



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del Título de Abogado de
los Tribunales de la Republica**

"LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL"

AUTOR: EDWIN RAFAEL RODRÍGUEZ QUINTEROS

DIRECTOR: Dr. WILSON OLMEDO PIEDRA IGLESIAS.

**CUENCA-ECUADOR
2016**

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a Dios por guiarme a diario y permitirme cumplir esta meta en mi vida.

A mis Padres que me han brindado su amor, esfuerzo y ejemplo

A mis hermanos por el apoyo y consejo brindado diariamente

Edwin Rodríguez Q

AGRADECIMIENTOS

De manera especial a mis Padres, por su motivación y consejos brindados cada día, lo cual me ha permitido llegar a esta instancia de mi vida.

A mi asesor del trabajo de graduación Dr. Olmedo Piedra Iglesias, mi más sincero agradecimiento por su tiempo, conocimientos y ayuda brindada durante la realización del mismo.

A todas aquellas personas que me impulsaron para llegar a cumplir esta meta

INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
INTRODUCCION.....	VI
CAPITULO I.....	1
1. EL DAÑO MORAL.....	1
1.1 Definición de Daño Moral	2
1.2 Elementos constitutivos de daño moral.	3
1.3 Causas que originan daño moral.....	6
1.4 Tipos de daño moral.	15
1.5 La prueba en el daño moral	17
1.6 Daño moral en el Ecuador.....	22
CAPITULO II.....	25
2. INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL	25
2.1 Nociones generales respecto a la indemnización por daño moral.....	25
2.2 La obligación de reparar el daño moral	25
2.3 Principios rectores para establecer la indemnización por daño moral.	27
2.4 Formas de Reparar el Daño Moral.....	29
2.5 Titulares de la acción indemnizatoria por daño moral	32
2.6 Presupuestos necesarios para establecer la indemnización por daño moral.....	36
2.7 Fijación de la indemnización por daño moral.....	39
CAPITULO III.....	46
3. ANALISIS DE CASOS PRÁCTICOS	46
3.1 Caso Rafael Vicente Correa contra Antonio Alfonso Acosta Espinoza, presidente y Representante Legal del Banco de Pichincha C.A.	46
3.2 Caso seguido por Ángel y Byron Ochoa Jarro contra María de los Ángeles Guallpa Lema y Mariela Susana Peñafiel Guallpa	66
CAPITULO IV	78
CONCLUSIONES.....	78

RESUMEN

La figura del daño moral involucra la violación de derechos de la personalidad de un individuo, lo cual implica afectar la integridad del ser humano generándose consecuencias negativas que deben ser respondidas por el autor de las mismas. Por esta razón las personas que consideren estar afectadas tienen el derecho para reclamar su reparación por la vía judicial contra el autor de esta clase de daño, pero al momento de establecer la indemnización por este daño los jueces deben obedecer lo que establece el artículo 2232 del Código Civil, el cual dice que queda a prudencia del Juez el establecimiento del monto por este tipo de daño, lo cual podría generar la posibilidad para que los juzgadores impongan sumas de manera libre y no acorde a derecho.

A lo largo de este este trabajo de graduación se observara los límites que deben obedecer los jueces al determinar la indemnización por esta clase de daño y así al momento de examinar una decisión judicial saber si se ha determinado una cuantía de forma justa y apegada a derecho.


ABSTRACT

ABSTRACT

Moral damage involves the violation of rights of an individual's personality, which affects the integrity of human beings leading to negative consequences for which the author must be accountable. For this reason, people who consider to be affected, have the right to claim for compensation to the author of this kind of damage through the courts. However, judges must be guided by Article 2232 of the Civil Code when setting compensation for this damage. This leaves under the Judge decision to establish the amount for this type of damage, which could make the judges impose sums freely and not according to law. This paper will analyze the limits that judges must obey when determining compensation for this kind of damage, so that when examining a court decision, it will be possible to know whether the amount set has been fairly determined and according to the law.

Keywords: Damage, Moral, Compensation, Amount.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCION

Etimológicamente, responsabilidad viene del latín *responderé*, que quiere decir "estar obligado ". De tal manera su acepción más amplia es la de dar cuenta u ofrecer explicación por los hechos que uno ha realizado. La vida en sociedad es el presupuesto que se requiere para que el hombre sea titular de derechos y deberes, y por lo tanto pueda exigir algo de los demás y corresponder a sus exigencias. En la sociedad se aprecian manifestaciones de responsabilidad que se configuran en diferentes leyes y a veces un mismo hecho es materia de diferentes ordenamientos; la responsabilidad civil tiene diferentes fuentes: las que se originan de la voluntad expresada por los obligados en una convención y otras que ajenas a tal voluntad y extrañas al contrato; estas últimas que se han elevado en las ultimas décadas de manera acelerada.

Los cambios en el derecho de responsabilidad han ocurrido tanto en el campo contractual como extracontractual, pero más evidente es el cambio en la responsabilidad extracontractual, las causas de tales cambios ha sido las grandes transformaciones en el mundo, el progreso incesante y de la complejidad de las relaciones humanas han surgido nuevas clases de acciones judiciales para reclamar indemnización por daños. La inspiración de los nuevos conceptos éticos referentes a la persona humana ha hecho que los jueces y tribunales cumpliendo con la obligación de socorrer a las victimas permitan y acojan demandas que en el pasado hubiesen sido inimaginables, como las provenientes de daños netamente morales.

El Daño Moral ha ido evolucionando acorde al desarrollo económico, político y social de las diferentes sociedades, logrando tener su propia autonomía en el momento que el derecho reconoce que son objeto de protección del sistema jurídico aspectos tales como el Honor, la honra, el buen nombre, la intimidad.

El daño moral en la mayor parte de las legislaciones ha sido aceptado como aquel perjuicio que no es de tipo material, pero debido a la naturaleza que tiene, se puede decir que en caso de tal afección las cosas no pueden regresar al estado anterior al perjuicio como ocurre o se busca lograr en los casos de daño material. A pesar de aquello la mayor parte de las legislaciones ha aceptado que se otorgue la reparación de daño moral. Comúnmente se ha consentido que una manera de reparar al perjudicado es de forma pecuniaria, puesto que el dinero es un bien útil aceptado universalmente y cualesquier persona puede usarlo para su bienestar.

Pero esta forma de reparación no es la única existente aunque es la más común sobre todo cuando se lo exige por la vía judicial.

Desde este punto surge la problemática del daño moral respecto a la forma de cuantificarlo judicialmente, la inquietud que se genera es si los administradores de justicia al momento de calcular la cantidad dineraria están tomando sus decisiones impulsados en criterios o ciertas bases como peritajes y criterios universales de equidad que en realidad ayuden a establecer un monto proporcional que sea justo, real y acorde al derecho y de tal manera busque satisfacer a la víctima por el daño moral causado.

CAPITULO I

1. EL DAÑO MORAL.

Para hablar de Daño Moral, es necesario empezar definiendo de forma separada daño y moral, para así entender más claramente cada uno de estos términos, al respecto se ha tomado la opinión de Guillermo Cabanellas de Torres.

Daño.- En sentido amplio, es 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 culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia. (Cabanellas, 1993, pág. 89).

Moral.- Como adjetivo, lo concerniente a la moral en cuanto a ciencia y conducta. Espiritual, abstracto; relativo a la percepción o valoración del entendimiento o de la conciencia; como la convicción o prueba moral Pertenece al fuero interno o a impulsos sociales (Cabanellas, 1993, pág. 207).

La moral es un producto social resultado de la evolución natural de la humanidad, es en el seno de la sociedad donde surgen ciertas normas de vida, ciertos usos y costumbres que van ingresando dentro de los modos habituales de sentir, pensar y querer de los individuos que constituyen la sociedad, para convertirse en reglas de vida.

Pero la moral es inmutable en su esencia pero varía en su forma de sociedad a sociedad, de clase a clase social, de individuo a individuo. Las ideas morales son relativas, cambian según el orden social y las condiciones materiales de vida de cada tipo de sociedad, es decir que según la manera como está organizada la sociedad se refleja en los conceptos morales de esta.

Las normas son reflejo de las necesidades y aspiraciones del hombre, por tal razón que la moralidad no tiene sentido sobre un hombre que vive aislado, por ello que no cabe hablar de sociedad sin moral, ya que el fin de la moral es otorgar principios

que establezcan la manera en que los individuos deben actuar dentro de la vida colectiva.

La moral no es un mero sentimiento que nos impulsa con fuerza irresistible, tampoco algo agradable que nos seduce, sino al contrario es algo racional a lo que nos sometemos voluntariamente. La ley moral es un mandato, que se impone como una obligación que se debe cumplir, pero para que sea obedecida se requiere que exista una "autoridad" que decida qué acción es moral o no; esta autoridad se encuentra en nuestro interior, es la conciencia que posee el hombre que ayuda a reconocer la ley moral y comprender el bien o el mal. (Torres, 1994, págs. 18-35)

Luego analizar de forma separada estos términos se empezara hablar del Daño Moral.

1.1 Definición de Daño Moral

Daño moral, para Guillermo Cabanellas, "es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos y sentimientos, por la acción dolosa o culpable de otra persona".

Jorge Mosset expresa que "el daño moral es el ataque a bienes esenciales de la personalidad, y como consecuencia de este ataque se da la alteración al equilibrio espiritual de quien sufre este daño; la alteración al equilibrio emocional o espiritual de una persona se conoce en el campo de la psicología, como alteración de la homeostasis".

La *homeostasis* es aquella situación de equilibrio y preservación de nuestro ser; aquel hecho que llegase a alterar la homeostasis provoca una alteración traumática brusca y como consecuencia de aquello la victima siente afectado su equilibrio y paz, llegando con tal alteración a perturbar el ritmo normal de vida del damnificado provocando que la persona ya no esté en la situación emocional que antes se encontraba. De tal manera podemos observar que Jorge Mosset Iturraspe nos hace dar cuenta que las personas viven en un estado de equilibrio espiritual- de homeostasis- que se llega a modificar por un obrar ajeno, esto produce alteraciones del ánimo normal, lo cual debe ser resarcido. (Barragan, 2008, págs. 99-107)

Zannoni en su obra "El daño en la responsabilidad civil" (1987, pág. 287) expresa que el daño moral- o agravio moral- es toda lesión o menoscabo de los intereses no patrimoniales provocado sea por un hecho o un acto antijurídico.

Tomando este concepto podemos apreciar que la noción de daño moral se desarrolla en base a los siguientes presupuestos: La naturaleza del interés que se lesiona, y la característica de extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

De lo expuesto no podemos creer de manera simplista, que el daño moral es un menoscabo que se agota solo en la afección a derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es únicamente el menoscabo de bienes materiales. Pues hay casos en los que al afectar derechos extrapatrimoniales como la vida, salud, esta lesión provoca también un daño patrimonial, por ejemplo un daño en la salud, gastos para la curación, incapacidad para el trabajo.

La distinción entre daño patrimonial y no patrimonial o moral se basa en el interés que se tenga en determinado derecho lesionado y no en el carácter del derecho lesionado.

De lo anotado se puede decir que el daño moral y el daño patrimonial pueden coexistir sobre un determinado derecho afectado, así por ejemplo las lesiones que sufra la víctima de un accidente obliga que el responsable asuma la reparación del daño patrimonial que esas lesiones provoquen, pero también a resarcir por el daño extrapatrimonial o moral que conlleva el ataque a la integridad corporal. (Zannoni, 1987, págs. 287-289).

1.2 Elementos constitutivos de daño moral.

La Institución de la responsabilidad civil se concreta mediante una relación jurídica obligatoria que existe entre el autor del daño y el perjudicado. El responsable o sujeto pasivo de la acción debe reparar los resultados que cause su daño a la víctima-sujeto activo de la relación jurídica obligatoria.

Así para el derecho privado el perjudicado es aquel que sufre un daño en un interés jurídicamente tutelado, cuando hay un daño en sentido jurídico, el derecho le faculta al titular para perseguir el restablecimiento de la situación que ha sido turbada por el daño.

Sin embargo, la determinación del sujeto activo y del sujeto pasivo no es tan fácil de lograr. Con respecto al sujeto activo el problema se presenta cuando existe un concurso de intereses privados sobre un mismo bien y no podemos establecer cuál

de estos derechos esta tutelado directamente y cual en forma refleja. Con respecto al sujeto pasivo la sanción debe dirigirse contra el autor del daño o contra otra persona diferente de aquel, pero que acorde a la ley está llamado a responder. Entonces como podemos apreciar surgen problemas respecto a la legitimación activa y pasiva sobre el caso específico de reparación que se esté exigiendo.

El problema de la legitimación se torna más difícil tratándose del daño extrapatrimonial, ya que la naturaleza personalísima de esta clase de daño requiere que se lo imponga en base a un criterio que permita establecer quienes están legitimados para actuar y así evitar excesos.

Entonces podemos concluir que para demandar el daño moral, se debe tomar como punto de referencia siempre el derecho hipotéticamente agredido que permite individualizar al sujeto pasivo y un sujeto activo respecto de este tipo de daño, es decir una víctima y un agresor.

Podemos afirmar entonces que uno de los elementos para constituir el daño moral, es el sujeto pasivo o perjudicado por daño moral que puede ser una persona natural o jurídica, y que como consecuencia del daño esta persona se vuelve víctima del derecho jurídicamente protegido, tanto por el actuar culposo o doloso del sujeto considerado activo.

Otro de los elementos para constituir el daño moral es el sujeto activo, que puede ser una persona natural o jurídica, este sujeto es el generador del daño que se produjo a la víctima o sujeto pasivo, es decir esta persona es el autor del acto que llevo a lesionar el derecho jurídicamente protegido de la víctima. (Salazar-Gonzalez, 1990, págs. 112-115).

Pero para que el daño moral sea indemnizable, además de tener los elementos expuestos anteriormente, se necesita las siguientes características:

- a) Que el daño sea Cierto.
- b) Que el daño debe sea personal de quien lo demanda
- c) Que el daño lesione un interés jurídicamente tutelado o legítimo.

A continuación procederemos a analizar cada uno de estas características.

- a) Que el daño sea cierto.- Esta característica va en contra de aquel daño que ocurre de forma eventual cuya existencia depende de simples posibilidades. La certeza del daño es aquel conocimiento seguro y claro referente al daño, así el daño cierto puede ser presente, pasado o futuro y como tal reparable,

respecto al daño futuro debe existir el convencimiento de que acorde al curso normal de los acontecimientos seguramente se producirá ya que existe una estimación inmediata de aquello que va ocurrir.

La certidumbre del daño nunca debe confundirse con la certidumbre de su cuantía, pues es necesario que exista primero la certidumbre para en base a esto poder establecer una responsabilidad civil.

Se entiende entonces que la certidumbre es aquella evidencia que mira el juez respecto a la acción lesiva del agente que ha generado o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

- b) Que el daño sea personal de quien lo demanda.- Esta característica es más un principio indemnizatorio, se refiere a la persona que tiene la potestad o está legitimada para reclamar una indemnización.

El derecho a reclamar una indemnización por este tipo de daño en principio lo puede hacer solo la víctima o sus herederos, sin perjuicio de que la pretensión por tener el carácter de ser patrimonial se transmita a terceras personas.

Pero la necesidad de requerir que el daño sea personal del que lo demanda tiene su causa en el principio de que nadie puede enriquecerse injustamente, ni obtener una indemnización por un daño que no ha sufrido.

- c) Que el daño lesione un interés jurídicamente tutelado.- Tradicionalmente se ha exigido como requisito necesario para indemnizar el daño que se lesione un interés jurídicamente protegido por la ley, pero el problema surge en ciertas circunstancias en las que si bien la afcción se ha dado sobre bienes que no son contrarios al derecho, pero sin embargo los mismos no han sido reconocidos por el derecho, al darse esta situación la doctrina ha llegado a sostener que basta que el daño afecte a bienes que no son contrarios a derecho para poder pedir indemnizaciones. La doctrina se basa en la amplia facultad que da el derecho privado de actuar a los particulares, al permitir realizar todo aquello que no esté expresamente prohibido, siempre y cuando no se afecte el interés ajeno, de tal forma podemos afirmar entonces que solo la lesión a derechos o intereses expresamente tutelados es susceptible de una reparación.

Tal posición es acertada, ya que lo que verdaderamente importa es la lesión a un interés que no está reprobado por el ordenamiento jurídico, sin importar

que este derecho sea o no una subjetividad de su titular, es decir algo que a uno le puede importar y a otro no pero que no está fuera de la esfera del orden jurídico. (Salazar-Gonzalez, 1990, págs. 4-9)

1.3 Causas que originan daño moral.

Por la naturaleza que tiene el daño moral no se puede determinar de manera uniforme las causas que generan daño moral, ya que existen diferentes circunstancias por las que una persona puede considerar que es víctima de este tipo de daño, pero en nuestro Código Civil en los artículos 2232 y 2234 determina las diferentes causas que generan este tipo de daño:

- a) Cuando se mancha la reputación ajena mediante cualesquier tipo de difamación.
- b) Cuando se causen lesiones
- c) Cuando se cometa violación, estupro, atentado contra el pudor
- d) Cuando se cometan detenciones o arrestos ilegal o arbitraria, o procesamientos injustificados.
- e) Daño moral por la pérdida de la vida de una persona
- f) Cuando se genere: sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones, u otras ofensas semejantes.

Para poder entender más claramente estas circunstancias que se requiere para que proceda el daño moral, es necesario realizar un breve análisis de cada circunstancia en particular (Falconí, 2005, pág. 13).

a) Manchar la reputación ajena mediante cualesquier forma de difamación.

La difamación consiste en la propagación de engaños que exponen a una persona al desprecio y odio público de acuerdo a lo que señala el Dr. Aníbal Guzmán Lara en el " Diccionario de Derecho Penal y Criminología ".

La difamación es más característico en ciertos pueblos donde la honra es parte de su existencia. Por eso con el avance de las costumbres de los pueblos se empezaron a juzgar a los difamadores y calumniadores, ya que el hombre sufre o goza según el concepto que tengan sus semejantes de él.

En el convivir social diario se presentan frecuentemente diversos hechos que atentan a la reputación ajena que afectan al honor, el buen nombre y el crédito de una persona, todo esto unido al avance tecnológico de los medios de

comunicación hace que estos hechos tengan consecuencias jurídicas sobre la persona afectada, por lo tanto la ley protege a la víctima y sanciona al agresor.

Con la aparición del honor en la humanidad ha sido un aspecto importante de cuidar y cultivar en todos los tiempos, ya que se ha constituido en una de las características de las sociedades civilizadas, llegando al punto de ser glorificado por los literarios de las épocas.

De tal manera observamos que el honor es un derecho inherente a la persona, es uno de sus derechos naturales, por lo que tiene un valor jurídico resultante de la esencia misma del ser humano. La ley ha cuidado de este bien, llamado honor, y ha establecido que no puede ser agredido por ningún motivo, ya que de ser atropellado corresponde al juez sancionar y conceder la reparación necesaria.

Pero para fijar la indemnización por daño moral por difamación o afección al honor, el juez deberá tomar en cuenta la personalidad del actor, la clase de injuria, las circunstancias en que fueron proferidas y considerar además la personalidad del que injurio. (Falconí, 2005, págs. 13-17)

b) Cuando se causen lesiones

Es la segunda circunstancia que otorga la posibilidad para demandar la reparación pecuniaria en el Código Civil, fuera de lo que nos establezca el ámbito penal.

El Dr. Gil Barragán nos dice que Lesión es todo aquel daño en el cuerpo o la salud, que afecta a la integridad de una persona. Una lesión causa irrespeto a la integridad tanto en lo moral como en lo físico, la lesión puede consistir en contusiones, fracturas, heridas, mutilación, excoriaciones, equimosis, desgarradura, fractura interna o externa, entre otras alteraciones a la salud o al cuerpo.

Una bofetada o un golpe con el puño perpetrado a la vista de algunas personas, que ha causado a la víctima una simple hinchazón puede provocar sufrimientos y angustia en el sujeto, como por ejemplo vergüenza, ya que el dolor físico es poco importante frente al dolor moral.

Las lesiones pueden causar daños patrimoniales cuando afecten la capacidad laboral o daños morales respecto sufrimientos físicos y psíquicos que deben ser reparados.

Jorge Morret Itrurraje, menciona que las lesiones producen daño moral cuando causa molestias en la seguridad personal de la víctima o en el goce de sus bienes, pero también cuando hay padecimientos que se ha debido soportar sean físicos o espirituales

En materia penal nuestra ley tipifica las lesiones según el tiempo que dure la curación o las incapacidades que cause, tratando al ser humano como una máquina de trabajo. Pero en el ámbito civil es diferente, pues en este a más de la caución se aprecia las secuelas derivadas de las lesiones, por ejemplo en el caso de un daño estético, en el ámbito civil lo que se toma en cuenta es lo perjudicial del efecto de la lesión, que puede ser irreversible y permanente y no el tiempo que dure el tratamiento.

El juez para determinar el monto de la indemnización por lesiones, debe analizar la gravedad de las lesiones, la ocupación que ha tenido el accionante, el tiempo de incapacidad producto de la lesión y finalmente el gasto médico. (Falconí, 2005, págs. 20-23)

c) Cuando se cometa Violación, Estupro o atentado Contra el Pudor.

- **Violación.-** La acuerdo a la Enciclopedia Jurídica OMEBA, *“Es el acceso carnal con una mujer contra o sin su voluntad, cuando para lograr su propósito el culpable, usa la fuerza o intimidación, o cuando la víctima no hubiera alcanzado la edad de la pubertad”.*

Por su parte el Código Integral Penal Ecuatoriano en su artículo 171 dice: *“Violación es el acceso carnal, con la introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal de objetos, dedos, u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo”*

Por lo tanto para que exista violación es necesario el acceso carnal total a parcial, de tal forma no quedaría tipificado dentro de este delito los actos preparatorios y acciones violentas que ocurran con el fin de obtener el acceso carnal, que finalmente no se dio.

Los efectos de violación sexual son la afeción física y la espiritual pues no se puede suponer que esta última no se produzca, pues es una forma de ofender la honestidad y reserva sexual que es un derecho que tiene todo individuo; la violación sexual afecta a un ser humano ya que es un daño

que crea un trauma que es muy difícil de superar y que de no hacerlo vivirá con ello toda su vida, puesto que afecta a su subconsciente y personalidad.

El sujeto activo en este tipo de delito por lo general es el hombre ya que por la conformación de sus miembros genitales es capaz de tener actividad viril y la víctima o sujeto pasivo por su parte puede ser hombre o mujer.

El bien jurídico protegido es la libertad sexual o derecho para elegir cuando y con quien tener relaciones sexuales, entonces cuando llega a violentarse la libertad sexual se tiene derecho a proponer una acción por daño moral para reclamar una indemnización.

El mejor medio de prueba que tiene el juez para establecer un monto indemnizatorio es realizar exámenes psiquiátricos y médicos teniendo presente la edad de la víctima, pero por su puesto la indemnización pecuniaria nunca será suficiente para resarcir por completo las ofensas, ni el daño físico y moral sufrido por este tipo de delito.

- **Estupro.-** Nuestro Código Orgánico Integral Penal en su Artículo 167 regula lo relativo al estupro y al respecto expresa:

“La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Como podemos apreciar en este delito el sujeto activo puede ser cualesquier persona mayor de edad, pero el sujeto pasivo o víctimas de este delito debe tener la edad comprendida entre los catorce años y ser menor de dieciocho años, sin importar su sexo, puesto que ahora ya no se habla de la honestidad ni del sexo, sino simplemente de la persona y su edad tal como podemos apreciar en dicha disposición mencionada.

Entonces de acuerdo con el código Orgánico Integral Penal podemos decir que los elementos que integran este delito son la copula y el engaño. La copula en el delito de estupro es la esencia misma del ilícito pues se requiere que exista la penetración del miembro viril del hombre.

Por lo tanto lo que caracteriza al estupro, es la copula carnal con la víctima y el engaño a personas de determinada edad para obtener su consentimiento, es decir el sujeto activo en este delito trata de llegar a su objetivo con

sutileza sin que medie la violencia, dicho engaño puede consistir en promesas de diversa clase hechas por parte del estuprador.

Hoy la ley al tipificar el estupro también da la posibilidad a la víctima de reclamar una indemnización por daño moral sufrido de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Civil, puesto que el bien jurídico que se protege es la libertad sexual, la honestidad, el honor y la moral que son los valores que se destruyen con la consumación de este delito (Aguar, 2015)

- **Atentado contra el pudor.-** esta causa de daño moral subsiste para efectos civiles como *“todo acto que impúdico que pueda ofender, sin llegar a la copula carnal, que se ejecute sobre otra persona, sea cual fuere su sexo”*. (Romero, 2008).

En este tipo de infracciones se atenta con actos obscenos no solo contra la honestidad y el pudor de otra persona sino también contra la sociedad, la moral y hasta contra las buenas costumbres.

El termino pudor es subjetivo y personal ya que se encuentra en el yo interno de cada individuo, por lo tanto el concepto pudor puede variar de acuerdo al medio y a la educación, estando en relación con la influencia de diferentes factores tales como la profesión, moda, el roce social, el medio social, etc.

El atentado al pudor tiene cuatro elementos necesarios para su configuración:

1. El atentado al pudor siempre consistirá en un hecho y no solamente en palabras, ya que la ley manifiesta que se existirá este atentado solo cuando haya un principio de ejecución.
2. No tiene como fin el acceso carnal, que es algo propio del estupro y violación.
3. Que no exista consentimiento de la víctima y puede recaer en personas mayores y menores de edad.
4. Hay la intensión dolosa de conseguir placer sexual y excitar sexualmente a la víctima.

El atentado contra el pudor, puede darse contra todas las personas y en todas las circunstancias por lo que cabe indemnización por daño moral a favor de cualesquier persona persona que hay sufrido daño espiritual como consecuencia directa de este hecho ilícito. (Falconí, 2005, págs. 24-31)

d) cuando se provoquen detenciones, arrestos ilegales o arbitrarios, o procedimientos injustificados.

La detención o arresto injustificado produce un daño al bien jurídico protegido llamado "libertad", entendiéndose a esta como la facultad que una persona tiene para obrar de una u otra forma y el derecho a no sufrir perturbaciones en su vida personal y material.

En caso de darse este tipo de detención, los responsables serán: los empleados públicos, los agentes de seguridad o fuerza pública, el que prolongare la detención sin ponerla a órdenes del juez, los que sin orden de autoridad y fuera de los casos que la ley permita ordenen la detención de particulares.

De tal manera el Estado será civilmente responsable por los casos de error judicial, por la inadecuada administración de justicia, por los actos que produzcan prisión de un inocente o por la detención arbitraria.

Como conocemos la Constitución Política de la Republica establece que "Nadie podrá ser privado de su libertad sino por orden escrita del juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco se podrá mantener detenido sin formula de juicio por más de 24 horas"

Entonces en caso de darse detenciones arbitrarias o procesar a un inocente se causa injurias calumniosas, lo cual crea sufrimiento, angustia y le obligan a defender su inocencia. Además aunque en el caso de existir sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo donde la acusación o denuncia llegan a calificarse de maliciosa o temeraria, deberá el juez declararlo obligatoriamente, para que el imputado pueda reclamar el pago de daños y perjuicios.

Con esto, podemos observar claramente que aquel que sufre un procesamiento injustificado si puede exigir la indemnización por daños morales, esto es algo indudable porque todo juicio conlleva ya un daño a la persona enjuiciada, mucho más a las personas que sin tener ninguna culpa son víctimas de enjuiciamiento, incluso como sucede con frecuencia en nuestro medio, donde las personas pasan mucho tiempo en prisión para luego obtener una sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo.

Como sabemos la detención es un acto físico por el cual se priva a una persona de su libertad de manera temporal, antes de iniciar un juicio penal, por decisión del juez competente y con fines investigativos, dicha detención no significa entonces que una persona ha cometido un delito o que sea culpable del mismo, ya que esto debe ser declarado luego de un proceso por el Tribunal correspondiente.

De hecho para estos casos no basta ser absuelto o sobreseído definitivamente, sino que lo necesario será resarcir económicamente por todos los años que se pasó en la cárcel, por todo lo que se pudo obtener en ese tiempo y por el daño que se causó a sus familias. (Falconí, 2005, págs. 38-41)

e) Daño moral por la pérdida de una vida.

La pérdida de un ser querido aun si se lo indemnice es un dolor profundo que nada podrá aliviarlo completamente, pues la vida de un ser querido es algo irremplazable e invaluable. Para reclamar una indemnización por daño moral por concepto de la pérdida de una vida se debe tomar en cuenta diferentes factores: las circunstancias en que se produjo el fallecimiento, la edad del fallecido y sobre todo la aficción que este causado este fallecimiento al seno interno de la persona que está reclamando la acción por daño moral.

La vida no tiene valor Económico en si misma ya que no está dentro del comercio y por lo tanto no tiene un valor económico de uso o de cambio, pero la vida es una fuente potencial de ingresos económicos y patrimonial que pueden generar un capital productivo, en este sentido podemos decir que la vida tiene un valor económico, para aquel que durante su existencia despliega

una actividad lucrativa, pero esa vida no está en comercio para ser alquilada, permutada o vendida.

Entonces una vez que una persona fallece no ocasiona perjuicios a quien fue su portador, y esto es así porque la muerte determina el fin de una persona, pero el fallecimiento de una persona no significa que no se perjudique a otros. Los beneficios que reportaba la vida de alguien a otros seres, constituye un daño cierto que debe resarcirse no en base al supuesto valor económico de la víctima, sino por la cuantía del daño efectivamente sufrido, el dolor y sufrimiento que directamente causa a las personas que lo rodean.

En el derecho laboral la indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo se cuantifica en base a una tarifa establecida en el Art. 369 del código de trabajo que dice:

Si el accidente causa la muerte del trabajador y está se produce dentro de los ciento ochenta días siguientes al accidente, el empleador está obligado a indemnizar a los derechohabientes del fallecido con una suma igual al sueldo o salario de cuatro años.

Si la muerte debida al accidente sobreviene después de los ciento ochenta días contados desde la fecha a del accidente, el empleador abonara a los derecho habientes del trabajador las dos terceras partes de la suma indicada en el inciso anterior.

Si por consecuencia del accidente el trabajador fallece después de los treientos sesenta y cinco días, pero antes de dos años de acaecido el accidente, el empleador deberá pagar la mitad de la suma indicada en el inciso primero.

En los casos contemplados en los dos incisos anteriores el empleador podrá eximirse del pago de la indemnización, probando que el accidente no fue la causa de la defunción, sino otra u otras supervinientes extrañas al accidente.

Si la victima falleciere después de dos años del accidente no habrá derecho a reclamar la indemnización por muerte, sino la que provenga por incapacidad, en el caso de haber reclamación pendiente.

Como podemos observar la muerte debe producirse hasta ciento ochenta días después del accidente para poder recibir una indemnización completa, pero si sobrepasa ese tiempo, se reduce su monto. La indemnización es independiente respecto a la de daño moral y el Código de Trabajo se aplica por analogía para la indemnización por causa de muerte.

La protección de la vida en nuestro ordenamiento se manifiesta mediante la tipificación de los diferentes delitos, también existe protección de la vida en el Derecho Civil a través de la indemnización del daño causado, tarea que es muy difícil cuantificar respecto a su monto, puesto que la persona es un conjunto de valores materiales y espirituales.

En definitiva la indemnización por esta causa nunca atenúa el daño sufrido a la víctima, pero compensa el dolor de las víctimas indirectas que son los familiares y dependientes del fallecido (Falconí, 2005, págs. 42-45).

f) Cuando se provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillación u ofensas semejantes.

Los sufrimientos físicos pueden generarse por golpes o heridas.

Los sufrimientos psíquicos pueden ser resultado de diferentes estímulos sobre las emociones lo cual genera angustia, miedo, ansiedad, etc.

La Angustia se la puede definir como una alarma que sirve para alertarnos de que algo no anda bien, es una sensación de malestar profundo que viene acompañada de síntomas como sudoración, nerviosismo, palpitaciones, respiración veloz, etc.

La ansiedad es la activación del sistema nervioso, se da como consecuencias de estímulos externos, las personas ansiosas pierden el sueño, están nerviosas y preocupadas, no tienen capacidad de afrontamiento.

La Humillación es la acción de ofender, es derrumbar el orgullo, de degradar es la situación en la que la dignidad de una persona pierde su altivez.

Las Ofensas son situaciones en las que se hiere la dignidad u amor propio de alguien, es decir es todo maltrato, insulto o agravio.

De tal manera el legislador deja abierta la posibilidad de ejercer la acción por daño moral y exigir el resarcimiento en todos los casos de afección espiritual, causada por hechos ilícitos que afectan a las personas como consecuencia de agravios morales o físicos, ya que una persona que es víctima de estos males pierde su estado normal para pasar a una situación de desequilibrio emocional a causa de un hecho ilícito producido un tercero ajeno a su voluntad. (Falconí, 2005, págs. 45-47)

1.4 Tipos de daño moral.

Para realizar una clasificación respecto a los clases de daño moral es necesario basarse en la naturaleza de los intereses jurídicos afectados siendo así la doctrina ha clasificado al Daño Moral de la Siguiete manera:

- a) Daño Moral Directo
- b) Daño Moral Indirecto
- c) Daño Moral Objetivo o Externo o Social
- d) Daño Moral Subjetivo o Interno.

a) Daño Moral Directo:

Tomando el concepto de Zannoni, podemos decir que este daño ocurre *"cuando lesiona un interés tendiente a satisfacer o gozar de un bien jurídico no patrimonial."*

De tal modo entonces podemos decir que el daño moral directo nace cuando se lesiona un bien jurídico que está comprendido dentro de los derechos de la personalidad como: La vida, la integridad corporal, la intimidad, el honor, la propia imagen, entre otros.

Pero también el daño es directo cuando nace como consecuencia de un ataque a cualquiera de los atributos de la categoría jurídica de persona como: el nombre, capacidad, estado de familia.

b) Daño Moral Indirecto

Este daño ocurre en el momento que se provoca una lesión a cualquier interés no patrimonial, como consecuencia de un ataque a un bien patrimonial de la persona afectada. Puede darse este daño por ejemplo cuando una persona ataca un bien material que tenía un gran valor

sentimental para su propietario y consecuencia de aquello, se da a un daño moral que llegaría a tener la calidad de indirecto.

c) Daño Moral Objetivo, Externo o Social

Este daño ocurre cuando una persona sufre un menoscabo en su consideración social, con este daño se lesionan diferentes intereses extrapatrimoniales como el honor, la reputación y el buen nombre, causando una alteración moral al ofendido mediante su sufrimiento psíquico.

En este tipo de daño la lesión no solo afecta el ámbito subjetivo de la víctima sino que la afección se extiende a los valores del patrimonio, ya que en la lesión de bienes inmateriales puede presentarse angustias o trastornos psíquicos que afectan la estabilidad productiva y por lo tanto el patrimonio. Por ejemplo en el caso del daño causado por injurias o calumnias que ofenden el buen nombre, el honor o la reputación de una persona.

d) Daño Moral Subjetivo o Interno

Este tipo de daño llega a lesionar aspectos sentimentales o de autoestima de la víctima, sin que existan consecuencias en el patrimonio de la persona, se causa con este daño dolor físico, molestias, angustia, humillación o aflicciones.

Este daño no tiene estrecha relación con la apreciación económica ya que el juez basado en su sana crítica, establecerá el valor pecuniario que compense el dolor interno sufrido.

A este tipo de daño moral se lo conoce como daño moral puro, al respecto el tratadista Sanabria (2008) indica que:

“se autoriza la reparación de daño moral puro, es decir, el que produce una lesión sin vulnerar el patrimonio del lesionado. Este se limita al dolor, la angustia, la tristeza, sin que la aflicción moral tenga como consecuencia un decrecimiento al patrimonio”.

1.5 La prueba en el daño moral

Para iniciar con el análisis de la Prueba en el daño moral, se debe explicar de forma concreta de que se trata la prueba, de tal forma para Guillermo Cabanellas en su diccionario jurídico 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"* (Cabanellas, 1993, pág. 264).

Luego de haber definido y visto de que se trata la prueba, hay que comenzar hablar de la prueba en el daño moral, para así conocer los elementos necesarios para probar la existencia de esta clase de daño y su indemnización.

La existencia del daño es el requisito fundamental que servirá de sustento para que exista responsabilidad, ya que de no existir no se puede mandar a pagar lo que no existe, porque de lo contrario habría enriquecimiento sin causa.

La víctima es la que debe probar los daños, suministrando al juez todos los elementos y antecedentes necesarios para que puedan ser analizados, porque de lo contrario la decisión judicial no sería discrecional sino arbitraria, ya que el daño moral debe provenir de la alteración del equilibrio espiritual que se esperaría de una persona de temple ordinario, con lo cual se concluye que no cualquier afección afectiva por lesión de bienes patrimoniales autoriza a reclamar un resarcimiento por daño moral, sino solo la afección que responde a interés espiritual preexistente de un sujeto, objetivamente y jurídicamente reconocible, es decir no todo sufrimiento moral es un daño resarcible.

Entonces en el caso de daño moral la víctima debe probar la existencia y la extensión de los daños que ha sufrido, debe tratarse de un daño real y no basta solo justificar la posibilidad de que se haya producido, por lo tanto quien intente una acción u oponga excepciones está obligado a demostrar los hechos en base de los cuales se funda su acción u excepción.

En conclusión para que el daño moral sea indemnizable primero debe ser demostrada su naturaleza y consecuencias existentes o posibles. Pero si el daño moral es proveniente de un delito no es necesario probarse el mismo, puesto que el perjuicio moral existe como consecuencia del delito que ha sido declarado

judicialmente, pero su apreciación indemnizatoria será en base al desprestigio de la víctima en su reputación y molestias causadas (Falconí, 2005, págs. 91-94)

Una vez que se ha puntualizado de forma general lo relativo a la prueba en caso de daño moral, es necesario observar el tratamiento que nuestra legislación tiene al respecto, de acuerdo a esto la legislación Ecuatoriana en sus artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil impone lo siguiente:

Art. 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 una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado."

Art. 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 los artículos mencionados se colige que será la víctima la que debe probar con medios idóneos y necesarios que existió el hecho que le ha causado daño, sea de naturaleza material o moral, para que el Juez en base a estas pruebas pueda dictar la procedencia o no de la acción, salvo lo manifestado en el mencionado artículo 114 en cuyo inciso final existe una excepción para aquellos hechos que la ley presume y por lo tanto no es necesario probar ya que se consideran realizados.

Además en el artículo 121 del Código de procedimiento Civil Ecuatoriano podemos observar los diferentes medios de prueba existentes en nuestro medio.

"Art. 121.- 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 la Pruebas que se consideran como las más prácticas dentro de la praxis jurídica tenemos podemos manifestar las siguientes:

- Prueba Pericial: es un medio probatorio y de solución judicial muy eficaz, que consiste en un dictamen elaborado de forma correcta por parte de una persona que es entendida sobre una determinada ciencia, arte u oficio, por su habilidad y constancia práctica.

Así por ejemplo, tenemos:

- Un psicólogo puede proporcionar datos respecto a la incidencia y repercusión anímica, mental y grado de depresión que un daño causo en la víctima.
- El ginecólogo evalúa las huellas y señales causadas por la violación, atentados al pudor, etc.
- Un traumatólogo establece el grado de incapacidad producto de las heridas.

De tal manera el informe del perito debe ser acorde a lo que establece el artículo 257 del Código de Procedimiento Civil: “ El informe del perito o peritos será redactado con claridad y 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”.

Por lo tanto si la prueba pericial se basa en la probidad, honradez e imparcialidad del perito como en los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil, es claro que la prueba será digna de fe y crédito.

La prueba termina por convertirse en documental, la misma que se puede agregar al juicio para que el juez pueda formar su convicción respecto al menoscabo moral. (Falconí, 2005, pág. 95)

- La prueba de las presunciones: la presunción no es un medio de prueba, sino una deducción lógica que hace el juez mentalmente. Esta presunción judicial se realiza cuando existen acontecimientos que son puntuales, exactos, y concisos que están acreditados debidamente y que conducen a la justificación de un hecho.

Por lo tanto la prueba aportada al proceso constituye la base del resarcimiento designado por el juez, ya que el legislador deja a prudencia del juez la estimación de los daños morales. (Falconí, 2005, págs. 96-97)

La prudencia es una mezcla equilibrada de inteligencia, experiencia y sentido común.

- La inteligencia es lo que nos ayuda a diferenciar que medios son buenos, no tanto y malos para obtener algo.
- La Experiencia es el conocimiento que nos brinda argumentos para aprovechar al máximo los éxitos anteriores y no repetir los errores.
- Sentido común es aquello que nos hace valorar la utilidad de ciertos medios teniendo en cuenta las circunstancias.

La falta de prudencia se da cuando no se piensa lo suficiente y reaccionamos de forma precipitada, cuando actuamos cegados solo por nuestros impulsos y no ponemos suficiente cuidado.

- Prueba Testimonial: es necesario citar el concepto de Guillermo Cabanellas respecto a este tipo de prueba *“La que se hace por medio de testigos (v.), 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”* (Cabanellas, 1993, pág. 264)

Este tipo de prueba es muy común no solo por ser la de mayor asequibilidad para quienes intervienen en la controversia sino porque es la

que de mejor manera permite el desarrollo del principio de inmediación, y porque en este tipo de prueba se acude ante el juez con el objetivo de narrar los hechos que ocurrieron y que son materia del proceso.

Pero el Juez tiene la tarea de valorar este medio probatorio y apoyarse solo en declaraciones coherentes, relevantes y objetivas que le permitan visualizar la manera en que se dieron en realidad los hechos y de tal manera emitir una decisión ajustada a derecho y a la realidad.

- Prueba Documental: este tipo de prueba Guillermo Cabanellas la define de la siguiente manera " *La que se realiza por medio de documentos privados, documentos públicos, libros de comerciantes, correspondencia o cualquier otro escrito.* (Cabanellas, 1993, pág. 264)

Este tipo de pruebas pueden generar algún tipo de información que ayuda al juez a tomar una decisión, puesto que antes del fallo estas pruebas ayudan a obtener la verdad material de asunto puesto en discusión por los sujetos procesales, pero este tipo de prueba siempre debe ser inspeccionadas y valoradas por el Juez que es el que toma la decisión final.

Los Documentos que ayudan al juez en su decisión pueden ser de dos clases: Documentos públicos y Documentos privados.

Antes de dar a conocer de qué se trata cada uno de estos documentos es necesario dar un concepto de lo que debe entenderse por documento, de tal manera citaremos lo que nos dice Guillermo Cabanellas al respecto: "*DOCUMENTO. Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito En la acepción más amplia, cuanto consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extienda o figure, aunque indudablemente predomine el papel sobre todas las demás. Cualquier comprobante o cosa que sirva para ilustrar. Diploma, inscripción, relato y todo escrito que atestigüe sobre un hecho histórico.*" (Cabanellas, 1993, pág. 109)

Luego de haber definido lo que es el documento se puntualizara lo que dice nuestro código de procedimiento civil respecto a lo que debe entenderse como documento público y documento privado.

“Art. 164.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

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

“Art. 191.- Instrumento privado 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”.

1.6 Daño moral en el Ecuador.

En Ecuador desde la promulgación del Código Civil consto la obligación de indemnizar en caso de existir daño producto de un delito o cuasidelito, sin distinguir la clase de daño, esto hubiera hecho posible creer que dentro de esta obligación se encontrarán los daños morales, pero no se demandó, ni hubo esa comprensión por parte de los jueces, ni se reflejó en sus sentencias.

Por lo tanto hasta antes de 1984 se solía apreciar solo el daño de índole patrimonial, y por lo tanto se podía exigir únicamente el lucro cesante y daño emergente resultante del daño.

Es así que en el código civil Ecuatoriano en todas sus ediciones, hasta la de 1950 tenía la siguiente disposición:

Artículo 2331.- “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona no dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, a menos que el daño emergente o el lucro cesante, que puedan apreciarse en dinero. Pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

Como podemos observar en aquella época la protección a la honra o al crédito de una persona era muy limitada, pues se exigía el daño injurioso haya creado perjuicio patrimonial, daño emergente y lucro cesante.

En la ley 250 del 4 de junio de 1970, se introdujo una reforma fundamental en el Código Civil, en esta reforma se desvirtúa lo que había regido hasta entonces, con esta reforma se da el derecho a demandar una indemnización pecuniaria por perjuicio moral, sin requerirse que al mismo tiempo junto al daño haya existido lucro cesante y daño emergente.

El fundamento teórico como el texto de la reforma tuvieron como autor al Juan Larrea Holguín, al respecto el artículo 2348 establecía: "las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnizaciones pecuniarias no solo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral".

Esta propuesta de Larrea Holguín fue acogida por los legisladores sin modificación alguna y por lo tanto aceptada totalmente, convirtiéndose dicha norma en la noción de daño moral en nuestro país.

Luego en 1984 se da una nueva reforma respecto a daño moral, dicha reforma fue propuesta por el Dr. Gil Barragán Romero, con esta enmienda producida por la Ley Número 171 se 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 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".

Con la enmienda creada por la ley Numero 171 se mejoró de forma considerable la reparación del daño moral, puesto que se da la posibilidad de ejercer acciones por distintos daños que perturben al individuo respecto a sus afecciones o espíritu sin importar si ese daño ha tenido o no consecuencias dañosas sobre su patrimonio económico.

Posterior a la reforma que se produjo en la Ley Numero 171, se han producido otras modificaciones que buscan dar una mayor protección a los derechos que se encuentren vulnerados como consecuencia del daño moral, al respecto tenemos la reforma 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, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes”.

Como podemos observar en el artículo mencionado se da un desarrollo respecto a la posibilidad de plantear una acción por daño moral, ya que antes de la existencia de este artículo la titularidad de la acción en este tipo de daño le correspondía exclusivamente a la víctima y a su representante legal, pero con esta reforma dicha acción le da la posibilidad de plantear la acción a la familia del afectado.

Como se puede observar con el avance y desarrollo de nuestra sociedad las regulaciones respecto a daño moral han ido perfeccionándose, acorde a las legislaciones modernas en las que resulta imposible dejar sin protección y debida tutela a los derechos que pertenecen a la personalidad (Barragan, 2008, págs. 157-167)

CAPITULO II

2. INDEMNIZACION POR DAÑO MORAL

2.1 Nociones generales respecto a la indemnización por daño moral.

El derecho regula las relaciones sociales y da a cada miembro de la comunidad prerrogativas de acción y a su vez les impone obligaciones. Si una persona causa daño injustificado a otra, se genera una sanción que tiene por objeto restablecer el equilibrio vulnerado, mediante la reparación pertinente que reconoce el derecho positivo que no es un conjunto de disposiciones arbitrarias, sino que se fundamenta a su vez en el ideal de justicia.

En la actualidad el derecho reconoce en forma Universal el siguiente principio: "Aquel que cause daño a otro está obligado a repararlo". Recasens Siches afirma que la obligación de reparar se basa en el intereses de legitimación del derecho positivo en general, interés que se encuentra fundado en el ideal de justicia que el derecho positivo demanda. (Salazar-Gonzalez, 1990, págs. 74-76).

Con el progreso incesante de la sociedad y con lo complejo de las relaciones humanas, han surgido diferentes y nuevas acciones judiciales para reclamar indemnización por daños. Es así que con la inspiración en nuevos conceptos éticos respecto a la persona, se ha hecho que los tribunales cumplan con la obligación de socorrer a las víctimas y por lo tanto acoger demandas que en épocas pasadas eran inimaginables, como lo son las provenientes de daño meramente morales. (Barragan, 2008, pág. 31).

Es así que a raíz de la Revolución Francesa, viene la creciente apreciación de los valores morales y espirituales, que se consideran como la base de la organización jurídica y social de los estados democráticos, dichos valores han llegado a tener gran trascendencia y esto ha hecho que alcancen tanto protección constitucional como indemnización y que se garantice en la constitución en caso de llegar a tener algún tipo de afección(Falconí, 2005, págs. 108-109).

2.2La obligación de reparar el daño moral.

A lo largo de la historia en las diferentes etapas del derecho los conceptos de responsabilidad han ido cambiando permanentemente según la realidad que se esté viviendo, por tal razón tanto la doctrina como la jurisprudencia en la actualidad

usan expresiones diferentes como responsabilidad contractual, extracontractual, delictual, cuasidelictual, daño a intereses colectivos, entre otros.

Etimológicamente, responsabilidad viene del latín "*responderé*", que quiere decir "estar obligado", de tal manera, en sentido amplio la responsabilidad constituye la obligación de dar cuenta de los actos, ofrecer explicación por los hechos que uno ha realizado, ya que desde el punto de vista ético el hombre tiene en sí mismo un poder espiritual interior que le obliga o demanda cuentas: su conciencia.

El vivir en sociedad es el presupuesto requerido para que el hombre sea titular de derechos y obligaciones, y para que pueda exigir o corresponder a los demás respecto a las diferentes exigencias de las interrelaciones, ya que la responsabilidad de reparar un daño causado está en medio de las interrelaciones que surgen día a día entre los seres humanos.

El artículo 13 del Código Civil expresa: "La ley obliga a todos los habitantes de la Republica, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna". Como podemos observar de acuerdo a este principio todas las personas están sujetas al derecho. Es por tal razón que cada ley particular determina su aplicación en base a este principio y señala hasta donde puede extenderse una obligación y hasta donde se puede ejercer un poder o facultad para exigir.

La ley es la que declara que clase de reparación se debe dar en caso de que se provoque algún daño, al respecto podemos observar que existen como reparación tanto las indemnizaciones en el ámbito civil, responsabilidades políticas, responsabilidades administrativas, además del sinnúmero de responsabilidades que resultan de la transformación que ha sufrido la sociedad. (Barragan, 2008, págs. 4-5).

El fundamento jurídico en el que se basa la obligación de indemnizar el daño causado está en el dolo o la culpa, por la imprudencia, la negligencia, o la ignorancia de lo que se debe saber, que son los fundamentos tradicionales del derecho resarcitorio es decir cuando se da la actuación antijurídica del actor de dicho daño, puesto que el daño es un menoscabo que una persona experimenta por la culpa de otra en sus bienes, en su persona o en cualesquiera de sus derechos extrapatrimoniales, por lo tanto el hombre debe responder por sus acciones y consecuencias que en su conciencia las ha de admitir como suyas y ha de tomarlas a su cargo, de tal manera que el actor del daño no puede desobligarse

ni de sus acciones ni de sus consecuencias a él imputables. (Falconí, 2005, págs. 88-90)

2.3 Principios rectores para establecer la indemnización por daño moral.

En la doctrina, podemos encontrar diferentes principios que son necesarios para poder establecer una indemnización por daño moral, entre los principales tenemos:

2.3.1 Principio de Seguridad Jurídica:

Uno de los principios primordiales de un ordenamiento constitucional democrático es la seguridad jurídica, que se origina por la necesidad de que los ciudadanos sepan en todo momento, a qué atenerse en sus relaciones con los demás particulares como con el Estado.

Este principio debe entonces entenderse como *“la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones que se derivan como producto de la aplicación de normas válidas y vigentes”*; ya que la seguridad jurídica es como una garantía que sirve para promover dentro del orden jurídico la justicia y la igualdad, procurando que el ordenamiento jurídico responda a la realidad social de cada momento (Valle, 2014).

Este principio lo podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 82 de la Constitución de la República y en el artículo 25 del Código Orgánico de la función judicial.

Al respecto la Constitución de la República establece:

Art. 82.- “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial determina:

Art. 25.- Principio de seguridad jurídica.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas.

El fin de este principio es la posibilidad de libertad y justicia que son la base de un Estado constitucional de derechos y justicia.

En todo Estado es trascendental que exista seguridad jurídica, ya que un individuo que es miembro de una sociedad y ha llegado a ser víctima de un acto ilícito con el que se le ha violentado sus derechos y se le ha causado un daño sea moral o patrimonial tiene derecho a reclamar una reparación por los daños generados por este tipo de acto, ya que muchas de las veces son los mismos funcionarios y entidades públicas los que generan este daño.

Este principio tiene su validez en todo estado de derecho, ya que en este tipo de estado se busca la paz social y que por lo tanto será el objetivo que también debe tener el Juez al momento de la expedición de una sentencia, ya que el artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, expresa que quienes administran justicia no deben violar consciente o inconscientemente la voluntad efectiva de la ley, porque de hacerlo estarían actuando ilegalmente, y habría un abuso del poder y por lo tanto se estaría quebrantando la seguridad jurídica que dispone el Art. 82 de la Constitución de la república que manifiesta: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes".

En definitiva la seguridad jurídica, como valor social y como elemento de la cultura jurídica implica o busca que el derecho humano irrenunciable y de superior nivel, cuente con un sistema normativo, una conducta judicial y una práctica administrativa y de poder, que sean estables, previsibles, motivados, claros y eficaces (Corral, 2014).

2.3.2 Principio de Reparación Integral del Daño:

Zannoni expresa que se genera una verdadera reparación integral cuando es perfectamente compensatoria. Esto significa que con el monto de la reparación, la persona afectada llega a ser compensada por el dolor sufrido, pero lo que se busca es reparar todo el daño pero no más allá de este. Con el principio de reparación integral se debe colocar a la víctima en una situación como si nunca se hubiera producido el daño.

Este principio está siempre en relación con el tema evaluación de daño, pero la evaluación del daño queda bajo la competencia exclusiva de los jueces y ello hace que se produzcan limitaciones al principio de reparación integral porque los criterios jurisprudenciales son variables. En el caso de daños morales el Juez determinara la indemnización con el fin de que la persona afectada llegue a ser compensada por el dolor sufrido. Acorde a este principio se debe reparar todo el daño pero no más allá

o fuera de este y colocándole a la víctima en una situación semejante a la que tenía antes de ocurriera este tipo de daño (Guerrero, 2009, pág. 26)

2.3.3 Principio de justicia

La justicia es un término que se ha intentado definir a lo largo de los siglos por diferentes autores, entre ellos podemos dar como ejemplo la definición de Hans Kelsen que afirmaba que la "justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable: ni la ciencia del derecho positivo, ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido". Este autor también asegura que la justicia ha tratado de ser definida por siglos pero que tal esfuerzo ha sido en vano ya que esta no puede ser definida en forma coherente, sino que simplícidamente se puede decir que la justicia es dar a cada uno lo suyo, según lo que le pertenece o lo que merece por sus logros o defectos o por sus actos de conducta, etc.

En materia de daños es deber del Juez determinar bajo su propia convicción la reparación del daño moral, tal situación ocurre porque en este tipo de perjuicios, el juez no puede aplicar únicamente la Ley, sino que la aplicación de la Ley debe ir de la mano con la moralidad y las propias convicciones del juez. Si bien es verdad el Juez puede guiarse en la ley y la jurisprudencia para determinar la cuantía por reparación de daño moral pero como cada caso es diferente por lo tanto no puede hacer una tabla de valores fija sino que debe basarse en su sana crítica para determinar la reparación por este tipo de daño. Ya que el juez al momento de tomar su decisión deberá hacerla siguiendo a su espíritu, o sea, entendiendo la intención que tuvo el legislador al momento de dictar la ley.

2.4 Formas de Reparar el Daño Moral

La indemnización es la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio, pero el propósito del uso de una cantidad de dinero se encuentra en una discusión dividida por la doctrina, ya que se dice que se puede reparar el daño moral mediante la aplicación de una pena civil con la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor o también se puede reparar mediante el cumplimiento de una satisfacción compensatoria considerando que la víctima puede tolerar un ataque y sus efectos a cambio de una suma pecuniaria.

Al respecto se analizara cada uno de estas formas de reparar el daño moral, o también conocidas como teorías respecto a la reparación del daño moral:

- “La teoría de la reprobación al ofensor o sanción ejemplar” tiene el carácter de sancionador al ofensor, es decir es una pena civil con la cual se reprueba a manera de ejemplo por la conducta ilícita o falta cometida por el sujeto agresor. (Falconí, 2005, pág. 99)

Esta reprobación constituye una verdadera pena privada contra el ofensor puesto que en primer lugar se busca castigar al responsable por la lesión causada y mediante esta sanción llegar a desincentivar futuras acciones en el mismo sentido, y en segundo lugar, es privada la pena porque la misma se establece en favor de la víctima y no del Estado, diferenciándose de tal forma de las penas públicas. (Castillo, 2012, pág. 12)

En definitiva la sanción ejemplar constituye un reconocimiento y mensaje para la sociedad en cuanto a la negatividad que resulta un agravio, y al mismo tiempo empieza a poner énfasis en otros valores de orden moral, sobre todo éticos y que se dice están por encima de los valores económicos. Con este tipo de sanción se le está diciendo al condenado y a la sociedad: “Usted ha agraviado el derecho de esa persona a estar plena física y psíquicamente; esta persona fue violentada por un hecho que no buscó y con el que tiene que cargar el resto de su vida”.

Si se desea con la sanción ejercer una función ejemplar o preventiva, será el agravio moral el que deba primar como especialmente valorado y la judicatura deberá tomar las medidas necesarias en base de las cuales pueda llevar adelante juicios de daños que no se conviertan en un negocio ni para el actor ni para el demandado (Abrevaya, 2008, págs. 340-342).

- La segunda teoría se conoce como “La teoría de la satisfacción compensatoria o por equivalencia”, que hace referencia al pago de una indemnización dineraria que fijara equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias, dicho pago es de naturaleza satisfactoria, pero el daño moral también queda incluido en el resarcimiento por los daños patrimoniales que el ataque haya provocado, conocido como daño emergente y lucro cesante.

La dificultad que existe para demostrar la realidad del dolor, del pesar, de las aflicciones o en general de los sentimientos que el daño provoca, no

significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria, pero la apreciación pecuniaria no se da con el fin de hacer equivalente al daño y al dinero, la satisfacción compensatoria tiene más bien un carácter "satisfactorio", en el sentido de que se puede reparar el mal causado, aunque no se logre borrar esos efectos que dejó el hecho dañoso.

Por lo tanto respecto al daño moral debemos descartar la idea de que la suma de dinero que se paga al damnificado entra a jugar una función específica de compensación, ya que los agravios extrapatrimoniales están fuera de una estimación adecuada en dinero, pero en nada se opone que el pago de una cantidad de dinero ordenada por el juez pueda ser una forma de satisfacción al ofendido o ser considerada como una pena de carácter privado que se imponga al agresor de los derechos de la víctima (Falconí, 2005, pág. 100)

Respecto a esta clase de indemnización Eduardo A.Zannoni, expresa que este tipo de indemnizaciones por su naturaleza están fundadas en la ley, y su aplicación debe ser de forma equitativa y razonable por los jueces, para de tal manera hacer prevalecer la justicia de una norma, porque no se podría concebir que en algún caso los tribunales obren imponiendo indemnizaciones irracionales, por lo tanto con el cumplimiento de la racionalidad y equidad estaría produciéndose un control de legalidad y mérito respecto a la imposición de la indemnización. (Zannoni, 1987, pág. 397).

- Además de estas dos teorías se ha incorporado en la doctrina una teoría de posición intermedia, la cual indica que la reparación del daño moral es sancionatoria y al mismo tiempo es resarcitoria. Esta busca por un lado satisfacer y dar un alivio a la víctima del daño moral, y por otro lado, tiene otra función que es la de ejemplarizar o imponer una sanción al actor del ilícito. En esta teoría la determinación de la reparación tiene relación directa con los sufrimientos de la víctima y no con respecto a otros daños que surjan. Dicha teoría más que nada intenta rescatar lo mejor de las teorías anteriormente mencionadas respecto a la reparación, es decir con esta teoría se llega a un punto medio pero a su vez no se aclara la naturaleza de la reparación del daño moral

La obligación de indemnizar en el daño moral de forma dineraria se da por el hecho de considerar al dinero como una medida común de pago, con una función netamente compensatoria cuando se trata de un perjuicio no patrimonial; el dinero si bien es cierto no va a remplazar el dolor experimentado, pero lo va hacer menos sensible, no colocando al damnificado en condición de rehacer sus bienes que ha perdido, pero si abriéndole una nueva fuente de alivio y bienestar, por lo tanto toda obligación de indemnizar comporta una necesidad de resarcir o compensar en dinero por los daños causados por un acto doloso o culposo, ya que indemnizar significa resarcir un daño, perjuicio o agravio, para así llegar a reponer el daño o perjuicio que alguien ha sufrido en lo patrimonial o material, y desgravar o satisfacer al ofendido.

Si bien es cierto el dinero es la manera más común y practica con la cual se puede satisfacer a la víctima, pero existen casos especiales de daño moral como las injurias o calumnias en las que la reacción psicológica o interna de la víctima es imposible reparar, pero en el aspecto externo o social las cosas pueden regresar al estado anterior del hecho, entonces si un juez en su sentencia ordena una condena al ofensor, podrá ordenarse también el retiro de un cartel injurioso, o la retractación por los mismos medios que uso para la difamación que ocasiono el agravio (Falconí, 2005, pág. 108).

2.5 Titulares de la acción indemnizatoria por daño moral

Al tratarse de daño moral pueden demandar su reparación la victima directamente, esto es, la persona misma sobre la que recae la lesión, ofensa o injuria que lo cusa, y los que sin tener esa calidad también sufren por el daño que fue causado a aquella.

Con el fin de evitar un sinnúmero de acciones por daño moral, ya que podrían ser numerosas las personas que se lamenten por el mal causado a pretexto de la relación que tienen con el afectado, la acción indemnizatoria solo pueden plantear aquellas personas que acrediten haber sufrido real y efectivamente un dolor profundo y verdadero. Esta prueba será fácil en el caso que el demandante sea pariente muy próximo del difunto como en el caso de ser hijo, padre, cónyuge, su parentesco hará presumir la efectividad de ese dolor, a menos que las circunstancias de la causa demuestren lo contrario, como en el caso que los cónyuges estaban divorciados o separados de hecho, o el padre y el hijo tenían malas relaciones (Alessandri, págs. 463-464).

Al respecto el artículo 2233 del Código Civil nos expresa que el ejercicio de la acción por daño moral le corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal, mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechohabientes, conforme a las reglas de este código.

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.

De lo que se colige que esta acción le corresponde exclusivamente a la persona perjudicada o a su representante legal, y solo por excepción podrán accionar el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y en caso de las personas jurídicas serán sus representantes los encargados de accionar. Además la acción civil es transmisible por lo cual podrán intentarla los herederos del ofendido, ya que la persona fallecida no puede ser titular de acción alguna, y es por eso que la acción por daño moral le corresponde a los derecho habientes conocidos como herederos forzosos o legitimarios que podrían llegar a ser desplazados de la sucesión en caso de haber herederos preferentes.

Luego de haber enunciado de manera general como se da la titularidad de la acción indemnizatoria a continuación procederé hacer un análisis de cada uno de los sujetos que el Código Civil en su artículo 2232 los considera legitimados para interponer una acción en caso de daño moral:

- **El perjudicado directo.-** Es aquella persona que ha sufrido los resultados dañosos del hecho, es decir es la víctima inmediata o directa en quien recae la lesión que afecta un bien jurídico de su personalidad.
Esta persona formula su demanda ejerciendo su acción civil como parte actora con su contenido de protección resarcitoria respecto a la indemnización de daño material y moral, para que el órgano jurisdiccional pueda emitir su pronunciamiento valido en este sentido.
- **Representante legal.-** En la doctrina se han dado posiciones a favor y contra respecto a la posibilidad de que las personas sin discernimiento, es decir personas privadas de la razón ya sea por ser menores impúberes, dementes o personas en estado vegetativo pueden sufrir daño moral y por lo tanto exigir una indemnización por ese daño mediante su representante.

La posición que está en contra, es decir que considera que estas personas no sufren daño moral y que por lo tanto no pueden exigir esa indemnización, se fundan en el hecho de que estas personas no tienen discernimiento ni capacidad para sentir un menoscabo a su espíritu y por lo tanto no tienen legitimación activa para reclamar esta clase de daños.

Pero existe otra posición que es la mayoritaria en la doctrina que sostiene que las personas sin discernimiento si pueden ser víctimas de un daño moral, y por lo tanto legitimados activos para realizar un reclamo al respecto. Esta posición se funda en que este daño afecta a los derechos inherentes a la personalidad, y siguiendo a Zannoni su fundamento se basa en que el resarcimiento en estos casos no debe darse como la reparación de un modo de sentir el agravio, sino que debe tomarse como el resarcimiento objetivo de un bien jurídico que también se le atribuye a los incapaces.

Es decir que la falta de entendimiento del propio dolor y de su origen no excluye su existencia y que para configurar el daño moral basta que haya existido ese sufrimiento, así no haya habido conciencia directa del afectado. Pero también puede generarse un daño moral sobre una persona jurídica, este daño es procedente cuando haya sido perjudicada de manera directa en su crédito y prestigio, ya que esto ocasiona un quebranto en la confianza que tenía el público respecto al buen nombre de esta persona y como consecuencia de esto se origina una pérdida en su estabilidad comercial y económica.

Hoy en día la acción por daño moral respecto a las personas jurídicas si procede ya que el crédito y buen nombre es un haber cierto de importancia patrimonial. Si bien sabemos la persona jurídica no puede alimentarse de sentimientos de bienestar o dicha, pero puede poseer otros bienes extrapatrimoniales, así se dice que los ataques al crédito o prestigio de una empresa se equipara al honor de los seres humanos, ya que un ataque moral a la persona jurídica le traería como consecuencia la mala fama o reputación con lo cual perdería su prestigio social y esto sin duda afectaría su esfera económica.

En definitiva las personas jurídicas sufren perjuicios morales, cuando con conductas ilícitas o actos irregulares se afecta su buen nombre que está

fundado en valores que las califican de comercial e industrial, uno de estos valores por ejemplo es el GOO WILL o buen nombre que las empresas tienen y que de ser afectado por una conducta ilícita generaría pérdidas de carácter económico (Falconí, 2005, pág. 75)

- **Herederos o derecho habientes.**-La muerte de una personas genera daños extrapatrimoniales especialmente a las personas más allegadas por vínculos de parentesco o amistad, por lo tanto el derecho debe conceder a cada uno de ellos la posibilidad de reclamar por el daño causado, pero de ser así nos resultaría ilimitado el número de afectados, por lo tanto si se extiende demasiado el número de personas legitimadas para obtener esta indemnización se podría agravar la responsabilidad civil ya que se extendería en favor de una serie de personas que a pesar de permanecer extrañas a este tipo de daño, tendrían acción para transformar en dinero el perjuicio moral que indirectamente pudieron haber sufrido. Por esta razón nuestro ordenamiento establece que la indemnización por este tipo de daño solo puede comprender por excepción a los intereses de otras personas que no sean el titular del interés directamente afectado, de tal forma entonces que ciertas personas pueden reclamar en este tipo de casos: los parientes más próximos del difunto unidos por un vínculo ético-jurídico de la familia. (Salazar-Gonzalez, 1990, pág. 117).

Como podemos observar este tipo de reclamo o acción que se les otorga a los herederos está fundamentado en aquel daño moral ocurrido como consecuencia de la muerte. Pero los herederos también pueden usar una acción para reclamar el daño moral que se le había generado al causante previo a su fallecimiento, dándose de tal manera la transmisibilidad de la acción de reparación moral que consiste en la posibilidad de actuar en calidad de heredero, ejercitando el derecho a exigir el resarcimiento por el daño extrapatrimonial que estaba reclamando el causante antes de su fallecimiento.

Esta posibilidad de la que gozan los herederos se fundamenta en el hecho de ser los continuadores de la personalidad del causante. Así los herederos tendrán la posibilidad de accionar para reclamar la reparación por el daño moral consecuencia de las difamaciones que fue víctima el causante, por el

hecho de sus lesiones o por la pérdida de un ser querido (Salazar-Gonzalez, 1990, págs. 140-141).

2.6 Presupuestos necesarios para establecer la indemnización por daño moral.

El daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o si se prefiere de la responsabilidad jurídica, ya que no existe responsabilidad jurídica si no hay daño, pero para que el daño llegue a generar responsabilidad, debe haberse generado en base a un acto antijurídico que se le atribuye a un sujeto a título de culpa, dolo u otro factor de atribución objetivo, mediando además una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable y el daño.

Entonces de tal manera para que exista responsabilidad civil por un daño la doctrina nos dice que debe existir la concurrencia de tres requisitos:

- a) La antijuridicidad.-** Como se ha dicho no hay responsabilidad civil sino hay daño, pero esto no quiere decir que la antijuridicidad dependa exclusivamente del daño o resultado, ya que la antijuridicidad es un presupuesto de la responsabilidad, concurrente pero distinto al daño, puesto que pueden existir daños no antijurídicos, que por ello no generen responsabilidad, como en los supuestos de daños justificados por ejemplo en el caso de estado de necesidad, legítima defensa, que no son punibles. Ahora bien puede existir una situación inversa en la que una conducta a pesar de ser antijurídica no provoca daño, en esta situación no se genera responsabilidad civil o resarcitoria, a pesar que si pueda ser punible penalmente, como el caso de actos preparatorios idóneos conducentes a un resultado ilícito.

Entonces se puede decir que la antijuridicidad es un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento jurídico por parte de una determinada conducta, constituyéndose en el elemento material y objetivo necesario para que nazca la responsabilidad civil, por el hecho de que el actuar ha generado una infracción o violación de un deber jurídico preexistente establecido en una norma o regla de derecho que integra el ordenamiento jurídico (Zannoni, 1987, pág. 3).

- b) El daño.-** Es aquel perjuicio que se da sobre un determinado interés, es el presupuesto esencial de la responsabilidad civil, sin él no se puede producir

ninguna pretensión resarcitoria ya que sin interés no hay acción. Solo existirá responsabilidad civil, cuando haya daño y solo cuando se establezca que este fue provocado infringiendo un deber jurídico, es decir que si no hay perjuicio no hay acción.

El daño, desde una óptica jurídica es la lesión que por dolo o culpa de otro recibe una persona en un bien jurídico que le pertenece, dicha lesión le produce una sensación desagradable a la víctima por la afección o menoscabo en su persona o en sus bienes por causa de otro, por la pérdida de un beneficio de índole patrimonial o extrapatrimonial.

De lo expuesto se desprende que existen dos tipos de daño: material o patrimonial y moral.

- *Daño material o patrimonial.-* Es el menoscabo que recae sobre el patrimonio, sea directamente en los bienes que lo componen o indirectamente como reflejo de un daño causado a una persona en sus derechos o facultades.

La doctrina respecto a esta clase de daño distingue dos formas típicas: "daño emergente" y "lucro cesante", siendo el primero la disminución del patrimonio ya existente; y el segundo, es la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto. En cuanto a la indemnización, esta debe comprender ambos aspectos, salvo disposición contraria establecida en la ley.

- *Daño moral.-* "Es aquel menoscabo que proviene de toda 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 a los atributos o facultades morales del que sufre el daño(Falconí, 2005).

Con el daño moral se da una afección a la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima, la libertad individual, integridad física, honra de la persona, etc. Tomando lo que expresa el Dr. Gil Barragán Romero (Romero, 2008, pág. 65), podemos decir que el daño moral genera lesiones psíquicas las cuales pueden generar un daño extrapatrimonial en forma directa, por el deterioro psíquico o afectivo de la persona en su vida de relación, pero también con las lesiones psíquicas se puede producir un

daño patrimonial indirecto en tanto se genere deterioros orgánicos que impidan o dificulten el ejercicio laboral habitual de la víctima.

Por lo tanto cuando se produce una afección de este tipo se estará afectando al patrimonio moral que es en definitiva un bien que goza de genuina protección ya que las personas gozamos de rectitud, valores morales, respeto por los demás y la consideración que nos guardan, etc., es decir gozamos de un conjunto de realidades individuales y sociales que llegan a formar el patrimonio moral que en definitiva es algo más valioso que nuestro patrimonio material.

- c) Relación causal.-** Es el nexo entre el hecho que genera el daño y la consecuencia lesiva, es un aspecto fundamental en cuanto al resarcimiento de daños ya que muchas veces en la práctica profesional, no se considera con la importancia que verdaderamente tiene.

Pero no es suficiente solo la existencia de este nexo causal, esto es, la relación de la causa y efecto, sino que se requiere la prueba en la relación de los perjuicios que se está reclamando y el hecho cometido por la acción u omisión del sindicado como responsable.

Hans. A. Fischer en su obra los daños civiles y su reparación, dice que para poder apreciar la existencia del daño es necesario *“esperar a que se desarrolle hasta el final la cadena de los hechos y el daño adquiere carácter perfecto y consumado”*, y de acuerdo a su teoría de la causalidad nos expresa que para determinar la causa de un daño, se debe hacer un juicio de probabilidad, más allá de la realidad de un hecho acontecido, para poder preguntarse si la acción u omisión del presunto agresor era apta para ocasionar el daño acorde al curso normal de acontecimientos. Si la respuesta es afirmativa entonces se concluirá que la acción u omisión es adecuada para generar daño. Este juego intelectual lo tiene que elaborar el juzgador, pero dependiendo de cada caso en concreto, sin que sea posible establecer reglas de carácter general para todos los casos de daño moral.

Pero una causa que genera un resultado dañoso, no necesariamente se da en forma aislada, sino que puede haberse unido con otra u otras causas, y que, entre todas, hayan constituido el antecedente eficiente del daño. Puede darse el caso que existan causas ajenas como por un hecho de la víctima o de un tercero que hacen que el resultado sea desproporcional e

incongruente con el hecho del agresor, estas causas ajenas se las conoce como concausas que generan una interrupción del nexo causal, pero que a pesar de eso no desaparece la aptitud causal del sindicado como responsable (Abrevaya, 2008, pág. 15)

La relación causal entonces permite establecer la autoría material del sujeto y la extensión del resarcimiento, con este requisito se puede determinar si un resultado dañoso puede ser objetivamente atribuido a la acción u omisión física de una persona.

Es decir para que exista indemnización por el daño causado, primero se debe demostrar la naturaleza del daño y las consecuencias habidas o posibles con la ayuda de pruebas y peritajes, entonces en definitiva la relación de causalidad está referida a un hecho como causa y aun daño como efecto del mismo, aunque existen ciertos tratadistas que consideran que el daño moral no es susceptible de ser apreciado mediante pruebas y lo debe determinar el juzgador en cada caso. (Falconí, 2005, págs. 90-91)

2.7 Fijación de la indemnización por daño moral.

Antes de empezar hablar de este tema es necesario dar un concepto de lo que tiene que entenderse como Indemnización, al respecto se ha tomado el concepto del Doctor Guillermo Cabanellas de Torres, quien en su diccionario jurídico nos expresa: "Indemnización es el resarcimiento económico del daño o perjuicio causado. Suma o cosa con que se indemniza. En general, reparación. Compensación. Satisfacción" (Cabanellas, 1993, pág. 162).

Como podemos observar la indemnización es la suma de dinero que recibe la víctima luego de haber sufrido un perjuicio o un daño, se utiliza la suma de dinero para efectuar un resarcimiento del daño en el sentido de que se entiende que el dinero es el único medio adecuado para dar a la víctima satisfacciones, que si bien no hará desaparecer los sufrimientos padecidos, al menos ha de suavizar sus efectos. Pero la indemnización en dinero no debe otorgar a la víctima más de lo necesario para borrar el daño sufrido, evitando de tal forma que se enriquezca injustamente, pero se trata también de no darle menos, es decir no se debe transformar a la reparación en algo ilusorio.

Dentro de la praxis jurídica existe un problema que ciertamente no es simple, es el de la determinación del monto de la indemnización. Se puede apreciar una clara

diferencia a este respecto entre reparación por los daños materiales y los morales, debido a que en los primeros si hay la posibilidad de establecer una proporcionalidad entre el daño y su reparación, mientras que en los daños morales dicha proporción es imposible. Por ejemplo si pensamos en el daño estético, su padecimiento por una deformidad o una cicatriz puede durar toda la vida y por lo tanto no puede haber una indemnización que sea proporcional al respecto.

A pesar de que en principio nuestro Código Civil establece que le corresponde al arbitrio prudente del juez la fijación del monto de la indemnización, siempre el juez deberá tomar como antecedente las particularidades de cada caso y en especial la gravedad del hecho y de la culpa. Es decir el juez para condenar deberá considerar el hecho generador y sus circunstancias, la gravedad objetiva del daño o falta, la personalidad de la víctima y del ofensor en cuanto pudiere tener relación con la intensidad del agravio causado.

En nuestro país, es el juez es quien debe fijar el valor de la indemnización de acuerdo a la prueba actuada, su criterio de equidad y la facultad prudencial que se le ha otorgado. Al respecto realizare un análisis de cada uno de estos elementos que debe observar o seguir el juez para determinar el valor de la indemnización:

- **Prueba.-** Para iniciar con el análisis de la misma hay que dar una definición al respecto, y para esto, se ha tomado el concepto del Doctor Guillermo Cabanellas quien nos dice que la prueba es *"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. Indicio, muestra, señal. Ensayo, experimento, experiencia."* (Cabanellas, 1993, pág. 264).

En un proceso judicial tanto los perjuicios extrapatrimoniales como los materiales deben aparecer probados. Me referiré a los primeros que son estudio de este trabajo de investigación, la prueba será en base a diferentes medios como dictámenes periciales de médicos, psiquiatras, psicólogos, etc., que pueden calcular la duración y el grado de dolor físico y la depresión física padecida por un ser humano, estos criterios ayudaran al juez para

fallar de en equidad respecto al monto de la indemnización. (Salazar-Gonzalez, 1990, pág. 155).

Pero los bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales por su naturaleza son sumamente difíciles de probar, ya que el daño moral y su intensidad puede no tener una manifestación externa ya que quedan en el interior de la persona afectada, aunque también existen ciertos hechos que no se requiere probar para que el juez tome una determinada decisión, estos hechos son los que se supone que existe el daño y por lo cual no es necesario que se lo prueba ya que ni siquiera se exige una demostración del daño: por ejemplo en el caso del dolor que sufre un padre cuando pierde a un hijo que lo estaba esperando por mucho tiempo y que ha de ser sostén su vejez.

Además de esto también hay otros hechos que no requieren de prueba porque son de conocimiento público, como las injurias proferidas por políticos, o también hechos notorios en general que llegan a ser sabidos por el juez y por las personas comunes.

Por esas circunstancias la doctrina como la jurisprudencia han concluido que no se requiere prueba directa de la existencia del daño moral mismo, ya que el padecimiento se tiene como supuesto o consecuencia del hecho antijurídico que lo provoca llegando a la conclusión de que la prueba en el daño moral debe ser la del hecho ilícito que lo ha provocado.

La sana crítica es el sistema que mejor puede aplicarse ante casos de daño moral, ya que el criterio del juez ha de ser de lo más amplio, dado además que no puede haber una relación de proporcionalidad entre el mal y su reparación, dicho sistema de la *sana crítica* obliga expresamente al juez a apreciar las pruebas en conjunto y exponer siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba, es decir el juez debe indicar cuales son las razones que en unos casos lo llevan a conceder cierto valor como indemnización y en otros a negarlo.

Para una mejor aplicación del principio de la sana crítica hay ciertas posibilidades que sirven de complemento, entre las que tenemos la exoneración de las pruebas innecesarias al tratarse de hechos notorios, y la

otra es el reforzamiento de la fuerza probatoria de las presunciones que se la conoce como la deducción lógica a la que llega mentalmente el juez, luego de que ha logrado probar un daño, es decir es la consecuencia que resulta de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, para que las circunstancias o antecedentes sean conocidos deben ser primero probados y en el caso de daño moral lo esencial será la demostración del hecho que lo causa (Barragan, 2008, págs. 292-295).

- **Criterio de equidad.-** Antes de iniciar con el estudio de este elemento que debe seguir el juez para determinar una indemnización por daño moral es necesario empezar dando una definición del termino equidad, de tal forma se ha tomado el concepto del diccionario de la real academia de la lengua española que nos dice:

“La equidad es la bondadosa templanza habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”.

La equidad es un equilibrio conseguido por el juez, dentro de los límites que le permita la ley en un determinado caso, este equilibrio lo consigue el juez mediante a ponderación de los intereses juzgables en el conflicto. De tal manera hoy en día la equidad ya no es la equidad de la ley, sino la equidad del juez dentro de los límites de la legalidad, puesto que esta implica una justicia de tipo natural y moral en lugar de una justicia estrictamente legal, ya que lo que se busca con la equidad es crear una justicia flexible y humanitaria, no rígida y formalista para lo cual se toma en consideración no solo las ideas generales del sistema jurídico, sino también las particularidades del caso, ya que con la equidad se trata de dar solución a un caso, más que con un sentido legal, con un sentido moral y humano, protegiendo la buena fe e impidiendo los abusos de derecho y los enriquecimientos indebidos, de tal manera buscando que nadie resulte perjudicado al equilibrar los intereses en lucha y conjugarlos armónicamente (Torre., 2005, págs. 139-140).

Como se puede observar para los jueces la equidad es una herramienta pertinente que les ayuda a tomar una decisión respecto a un caso concreto

ya que si bien es cierto que el juez se puede guiar en la ley y en la jurisprudencia para determinar una cuantía para reparar un daño moral, pero el juez debe saber de qué manera aplicar la ley en cada caso, ya que cada caso es distinto, y gracias a la equidad el juez lograra fallar sin seguir el sentido literal de la ley, sino siguiendo a su espíritu, y de tal manera con la equidad el juez podrá establecer si una ley es injusta y de tal modo que no sea aplicada al caso concreto.

- **Facultad prudencial.-** En caso de existir daño moral será facultad del Juez la determinación de la indemnización, ya que el Código Civil en su artículo 2233 inciso tercero establece que queda a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización por daño moral.

El termino prudencia proviene del latín *Prudentia*, refiriéndose a la capacidad de adelantarse a los acontecimientos. En principio se puede decir que la prudencia es una virtud o cualidad inherente de la persona.

Con la administración de justicia se busca dar solución a los conflictos suscitados, mediante la interpretación y aplicación de la ley. El juez es el encargado de dictar sentencia haciendo uso de su función jurisdiccional, y será así mismo el juez el que tendrá la responsabilidad de ofrecer protección a los bienes que son parte del conflicto.

Entonces como vemos que el juez será el que resolverá las diferentes causas que estén bajo su responsabilidad, pero para poder lograr este objetivo el juez debe contar con la experiencia y conocimiento suficiente sobre las normas, planteamientos legales, circunstancias y jurisprudencia que se van aplicar, caso contrario el juez no estaría actuando con prudencia. Por lo tanto la prudencia será adquirida por un juez con el ejercicio cotidiano de solución de conflictos, ya que se dice que los jueces con la experiencia que han obtenido por los varios años de servicio, les permite ser mejores impartidores de justicia ya que tienen amplio conocimiento por las sentencias dictadas, resoluciones de recursos de apelación y casación y que en definitiva esto le da la posibilidad de resolver conflictos lo más apegado al derecho (Pazmiño, 2014, págs. 207-211).

En cambio cuando hablamos de imprudencia, se supone que es porque existe un desorden, violencia, o corrupción, por lo tanto para no caer en estas situaciones el juez debe tomar sus decisiones con pausa y serenidad ya que muchas de estas decisiones no solo influyen en personas concretas, sino también, son trascendentales para muchas más personas. Cuando el juez decide en base a lo justo debe tomar en cuenta que la prudencia va de la mano con la experiencia, la discreción y la paciencia. Con respecto a la discrecionalidad hay que hacer una diferencia con la arbitrariedad ya que suele confundirse estos dos conceptos, que vienen a ser diferentes en el ámbito del derecho. Mientras la arbitrariedad es un mero capricho que no responde a reglas ni principios generales, la discrecionalidad es una facultad que responde al uso de la razón que debe estar apoyada por las reglas de la lógica y por los principios generales. Pero el actuar discrecional del juez según el caso es objeto de revisión y debe sujetarse a la garantía de la motivación y de la legalidad ya que toda autoridad debe exponer sus razones de su actuar discrecional, es decir la discrecionalidad otorga a los jueces un margen de libertad para la interpretación del derecho según ciertos estándares que guíen su decisión.

Pero a pesar que los jueces tienen una facultad discrecional, no se puede considerar catalogar a la prudencia del juez como mera discrecionalidad, puesto que la prudencia requiere que el juez haga un análisis de las circunstancias del caso concreto, por lo que el juez no debe cuantificar en base a su libertad.

Pero en caso de una acción por daño moral el juez tiene una dificultosa tarea al momento de establecer el monto de la indemnización por afección moral de una persona ya que con la decisión que adopte el juez se busca satisfacer al agraviado. No obstante al ser la acción por daño moral un proceso contencioso y declarativo, el Juez requiere que el actor señale la cuantía de su pretensión, este valor busca compensar el sufrimiento de la víctima de daño moral, sin embargo, no existe un límite para establecer la cuantía, este vacío puede ocasionar abusos en la pretensión del actor.

En nuestra legislación el único parámetro que el juez recibe como instrumento para dictar su fallo en un proceso, es la prudencia, así lo establece el artículo 2232 del código civil. Pero hay que tener en cuenta que

la prudencia no equivale a discrecionalidad, es decir el juez cuando actúa prudentemente no determinara en forma libre o discrecional la reparación a la que tiene derecho el afectado por este tipo de daño, sino que más bien debe hacer un delicado examen tanto del contexto en el que se halla la agresión, así como la situación socio económica del actor y del demandado, la magnitud de la agresión y el impacto que ella ha causado en el medio en el que se desenvuelven los protagonistas de esta relación jurídica creada como producto del daño moral causado

Es importante que los servidores judiciales tengan formación respecto a la prudencia ya que la justicia y la prudencia se entrelazan como virtudes de la función juzgadora, por la primera se induce al juez a juzgar y por la segunda se averigua que debe juzgar en cada caso para juzgar bien y de tal manera les permite escoger lo correcto y lo incorrecto, ya que los jueces tiene que decidir con prudencia para lograr llegar a la mejor solución y correcta decisión, en la que se sacrifique menos los principios jurídicos como los son la justicia, la paz, la seguridad jurídica, etc. (Román, 2013, págs. 31-32).

CAPITULO III

3. ANALISIS DE CASOS PRÁCTICOS

3.1 Caso Rafael Vicente Correa contra Antonio Alfonso Acosta Espinoza, presidente y Representante Legal del Banco de Pichincha C.A.

NO. DE PROCESO:	23-2007
ACTOR:	Rafael Vicente Correa Delgado
DEMANDADO:	Banco del Pichincha, Representado por el señor Antonio Acosta Espinoza
DELITO:	Daño Moral
ARTICULOS INVOCADOS:	Artículos 1453, 2231, 2232 del Código Civil
CUANTÍA:	\$ 5.000.000.000 (Cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América)

Antecedentes:

El Economista Rafael Correa, en el mes de septiembre del 2002, solicitó la emisión de la tarjeta de crédito Diners. Solicitud que le fue negada debido a que se encontrada en categoría E en la Central de Riesgos del Banco del Pichincha, en calidad de deudor moroso e incobrable ya que mantenía una deuda con la tarjeta Visa. La tarjeta de crédito en la que existía la mora pertenecía al Banco de la Previsora, tarjeta que fue cancelada en el año de 1997 antes de salir del país.

El 12 de Septiembre de 2002, Rafael Correa solicitó por escrito al Banco del Pichincha la entrega de los respectivos estados de cuenta para poder determinar la fuente de la obligación a la que le estaban imputando. Jamás se entregó una contestación escrita, únicamente se le manifestó que debía cancelar el valor pendiente de conformidad a la información indicada en el sistema electrónico.

Pese a esto, se insistió el 3 de enero de 2003 y 10 de abril del 2003, jamás existió respuesta del Banco del Pichincha sobre el requerimiento sobre la eliminación de su nombre del sistema y de la Central de Riesgos como deudor.

El 14 de mayo de 2003, presentó una queja en la Superintendencia de Bancos y Seguros, entidad que ofició al Banco del Pichincha a remitir la información sobre el reclamo presentado por Rafael Correa. Dos meses después, esta entidad le dio a conocer que en la transferencia de activos y pasivos (escritura de cesión de derechos) de Filancard a favor del Banco del Pichincha, se podía observar su nombre como tarjetahabiente pendiente de pago. Siendo de esta manera puesto que el Banco de la Previsora había interpuesto un juicio verbal sumario por mora en el pago de la tarjeta el 23 de abril de 1999.

Además existió otro requerimiento de la de la superintendencia la cual fue realizada el para que el demandado remitiera otros documentos relacionados con la obligación mencionada. En esta comunicación el presidente del banco admite que conoce aquella demanda que ya se había iniciado en el juzgado tercero de lo Civil del Pichincha el 23 de abril de 1999, para el cobro de la tarjeta, pero lo que tiene más relevancia es que sostiene que "no corresponde a nuestra institución presentar los justificativos sobre el origen de la obligación vencida, contraída por el deudor con el Banco la Previsora y si la decisión del juez de lo civil fuera favorable al deudor, extinguiendo la deuda, el acreedor como es su derecho, solicitara a Filanbanco S.A., el reintegro de lo pagado por la transferencia de ese activo a su favor".

Dada la renuencia del Banco de Pichincha en modificar su conducta, Rafael Correa acude ante el Juez tercero de lo civil del Pichincha, sin haber sido citado, en juicio verbal sumario 613-99 dándose por citado, señalando casillero judicial y solicitando se fije día y hora para una audiencia de conciliación.

La audiencia de conciliación se llevó a cabo el día 21 de enero de 2004 a la que no acudió la parte actora. Durante dicha audiencia Rafael Correa interpone sus excepciones, las mismas que fueron concordantes con las diferentes comunicaciones ya dirigidas al banco de pichincha. En la etapa probatoria la parte actora no compareció ni pidió práctica de prueba algún. Pero por su parte Rafael Correa como demandado solicita la práctica de diferentes diligencias probatorias tendientes a demostrar que la obligación demandada por el valor de 1'660.634.00

sucres era inexistente e imposible, ya que se encontraba fuera del país en las fechas entre agosto de 1997 y agosto de 2001 en que supuestamente se generó la obligación.

Por no existir celeridad para resolver la causa, Correa demanda la recusación al Juez tercero de lo civil de Pichincha, por lo que el caso pasa a ser conocido por el Juez sexto de lo Civil de Pichincha, quien el 15 de Junio de 2006 a las 9h48, dicto sentencia, la misma que se ejecutorio, en la que declaro lo siguiente: CUARTO.- El encausado con el aporte probatorio, a más de justificar que en el lapso comprendido desde agosto de 1997 y agosto del 2001, se hallaba fuera del país, probó la imposibilidad de realizar consumos con la tarjeta de crédito lo cual se corrobora con la actitud negatoria del accionante para exhibir los comprobantes de los consumos o las copias de los estados de cuenta solicitados por el demandado.

Por tal razón *“La obligación no tiene soporte y se vuelva inexistente y, siendo inexistente, en la misma carece de derecho el actor para proponer la demanda. Por las consideraciones anotadas y sin que haya necesidad de un mayor análisis de la prueba actuada, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, aceptándose las excepciones, por falta e insuficiencia de prueba por parte del accionante.”* (Caso La Previsora contra el Eco. Rafael Vicente Correa Delgado , 1999)

Así resulta que el banco de Pichincha fue cesionario de un derecho inexistente y a sabiendas de la no existente obligación este se abstuvo de corregir sus errores y no contesto a los pedidos de los documentos que acrediten la obligación.

En base a estos fundamentos, Rafael Correa manifestó: que esta actuación le causó graves daños, es decir, daño moral, al constar como deudor moroso en la Central de Riesgos. Adicional a esto, argumentó que se vio afectada su imagen pública, para ese entonces se encontraba ejerciendo el cargo de Ministro de Economía.

DEMANDA POR DAÑO MORAL:

El Economista Rafael Correa Delgado en septiembre de 2002, al solicitar la emisión de la tarjeta de crédito DINERS, se entera que se encontraba registrado en la central de riesgos del Banco de Pichincha como deudor moroso, con categoría E, según se le informo que tenía una deuda con cargo de la tarjeta VISA

4565120126654008, y que el saldo era de \$136,00 dólares de los Estados Unidos de América.

Dicha obligación se afirmaba que era de una tarjeta de crédito que mantuvo en el Banco la Previsora y cuya cuenta había terminado antes de salir del país en el año 1997.

Para el año 2000, el Banco de la Previsora fue absorbido por el Banco Filanbanco, y en agosto de 2001, el Banco Pichincha absorbió al Banco Filanbanco, es decir, adquirió las operaciones de la tarjeta Filandcard, que incluían la operación de Rafael Correa con la tarjeta VISA.

En el mes de diciembre del 2005, según manifestó el Banco de Pichincha, Rafael Correa realizó el pago por \$169.00 dólares por lo cual fue retirado su registro de la Central de Riesgo de la Superintendencia.

A pesar de esto, Rafael Correa demanda al Banco de Pichincha por los perjuicios Causados por haber estado registrado en la Central de Riesgos, por concepto de daño moral. En la demanda se consigna por concepto de indemnización pecuniaria a título de reparación de daño moral el valor de \$ 5.000.000.00 (cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América).

Pruebas de la parte demandada:

- a) Registros históricos de la central de riesgos desde el año 1997 en los que consta las calificaciones al deudor desde la tipo B hasta la tipo E.
- b) Copia de la escritura pública de transferencia de activos y pasivos que hace Filanbanco a favor del Banco de Pichincha otorgada el 24 de agosto del 2001.
- c) Oficio del 20 de mayo de 2003 por parte del director de reclamos de la superintendencia de bancos en el que solicita al gerente general del Banco de Pichincha para que dé un informe detalladamente respecto al reclamo presentado por el Rafael Correa, al respecto informa que revisada la escritura de transferencia de activos y pasivo que hizo Filandcard a favor del banco de Pichincha se aprecia el nombre del señor Rafael Correa como saldo deudor tarjetahabiente, lo que demuestra que con la transferencia constaba el nombre del actor, hecho indiscutible, mismo que el demandado solicita se agregue y se tenga como prueba de su parte.

d) Oficio del 16 de julio de 2003 dirigido al director de reclamos de la superintendencia de bancos por el procurador Judicial de Banco de Pichincha, en el cual se informa que correa consta en la escritura de transferencia de activos y pasivos de Filanbanco a favor del Banco de Pichincha, con saldo deudor de \$ 160,33 por el uso de la tarjeta.

e) Oficio del 18 de julio de 2005 dirigido al gerente del Banco de Pichincha que fue suscrito por el intendente nacional de instituciones financieras en el que pide información sobre el oficio que dirigió correa sobre la supuesta obligación que mantiene por su tarjeta. Al cual se responde con oficio insistiendo respecto a al contenido de la escritura cuya obligación habría tenido origen en la tarjeta VISA PREVISORA que se demandaba para obtener el pago en el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha.

f) Copia certificada de un comprobante de pago del Banco de Pichincha hecho por Rafael Correa, y un certificado dirigido a Rafael Correa con el cual se le certifica que el 20/12/2005 cancelo la obligación por lo que no tiene obligación por la tarjeta.

De los recaudos revisados no hay documento alguno que evidencie la obligación contraída por Rafael Correa ya que solo existía esa información de forma informática. Pero lo que sí se puede apreciar es que existía un registro de la Escritura de transferencia de cartera del Banco la Previsora hacia Filanbanco y luego al Banco de Pichincha en la que se encontraba la obligación vencida de Rafael Correa y manteniendo su nombre en la Central de Riesgo.

Pruebas de la parte actora:

a) Copia certificada de la comunicación del 29/05/2007 suscrita por el señor Carlos Pérez Barriga y la nota informativa titulada " hoy vence plazo para funcionarios morosos", en cuyo texto se lee: "En la lista de la comisión legislativa también consta el Ministro de Economía y Finanzas Rafael Correa con un valor pendiente con el Banco de Pichincha calificado con el riesgo E".

b) Oficio del 31/08/2006 suscrito por Rodrigo Espinoza en calidad de Director Nacional de Estudios de la Superintendencia de Bancos que informa " de la revisión de la base de datos de la Central de R, se observa que Rafael

Correa registra operaciones con Filanbanco y Banco del Pichincha desde marzo de 2001 y agosto de 2001 las mismas que se encuentran canceladas". Además del oficio de Rodrigo Espinoza en el que dice: "esta institución no crea ni responde por el contenido de dicha base de datos ya que los datos individuales que viene de la central de Riesgo son suministrados por las instituciones del sistema financiero ", además se adjunta una comunicación del 13/09/2006 suscrita por Rodrigo Espinoza en la que dice "revisada la información de nuestro sistema de computación a Rafael Correa se le había extendido la tarjeta y mantenía el saldo indicado (\$136.98) con lo cual se justifica su reporte en el sistema de la Central de Riesgos.

- c)** Exhibición de documentos que constan en fojas 557, 558 y 559, cuya acta consta en foja 560 del proceso con lo cual se demuestra que hubo diferentes comunicaciones por parte de Rafael Correa al Banco de Pichincha solicitando el soporte de la deuda que se le atribuía.
- d)** Solicitud del 1/08/2006 suscrita por Jaime Pazmiño referente al oficio y reclamos presentados por Rafael Correa contra el Banco de Pichincha, en la que Pazmiño solicita al Banco de Pichincha la exhibición y demostración de los respaldos de la presunta obligación por lo que Rafael Correa se mantiene en la Central de Riesgos.
- e)** Copia de la sentencia del 15/06/2006 a las 9h48, en la que se acepta las excepciones de Rafael Correa y en la que se determina que por falta de pruebas del accionante se rechaza la demanda propuesta por el Banco la Previsora.
- f)** Se aportó como prueba del actor el proceso que motivo la sentencia mencionada anteriormente.
- g)** Se adjunta la confesión rendida por Acosta Espinoza (ver quien es), en la que se puede observar que el Banco de Pichincha no tiene ni ha tenido en su poder vales o vouchers que justifiquen gastos con la tarjeta VISA Banco la Previsora y además en la que consta que el Banco de Pichincha mantuvo en la Central de riesgos a Rafael Correa desde que obtuvo la cartera hasta que Rafael Correa efectuó el pago.

SENTENCIA

Con la confesión judicial rendida por el señor Acosta Espinoza gerente del Banco de Pichincha, el Juez determina que se puede apreciar que el Banco del Pichincha no ha tenido los vales o vouchers que justifiquen los consumos realizados por el actor con su tarjeta.

El juez expresa que al mantener en el registro de la central de riesgos al Actor a pesar de no existir documentos que respalden la obligación, se está cometiendo un acto antijurídico y más aún cuando esta información se ha difundido por medios de comunicación se está ofendiendo al honor, el buen nombre, en fin desprestigiando al actor.

Además que el actor ha acudido con sus peticiones a la entidad en la que se tiene el registro, cuanto al organismo de control sin que se le haya atendido su pedido, esto es, no se le proporciono los documentos y respaldos necesarios que permitan examinar su situación del crédito.

El juez sostiene que el dinero tiene una función satisfactoria para la víctima, sin que esto signifique prostituir al dolor, poniéndole un precio, ni desagradar a los sentimientos por dicha vía, sino brindar desde la óptica jurídica, una respuesta razonable a través de una compensación.(pág. 33).

En la parte resolutive de la sentencia de primera instancia dictada el 29 de octubre de 2008, a las 08h45, por el Juez Primero de lo Civil de Pichincha, podemos observar que establece:

“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desechándose las excepciones propuestas por la parte demandada, de conformidad con los artículos 1453, 2231 y 2232 del Código Civil, se acepta la demanda y se fija en cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América la indemnización que queda obligada a pagar inmediatamente el Banco Pichincha, al señor Rafael Vicente Correa Delgado por los daños morales a él causados.” (Caso Rafael Correa Delgado contra el Banco de Pichincha , 2007).

Posterior a esta decisión, la parte demandada pidió que se dé la aclaración y ampliación de la sentencia puesto que al momento de resolver, el Juez no resolvió algunos de los puntos controvertidos respecto a frutos, intereses y costas.

El Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, el día 22 de Diciembre del 2008, a las 09h12, atendiendo a la petición formulada por el demandado se pronunció al respecto y rechazo la excepción de prescripción que alegaba el banco de pichincha.

APELACIÓN

En la decisión dice que el hecho de reportar en la central de riesgos a un sujeto de crédito no es un acto ilícito como lo sostiene el actor, sino que es una obligación regulada en el art. 27 de la ley general de instituciones del sistema financiero.

El tribunal expresa que el registro en la central de riesgos si bien no es un acto ilícito del Banco de Pichincha si en realidad existiera deuda, pero el crédito fue declarado inexistente con sentencia del Juez sexto de lo civil del Pichincha en el caso seguido por el Banco la Previsora contra Rafael Correa, el 15 de Julio de 2006. De tal manera el demandado hizo abuso de su derecho porque ejerció de manera incorrecta su facultad de mantener a todos sus clientes en la central de riesgos sin analizar cada una de sus acreencias. Y esto se suma que el Banco del Pichincha no hizo efectivo el derecho del tarjetahabiente de acceder a la información sobre el supuesto crédito a pesar de los reiterados pedidos.

Examinado el expediente la sala concluye que el Banco del Pichincha actuó negligentemente por no revisar el expediente del actor, el crédito del actor y no dar los documentos oportunamente, a tal punto que el caso seguido por el Banco la Previsora contra Rafael Correa creaba un soporte de información que se podía otorgar como respuesta a los pedidos del tarjetahabiente.

Como consta en proceso solo por requerimiento del 14 de mayo de 2003 por la superintendencia de bancos se logró que el Banco del Pichincha diera a conocer la transferencia de activos y pasivos (escritura de cesión de derechos) del Filancard a favor del Banco del Pichincha en la que se podía observar su nombre como tarjetahabiente pendiendo de pago. Siendo de esta manera puesto que el Banco de la Previsora había interpuesto un juicio verbal sumario por mora en el pago de la tarjeta el 23 de abril de 1999.

Además existió otro requerimiento de la de la superintendencia la cual fue realizada el 18 de julio del 2005 para que el demandado remitiera otros documentos. En esta comunicación el presidente del banco admite que conoce aquella demanda que ya se había iniciado por en el juzgado tercero de lo Civil del Pichincha el 23 de abril de 1999, para el cobro de la tarjeta, pero lo que tiene más relevancia es que sostiene que "no corresponde a nuestra institución presentar los

justificativos sobre el origen de la obligación vencida, contraída por el deudor con el Banco la Previsora. Si la decisión del juez de lo civil fuera favorable al deudor, extinguiendo la deuda, el acreedor como es su derecho, solicitara a Filanbanco S.A., el reintegro de lo pagado por la transferencia de ese activo a su favor ". El tribunal considera que toda esta declaración es INADMISIBLE ya que el banco de Pichincha al ser sucesor del Banco de la Previsora y Filanbanco estaba sujeto a las normas de la ley general de instituciones del sistema financiero, a las cláusulas del contrato de otorgamiento de la tarjeta de crédito y a las resoluciones de la superintendencia de bancos, todas estas disposiciones reconocen al tarjetahabiente el derecho a acceder a la información sobre el manejo del crédito obligación que no cumplió el Banco del Pichincha.

Además se manifiesta que por el hecho de haber incluido el nombre del demandante en el registro público en base a una obligación inexistente, este hecho ha producido angustia, prueba de ello es los constantes pedidos que hizo al banco para que se le otorgue información sobre el crédito, sobre todo porque el registro le impedía solicitar créditos en otras instituciones financieras.

La sala luego de analizar las pruebas en conjunto acorde a las reglas de la sana crítica concluye que el actor fue víctima de daño moral.

Rechaza la excepción del Banco del Pichincha basada en el artículo 2235 respecto a la prescripción de la acción, de acuerdo a este artículo las acciones por daño moral sea por dolo o por culpa prescriben en 4 años contados desde la perpetración del acto. De tal manera la sala considera que se generó un acto ilícito por la información que el Banco del Pichincha proporcionaba a la central de riesgos, ya que la central de riesgos solicita información mensual para mantenerse actualizada cuando la información es maliciosa, como en el presente caso que por no existir crédito el registro es un acto ilícito. Por lo tanto cada fecha en la que se registró en la central de riesgos esta obligación inexistente sería la fecha en la que se está generando este ilícito, de tal manera se puede apreciar que el último registro fue el 30 de noviembre de 2005, y desde aquella fecha hasta la fecha de la demanda que fue en año 2007 no ha transcurrido el tiempo necesario para que opere la prescripción.

Respecto a los parámetros para la cuantificación de la indemnización, aparte de la cuantía de la deuda, las circunstancias, y la gravedad del daño, la sala considera

que bien puede servir tanto el periodo de tiempo que el Banco de Pichincha mantuvo en la central de riesgos con la categoría E al accionante, así como el texto del mandato constituyente 2 relativo a la remuneración máxima en el sector público, que según el artículo 1 ascendería a cinco mil dólares mensuales; indemnización esta que el ofensor debe abonar a la víctima del agravio moral y que dicha indemnización ascendería a 255.000 dólares, calculo que se fundó tomando en cuenta que el accionante se mantuvo en la central de riesgos por un lapso de 51 meses. Pero a esta cantidad la sala considera que debe añadirse las erogaciones que debió realizar por la defensa del juicio en su contra iniciado por el Banco de la Previsora, y las molestias causadas por el tiempo empleado infructuosamente para conseguir que el Banco del Pichincha le otorgue la documentación en la que se respalda la obligación por la cual se generó el registro en la central de Riesgos con categoría E.

De tal forma la sala admite el recurso de apelación y se reforma la sentencia impugnada en cuanto al monto de la indemnización que se la fija en 300.000 dólares americanos. Notifíquese, lunes 27 de julio de 2009.

CASACION

El presente recurso fue planteado tanto por la parte demandada como por la parte demandante.

Recurso propuesto por el Banco de Pichincha

El Banco de Pichincha expresa que el hecho de estar fuera del país Rafael Correa no significa que no quede un saldo en su tarjeta, durante el termino de prueba se solicitó que correa presente los documentos que acrediten que termino el contrato y la cancelación de la obligación. Diligencia que se realizó por providencia del Juez de primera instancia, pero en dicha diligencia el actor no presento ningún documento que apruebe la terminación y cancelación mencionada.

Filanbanco en la liquidación como parte del Estado Ecuatoriano vendió al Banco de Pichincha esta obligación que según sentencia es declarada inexistente, es decir este perjuicio causado por el Estado Ecuatoriano, los Jueces lo adicionan como perjuicio del Banco de Pichincha, condenando a cancelar 300.000 dólares. Además en esta compra se encontraba incorporada la obligación y el registro en la central de riesgos de Rafael Correa desde el año 1998, de lo que se deduce que el Banco

de Pichincha no realizó ni acción ni omisión ilícita acorde a los documentos de compraventa de activos y pasivos del 24 de agosto de 2001, es decir el Banco de Pichincha no creó esta obligación pues esta ya era existente desde el año 1998.

Además el banco de Pichincha considera que se aplicó indebidamente el artículo 2232 del Código Civil ya que el demandante no sufrió daño moral puesto que fue designado Ministro de Economía por el presidente Alfredo Palacio y elegido presidente de la república por dos veces por alta votación, lo cual es un hecho público y notorio, que no requiere ser probado.

El Banco de Pichincha expresa que no existe daño moral como se expresa el actor en la demanda, porque nunca se difundió por medios públicos el registro de la central de riesgos ya que de acuerdo al artículo 92 de la ley general de instituciones del sistema financiero el Banco de Pichincha está obligado a mantener en secreto toda información que conste en el registro de la central de riesgos.

Además el daño moral de acuerdo al artículo 2232 del Código Civil ocurre cuando existe sufrimiento psíquico, angustias, ansiedad, humillación u ofensas semejantes, pero en este caso el actor jamás justificó con certificación alguna que haya sufrido este tipo de dolencias.

En el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil ordena que la indemnización se halle justificada por la gravedad de perjuicio sufrido y de la falta, y según la falta o perjuicio será mayor o menor indemnización, por lo cual la cantidad de dinero que se imponga deberá ser proporcional a la gravedad del daño causado. Pero en segunda instancia se estableció el monto de la indemnización en base al mandato constituyente 2 relativo a la remuneración máxima en el sector público que de acuerdo a su artículo 1 ascendería a 5.000 dólares mensuales que ascendería a 250.000 dólares acorde al cálculo del periodo que permaneció en la central de riesgos el demandante y sumándose a este monto por erogaciones por su defensa y molestias causadas, pero como se puede apreciar este mandato es de enero del año 2008 y aplicarlo sería una violación al artículo 7 del Código Civil ya que la ley no es retroactiva, puesto que los datos que consta en la demanda son anteriores al mandato, y además en esta fecha de la demanda Rafael Correa trabajaba en el sector público como ministro de finanzas solo por tres meses y dejó de serlo por discrepancias con Alfredo Palacio lo cual es público y notorio y no por causa del registro en la central de riesgos, es por lo tanto sin fundamento la decisión de la corte al mandar a pagar 300.000 dólares.

La sala debió mandar a pagar 2000 dólares mensuales ya que al tiempo de la demanda el señor Correa estaba trabajando como profesor universitario y no como ministro y además el estar en la central de riesgos no perdió su trabajo entonces como se puede observar otorgar esa indemnización duplica en demasía por años respecto a sus ingresos mensuales, por lo tanto se puede decir que los jueces no han establecido una cuantía Prudencial.

Y por último respecto a la prescripción de la acción por daño moral como se sabe consta en el artículo 2235 en cuyo texto establece que se tiene 4 años para accionar desde que se ha perpetrado el acto, por lo tanto para la prescripción de este tipo de acción se debe contar desde el momento que se cometió el acto, en este caso sería desde que el Banco la Previsora registro al demandante en la central de riesgos en agosto de 1998 o en el peor de los casos en febrero de 2001 cuando Filanbanco vendió la deuda al Banco de Pichincha. Como se aprecia la demanda fue propuesta el 5 de febrero de 2007, por lo cual no cabe duda que la posibilidad de accionar prescribió ya que en ambos casos sobrepasaron los 4 años que se tiene para efectuar dicha acción, pero los jueces que conocieron el recurso de apelación hacen una indebida aplicación del artículo 2235 al decir que la información periódica que requiere la autoridad de control respecto a los datos que se registren en la central de riesgo hace que se cada vez que se registren los datos mensuales se crea un delito nuevo e independiente por lo cual toman la última fecha del último registro que ocurrió el 30 de noviembre de 2005, con lo cual se está beneficiando al señor Correa puesto que el artículo 18 del Código Civil dispone que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Además el Banco menciona que el pago de la tarjeta realizado por la secretaria de Rafael Correa sin su autorización ya que ella desconocía del juicio, hace deducir que Correa cancelo la obligación, ya que el pago hecho por un tercero es válido y más aún porque la secretaria es una persona de confianza de su jefe ya que obedece las ordenes de su jefe, entonces al pagarse la deuda Correa está aceptando la obligación y por lo tanto su validez. De lo que se infiere que los jueces de segunda instancia no aplicaron el artículo 1588 Código Civil.

Recurso propuesto por Rafael Vicente Correa Delgado.

Los jueces al establecer la indemnización por daño moral toman como base la remuneración mensual del presidente de la república, pero para Rafael Correa esta decisión es algo que no tiene fundamento legal acertado, doctrinal ni

jurisprudencial. Además hace referencia a que no se ha tomado en cuenta las remuneraciones adicionales ni el fondo de reserva, dándose por lo tanto una aplicación indebida del mandato constituyente numeral 2 de la Asamblea Constituyente registro oficial 261 del 28 de enero de 2008.

Menciona el artículo 416 del código de procedimiento penal en el cual se establece que en caso de aceptado el recurso de revisión por la corte nacional y se revoque o reforme la sentencia invocada, el injustamente condenado tiene derecho a una indemnización equivalente al cuádruple de su salario acorde a su declaración del impuesto a la renta, y es obligación del estado proporcionar al injustamente condenado un trabajo acorde a su necesidades y formación. Y si no existe declaración de la renta se le otorgara el cuádruple de la remuneración básica al momento de ingresar a prisión por el tiempo que permaneció en prisión, se presume de derecho que esta disposición aplica para los casos de daño moral, por lo tanto acorde a esta disposición la cantidad establecida por la sala no es la adecuada ya que la suma debería ser superior al millón de dólares, sin tomar en cuenta el trabajo y sin declinar la demanda original.

Decisión de los jueces Nacionales

En el daño moral la prueba que debe darse será la del hecho ilícito que lo ha provocado y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico la reparación del daño moral puede ser demandada si tales daños son resultado de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a prudencia del juez la determinación de la indemnización reclamada.

El registrar en la central de riesgos al actor, y mantenerlo registrado a pesar de no tener los documentos que respalden la obligación, se comete un acto antijurídico, que produce daño, más aun cuando la información se difundió por medios de comunicación afectando al honor, el derecho al buen nombre y sin que se le haya atendido respecto a las peticiones de los documentos que sirvan de respaldo de la obligación, se ha generado daño moral.

El artículo 2235 del Código Civil señala que las acciones por daño moral prescriben en 4 años contados desde el momento de la perpetración del acto. En este caso el acto ilícito se originó en la información periódica que el banco proporcionaba a la Central de Riesgos, la última de las cuales se ocurrió el 30 de noviembre de 2005, desde esa fecha hasta la fecha de la presentación de la demanda (10 de enero de

2007) no ha transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción extintiva.

El art 2232 deja a prudencia del juez la determinación de la indemnización, lo cual es perfectamente coherente con la naturaleza subjetiva del daño moral, por lo tanto cualesquier método de cálculo: por salarios, impuesto a la renta, indexación por índice de precios, etc. Son propias para fijar solo los daños materiales que no fue lo que se demandó en este juicio y que por ello no debe aplicarse. Por lo expuesto cuando el tribunal determino la indemnización en base al mandato constituyente 2, respecto a la remuneración máxima en el sector público, está usando un método ajeno a la naturaleza subjetiva del daño moral y por lo tanto existe aplicación indebida de dicho mandato constituyente.

Sentencia de Casación.

Por la motivación que antecede la sala de lo Civil, Mercantil y Familia dela Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PEUBLOSOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA COSNTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa el fallo dictado por la segunda sala de lo Civil, Mercantil, inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27de julio de 2009, a las 16h 34, y en su lugar atentas las circunstancias analizadas y en uso de la facultad conferida por el inciso final del artículo 2232 del Código Civil, se fija la indemnización pecuniaria a título de reparación, en seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América que deberá pagar el Banco Pichincha CA al economista Rafael Vicente Correa Delgado.” (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Juicio No. 946-2010, Caso Rafael Vicente Correa Delgado contra Banco Pichincha, de 28 de abril de 2010)

Análisis:

En el presente caso podemos realizar a las siguientes observaciones:

Primera Observación:

En la demanda del presente caso se puede observar que el actor pide una indemnización de 5'000.000,0 (cinco millones de dólares) por concepto de reparación de daño moral.

En el presente caso el Juez considera que el registro del actor en la central de riesgos sin tener documentos que respalden la obligación, genera un acto antijurídico por parte del Banco de Pichincha y más aún cuando esta información se

ha difundido por los medios de comunicación (medios escritos) con lo cual se ha generado un daño moral ya que se ha afectado el Honor, el derecho al buen nombre y se ha desprestigiado al actor.

El juez dice que es suficiente con la valoración objetiva realizada de la acción antijurídica en el presente caso ya que el padecimiento se tiene como supuesto del hecho antijurídico que lo provoca y más aún porque el daño moral y su intensidad puede no tener una manifestación externa, quedando en el fondo del alma. Razón por la cual en la primera instancia el Juez al momento de emitir su sentencia y determinar el valor de la indemnización, se basó exclusivamente en la petición del actor, y no se puede observar en el caso un examen estricto de las diferentes circunstancias personales de las partes.

Se puede observar que el Juez de esta instancia no aplicó parámetros objetivos para determinar el monto de la indemnización, ni tampoco uso el principio de prudencia al momento de la cuantificación. Esta decisión es un ejemplo en el que se puede observar que la resolución del Administrador de Justicia, busca enriquecer al actor del proceso, sin tomar en cuenta que la indemnización por este tipo de daño se debe dar en base al dolor sufrido y no con el fin de enriquecer. Entonces con esta decisión no se estaría dando una motivación adecuada y por lo tanto se estaría actuando fuera de lo establecido en la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Función Judicial que al respecto reza:

Artículo 76 no. 7 letra L de la Constitución de la República: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*

Art. 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial: **“Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.-** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:

4. *Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.*

De acuerdo a estos artículos el juez necesariamente debe motivar la sentencia, puesto que en la sentencia de primera instancia el Juez estableció el monto de la reparación exclusivamente en base a la petición de la demanda y sin que se pueda observar un examen minucioso sobre las circunstancias personales del actor y mucho menos del demandado que le hubiese permitido cuantificar más apegado a derecho y no solo decir que con el registro en la central de riesgos es suficiente para considerar que existió daño moral.

La pretensión fijada en la demanda es el límite que no se debe sobrepasar al momento de emitir una decisión, en este caso si fue observado dicho límite ya que el monto fijado en la sentencia fue igual al valor solicitado en la demanda, puesto que en ningún caso el Juez podrá mandar a pagar una cantidad mayor de la fijada como cuantía del juicio, de lo cual se entiende que el actor limita su pretensión con la cuantía de la demanda y si el Juez condena que se realice un pago con un monto superior, estará resolviendo ultra petita.

Segunda Observación

El Banco Pichincha mediante la escritura otorgada el 24 de agosto de 2001, adquirió los activos y los pasivos de Filanbanco, en esta escritura aparece el saldo por cobrar a Rafael Correa. El cesionario mantuvo reportado al actor como deudor con calificación E en la central de riesgos y este hecho no sería ilícito si efectivamente hubiese existido deuda, pero el crédito fue declarado inexistente por el Juez sexto de lo Civil de Pichincha, el 15 de Julio de 2006, por lo que en la sala primera de lo civil de Pichincha considera que el Banco de Pichincha cometió un acto ilícito cuando mantuvo registrado a Rafael Correa en la central de riesgos por una obligación declarada inexistente que produce daño al afectado, más aun cuando esta información se ha difundido por medios de comunicación mancillando el honor, el derecho al buen nombre, desprestigiándolo., aun cuando la sentencia declaratoria fuere posterior a la cesión de activos.

La Corte Provincial de Pichincha al aceptar el Recurso de Apelación sobre la sentencia de primera instancia, manifiesta que ha existido un abuso de derecho por parte del demandado, ya que el Banco Pichincha al adquirir la cartera vencida de la otra institución, le correspondía analizar la situación de cada uno de sus clientes y respecto a los tarjetahabientes morosos debía decidir si mantenerlos o no en el registro de la Central de Riesgos con la categoría que les correspondía. Por lo cual la Corte Provincial considero que el banco actuó con culpa ya que no fue cuidadoso ni diligente en proporcionar al actor la documentación que respaldaba la mora por la

cual se le registro con la categoría E en la Central de Riesgos, que es registro público al que todas las personas tienen acceso, por tal razón la corte reconoció que el actor sufrió angustia y dolor y por lo tanto se generó daño moral en el demandante.

Además se considera que los diferentes recaudos probatorios adjuntados por el Banco Pichincha no se aprecia documento alguno que evidencie la obligación contraída por Correa, sino que la única fuente de información de la obligación fue de carácter informático, es decir a través del centro de cómputo de la institución bancaria, y que por efectos de la transferencia de activos y pasivos paso a los registros como obligación vencida del Banco Pichincha C.A.

Con respecto a la excepción de prescripción de la acción por daño moral determinada en el artículo 2235 del Código Civil planteada por el Banco Pichincha, el tribunal al respecto expresa que el artículo 97 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero determina que la información que se registra en la central de riesgos será acorde a lo que determina la Superintendencia de Bancos, lo cual es en forma mensual, lo cual permite mantener actualizada la información individual, pero cuando la información es maliciosa o *como en este caso no existe el crédito, cada registro del supuesto crédito es un acto ilícito independiente*. Por lo tanto cada fecha de registro realizado en base a los datos proporcionados por la institución demandada es un acto ilícito, dándose el último registro el 30 de noviembre de 2005. Desde esta última fecha hasta la presentación de la demanda no ha transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción, dándose de tal manera un rechazo a dicha excepción planteada.

Sobre el monto de la indemnización por perjuicio moral la sala otorga un valor de \$300.00 (treientos mil dólares) que debe cancelar el Banco Pichincha a Favor de Rafael Correa, este monto se determinó tomando como parámetro el mandato constituyente 2 relativo a la remuneración máxima en el sector público que de acuerdo a su artículo 1 establece que la remuneración es de 5000 dólares mensuales; que se multiplicó por el número de 51 meses que se mantuvo en el registro de la Central de Riesgos el demandante.

Tercera Observación

En la fase de Casación se considera que el daño moral es una lesión que una persona sufre en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otra. Y expresan que para que exista del daño moral no es necesaria la

prueba del sufrimiento humano ya que el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa por lo tanto su decisión se basa exclusivamente en el hecho de considerar que el padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica, por lo tanto la prueba del daño moral debe ser la prueba del hecho ilícito que lo provoca, razón por la cual procede la reparación porque el actor ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.

Este Recurso de Casación fue presentado por ambas partes, pero nuevamente el Banco Pichincha es el responsable ya que al mantener registrado en la Central de Riesgos al actor a pesar de no tener los documentos que respalden la obligación, se comete un acto antijurídico, que produce daño afectando al honor, el derecho al buen nombre y sin que se le haya atendido respecto a las peticiones de los documentos que sirvan de respaldo de la obligación, se ha generado daño moral, De tal manera se estableció que el Banco cancele la cantidad de \$600.000(seiscientos mil dólares) por concepto de reparación por daño moral.

ANÁLISIS PERSONAL

Como se pudo apreciar en el presente caso se estableció la existencia de daño moral en las tres instancias y llegando todas a la conclusión de que la conducta antijurídica que generó el ilícito fue el registro de Rafael Correa en la central de riesgos con categoría E sin tener los documentos necesarios que respalden a la obligación con lo cual se causó daño moral.

En este caso los jueces explican que tal registro causó angustia al actor, pero no existe ninguna prueba al respecto, pues no existe ningún peritaje que lo determine y por lo tanto no se puede demostrar que hubo esa angustia, sino que solo se toma el registro en la central de riesgos como base para establecer el daño moral, las tres instancias manifiestan que para que exista daño moral no es necesario la prueba del sufrimiento humano ya que el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, por lo tanto consideran que no se requiere prueba directa del mismo, ya que el padecimiento se tiene como supuesto del hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente con la valoración objetiva de la acción antijurídica, por lo tanto la prueba del daño moral debe ser la prueba del hecho ilícito que lo provoca. De tal manera lo que se llegó a probar fue el hecho dañoso o sea el registro, pero esto no es suficiente para establecer que existe daño moral.

Esta decisión de los Jueces está basada solo en la ilicitud del hecho lo cual es una resolución incompleta ya que si observamos lo que expresa el doctor José García Falconí en su obra El juicio por daño moral, para la existencia de daño moral debe probarse tres cosas a saber:

1.- La licitud del acto o hecho, pues en caso de que la persona que hubiere ocasionado el daño, lo hubiere hecho por mandato de la Ley o en cumplimiento de su deber, no existiría tal ilicitud y por tal no cabría sentencia condenatoria por daño moral;

2.- Probar el daño ocasionado; y,

3.- Probar la relación de causalidad existente entre el acto o hecho ilícito cometido y el daño ocasionado. (Falconí, 2005, págs. 90-91)

Respecto a estos requisitos en este caso si hubo el hecho ilícito que fue registrar sin tener documentos que acredite la existencia de esa obligación por lo que se la declaro inexistente, pero nunca se dio un examen minucioso en el que se logre demostrar el sufrimiento o angustia que el actor expresaba en su demanda, ya que el daño moral radica exclusivamente en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o psíquico, de ahí que la indemnización que lo repara se denomina en doctrina Pretium Doloris, ya que el daño moral proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, en último término todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño.

Es decir el perjuicio moral en las tres instancias fue establecido únicamente en base a la prueba del hecho ilícito y nunca existió prueba del resultado dañoso, o sea no hubo prueba alguna con lo que se observe una afección o sufrimiento del actor, por lo cual no se cumplió con el tercer requisito que nos indica García Falconí ya que no existió una relación de causalidad referida a un hecho como causa y a un daño como efecto del mismo.

Con respecto al **monto de la indemnización** en las diferentes instancias se determinaron diferentes montos, pero solo la segunda instancia se estableció el monto por daño moral basado en un parámetro objetivo es decir en una regulación jurídica de nuestro ordenamiento, que es el mandato constituyente 2 relativo a la remuneración máxima en el sector público artículo 1, la cual se llegó a imponer en

base al número de meses que paso registrado el actor en la central de riesgos; pero esta regulación no tiene nada que ver con la indemnización de daño moral ya que la indemnización por daño moral que toma como base el sueldo o salario se aplica de forma análoga en el derecho civil en caso de muerte de acuerdo al artículo 369 del Código de Trabajo. Y también está mal invocada esta regulación porque cualesquier calculo sea por salario, impuesto a la renta, indexación por índice de precios, esto son métodos propios para fijar el valor por daños materiales y se estaría yendo fuera la naturaleza subjetiva del daño moral que fue lo que se demandó en el presente caso y que por tal razón no debió aplicarse.

Al usar esta Ley No se ha decidido con prudencia porque este mandato era de enero de 2008 y los datos de la demanda son anteriores a la creación de dicho mandato constituyente y aplicarlo sería una violación al artículo 7 del Código Civil ya que la ley no es retroactiva y además en el momento que planteo la demanda Rafael Correa no ganaba ese sueldo ya que en la fecha de la demanda trabajaba en el sector público como ministro de economía y finanzas por un lapso de tres meses y luego al tiempo de la demanda era profesor Universitario y ya no ministro, por lo cual se debía mandar a pagar únicamente 2000 dólares mensuales.

Por lo tanto la indemnización por daño moral en las tres instancias se generó bajo el supuesto de que es suficiente con la valoración objetiva de la acción antijurídica y que por lo tanto no se requiere prueba directa del sufrimiento o angustia que haya padecido el actor del proceso, generándose de tal forma una errada motivación ya que no se siguió el verdadero espíritu del artículo 2232 del Código Civil, pues no ha existido un análisis prudencial de las circunstancias personales del actor ya que no se realizaron peritajes médicos ni psicológicos para examinar el verdadero sufrimiento del actor, sino solo se expresó que el registro en la central de riesgos es indicio suficiente para la existencia del perjuicio moral y su indemnización, dándose de tal manera una insuficiente motivación por la falta de prueba del sufrimiento del actor con lo cual se estaría generando nulidad de la decisión acorde a lo que determina el Art. 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial: ***“Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben:***

4. Motivar debidamente sus resoluciones. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la

pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos.

3.2 Caso seguido por Ángel y Byron Ochoa Jarro contra María de los Ángeles Guallpa Lema y Mariela Susana Peñafiel Guallpa

NO. DE PROCESO:	3310- 2013
ACTOR:	Ángel Eduardo Ochoa Jarro Byron Hernán Ochoa Jarro
DEMANDADO:	María de los Ángeles Guallpa Lema Mariela Susana Peñafiel Guallpa
DELITO:	Daño Moral
ARTICULOS INVOCADOS:	Artículo 66 numerales 3y 18 de la Constitución de la Republica. Artículos 2231 y siguientes del Código Civil.
CUANTÍA:	\$ 40.000 (Cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América)

Antecedentes:

La señora María de los Ángeles Guallpa Lema, presenta una denuncia ante la Policía Nacional del Ecuador, remitida a la Fiscalía, en la cual precisa que "el día miércoles 22 de Febrero del 2012 su sobrina Mariela Susana Peñafiel Guallpa, ha salido de la casa, y al salir a manifestado que va a visitar a los abuelitos, pero ella no ha concurrido a realizar esa visita, sino que por el contrario se llegó a conocer que ha solicitado los servicios de un taxista a quien le ha manifestado que le traslade al Hospital del Rio.

Me comuniqué con la madre de ella, pero a las 19h00 mi hermana Susana me llamo y me indico que la niña está conectada a Facebook y entre los mensajes recibidos hay uno en el que exigen a sus padres la suma de QUINIENTOS DOLARES para dejar en libertad a mi sobrina. De la misma manera tengo sospechas de que la persona que podría estar tras este acto ilícito sería Byron Ochoa o Ángel Ochoa (hermanos), ya que siempre han estado tras de ella".

La denuncia fue conocida por el Señor Fiscal Dr. Xavier Romo Carpio, quien solicita la detención de los señores Ochoa, para fines investigativos, dicho petitorio es concedido por el Señor Juez Segundo de Garantías Penales y Tránsito del Cañar el 7 de mayo de 2012, ordenando la detención la cual se efectiviza el propio día lunes 7 de mayo de 2012, por parte de los policías: María Inés Medina Palacio y Luis Afranio Cambisaca Díaz.

El 8 de mayo de 2012 se señala la Audiencia de Formulación de Cargos contra los exponentes en la cual se dicta medida cautelar de prisión preventiva con la cual se confirma la privación de libertad. En fecha 8 de Mayo del 2012, el señor Fiscal declara concluida la Instrucción Fiscal y se convoca a Audiencia Preparatoria de Juicio, misma que se llevó a cabo el 10 de Octubre de 2012, en la cual el Señor Agente Fiscal, Dr. Xavier Romo Carpio se abstiene de acusar, esto en razón de que: " Del análisis de los elementos de convicción recogidos en la etapa de instrucción fiscal, los procesados han justificado que en ningún momento han tomado contacto de ninguna índole con la señorita Mariela Peñafiel Gualpa ya que en el día del Supuesto Plagio es decir el 22 de Febrero de 2012 el señor Ángel Eduardo Ochoa Jarro se encontraban internado haciendo un curso de policía lo cual se justifica con una certificación otorgada por la Policía Nacional con fecha 22 de mayo de 2012, y de la misma manera se justificó con certificación del 27 de junio de 2012 otorgada por el cuerpo de bomberos de la cual se colige que el señor Byron Hernán Ochoa Jarro había permanecido en la estación de bomberos de la ciudad de Puyo el 22 de febrero de 2012.

En consecuencia ante la falta de acusación fiscal y por falta de indicios recogidos dentro de la instrucción fiscal, el Señor Juez segundo de Garantías Penales dicta AUTO de sobreseimiento del proceso y de los procesados. Por lo manifestado los señores Ochoa Jarro concluyen haber sido víctimas de daño moral que ha manchado su reputación moral con las actuaciones maliciosas.

Demanda de reparación de daño moral:

Con los antecedentes mencionados los accionantes consideran haber sido víctimas de daño moral ya que expresan que con la mentira, engaño, denuncia maliciosa, se afectó su buen nombre ya que no han causado daño a nadie; dicha actitud consideran que a más de haber tachado, ensuciado, deshonrado su buen nombre, produjo también una investigación disciplinaria dentro de la escuela donde el exponente Ángel Eduardo Ochoa Jarro estuvo preparándose para ser policía, llegando al punto de ver desvanecido su sueño de ser parte de la Policía Nacional

del Ecuador, y a la par de lo expuesto se expresa en la demanda que no se puede dejar de lado los gastos económicos que se tuvo que realizar durante todo el tiempo que duro el proceso acaecido.

Además enfatizan el hecho de que el proceso acaecido ha causado un deterioro de la Honra, ya que se ha visto afectada su dignidad y buena imagen, así también su crédito como personas, ya que la confianza, credibilidad que cada ser humano tiene ante la sociedad se ha visto venida a menos, destacando que además se siguió un proceso disciplinario por la policía contra Byron Hernán Ochoa Jarro, cuyo expediente se adjunta a la demanda.

Expresan que con el proceso penal infundado por supuesto plagio se privó de la libertad a los actores, siendo juzgados bajo un proceso injustificado, que tuvo su origen en la difamación por las ahora demandadas con la presente, lo cual afecto su reputación. Difamación que consideran que se dio en primer término con la denuncia maliciosa realizada por la Señora María de los Ángeles Gullpa Lema y más tarde la ratificación de la versión y posterior acusación particular deducida por la señora Susana Peñafiel Gullpa.

Por todo lo expuesto y basados en el artículo 66 numeral 3 y 18 de la Constitución de la Republica y de los Artículos 2231 y siguientes del Código Civil, en Juicio Ordinario demandan a María de los Ángeles Gullpa Lema y Mariela Susana Peñafiel Gullpa, para que en sentencia se condena a la reparación por Daño Moral causado por el proceso penal seguido. De conformidad con el artículo 2232 del Código Civil, se digne determinar la indemnización respectiva, sin embargo dejando de manifiesto el daño causado así como la gravedad del mismo, a la par del ámbito donde se produjo el daño, sabiéndose que una imputación por plagio, es de conocimiento público y está al alcance de la sociedad en conjunto y por el hecho de haber generado la no credibilidad en el cuerpo de policía generando un expediente disciplinario, consideran que esta indemnización pecuniaria por la gravedad del daño moral en una suma no menor a cuarenta mil dólares americanos, con costas procesales y honorarios profesionales.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Se da contestación a la demanda en los siguientes términos:
Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.

Incompetencia del señor juez, ya que al tomar los hechos narrados en la demanda se refieren a una denuncia penal.

Improcedencia de la acción porque no se puede considerar que el ejercicio de una acción penal, civil o de cualesquier naturaleza, que haya sido rechazada por los administradores de justicia sea motivo de indemnización por daño moral, por lo tanto los hechos narrados en el libelo de la demanda no pueden ser considerados como delito o cuasidelito.

Falta de derecho de la parte actora para proponer la demanda porque tanto la denuncia como la acusación no fueron calificadas de maliciosas y temerarias, conforme lo exige la ley.

Reconvienen a los señores Ángel Ochoa Jarro y Byron Ochoa Jarro al pago de daños y perjuicios por la suma de quince mil dólares americanos, honorarios de los abogados por la suma de cuatro mil dólares americanos, por obligar a litigar de forma injusta e inmotivada dentro de este proceso

PRUEBAS DE LA PARTE ACTORA

Prueba documental obrante en las que consta el parte policial del 22 de febrero de 2012 suscrito por el Jefe Provincial de la Policía Judicial del Cañar, mediante el cual se acercaron las señoras María de los Ángeles Guallpa y Esteban Andrés Guallpa Guallpa a realizar una denuncia por plagio de la señorita Mariela Susana Peñafiel Guallpa. El fiscal considerara que existen suficientes elementos de convicción y concluye en que se formulen cargos y en consecuencia da inicio a la etapa de instrucción fiscal en contra de los señores Ochoa Jarro, y solicita al Juez Penal se dicte el Auto de prisión preventiva contra los actores del presente caso como presuntos autores del delito. En efecto la orden judicial se libra el 7 de mayo del 2012. En la etapa de instrucción fiscal, precisa el señor Fiscal del Distrito del Cañar los mismos antecedentes expuestos en la denuncia por los que tiene noticia del hecho que se pesquisa.

Versión que había sido realizada por la ofendida en la fiscalía, en la que manifiesta que no se había pedido quinientos dólares sino cinco mil dólares para liberarla, manifiesta que a los 14 años había sido enamorada de Ángel Ochoa Jarro y que lo fue nuevamente a los 16 años y que en una ocasión le había brindado un caramelo con un sabor distinto al resto de caramelos y que ella había perdido el conocimiento y se había despertado en el interior de una casa y ahí presume que Ángel Ochoa Jarro le había tomado unas fotos desnuda, siendo extorsionada y pidiéndole cada vez dinero; con la denuncia y esta versión el Fiscal solicitó la detención de los hermanos Ochoa Jarro con fines investigativos.

Solicitud de una caución de la medida cautelar por parte de los hermanos Ochoa Jarro, dándose paso a la fianza que fue depositada por su abogado.

Versión de Ángel Ochoa Jarro en la que dice que conoce a la ofendida desde hace diez años y que la ofendida sabía que él es casado y que la ofendida le molesta a su esposa y cree que puede ser un represalia dicha denuncia, indica también que Byron Ochoa Jarro el día 22 de febrero de 2012 se encontraba en la ciudad de Ambato y luego se fue al Puyo.

Certificación del 22 de mayo de 2012 donde consta que el señor Ángel Ochoa Jarro estaba haciendo un curso en la policía.

Certificación del 27 de junio de 2012 otorgada por Héctor Castillo funcionario del Cuerpo de Bomberos Municipal del Cantón Pastaza, en la que consta que el día 22 de febrero del 2012 el señor Ángel Eduardo Ochoa Jarro y Byron Ochoa Jarro pasaron la noche en las instalaciones del cuerpo de bomberos de la ciudad de Pastaza.

Auto de Sobreseimiento Definitivo del Proceso y de los procesados penalmente.

Declaraciones de los siguientes testigos: Ángel Guerrero Becerra y Ana Paguay Hurtado, sobre el interrogatorio formulado por la parte actora ante la Juez décimo de lo Civil de Azogues.

El señor Ángel Guerrero Becerra contestando al interrogatorio expresa: nací en Loja pero que resido en la parroquia Javier Loyola y sin generales de ley con la parte preguntante. Vivía en el sector la Merced de Javier Loyola desde el año 2004, posteriormente en el año 2011 adquirí una casa en el sector "El Carmín" de la misma parroquia, aunque desde que vivía en el sector la Merced conocí a los preguntantes esto es desde el año 2004. Conozco mucho a los preguntantes y sé que son personas honorables, a tal punto que cuando me voy de vacaciones les encargo mi casa. Sé que las personas del lugar les consideran a los preguntantes como personas honorables. Conozco de la detención y del proceso penal seguido contra ellos por información que me proporciono un policía del lugar de apellido Zurita. La madre de los preguntantes me informo que les habían declarado inocentes. Sé que en la actualidad los preguntantes son desprestigiados y su honor se ha visto desprestigiado porque cuando nos reunimos a jugar vóley en el sector y llegan los preguntantes en seguida empiezan los comentarios de que ellos fueron enjuiciados, de que habían violado a una chica, etc. y esto les perjudica. Conozco que Ángel Ochoa Jarro estaba en la Escuela de Formación de Policías, ya que

venía a mi casa a que le ayudara porque antes yo era Policía y sé que ahora es Policía. Conocí por el mismo hermano del preguntante que se le siguió un proceso disciplinario y fue discriminado por sus compañeros. Es verdad que por el juicio penal que se siguió contra los preguntantes, en el sector se comenta en contra de la honra de ellos, se decía que han violado a una chica. A pesar que culminó el juicio penal sin embargo la gente sigue afectando en su honra con diferentes comentarios.

La señora Ana María Paguay Hurtado en cuanto al interrogatorio contesta que reside en la parroquia Javier Loyola unos veinte y cinco años y por eso les conoce a los preguntantes desde que eran pequeños. Les conozco a los preguntantes porque son vecinos, y sé que son honestos y nunca han tenido problemas. Son personas educadas y respetuosas. Me enteré que los preguntantes se vieron involucrados en un proceso penal porque le pregunté a su madre ya que no les veía por el sector. Por la madre de los preguntantes me enteré que se les había declarado inocentes. La mamá de los preguntantes me dijo que era injusta la detención de los preguntantes ya que ellos no habían estado en esta ciudad el día de los hechos. Es verdad que fueron detenidos y estuvieron aproximadamente quince días en esa condición. Se generó un escándalo en el sector cuando se dio la detención de los preguntantes y eso les perjudico absolutamente. Cuando fue detenido Ángel Ochoa Jarro estuvo en la escuela de policía y también convivía con su señora y por ella me enteré que la policía les había seguido un juicio. Es verdad que en el centro parroquial se comentaba que les habían detenido por ser delincuentes.

PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA

Contrainterrogatorio a la señora Ana María Paguay Hurtado y Alba Arévalo Ortega por la parte de las demandadas.

Ángel Guerrero Becerra contesta que dice la verdad porque conoce la sanción de no hacerlo. Actualmente resido en el sector del Carmín esto es desde el 2011 porque anteriormente arrendaba en una casa en el sector la Merced. Soy amigo de lo accionantes. No tengo relación de parentesco con los actores. Conozco a los actores desde el año 2004. Conozco que se le siguió un proceso disciplinario en la Policía Nacional contra Ángel Ochoa Jarro. Sé que el proceso penal seguido contra los actores les afectó psicológicamente. No estoy seguro pero al parecer fue en el año 2012 el proceso penal, razón por lo que les detuvieron. En su trabajo no creo que fueron perjudicados, pero en el sector que residen si fueron perjudicados porque aún se rumora respecto al proceso que se siguió en su contra. No sabe si

el actor fue enamorado de la preguntante puesto que de la vida íntima del actor no sé nada. No conozco a Susana Peñafiel y nunca he visto a Ángel Ochoa de la compañía de alguna enamorada.

La señora Ana María Paguay Hurtado al respecto expresa: digo la verdad porque conozco la sanción de no hacerlo. Vivo en la calle De Los Herreros, Ciudadela González Suarez y los actores a la vuelta. Tenemos una relación de vecindad. No somos parientes. Conozco a los actores desde que estaban en la escuela. La esposa de Ángel Ochoa me comentó que la policía le había iniciado un proceso disciplinario. Sí les perjudico en su trabajo porque incluso tenía que hacer viajes a Quito para traer unos papeles y también ocasionó sufrimiento. No le pregunte a Ángel Ochoa si está trabajando pero igual sufrió con este problema. En el año pasado parece que fue el juicio pero no podría precisar el mes. Si les afectó, porque cualesquier persona que tuviera un juicio le afecta y no se diga si fue un escándalo. Desconozco si Ángel Ochoa fue enamorado de Susana Peñafiel. No le he visto a Ángel Ochoa sino con su esposa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez "C" de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Azogues, expresa que con la prueba actuada se determina que los actores Ángel y Byron Ochoa Jarro han sufrido daños meramente morales, en los términos que determina el artículo 2232 del Código Civil, ya que desde un primer momento se halla justificada la gravedad del perjuicio sufrido que ha manchado la reputación de los actores; se ha provocado un procesamiento inmotivado e injusto, se ha perturbado el honor de las personas de los actores y por ende de su familia, cuyo valoración ha quedado al criterio antojadizo de los demás, más aun si uno de los actores trabaja en la Policía Nacional habiéndose iniciado en su contra un sumario administrativo o disciplinario dentro de la institución y en forma subsiguiente, se ha transgredido la garantía constitucional que tutela el derecho a la honra y a la buena reputación que toda persona debe gozar en forma amplia en un estado social de derecho, como una de sus mínimas garantías (Art. 23. 8 CRE.)

Por lo que el suscrito Juez "C" de la Unidad Civil de Azogues, declara con lugar la demanda, disponiendo que luego de ejecutoriada esta sentencia, las demandadas María de los Ángeles Guallpa Lema y Mariela Susana Peñafiel Guallpa, paguen a los actores Ángel Eduardo y Byron Hernán Ochoa Jarro, como indemnización pecuniaria la suma a título de reparación moral, la suma de DOS MIL QUINIENTOS DOLARES AMERICANOS (USD. \$ 2.500,00) a cada uno de los accionantes.

Con costas en doscientos dólares americanos se regulan los honorarios del Abogado defensor por el trabajo Profesional ejecutado.

RECURSO DE APELACIÓN

Dicho recurso fue propuesto por las dos partes.

-El Actor respecto a la sentencia pronunciada el 15 de marzo de 2014 considera no estar de acuerdo con el monto reparatorio por el daño demandado pues afirma que ni de lejos puede "reparar" todo el perjuicio sufrido.

La parte actora se basa en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República del Ecuador, así como en el artículo 323 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 69 inciso segundo de mismo cuerpo legal, interpone el recurso de apelación ante la Corte Provincial de Justicia del Cañar, para que esta autoridad superior realice el análisis del desmedro que sufrieron las víctimas tanto sociológica, cultural y económicamente; así como la gravedad que ha importado el daño y la situación particular en que nos encontrábamos al momento de sufrir dicho daño, confirmando en su sentencia a declarar con lugar la demanda y proceda reconocer el monto de la proposición que no puede ser menor a cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América (\$40.000).

-La parte demandada también interpone el recurso de apelación por no estar de acuerdo con la sentencia dictada el 15 de marzo de 2014, a fin de que el fallo recurrido sea revocado y se deseche la demanda por ilegal e improcedente.

Decisión respecto al recurso de Apelación.

En la decisión de este recurso se expresa:

Que la conducta procesal de la Fiscalía sirvió para que el señor Juez de la causa pronuncie auto de sobreseimiento definitivo de la causa y a favor de los procesados, porque sin acusación fiscal no hay juicio.

La Jueza o Juez está en el deber de calificar la malicia o temeridad de la denuncia o acusación particular, pero en el proceso penal instaurado, el señor Juez de la causa no cumplió con este deber.

Las versiones de la denunciante y la presunta víctima no reciben respaldo probatorio alguno, no existe evidencia de la recuperación de la presunta

secuestrada, la declaración del encargado de la estación de servicio donde fue devuelta a la libertad, las versiones de los agentes de policía que contribuyeron en la investigación, etc. es decir procesalmente este devenir del supuesto delito no es sino meramente imaginario. Tanto más que, los procesados se encontraban en lugares distintos y lejanos del sitio de la infracción.

El enjuiciamiento penal inmotivado indiscutiblemente causa aflicción, una merma en la reputación y honra, en tanto se les imputa el cometimiento de una grave infracción penal, que ha aplicado la privación de la libertad incluso a riesgo de perder la actividad laboral desempeñada.

Si bien la parte demandada impugnó atreves del recurso de apelación la sentencia, sin embargo no fundamentó el recurso dentro del término concedido y acorde al artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, el incumplimiento del deber de fundamentar el recurso, da lugar a la deserción del mismo, pero esta declaratoria procede siempre que exista petición de la parte contraria, lo que en especie no ocurre, en consecuencia es deber del Juzgador pronunciarse en sentencia sobre los dos recursos de apelación.

En la parte resolutive se desecha el recurso de apelación interpuesto por las partes, confirmando en lo esencial la sentencia ventilada en grado. Modificándola únicamente en cuanto a que cada una de las demandadas deben pagar la suma de mil doscientos dólares a cada uno de los actores a efecto de facilitar la ejecución de lo resuelto.

Observaciones

En la sentencia de primera instancia el juez reconoce que existe daño moral ya que se basa en toda las pruebas aportadas por la parte actora, entre las principales pruebas tenemos la prueba documental en la que se encuentra todo el proceso penal seguido ante la parte actora de este juicio. Como se pudo apreciar el fiscal no tenía las pruebas suficientes y ante la falta de acusación se dictó un auto de sobreseimiento, pero lo característico de proceso penal fue la denuncia y la prisión preventiva por la cual se supone existió daño moral ya que el fiscal les arresto con fines investigativos.

Otra de las pruebas que sirvieron de base al juez civil para considerar que existió daño moral fue la denuncia presentada por estas dos señoras sin tener la seguridad de que estas personas son responsables por el supuesto delito, a pesar que el juez penal en ningún momento declaró la denuncia de temeraria o maliciosa pero de

todas maneras fueron perseguidos por un proceso penal en el cual no logro probar nada el fiscal.

Además existió un proceso disciplinario seguido por la Policía Nacional ante uno de los actores de este juicio lo cual también causaría sufrimiento de esta persona ya que pensaba que lo llegarían expulsar de esta institución y por lo tanto creía que no iba a cumplir su meta de ser parte de la Policía Nacional.

Y la última prueba fue el interrogatorio y contrainterrogatorio que se llevó a cabo de los testigos, en el cual las declaraciones llevan a la conclusión de que los demandantes si fueron víctimas de daño moral ya que estas personas son vecinos de los actores y les conocen desde hace más de diez años por lo cual saben qué tipo de personas son.

En base a todos los antecedentes y prueba practicados por la parte actora el Juez de primera instancia establece por concepto de reparación por daño moral un valor menor al expresado en la demanda, otorgando 5000 dólares de los Estados unidos de América a los dos demandantes y en la segunda instancia se modifica este monto para dejarlo en 1200 dólares a cada uno de los actores.

ANÁLISIS PERSONAL

En el presente caso en la primera instancia se determinó la existencia de daño moral y se consideró que la conducta antijurídica que generó dicho daño moral fue el proceso penal y el arresto con fines investigativos de los señores Ochoa Jarro, ya que existió una denuncia de los parientes de la supuesta víctima y declaración de la supuesta víctima del plagio, lo cual fue tomado por el fiscal como medios para solicitar la detención con fines investigativos de los denunciados, sobre esta solicitud existió dictamen favorable del Juez segundo de Garantías Penales del cantón Cañar, ordenándose la detención de estas personas que cancelaron 2500 dólares como medio de caución con lo cual se les dejó en libertad; finalmente el Fiscal al no reunir las pruebas necesarias no acusó a estas personas y el Juez emitió dictamen absolutorio de la Causa.

Sobre esta causa en la primera instancia existe motivación con respecto a la determinación de la existencia del daño moral ya que se establece la existencia del perjuicio moral en base a todo el proceso penal que se adjuntó a la causa, las declaraciones de los testigos que dicen conocer a los accionantes y lo que establece el artículo 2232 del Código Civil, por el hecho de haberse provocado un proceso inmotivado e injusto con el cual se ha afectado el honor de los actores, y

porque se ha transgredido el artículo 23 numeral 8 de la Constitución de la República en el que tutela el derecho a la honra y a la buena reputación que toda persona debe gozar en forma amplia en un Estado social de derecho.

En la segunda instancia se expresa que un enjuiciamiento penal inmotivado indiscutiblemente causa aflicción, una merma en la reputación y honra; con lo cual se está reconociendo que existió daño moral sobre los demandantes, sin embargo se expresa que la apelación no fue fundamentada en el término concedido acorde al artículo 408 del código de Procedimiento Civil, y el incumplimiento del deber de fundamentar el recurso, da lugar a la **deserción** del mismo y finalmente se desecha el recurso para las dos partes y se confirma lo actuado en la primera instancia y se modifica el valor de la indemnización.

Con respecto al monto de la indemnización por este tipo de daño el Juez de primera instancia estableció que se cancele la suma de dos mil quinientos dólares americanos a cada uno de los accionantes, monto que fue modificado en la segunda instancia ordenando que se otorgue mil doscientos dólares a cada uno de los actores; como se puede observar estos valores establecidos por los Jueces no fueron generados tomando como base un análisis del daño moral causado y el valor a cancelarse, puesto que el juez debe tener en cuenta "la gravedad objetiva del daño", que puede desprenderse del tipo de molestias o sufrimientos experimentados por los damnificados, la gravedad de la falta, la personalidad de las víctima y ofensores y la situación económica y social de las dos partes.

Por lo tanto podemos decir que existe falta de motivación respecto a la cuantificación de la indemnización ya que los administradores de justicia no han seguido las bases mencionadas para fijar el monto de la indemnización, ya que no hubo un preciso y detallado examen del daño padecido por las víctimas, ni se ha tomado en cuenta la personalidad de la mismas o su posición social, además en este caso al existir más de una víctima era necesario realizar un examen individual a cada uno de los ofendidos. Para que se dé cumplimiento de lo expresado era necesario la participación de un perito ya que con su examen psicológico hubiese contribuido a esclarecer la situación psicológica de los afectados, situación que no ocurrió en este caso.

Además el Juez al momento de calcular la suma que impondrá como indemnización deberá tener en cuenta que dicho valor no servirá para borrar lo imborrable sino que tiene que procurar al afectado algún tipo de compensación equivalente al valor moral que se ha destruido con el daño, ya que esta clase de daño al ser de carácter

subjetivo queda entregado a la estimación de los jueces conforme al mérito del proceso y a los principios de equidad y prudencia del Juez. (Falconí, 2005 , págs. 118-120)

CAPITULO IV

CONCLUSIONES

Con respecto al tema del trabajo de graduación podemos concluir diciendo lo siguiente:

Primeramente en la materia objeto de este estudio para que una persona sea responsable de manera civil se requiere la presencia de un presupuesto necesario conocido como daño, puesto que sin este no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria, ya que sin interés no hay acción. Pero no existe una sola clase de daño que acarree responsabilidad civil sino por el contrario existen varios tipos de daños, como los daños económicos, daños físicos, daños morales, daños sociales, etc. En este Trabajo de Graduación se abordó lo relativo al daño moral y su cuantificación.

Al respecto el daño moral es considerado como un ataque a aquellos bienes que se les conoce como esenciales de la personalidad y producto de este ataque se da una alteración del equilibrio espiritual, la paz y el ritmo normal de vida de la víctima, lo cual se conoce como una alteración de la Homeostasis por un obrar ajeno.

El daño moral fue reconocido en nuestra legislación desde la promulgación en el registro Oficial de la ley número 171 en el año 1984, puesto que antes de esta ley en el Código Civil había solamente una norma específica que protegía un valor espiritual y era la relativa a las injurias, por lo tanto cualesquier otro tipo de daño de carácter moral se hallaba sin regulación y por lo tanto en la indefensión.

La regulación del daño moral ha sido trascendental puesto que las personas que consideren haber tenido algún tipo de afección de carácter moral podrán acudir ante el órgano jurisdiccional para plantear la pretensión pertinente, situación que no ocurría antes del año 1984. Por lo tanto las personas que sientan ser víctimas de un daño de esta naturaleza tienen la posibilidad de defender sus intereses morales.

Una vez que se haya demandado por esta clase de daño es muy importante la manera en que se pruebe la existencia del mismo para su reconocimiento judicial, puesto que esta figura jurídica posee una subjetividad extrema, por lo cual podemos llegar a la conclusión de que la forma de demostrar el daño moral es mediante el ejercicio de diferentes pruebas siendo la más relevante la prueba pericial. La razón se basa en el hecho de que los peritos tienen conocimientos determinantes en una ciencia, arte o profesión, siendo indispensable el análisis

psicológico que puede ayudar a establecer el deterioro que sufrió la víctima, pero además existen otras pruebas que tienen gran importancia para determinar la existencia del deterioro Moral, como lo son la prueba testimonial y la prueba documental, puesto que estas pueden aportar en determinados casos elementos necesarios para determinar la existencia del Daño Moral.

Otro de los aspectos que han tenido gran controversia sobre el Daño Moral es el relativo a la fijación de su Cuantía, puesto que la cuantificación de esta clase de daño es un tema de difícil solución, ya que no existe una única respuesta para la cuantificación; la sana crítica es el método usual para establecer el monto de la indemnización, por ser el método que mejor puede aplicarse ante los casos de daño moral, ya que el criterio del Juez ha de ser lo más amplio, pues no existen normas que establezcan una exacta relación de proporcionalidad entre el daño y su reparación, por tal razón, es necesario que los jueces se guíen en ciertos límites para fijar una indemnización justa y coherente:

- La Prueba Actuada.- Se puede adjuntar a un proceso diferentes clases de pruebas entre las que puede ser: prueba testimonial, prueba documental y la prueba pericial, siendo esta última la más relevante puesto que pueden ayudar a establecer el deterioro moral que se ha producido a la víctima, ya que los peritos son profesionales entendidos en una determinada ciencia, arte o profesión, que por su habilidad y constante práctica, con su dictamen elaborado en forma correcta, es un medio de solución judicial. Así por ejemplo un psicólogo podrá proporcionar datos sobre la incidencia y repercusiones anímicas, mentales y estado de depresión que el daño causó a la víctima.
- El Criterio de Equidad.- Es un equilibrio que consigue el juez en un caso concreto dentro de los límites legales, este equilibrio se logra con la ponderación de los intereses de la Litis, lo que se busca con la equidad es una justicia humanitaria no rígida y formalista, con la equidad se busca solucionar un caso más que de manera legal con un sentido moral y humano, protegiendo la buena fe, equilibrando los intereses en la Litis y evitando el abuso del derecho.

Por lo tanto el Juez con la equidad podrá fallar sin seguir el sentido literal de la ley, sino siguiendo su espíritu para determinar si la misma es justa o si se la debería aplicar a un caso concreto.

- La Facultad Prudencial.-Con la administración de Justicia se busca dar solución a los conflictos suscitados, mediante la interpretación y aplicación de la Ley. El Juez es el encargado de Administrar Justicia pero para lograrlo debe hacerlo de forma prudente, situación que se logra mediante un examen tanto del contexto en el que se ha producido la agresión, así como la situación socio económica del actor y del demandado, la magnitud de la agresión y el impacto que la misma ha causado en el medio en el que se desenvuelven los protagonistas de la relación jurídica creada como producto del daño moral ocasionado.

En el Código Civil en el artículo 2232 inciso tercero se establece que queda a prudencia del Juez la determinación del valor o cuantía del daño moral. Por lo tanto para establecer una cuantificación adecuada es necesario actuar prudentemente sin determinar de manera libre la reparación a la que tiene derecho el afectado por este tipo de daño, sino que debe haber un análisis a fondo del caso concreto, del daño moral y de sus consecuencias, de las circunstancias personales de las partes en conflicto, además que el análisis debe contener una ponderación de los bienes jurídicos del actor como de la víctima.

Al tomar a la prudencia de esta manera, se podría afirmar que la prudencia es un requisito indispensable para la motivación de la decisión respecto a la cuantificación del daño moral.

En conclusión estos son los límites necesarios que un Juez debe seguir para establecer una indemnización más apegada al Derecho y evitar de tal manera generar cuantías que puedan perjudicar a cualesquiera de las partes dentro del proceso por este tipo de daño, se deben seguir estos límites puesto que en nuestra legislación no existe un parámetro objetivo uniforme que nos dé una fórmula para establecer el monto de la indemnización del Daño Moral, sino que se deja a Prudencia del Juez la cuantificación de daño moral tal como lo establece el artículo 2232 de Código Civil, sin que exista de tal manera otra forma de cuantificar un monto de esta naturaleza.

BIBLIOGRAFIA

- **Abrevaya. A. (2008).** El daño y su cuantificación judicial. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- **Aguiar. J. (2015).** Análisis del delito de Estupro. Revista judicial derechorecuador.com
- **Barragan. G. (2008).** Elementos del daño moral. Quito: CEP.
- **Briseño. P. (2014).** El Resarcimiento Pecuniario por Daño Moral en el Ecuador. Quito: U.C.E
- **Cabanellas. G. (1993).** Diccionario jurídico elemental. HELIASTA S.R.L.
- **Castillo. D. (2012)** Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral. Santiago.
- **Corral. F. (2014).** La seguridad Jurídica. Quito: El comercio.
- **García, J. F. (2005).** Parte práctica del juicio por la acción de daño moral y su forma de cuantificar su reparación. Quito: Rodin.
- **Guerrero. S. (2009).** Límites de la cuantificación judicial del daño moral en Ecuador. Quito.
- **Salazar. C. V. & González. M. (1990).** El Daño Moral. Bogotá: Judicial
- **Torre. G. (2005).** Criterios para la solución de conflictos de intereses en derecho privado. Madrid: U.C.M.
- **Torres. E. (1994).** El Daño Moral. Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- **Zannoni. E. (1987).** El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: Astrea.