño Moral*.
- Ortolan, M. (1976). *Instituciones de Justiniano*. Heliasta S.R.L.
- Pérez Fuentes, G. M. (2006). *El Daño Moral en Iberoamerica*. Mexico D.F: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Rabinovich, R. D. (2003). *Recorriendo la Historia Del Derecho*. Libreria Judicial Cevallos.
- Salazar, C. V., & Gonzales, M. d. (1990). *El Daño Moral*. Bogota: Judicial.
- Zannoni, E. A. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.

