



**Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

**La Prueba en la Acción de Daño Moral**

**Trabajo de Grado previo a la obtención del título de Abogada de  
los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador.**

**Autor: Estefania Machuca Palacios.**

**Director: Dr. Olmedo Piedra Iglesias.**

**Cuenca, Ecuador**

**2007**

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis profesores por haber sido quienes impartieron sus conocimientos de manera desinteresada con el propósito de formar buenos abogados.

Al Dr. Olmedo Piedra quien dirigió la realización de este trabajo y me ayudo a finalizarlo satisfactoriamente.

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar este trabajo a quienes han sido mi apoyo durante cinco años de carrera y durante la realización de este trabajo.

A Dios principalmente por que él me puso en este camino y gracias a él podré culminarlo con satisfacción.

A mi abuelitos Lucy y Jorge quienes, valorando cada paso que doy, me ha servido de impulso para seguir adelante.

A mi padre Kaisser Machuca B. por haber sido mi ejemplo a seguir, por tener paciencia y con palabras sabias animar mi camino en esta profesión. Y con su limitado tiempo siempre abrir un espacio para guiarme en la elaboración del presente trabajo.

A mi madre Sonia Palacios C. por aquellas dulces y a veces duras palabras que me ayudaron para no desviarme de mis metas.

A mis hermanos Vero, Clau y Juan Fernando Machuca Palacios quienes estuvieron en mis buenas y malas situaciones, con paciencia, acompañándome y tendiéndome una mano.

A mis compañeros de estudio quienes fueron un complemento a mi vida universitaria.

## **RESUMEN**

La Institución del Daño Moral es prácticamente nueva, y de amplia utilización reciente en nuestro país, por esto es que este trabajo lo que busca es hacer un estudio de esta institución acompañada de la prueba en general, para así poder llegar a un punto en que se analice estas dos instituciones en conjunto como “La Prueba en la Acción por Daño Moral” enfocando en los medios probatorios idóneos en este tipo de acción que no van a ser otros que los que sean apropiados para su utilización dependiendo las particularidades del caso que se presente, de esta manera mediante un análisis previo de todos los medios probatorios en general y de tres en particular lograr enfocarlos en un caso práctico sobre daño moral.

## **ABSTRACT**

The Institution of the Moral Damage is practically new, and of un ample recent use in our country, that is the reason for this work which looks for is to make a study of this institution accompanied by the Test in General, thus to be able to arrive at a point in which it altogether analyzes these two institutions as “The Test in the Action by Moral Damage” focusing in suitable probatory means in this type of action which they are not going to be other that those that are appropriate for their use depending the particularities on the case that appears, this way with a previous analysis of all probatory means in general and of three in individual, we will be able to manage those probatory means focusing them in a practical case on moral damage.

## **RESPONSABILIDAD**

La responsabilidad por los conceptos, comentarios, ideas y doctrinas expuestas en el presente Trabajo de Graduación, corresponden exclusivamente a su autora.

## INDICE DE CONTENIDOS

<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	ii
<b>DEDICATORIA</b> .....	iii
<b>RESUMEN</b> .....	iv
<b>ABSTRACT</b> .....	v
<b>RESPONSABILIDAD</b> .....	vi
<b>LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL</b> .....	1
<b>INTRODUCCION</b> .....	2
<b>CAPITULO I: Daño Moral</b>	
1.1 Noción Etimológica de Daño / Moral.....	4
1.2 Noción Conceptual de Daño / Moral.....	4
1.3 Noción de Daño Moral.....	4
1.4 Antecedentes Históricos del Daño Moral En El Derecho Civil.....	6
1.5 Naturaleza Jurídica y Fundamento del Daño Moral.....	8
1.6 Enfoques Doctrinarios sobre el Daño Moral.....	9
1.6.1.1 Criterios a favor de la reparación por daño moral.....	11
1.6.1.2 En contra de la reparación pecuniaria por daño moral.....	12
1.7 El Daño Moral en el Ecuador.....	14
1.8 La acción Civil del Daño Moral.....	16
1.9 Procedimiento Judicial del Daño Moral.....	18
1.9.1 El Juicio Ordinario.....	19
1.9.2 El Juicio Ejecutivo.....	19
1.9.3 El Juicio Verbal Sumario.....	19
1.9.4 Juicio Ordinario por Acción de Daño Moral.....	20
<b>CAPITULO II: La prueba</b>	
2.1 Noción Etimológica de Prueba.....	24
2.2 Noción Conceptual de Prueba.....	24

2.3 La prueba en la legislación procesal Ecuatoriana.....	25
2.4 Importancia de la prueba.....	25
2.5 Naturaleza Jurídica de la Prueba.....	26
2.5 Objetivo y Fin de la Prueba.....	26
2.6 Medios Probatorios.....	27
2.6.1 Fuentes y Medios de Prueba.....	28
2.6.2 Distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba.....	28
2.6.3 Clasificación de los medios de prueba.....	29
2.6.4 Los Medios de Prueba en nuestra Legislación.....	30
<b>CAPITULO III: La prueba en el daño moral</b>	
3.1 Prueba del daño moral.....	32
3.1.1 Que se debe probar.....	32
3.1.2 Cuando existe daño moral.....	32
3.1.3 La carga de la Prueba en el Daño Moral.....	33
3.1.3.1 Responsabilidad de la prueba e Inversión de la carga de la prueba.....	34
3.2 Apreciación de la prueba.....	35
3.2.1 Sistemas de Apreciación o Valoración de la Prueba.....	35
3.2.2 Apreciación de la Prueba en el actual Derecho Procesal Ecuatoriano.....	36
3.3 Indemnización del daño moral y su monto.....	38
3.3.1 Prudencia y equidad.....	38
3.4 Medios Probatorios Idóneos en la Acción de Daño Moral.....	39
3.4.1 Confesión Judicial.....	41
3.4.1.2 Elementos de la Confesión Judicial.....	42
3.4.1.3 Clases de Confesión.....	42
3.4.1.4 Efectos de la Confesión.....	44
3.4.1.5 Valor probatorio de la confesión.....	44
3.4.2 La Declaración de Testigos.....	45
3.4.2.1 Definición de Testigo.....	45
3.4.2.2 Declaración de Testigos.....	45
3.4.2.3 Clases de testigos.....	47
3.4.2.4 Valoración de la Prueba Testimonial.....	48



3.4.3 La Inspección Judicial.....	49
3.4.3.1 Concepto.....	49
3.4.3.2 Importancia.....	49
3.4.3.3 Características De La Inspección Judicial.....	50
3.4.3.4 Procedencia. ....	50
3.4.3.5 Concurrencia De La Inspección Judicial Con Otros Medios De Prueba.....	51
3.4.3.6 Valor Probatorio.....	52
3.5 Aplicación de la teoría a un caso práctico.....	53
<b>CAPITULO IV: El daño moral en otras legislaciones.</b>	
4.1 Legislación Mexicana.....	60
4.2 Legislación Argentina.....	61
4.3 Legislación Alemana.....	61
4.4 Legislación Española.....	61
4.6 Legislación Italiana.....	62
4.7 Análisis Comparativo con la Legislación Ecuatoriana.....	62
<b>CAPITULO V: Jurisprudencia sobre el daño moral.</b>	
5.1 Jurisprudencia española.....	65
5.2 Jurisprudencia Ecuatoriana.....	65
5.3 Jurisprudencia Francesa.....	65
5.4 Jurisprudencia Argentina.....	66
5.5 Jurisprudencia Colombiana.....	66
5.6 Análisis General.....	66
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>67</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>70</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>72</b>

Estefania Machuca P.

**“LA PRUEBA EN LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL”**

## INTRODUCCION

Actualmente, la figura del daño moral está ganando muchos adeptos en el compendio jurídico de nuestros países latinoamericanos, debido a las múltiples demandas ganadas en los países anglosajones. Sin embargo esta figura tiene sus orígenes en la doctrina francesa, la cual fue denominada por los jurisconsultos franceses como: "Domages Morales". Destacamos que daño es aquel mal o perjuicio producido a una persona o bien. Moral es la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano.

Esta tendencia, denota que su utilización se da por la parte económica que se consigue tras plantear una acción por daño moral y esto es la obligación de reparar pecuniariamente el daño moral a modo de restituir la situación que con anterioridad tenía el particular, que generalmente es a través de la indemnización.

El daño constituye en este sentido un aspecto complicado debido que para ser cuantificado económicamente, se presentan en la práctica del derecho situaciones de contrariedad, es decir que resulta seriamente difícil determinar económicamente el monto en dinero del daño ocasionado pues los casos por daño moral son de diferente índole. Por lo que es preciso formular las interrogantes de ¿Cómo se determina el daño moral?, y ¿Cuáles son las circunstancias que debe considerar el Juez para estimar el monto del daño moral. Para cumplir con la esencial obligación de demostrar los hechos, causa del daño moral, propuestos por cada parte y de esta forma perseguir el objetivo de una resolución favorable, es menester saber esclarecer la compleja estructura de la prueba, aspecto que a criterio de algunos juristas se reduce a determinar e identificar los siguientes aspectos conexos: que es la prueba, cual es el objeto de la prueba, para que se prueba, como se prueba, con que medios se prueba, cual es el fin de la prueba, cual es el valor de la prueba.

Si bien el tema es complejo por su subjetividad y por las particularidades que en cada caso de daño moral podemos encontrar, lo que se tratará con el presente trabajo es de dar un enfoque general de la prueba que como es de bien saber es aplicable a todos los casos que se presenten, y por otro lado el daño moral para poder determinar que es, que conlleva y cual

Estefania Machuca P.

es su finalidad, y así conjuntamente con la prueba poder proceder junto a un caso real a estudiar y analizar los medios probatorios que han sido objeto de utilización en el caso a tratar a mas de algunos casos de daño moral.

Estos aspectos son tratados en el trabajo que presento a continuación.

## **CAPITULO I: Daño Moral.**

### **1.1 Noción Etimológica de Daño / Moral.**

**Daño:** proviene del latín *Damnum*, que significa daño perjuicio o detrimento. (Diccionario Latino-Español, Vicente García de Diego página 123).

**Moral:** proviene del latín *Mörälis*, que significa o hace relación a la costumbre, moral o ética. ( página 308).

Falconí, José (URL, Diario La Hora), daño moral proviene de la doctrina francesa *Domages Morales*.

**Domages:** significa Daño que es el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien.

**Morales:** significa Moral que en cambio es el conjunto de facultades espirituales, un dolor o una aflicción a sus sentimientos.

### **1.2 Noción Conceptual de Daño / Moral.**

**Daño:** “Daño es la expresión que alude al detrimento, menoscabo, lesión o perjuicio que de cualquier modo se provoca, aún cuando se trate de actos dirigidos por la persona o contra si mismo como puede resultar de suicidio o de la automutilación; y también aquel que ocasiona una persona a otra en forma tal que no implica en su conducta culpa o dolo.” (Enciclopedia OMEBA, Tomo V, página 511).

“Daño es el detrimento o destrucción de los bienes” (Diccionario de la Lengua Española, Tomo II Pág. 440)

**Moral:** “No concerniente al orden jurídico sino al fuero interno o al respecto humano. Aunque el pago no era exigible, tenía obligación MORAL de hacerlo.” (Diccionario de la Lengua Española Tomo IV Pág. 927)

### **1.3 Noción de Daño Moral**

Todo ordenamiento jurídico se apoya en bases ético morales, por lo que encontramos que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra solidificado con las ciencias jurídicas que tienen su principio en la moral. Se suele hacer una distinción entre moral y derecho pero al final se relacionan entre si. Para que exista el Derecho debe haber una sociedad pues esta forma el Estado y esta sociedad esta conformada por hombres con su moral, por esto decimos que la moral es base del Derecho desde el inicio de las sociedades jurídicamente organizadas, mas al ser la una base y fundamento de la otra existe una relación en cuanto a su punibilidad, pues en materia netamente moral la sanción a quien infringe o violenta una norma moral es

simplemente aplicada a su propia conciencia por el contrario en lo jurídico pues si se quebranta una norma de esta índole su sanción es material.

En la generalidad de los casos se confunde daño con actividad dañosa, cuestión que no debería darse pues la actividad dañosa es la que produce el daño es decir es el antecedente causal. Se encuentra en la jurisprudencia y doctrina que al daño moral se lo asimila con el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, etc. pero no se debe confundir pues estas afecciones al espíritu son consecuencia, como dije en líneas anteriores, del daño causado. De esta manera y para mejor entendimiento puedo ejemplificar lo expuesto, así en el caso del dolor de quien soporta la muerte de un ser querido, el padecimiento de quien ha sido víctima de un daño estético, la tensión de una víctima que es amenazada de muerte, etc. Vemos que son sentimientos diferentes pero que cada persona los siente según sea el caso, provocando que su vida social y personal sea diferente pues las causas del daño, esto es, las afecciones producen alteraciones en las personas lo que comporta en ciertos casos un cambio de comportamiento, generalmente la agresividad, o en otros casos provoca depresión y en otros no afectara en nada.

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

El ser humano es un ser integro y al ser tal se le debe respeto de manera que si se atenta de cualquier forma contra su integridad espiritual y material se le debe una reparación como forma de resarcir el daño ocasionado. Pero el Derecho no permite el resarcimiento de cualquier dolor, humillación, aflicción, etc. sino solamente de aquellos que sean la consecuencia de la privación de un bien jurídico, sea este material o espiritual, sobre el cual la persona afectada tenia un interés jurídicamente reconocido.

Por otro lado el daño moral se lo determinará considerando las repercusiones emocionales del hecho a diferencia del daño patrimonial que se lo determina por el daño emergente y lucro cesante. Y las consideraciones que se toman son en base a exámenes físicos y psíquicos para determinar el alcance del daño causado en la integridad de la persona, claro el problema surge al momento de determinar si el hecho dañoso es el que ha causado dicha

conflictividad interna, conflicto este que se ha visto que es imposible determinar. Y justamente este aspecto es el que nos lleva en Derecho a exigir una certeza probatoria, lo cual tocaremos en capítulos posteriores con más detalle.

#### **1.4 Antecedentes Históricos del Daño Moral en el Derecho Civil.**

Si bien el origen del Derecho Civil se ha dicho que esta en el derecho romano, varios tratadistas nos hablan de que fueron los griegos los originadores del Derecho Civil, pues consideraban que al vivir en un conglomerado social era normal que se produzcan conflictos, disputas, etc. por lo que vieron la necesidad de un control mediante normas que regulen esos aspectos, de manera que éste derecho civil recogía todos los derechos y obligaciones civiles conocidas en ese entonces como “ derechos civiles”. Lo que sucedió después fue que el derecho romano influyó en el derecho griego de manera que maduraron sus instituciones.

En el derecho romano se encontraba dos tipos de delitos: los públicos y privados ; los públicos se tipificaban cuando se violaba el interés publico o colectivo y los privados se configuraban cuando se lesionaba un interés particular directamente, por esta razón en estos últimos solamente la victima era quien podía disponer el castigo, que incluían la privación de la vida del agresor o delincuente, salvo que se llegara a un acuerdo económico como indemnización (indemnización voluntaria) o por el sistema de composiciones legales (indemnización obligatoria, fijada por el juez).

Como fuente de obligaciones el derecho romano contaba con cuatro delitos que eran el *furtum*, *la rapina*, *iniuria* y *la damnun iniuria datum* (daño a cosas animadas e inanimadas). Nos referimos a la *iniuria* que es la que le asimilamos al daño moral, ésta en cualquiera de los eventos lesionaba a la persona, a su integridad, es decir se daba un daño no patrimonial, por lo que se podía intentar la *actio iniarium a estimatio* que tenia como finalidad fijar el monto de la indemnización por el delito cometido, previo juramento estimatorio del afectado dejándole al juez la facultad de disminuir el monto según la situación social de las partes, la magnitud de la ofensa, el lugar y la forma. Pero nunca se dejo de exigir la prueba de la culpa.

Su materialización viene en la edad moderna a partir del siglo XVIII, tiempo durante el cual hubo varios intentos de codificación como el Codex Maximilianeus Barabarius o el Derecho

General Regional Prusiano, códigos estos que por su defectuosidad no fueron objeto de imitación.

El logro de una verdadera codificación admirada e imitada por el mundo entero por la precisión en sus instituciones fue el Código de Napoleón en su primera edición en 1804 y la segunda en 1807, en Francia. En este código se encuentran los principios filosóficos de la Revolución Francesa. Pero la importancia dada al mencionado código desciende en el siglo XX debido a la lucha de hombres y mujeres por una concepción jurídica mas justa donde haya igualdad y equilibrio entre si, en la familia, patrono y trabajador, etc. Esto llevó a la creación de nuevos códigos que en su mayoría mantuvieron ciertas instituciones importantes - las cuales han sido perfeccionadas en el tiempo – una de ellas y que es la que nos atañe es el conocido como “*domages morales*” que si bien en el Código de Napoleón no se encontraba expresamente, ciertos autores como Charles Aubry, Charles Rau y Etienne Burtin realizaron una interpretación extensiva de los artículos en los que se hacia referencia a las indemnizaciones civiles en delitos penales, logrando con esta interpretación que la indemnización sea posible también en los cuasidelitos. Esta Doctrina actualmente es la que influencia nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina.

De todo lo dicho se deduce que cabía la reparación del daño solo cuando se cometía un delito, pero gracias al principio por el cual todo daño injusto cualquiera que sea la causa es reparable, se llega a la actualidad de considerar al daño moral como un cuasidelito por el cual cabe una reparación pecuniaria, he aquí la razón de ser de nuestro titulo “De los delitos y cuasidelitos” en donde encontramos al daño moral como cuasidelito, incorporado en nuestro código civil en el libro IV de Las obligaciones en General y de los Contratos en el Art. 1453 y ss, aunque este aspecto también merece criticas pues no cabe que sigamos en estos tiempos modernos mezclando lo público y lo privado cuando cada uno tiene su autonomía, su propia esfera pues nada tiene que ver lo civil con lo penal y menos aun en el Código Civil, si bien lo mencionado no me compete tocar en este tema lo dejo para un análisis del lector.

Para Don Joaquín Escrich, cuasicontrato es un hecho no torpe que sin mediar convención ni pacto expreso produce obligación reciproca entre dos o mas personas.

Por lo tanto al ser considerado el daño moral como un cuasidelito produce obligaciones de reparar la lesión causada.



### **1.5 Naturaleza Jurídica y Fundamento del Daño Moral.**

El daño moral es autónomo del daño patrimonial, así como el daño moral puede configurarse sin que concurra desmedro económico alguno, del mismo modo la sola circunstancia de un daño patrimonial no apareja una lesión a las afecciones legítimas de la persona, pues como se dice afección a un hecho puede producir daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa.

Por otro lado, no todo perjuicio económico se traduce en un perjuicio espiritual, pues de lo contrario se llegaría a establecer que la víctima de algún daño patrimonial, podría reclamar siempre la reparación de un daño moral.

La doctrina francesa se ha ocupado de este tema considerando en primer lugar como intereses morales susceptibles de daño y de resarcimiento a las características singulares y personales de cada individuo dentro del plano biológico y psíquico, como el dolor físico o moral, o la integridad física; al cual lo denominan daño moral objetivo.

En segundo lugar esta misma corriente doctrinaria considera otras afecciones legítimas que lesionan íntimamente al afectado de tal manera que su apreciación es subjetiva, a lo que denomina daño moral subjetivo.

Roberto Brebbia hace una distinción entre el daño objetivo y subjetivo en el patrimonio moral, de tal manera que dice que las lesiones que afectan a bienes morales subjetivos son aquellos que dañan los bienes que los individuos poseen en razón de su individualidad biológica y psíquica, como la integridad física, afectando más a unos que a otros, según su condición particular. Mientras que las lesiones sobre bienes morales objetivos son aquellos comunes a los seres humanos y pueden ser apreciados y valorados en su gravedad incluso por un tercero, ya que se tratan de bienes universales.

La naturaleza jurídica del daño moral es netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la naturaleza del ser humano. Se puede decir que el daño se produce por un hecho que afecta la integridad física y moral del individuo, por la agresión a los bienes jurídicos personales, ataque que causa un desequilibrio espiritual del agredido ya sea porque alteran su tranquilidad o porque perjudican su vida de manera que para resarcir aquel daño se deja a la estimación del Juez la cuantificación.

Mosset Hurraspe, Jorge: “Toda persona vive en estado de equilibrio espiritual – de homeostasis – que al ser modificado por un obrar ajeno produce alteraciones anímicas que deben serle resarcidas.”

El daño moral se configura con la violación de los derechos que protegen la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del espíritu, la privacidad, la libertad individual, la integridad física y las afecciones legítimas como: el honor, la honra, los sagrados afectos etc. Afecta a la psiquis que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, esta es la doctrina del *doloris pretium*.

“El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos.” (Diario LA HORA).

Los daños son variados, por esta razón ni legisladores ni autores enumeran, solo ofrecen pautas o menciones generales o hasta clasificaciones con variados criterios. Lo que si se encuentra es una característica común en la ley, doctrina y jurisprudencia y que se refiere a que “daño moral es el perjuicio irrogado a una persona que no puede ser considerado como patrimonial.” Gil Barragán, Romero tomo iv Pg 84.

Por lo mencionado se deduce que la reparación de los daños patrimoniales se hace mediante una liquidación y los daños extrapatrimoniales (morales) mediante una estimación.

### **1.6 Enfoques Doctrinarios sobre el Daño Moral.**

Zavala de Gonzáles: “La reparación pecuniaria en el daño patrimonial y en el daño moral son similares, así: en el daño patrimonial se resarce la disminución o falta de enriquecimiento, en el daño moral se resarce el perjuicio de la modificación disvaliosa del espíritu provocado en la víctima.”

Zannoni: “Daño o agravio moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso, es decir, por el hecho o acto antijurídico.”

Los bienes patrimoniales son medios económicos de los que se sirve el hombre para satisfacer intereses, mientras los extrapatrimoniales son fines en si mismos, se confunden con la persona y en ellos no cabe el concepto de enriquecimiento.

Alessandri Rodríguez, Arturo: “El daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima, está intacto, consiste

exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos.”

De este criterio deducimos que es un daño no patrimonial, pero no podemos mantener esta simple visión puesto que si bien el daño es extrapatrimonial si puede acarrear daño en el patrimonio de la víctima o de terceros.

Pizarro, Ramón Daniel: “Daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente a aquel que se hallaba antes del hecho como consecuencia de este y anímicamente perjudicial.”

Gali Enrique: “Los derechos inherentes a la personalidad y la razón fundamental para protegerlos contra su violación ofrecen un primer aspecto que es el aspecto objetivo o social de la personalidad moral.”

Si bien estos autores nos tratan de guiar a una visión amplia del daño moral, vemos que no existe total armonía entre uno y otro criterio. Aunque los dos últimos logran entender el verdadero sentido del daño moral, pues es de entender que todas las personas somos seres humanos que sentimos, vivimos, queremos, etc. Como dijimos en líneas anteriores cada uno de nosotros vivimos en nuestra propia esfera, la que nos da estabilidad y equilibrio de acuerdo a nuestras necesidades, por lo que al encontrarnos ante situaciones que rompen con esa armonía vemos alterada nuestra estabilidad causando un perjuicio que si bien no muchas veces es cuantificable lo que se busca es que de cierta manera, el aspecto pecuniario resarza el perjuicio causado.

No debemos enfocar el daño moral netamente al aspecto material, en primer lugar hay que entender lo que es el daño moral para comprender que es lo que se viola y así poder irse a lo pecuniario para saber si cabe o no una indemnización y su monto.

Las personas somos titulares de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Reconocidos estos derechos tenemos la libertad de ejercerlos y la garantía de ser protegidos por lo que si son objeto de lesión por acto culposo deben responder conforme a la normativa y se lo hace mediante una reparación, ya sea la llamada *reparación in natura* (de acuerdo a su naturaleza) o la indemnización pecuniaria.

Pero justamente ahí esta el problema que se presenta ante la imposibilidad de encontrar una equivalencia o medida para establecer el valor del daño extrapatrimonial pues los bienes

protegidos en este caso son los derechos de la personalidad.

“Al momento que se le pone valor pecuniario a los sentimientos o afectos estamos hablando de una inmoralidad absoluta” Navia Arroyo, Felipe.

Actualmente este tipo de posiciones extremas han influenciado en lo que conocemos como la teoría del daño moral, mas no han sido adoptadas.

#### **1.6.1.1 Criterios a favor de la reparación por daño moral.**

La resarcibilidad del daño, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar in natura o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común.

En tal sentido, nos dice De Castro, el reconocimiento en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general. Por su parte, Hernández Gil utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un principio general del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector de Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón.

Hay que tener en cuenta, que el daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Sería por ejemplo, el caso de un comerciante que es objeto de una campaña injusta de ofensa a su honor. Esta afectará tanto a su prestigio o estima social (bien moral), como a la explotación de su negocio (pérdida de clientela, de crédito, etc.), en suma, intereses materiales. Estos son los denominados en la doctrina italiana por De Cupis, daños patrimoniales indirectos, que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo.

### **1.6.1.2 En contra de la reparación pecuniaria por daño moral**

Frente a lo mencionado en el título anterior, tesis esta sostenida por la doctrina y la jurisprudencia moderna, se postula por algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis.

Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

1.- El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

En relación con esta objeción García López señala, que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa. El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda la teoría general del Derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales. Hoy en día, sin embargo, semejante argumentación carece de base, porque admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho civil. García López cita a Brebbia como sustentador de la tesis conforme a la cual la reparación del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa, argumenta este autor que afirmar la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc, de ese sujeto se hallan fuera de la protección del Derecho, lo que no puede menos de constituir y constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador. Sin embargo, para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento de semejante postura no significaría en modo alguno que el Derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues el hecho de que escapen al ámbito *iusprivatista* (derecho privado) no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del Derecho penal

Sin embargo podemos decir, que es inexacta la conclusión del autor español respecto a la posición del autor de referencia. Brebbia no dice que la admisión de la indemnización del

daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que señala es que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin causa. Es clara su postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto.

2.- Otros fundan la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales, en la idea de que intrínsecamente es imposible y es contra la razón y el sentimiento, reducir a dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es monetizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que lo compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño, como la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero, al igual que la antigua *satisfactio* (justificación, reparación), contribuye a esta finalidad.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados.

3.- Por otra parte, se ha dicho que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

Tal objeción se funda en un sentido demasiado restringido del concepto reparar. Como han puesto de relieve los Mazeaud hace más de medio siglo, los partidarios de la teoría negativa del resarcimiento de los daños morales han afirmado que reparar significa *remettre les choses en l'état*, hacer desaparecer el perjuicio, reemplazar aquello que ha desaparecido, lo que, en último término, les lleva a no admitir la posibilidad de reparación en la mayor parte de los daños morales, y, en definitiva, a negarla en todos aquellos supuestos en que la reparación in natura no puede ser obtenida.

Habrán casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido.

De esta manera se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción. En este sentido Lasarte dice que sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial.

### **1.7 El Daño Moral en el Ecuador.**

En los principios del Código Civil se encontraba normativa respecto a la reparación de los perjuicios de índole patrimonial, pero no constaba el daño moral como tal, lo que contenía era la obligación de indemnizar por la comisión de un delito o cuasidelito pero no se distinguía la clase de daño. Al daño se lo apreciaba solo cuando era de índole patrimonial esto es daño emergente y lucro cesante y como esto solo se refería a lo patrimonial no cabía el reclamo por daños al espíritu. Aunque lo que si se podía encontrar en el Código Civil y que era lo mas asimilable al daño moral debido a la protección del valor espiritual, era la disposición relativa a las injurias.

Art. 2350 “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona no dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que puedan apreciarse en dinero. Pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria si se probare la verdad de la imputación.”

De la norma transcrita se deduce que para que hubiera indemnización debía haberse producido como consecuencia, daño emergente o lucro cesante apreciables en dinero,

volviendo de esta forma limitada la protección a la honra o crédito de una persona. Por otro lado la disposición decía que si se prueba la verdad de la imputación no cabía la indemnización, dejando ciertamente desprotegida a la persona de cualquier lesión.

En el año 1970, el 4 de Junio, por medio de la Ley 256 se reforma el Art.2350 y en el Art. 2258 se establece que hay derecho a demandar indemnización pecuniaria solo por un perjuicio moral sin requerirse el daño emergente o lucro cesante. En la actualidad tal disposición la encontramos en el Art. 2231.

Esta reforma propuesta por el autor Juan Larrea Holguín ofrece un contenido más amplio expresando consecuentemente lo siguiente. “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.”

La mencionada reforma fue acogida y se convirtió en la inauguradora del daño moral en el Ecuador. Claro que lo que faltaba era extenderla a delitos y cuasidelitos ya no solo en los casos de injuria, es por esto que se dio otra reforma en el año 1984 con la Ley 171.

Las reformas al Código Civil del año de 1984, introdujeron importantes cambios en materia civil y la Ley 171 publicada en el Registro Oficial No. 779 del 4 de Julio de 1984, trata sobre el Daño Moral, en varios artículos innumerados luego del Art. 2258 del Código Civil (actual 2232). En dicha reforma encontramos la posibilidad de demandar indemnización pecuniaria quien hubiere sufrido daños meramente morales aunque cabe mencionar que hay quienes creen que la indemnización económica por daño moral es ilógica e inmoral puesto que jamás se podrá poner valor a los bienes morales, ya que no hay precio para el dolor o para los sentimientos.

La Ley 171 reformativa dice lo siguiente:

Art. 1.-Al 1599. Agréguese un inciso que dirá: “Exceptuándose también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el título XXXIII del Libro IV de este Código.”

Art. 2.- A continuación del Art. 2258, agréguese los siguientes:

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



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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo.”

Art...( actual 2233) “La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas en caso de imposibilidad física de aquélla podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechohabientes conforme a las normas de este código.

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

Art.... (actual 2234) “Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.”

### **1.8 La acción Civil del Daño Moral.**

Empezaré por definir el término acción. Del cual encontramos en distintos diccionarios varias concepciones sobre la acción.

Cabanellas, pg 16 “Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o a la forma legal de ejercitar este. En cuanto al derecho, consta en las leyes sustantivas (códigos civiles, de comercio, penal y demás leyes, reglamentos, etc.); en cuanto medio de ejercicio se regula por las leyes adjetivas (códigos procesales, leyes de enjuiciamiento o partes especiales de textos sustantivos también).”

Real Academia de la Lengua, Tomo I p.14, “modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe.”

Omeba. En sentido técnico procesal se designa a la acción como el derecho, facultad o

poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del Estado. Para que el juez actúe aplicando la ley al caso concreto es necesario que el ciudadano provoque el ejercicio de su actividad como órgano del Estado, esto es que ejercite la acción. De estas concepciones podemos formular una definición similar a la de Couture que sería que la acción es el derecho que tiene toda persona capaz ante la ley para acudir ante los órganos jurisdiccionales en busca de satisfacer una pretensión. Y esto lo vemos reflejado ya con precisión en nuestro tema del Daño Moral en el Art. 2233 del Código Civil.

Queda claro entonces que la acción es un derecho de toda persona pero para ejercerlo debemos recurrir a una vía esto es a una demanda que de inicio a un procedimiento, que pueden ser diversos ya sea por la materia es civil, penal, laboral, etc.; por el objeto es declarativo, ejecutivo o de condena; por el monto puede ser de cuantía determina, indeterminada, especial, de mayor, menor o ínfima cuantía; por el trámite es ordinario, ejecutivo, verbal sumario, etc.; y de acuerdo a la jurisdicción el artículo 3 de Código de Procedimiento Civil nos dice: “ La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional.”

También puede haber el caso en el que un delito puede ser perseguible por la acción penal o por la acción civil.

Ciertas legislaciones establecen la acumulación de las acciones de manera que las dos acciones esto es la penal y la civil son propuestas ante el juez penal y este es el que impone la indemnización.

Por otro lado hay legislaciones que determinan que la acción civil se la ejerce después de intentar la acción penal. (Caso de prejudicialidad).

Y, otras legislaciones que mantienen la independencia de jurisdicciones. En nuestro sistema en el tema de daño moral rige la independencia de jurisdicción fundamentando la naturaleza de las acciones y su finalidad pues la acción penal es punitiva y la acción civil es compensatoria pues lo que se busca es que se indemnice el daño causado independientemente que se determine si hay o no delito y su respectiva pena; dejando así la prejudicialidad civil solamente para cuando se inicie una acción penal para ciertos delitos como puede ser el caso de falsedad de instrumento público que primero debe ser declarada en la vía civil para proceder después por la vía penal en busca de una sanción.

Otro criterio para apoyar la independencia de las acciones es que el daño moral como daño

jurídico se ubica en la responsabilidad civil sin necesidad de una infracción penal como causa. Así, la responsabilidad es jurídica no moral, es civil no penal.

Además en ninguno de los artículos innumerados de la Ley 171, se dispone que se puede demandar la indemnización civil por daño moral solamente si ha precedido juicio penal, en que se declare probada legalmente la existencia del delito o del cuasidelito; por tal acción civil para obtener la indemnización por daño moral. Es independiente y no está sujeta al previo ejercicio de la acción penal, pues no hay prejudicialidad, ya que de haberla querido el legislador lo hubiera indicado expresamente, más aún en el último artículo sin número de la Ley 171 que dice " Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte y de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes."

### **1.9 Procedimiento Judicial de la acción por Daño Moral.**

Ya hemos realizado un análisis de la acción llegando por lo tanto a la conclusión que el daño moral se encuentra dentro del campo civil por lo que se deberá proponer la demanda por la vía civil idónea, más aún debemos establecer que dentro de los tipos de juicios tenemos, según Alsina, a los de cognición o conocimiento dentro del cual se encuentran los declarativos y constitutivos; los de ejecución; y, los de aseguramiento (medidas preventivas); los de ejecución son juicios que buscan el cumplimiento de una obligación preestablecida constante generalmente en un título, los de aseguramiento tienen como finalidad obtener medidas cautelares o preventivas, con el fin de asegurar los resultados de una sentencia del proceso contencioso que se va a implementar, o del bien sobre el que se va a litigar ;mientras que los de cognición y puntualmente los declarativos lo que buscan, como su nombre lo dice, declarar un derecho y consecuentemente hacer cumplir este derecho, en el daño moral lo que se trata es de reconocer los derechos violentados, el daño causado y consecuentemente resarcirlos. De esta manera decimos que el juicio por daño moral es un juicio de cognición; ahora veremos si es de jurisdicción voluntaria o contenciosa.

Entendemos por voluntaria a aquella en que no hay contienda, no hay una disputa, y por contenciosa entendemos a la contienda, a la pugna, disputa entre dos partes, en este caso de daño moral vemos que se busca un reconocimiento de un derecho y por lo tanto una indemnización que seguramente la parte demandada no aceptara y luchara por defender su posición habiendo de esta manera una contienda entre estas dos partes. Por lo tanto decimos

que el daño moral es de jurisdicción contenciosa. Así, ubicamos el tipo de trámite y consecuentemente su procedimiento al que le compete acogerse la acción por daño moral; para ubicar el trámite veremos una breve explicación de los tres principales:

### **1.9.1 El Trámite Ordinario**

El Juicio ordinario se halla reglamentado en el Código de Procedimiento Civil, desde el Art. 395 al 407, aunque también en otras normas de éste Código Procesal se trata sobre el juicio ordinario.

Se aplica este tipo de juicio para aquellos conflictos que por su importancia o complejidad jurídica requieran de este procedimiento, o cuando la Ley no señale un procedimiento especial conforme lo establece el Art. 59 del mismo código.

El Juicio Ordinario se caracteriza por lo siguiente:

- 1.- Es un juicio de cognición destinado a obtener el reconocimiento de un derecho;
- 2.- Es un juicio extraordinario desde el punto de vista de su estructura, pues difiere de los otros juicios.
- 3.- Es un juicio concentrado, porque tanto las excepciones dilatorias como las perentorias deben oponerse conjuntamente y se fallan en sentencia.

### **1.9.2 El Trámite Ejecutivo**

Nuestro Código de Procedimiento Civil lo regula desde el Art. 419 al 479. El Trámite Ejecutivo es un procedimiento contencioso, de aplicación especial según y de tramitación ágil, por cuyo medio se persigue el cumplimiento forzado de una obligación que consta de un título fehaciente e indubitado que a su vez es la declaración a la cual la ley le da la fuerza indispensable para ser el antecedente inmediato de una ejecución.

### **1.9.3 El Trámite Verbal Sumario**

El juicio Verbal Sumario se halla reglamentado en el Código de Procedimiento Civil, desde el Art. 828 al 847.

Casos que se tramitan en el juicio Verbal sumario. El Art.828 del Código de Procedimiento Civil

- \* Las de liquidación de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada;
- \* Las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario; y

\* Los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial.

Podemos ver que estos tipos de juicios si bien varían en sus características o requisitos en definitiva tienen un procedimiento similar pues en los tres se debe proponer una demanda que contendrá los mismos requisitos establecidos en la ley, los tres juicios deben tener una contestación tienen una etapa probatoria, alegatos y una sentencia, lo que les diferencia es la duración de cada etapa dentro de los respectivos procesos, la forma de contestación a la demanda así en el verbal sumario será de manera verbal en audiencia de conciliación y en los otros se da la contestación de manera escrita y se convoca a junta de conciliación, en el ordinario cabe la reconvencción, en el ejecutivo solo cuando la reconvencción vaya acompañada de un título ejecutivo, y en el verbal sumario no cabe la reconvencción, en los procesos ordinarios y ejecutivos propuestas la demanda cabe la reforma pero en el verbal sumario por disposición expresa no cabe la reforma, se diferencian también en los recursos, en la posibilidad de que se presenten incidentes, etc

#### **1.9.4 Juicio Ordinario por Acción de Daño Moral.**

Atendemos a lo que dice la ley procesal civil en el art. 59 respecto del juicio ordinario que establece que “Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.”

Por esta razón y al no encontrar en la ley una norma expresa que nos indique que tipo de trámite es el que se debe recurrir para plantear una acción civil por daño moral, se concluye que el trámite que se debe seguir es el ordinario pues así lo establece el art. 59 además la pretensión de daño moral no contiene un título ejecutivo para tramitárselo en la vía ejecutiva ni esta considerado el daño moral en los casos que comprende el trámite verbal sumario.

Es de total entendimiento por quienes conocen el Derecho, que todos los casos tramitados en el tipo de juicio que se lo haga deben seguir un lineamiento determinado por la ley. Es decir en lo que nos compete, en el daño moral, debe ser sustanciado de la misma forma que se sustanciaría otro caso diferente en la misma vía ordinaria. Esto es razonable pero lo que se busca es ir más allá por que si existe una exigencia especial a los casos por daño moral que lo diferencia de cierta manera a los otros casos, exigencias que se ven en la demanda, sustanciación y prueba.

Para ampliar este tema nos referiremos primero a al procedimiento ordinario contemplado en el Código de Procedimiento Civil en los Arts. 395 y siguientes:

Se presenta la demanda, se la califica, se dispone su citación y en ella se dispone que el demandado la conteste en 15 días. Al tiempo de contestar la demanda se puede reconvenir, se concede 15 días para que se conteste la reconvenición, se convoca a una junta de conciliación, luego a petición de parte se abre la causa a prueba por el término de 10 días y luego se pronuncia sentencia, antes de ella se puede presentar alegatos.

Así el juicio Ordinario o Declarativo es el más amplio, pues contiene períodos procesales claramente definidos; con términos suficientemente largos que permite el ejercicio de los derechos en la forma más eficaz y completa.

A continuación hablare de tres aspectos que individualizan este tipo de juicio por daño moral de otros.

1) Demanda: Esta al igual que todas las demandas deben cumplir en su totalidad con los requisitos que establece el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil y el Art. 68 del mismo cuerpo legal en referencia a los documentos que se deben acompañar.

Artículo 67. “La demanda debe ser clara y contendrá:

1. La designación del juez ante quien se la propone;
2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La especificación del trámite que debe darse a la causa;
7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
8. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso.”

Artículo 68. “A la demanda se debe acompañar:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actuare por medio de apoderado;
2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz;
3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y,
5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.”

Adicionalmente en el tema daño moral es indispensable que los fundamentos de hecho que deben constar en la demanda sean expresados de la manera más clara y cuidadosa debido al carácter espiritual de la razón de la demanda. Debe establecerse la responsabilidad del daño moral, esto es establecer el hecho dañoso, la culpabilidad y la imputabilidad.

2) Actor: Nos referimos a la persona que debe proponer la demanda, que en caso de daño moral le corresponde al afectado, a su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. Así vemos la disposición al respecto de quien es actor en el juicio por daño moral.

Código Civil, Art. 2233: La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas en caso de imposibilidad física de aquélla podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechohabientes conforme a las normas de este código.

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

El Segundo inciso del artículo antes transcrito nos habla de que también pueden ser actores las personas jurídicas y se dice que es procedente el daño moral a una persona ideal, cuando haya sido perjudicada directamente a consecuencia de un hecho y esto es obvio, ya que todo acto o hecho contrario a la ley no deja de dañar gravemente a toda entidad en el margen económico, en el buen nombre o en la confianza del público o en el crédito del que goza. Se dice que los ataques al crédito y prestigio de una empresa, se equipara al honor de los humanos.

La persona jurídica puede ser sujeto activo o pasivo del Daño Moral, conforme al inciso segundo de artículo antes referido a la persona jurídica se le toma como sujeto pasivo del daño moral, puesto que si bien ella no puede alimentarse de sentimientos de bienestar o dicha, puede poseer otros bienes extra patrimoniales, por lo tanto cuando hay daño moral y este afecta a las instituciones o personas jurídicas, la acción corresponde a sus representantes legales.

Ahora bien hemos visto quien puede ser actor en la demanda, pero también debemos establecer a quien va dirigida y esto es contra aquella persona, hubiere ocasionado menoscabo en la honra, reputación o buen nombre de una persona, ya sea esta natural o

jurídica. El Dr. Gil Barragán Romero, dice que demandado debe ser la persona que causo el daño y si ha muerto éste sus herederos.

3) La cuantía: La finalidad de la acción por daño moral es buscar una indemnización pecuniaria que corresponde al juez determinarla tomando en cuenta las particularidades de los hechos, la situación del demandado y la del ofendido, etc.

Pero como en toda demanda la ley establece que se determine a más de otros requisitos la cuantía, como es razonable y mas en este tipo de acción por daño moral pues no se puede dejar a la discreción solamente del juez la fijación del monto de la indemnización así como tampoco se le puede dejar solo al actor; entonces bien, la cuantía se convierte en una estimación del daño causado que la establece el actor y el juez por su parte determinará en sentencia si ratifica el monto establecido por el actor, o la disminuye.

4) La prueba: Al ser el daño moral una lesión a bienes y derechos extrapatrimoniales varios doctrinarios consideran que los hecho causante del daño moral es muchas veces difícil y hasta imposible de probar pues en la mayoría de casos el daño moral no tiene una manifestación externa.

Hablaremos y ampliaremos en capítulos siguientes todo lo referente a este tema.



## **CAPITULO II: La prueba**

### **2.1 Noción Etimológica de Prueba.**

Prueba: proviene del latín *pröbatio* que significa argumento o demostración. (Diccionario Latino-Español, Vicente García de Diego página 394).

### **2.2 Noción Conceptual de Prueba.**

La prueba no puede desvincularse del proceso pues forma parte de él, y tan es así que es considerado como el punto fundamental de un proceso

“Prueba es la justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley” ( Diccionario de la Lengua Española, Tomo V página 1116)

Lessona, Carlos: “Probar, en este sentido estricto, significa hacer conocidos para el juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser.” (La prueba en derecho civil p.3)

Carnelutti: “La prueba es una operación de la cual depende en gran parte el costo y rendimiento del proceso, se comprende que no debe quedar abandonada a la libre potestad de los hombres que participan en ella sino que al contrario el derecho tiende a regularlo a fin de garantizar del mejor modo posible los resultados.” (Moran Sarmiento, Ruben, Derecho Procesal TomoI pg 236)

Bentham: “Llama prueba a un hecho supuesto verdadero que considera como destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o la inexistencia de otro hecho.” (La Prueba en Derecho Civil p5)

Gennari: “Llama a la prueba, un hecho preordenado por la ley sometido al criterio del Juez la certeza legal de otro hecho dudoso.” ( La Prueba de Derecho Civil, p 5)

Laurent: “la prueba es la demostración legal de la verdad de un hecho o también el medio mismo que las partes emplean para demostrar el hecho discutido.” (La Prueba en Derecho Civil p 5)

Gianturco: “la prueba está constituida por los hechos demostrativos de la verdad de las acciones o de las excepciones” (La Prueba en Derecho Civil p 6).

Antonio Rocha: “Con la prueba se busca hacer conocidos de un juez los hechos que el adversario se niega a reconocer como ciertos.” (La Prueba en Derecho Civil p6).

Devis Echandía. “La prueba es el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.”

De todos estos conceptos podemos deducir que la prueba, obtenida mediante el auxilio de los medios probatorios establecidos por la ley, nos permite crear una convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por la o las partes de acuerdo a sus pretensiones o defensa en su caso.

### **2.3 La prueba en la legislación procesal Ecuatoriana:**

La prueba en nuestra legislación como en todas las legislaciones contemporáneas constituye la actividad vital de un proceso, momento en el cual se invoca a las partes que intervienen en una contienda legal, por su lado al actor a que demuestre los fundamentos de sus pretensiones, y al demandado para que desvirtúe o atenúe las mismas probando de igual manera sus excepciones. El resultado de este proceso es expresado en el fallo que dependerá de todas las pruebas aportadas durante la etapa respectiva del juicio.

Si bien en nuestra normativa no se encuentra un artículo que defina a la prueba, tenemos artículos que nos hacen referencia a los medios de prueba, lo cual tocaremos mas adelante.

### **2.4 Importancia de la prueba.**

No se discute sobre la importancia de la prueba, pues sin los medios probatorios los derechos de las personas quedarían en el aire como simple apariencias sin un resultado que es lo que se busca probando los hechos.

Alessandri y Somarriva nos enseñan que la simple afirmación hecha en interés propio no puede considerarse como expresión de una verdad de hecho; de tal manera que un derecho aunque exista al momento de accionarlo pero que no se puede probar es como si no existiera. He aquí el adagio: Tanto vale no tener el derecho, como no poder probarlo.

La prueba es indudablemente la fase procesal trascendental que opera en todo enjuiciamiento. Sin la evacuación de ella, el juez no tendría los suficientes elementos para resolver la causa. Por lo que sus derechos son susceptibles de ser violados y que el Estado a través de sus jueces no puedan cumplir con su función de proteger y hacer cumplir los derechos de las personas, pues la administración de justicia se vuelve imposible sin la prueba.

Bentham: “El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas, tal razón, debe suministrarse al juez, los medios de convicción sobre los hechos que él ignora oficialmente.”

## **2.6 Naturaleza Jurídica de la prueba**

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la prueba, existiendo al respecto tres tendencias:

- a) una que sostiene que es de derecho sustantivo o material, desconociendo erróneamente el papel que cumple dentro del proceso, por lo que hoy nadie la sostiene;
- b) otra que sostiene que es exclusivamente procesal, dado que su carga, formalidades relativas a su evacuación, valoración, etc. pertenecen al campo del derecho procesal; y,
- c) una última que la considera de naturaleza mixta, procesal y sustantivas, pues considera que si bien por una lado la prueba está destinada en general al proceso y a lograr la convicción del juez, a más de que consta generalmente regulada en las Leyes Procesales, existen también normas sustantivas que las reglan, o que en las relaciones jurídicas vinculadas con los actos o contratos civiles o mercantiles, acreditan su existencia y efectos, siendo ajena su utilidad o repercusión procesal posterior. Alessandri sostiene que: "La materia relacionada con la prueba, participa tanto de una índole sustantiva como de una índole procesal; y tal vez más procesal que sustantivo, porque ordinariamente será en juicio en donde las partes tendrán que hacer valer sus derechos..."

En el sentido que se lo tome, la prueba por naturaleza es una actividad jurídico procesal caracterizada por la intervención de la voluntad humana, ya del juez o de las partes, tanto en su origen que puede ser extraprocesal y anterior al mismo, cuanto en su aportación, su práctica dentro del proceso, su evaluación, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico no cabe duda que las normas referentes a la prueba son de carácter procesal incluyendo aquellas que para su validez y existencia necesitan de ciertos actos jurídicos o aquellas referentes a la carga de la prueba.

## **2.5 Objetivo y Fin de la Prueba.**

¿Con que objetivo fue creada la institución de la prueba?. Es una interrogante que se discutía hace mucho tiempo, pues en la actualidad no cabe discusión alguna al respecto pues es de total lógica que para establecer la verdad de los hechos hay que demostrarlos por más innecesario que parezca en ciertos casos pues a simple vista se puede determinar la

existencia de un hecho, pero que por seguridad jurídica se hace necesaria su justificación procesal y esto se logra mediante los medios probatorios.

El objeto de la prueba son los hechos en si, cuya existencia y veracidad debe ser demostrada aunque algunos tratadistas establecen que también el objeto de prueba son los derechos, aspecto en el que estoy de acuerdo pues existen conflictos que merecen una prueba del derecho como en casos de derecho consuetudinario y de derecho extranjero, por lo que se debe aportar de manera material el cuerpo legal que contiene la norma invocada en la demanda.

La finalidad de la prueba como vemos de las definiciones es llevar al juez la convicción o darle la certeza sobre la existencia del hecho o fuente del cual surge el derecho. En lo referente a la certeza Carlos Lessona nos enseña que ésta será absoluta referente a los medios de prueba, cuando no se admite posibilidad de lo contrario, en cambio será certeza moral si la admite pero teniendo a su favor la probabilidad, y será legal si la ley la impone al Juez.

Aunque bien existen tres criterios con respecto a la finalidad conforme lo establece Carlos Betancur Jaramillo:

- 1).- Aquel que considera que la prueba persigue el establecimiento de la verdad histórica de los hechos;
- 2).- El que considera que la prueba tiene por fin la fijación o determinación de los hechos dentro del proceso; y,
- 3).- El mas aceptado es aquel que sostiene que su finalidad es la de dotarle de conocimiento, certeza y convicción al Juez, sobre los hechos que interesan al proceso. Cicerón sostenía que el fin de la prueba era “despejar las dudas del Juez y aclarar todo lo probable”.

## **2.6 Medios Probatorios.**

Davis Echandía: “Los medios de prueba son los instrumentos o elementos utilizados por las partes y el juez, que suministran las razones y motivos que sirven para llevarle a éste la certeza sobre los hechos.”

Lessona: “Medio probatorio es todo aquel que puede alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, de darle conocimiento claro y preciso de él y justamente darle la certeza de la existencia de aquel hecho.”

Todas estas definiciones de una u otra forma nos llevan a una misma concepción, pero la cuestión va un poco más allá, pues al momento de accionar una demanda se debe analizar cada una de las instituciones jurídicas y de esta manera saber que debe probarse para cada caso en concreto. Cabe puntualizar que la prueba y las presunciones son diferentes, pues la prueba atestigua la verdad de un hecho de manera directa, mientras que la presunción de un modo indirecto.

### **2.6.1 Fuentes y Medios de Prueba:**

Hay que distinguir entre Fuentes de Prueba y Medios de Prueba.

Los medios de prueba son la actividad del juez, de las partes y de los terceros, desarrollada dentro del proceso para traer fuentes de prueba de la manera indicada por el ordenamiento procesal (prueba confesional, testimonial, documental, etc.). Los medios son ilimitados porque se puede probar de otras maneras a las establecidas por el código, de acuerdo a lo que determine el juez o en base a la analogía con otros medios de prueba como es en el caso de la presunciones que no se encuentran determinadas el Código Procesal aunque si en el Código Civil, la hipnosis, le polígrafo detector de mentiras, etc.

Las fuentes de prueba son las personas (los testigos, etc.) o cosas (documentos, etc.) cuyas existencias son anteriores al proceso e independientemente de él, que tienen conocimientos o representan hechos que interesan en el proceso. La relación entre los medios de prueba y las fuentes de prueba es que los medios salen siempre de las fuentes de prueba.

Para probar los hechos se necesitan un medio que vienen a ser los instrumentos de prueba. Por instrumento de prueba entendemos a todo medio que pueda hacer posible el conocimiento claro y preciso y así dar certeza y cumplir una doble finalidad que es de demostrar la existencia o inexistencia del hecho ante el Juez.

Vemos que para probar la existencia de los hechos se la puede hacer de dos maneras ya sea por una observación directa o por la inducción: Por la primera entendemos que quien observa directamente constata la verdad directamente mientras que en la segunda el que induce de las observaciones de otro, lo hace de manera menos directa.

### **2.6.2 Distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba:**

Según MONTERO, todas las pruebas tienen algo de procesal y de extraprocesal dado que en todas ellas existe algo previo al proceso (la fuente) y algo que se realiza en el proceso (el medio), por lo que no puede existir medio de prueba si no existe previamente una fuente de

prueba. De ahí que haya que distinguir entre lo que existe en la realidad y cómo se introduce en el proceso dicha realidad para convencer al Juzgador de la certeza de una de las afirmaciones de cualquiera de las partes.

a.- Fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, mientras que medio es un concepto jurídico-procesal.

b.- La realidad extrajurídica, esto es la fuente, existe independientemente de que luego pueda existir o no un proceso. Si el proceso no nace, la fuente no tendrá repercusiones procesales aunque pueda tenerlas materialmente, el medio siempre se forma en el proceso y siempre tendrá efectos procesales.

c.- Las partes indagan las fuentes de prueba antes de iniciar el proceso en una labor de investigación pues lo que se hace ya durante el proceso es una actividad de verificación de esa previa averiguación;

d.- Las fuentes preexisten todas al proceso, mientras que en éste sólo se practican los medios, de tal manera que si no hay proceso no hay medios, pero las fuentes son independientes en su existencia y no dependen de que se realice o no dicho proceso.

Para aclarar mas este tema y poder establecer una diferencia entre fuente y medio de una manera mas sencilla lo haré con ejemplos: En la prueba de confesión y juramento, la fuente es la persona y el medio el modo en que esta declara, en la instrumental la fuente es el documento y el medio la forma en que este se incorpora al proceso y se establece su autenticidad, en la testimonial la fuente son los hechos percibidos y el medio la forma en que se incorpora este conocimiento que es mediante la persona que capto los hechos ocurridos que viene a ser el testigo, en la pericial la fuente es la cosa, lugar o persona a reconocer y el medio el examen, informe o dictamen del perito, en la inspección la fuente es también el lugar, cosa o persona que se examina, y el medio la actividad perceptiva directa de los hechos por parte del juez en la diligencia.

### **2.6.3 Clasificación de los medios de prueba:**

Los medios de Prueba se pueden clasificar en:

- Directos (cuando son percibidos directamente por el juez. Ej.: reconocimiento judicial de lugares o cosas) o Indirectos (Son los que el juez recibe a través de 3ros. Ej; prueba de peritos, de testigos, etc).

- Por la forma pueden ser escritos (ej: documentos) u orales actuados (ej: audiencia testimonial).
- Por la estructura pueden ser personales (ej: testigos, confesiones) o materiales (ej: documentos).
- Por la función que cumple la prueba pueden ser representativos o históricos (ej: testigo, porque rememora hechos pasados y percibidos por sus sentidos) o no representativos o críticos ( ej: reconocimiento judicial de lugares donde el juez se presenta en el lugar visualiza y luego vuelca lo que vio en un acta).

#### **2.6.4 Los Medios de Prueba en nuestra Legislación:**

Como es tradicional en los ordenamientos procesales de raíz hispana los medios de prueba aparecen referidos no solamente en el Código de Procedimiento, sino también en el Código Civil. Esto se da es porque primeramente surgió el Código Civil que reunía absolutamente todas las disposiciones ya sean adjetivas o sustantivas. Desde 1931 tenemos una ley de enjuiciamiento civil propio que es el antecedente al Código de Procedimiento Civil en que ya constaban referidos medios de prueba como la confesión judicial, inspección, prueba testimonial y prueba pericial.

De esta manera ya a finales del siglo XIX adquiere autonomía el derecho procesal o adjetivo respecto al derecho sustantivo aunque hasta la actualidad el Código Civil sigue manteniendo las normas que regulan los procesos y los medios de prueba.

El Código Civil Ecuatoriano (artículo 1715, párrafo segundo) establece como medios de prueba “los instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez y dictamen de peritos e intérpretes.”

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil (artículo 121) considera medios de prueba: “confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.”

Se puede constatar en este momento que el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil coinciden en los medios clásicos de prueba y que lo único que omite el Código Civil son aquellos instrumentos probatorios que se pueden admitir tales, y que si se encuentran en la ley procesal y que están relacionados con los modernos avances tecnológicos y con la posibilidad de introducirlos en el proceso a través de la actividad probatoria, lo que nos obliga a mantener clara la distinción conceptual entre fuentes y medios de prueba.

Art. 121 inciso segundo y tercero del C. P. C. “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.”



### **CAPITULO III: La prueba en el daño moral**

#### **3.1 Prueba del daño moral**

En el capítulo anterior encontramos un amplio panorama de lo que a la prueba se refiere y lo vimos de manera general pues encontramos que en la doctrina la prueba es estudiada dentro de La Teoría General de la Prueba. Ahora bien en el tema de daño moral nos centraremos a establecer, específicamente en este capítulo, la prueba dentro de un caso de daño moral, y esto es: ver que se debe probar, como probarlo, que medios son convenientes utilizarlos, etc. Hemos revisado que el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o psíquico. No lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria en el patrimonio de la víctima, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos, de ahí que la indemnización que lo repara se denomina en doctrina *Pretium Doloris*, ya que el daño moral es aquel que 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.

##### **3.1.1 Que se debe probar.**

El señor doctor Ramiro J. García Falconí en su obra " El juicio por daño moral ", señala que debe probarse tres cosas a saber:

- 1.- La ilicitud 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.- El daño ocasionado; y,
- 3.- La relación de causalidad existente entre el acto o hecho ilícito cometido y el daño ocasionado.

##### **3.1.2 Cuando existe daño moral.**

Existen dificultades en establecer si un sujeto ha sufrido o no dolor y si lo ha sufrido determinar en que medida o intensidad.

Si se comprueba que el bien es susceptible de ser remplazado en especie o por su equivalente económico, aquí no hay daño moral, pues no se ha atentado contra la honra, reputación o buen nombre de una persona, sea esta natural o jurídica, obviamente que en

caso contrario procedería la acción por daño moral, lógicamente midiendo el interés de afección independiente del aspecto económico para establecer el monto de la reparación.

La Ley 171 que regula al Daño Moral, que se encuentra publicada en el R.O. No. 779 del 4 de Julio de 1984 señala que existe Daño Moral, en los siguientes casos:

- a) Cuando se manche la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación;
- b) Cuando se causen lesiones;
- c) Cuando se cometa violación, estupro o atentado al pudor;
- d) Cuando se provoque detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios;
- e) Cuando se provoque procesamientos injustificados;
- f) Cuando se provoque: angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

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

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias , previstas en el inciso primero de este artículo.”

### **3.1.3 La carga de la Prueba en el Daño Moral:**

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

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

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

Artículo 114 C.P.C. “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.”

C.Civil. Artículo 1715 inciso primero. “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquella o ésta.”

En primer lugar de manera general diremos que la carga de la prueba es aquella que tiene por objeto determinar cómo debe distribuirse entre las partes la actividad consistente en probar los hechos que son materia del litigio. En este sentido debemos establecer que lo mismo ocurre en materia de daño Moral, y que la carga de la prueba será la medida respecto de la cual se va a desarrollar el proceso, porque el juez va a fallar sobre lo alegado y efectivamente probado. El concepto de carga de la prueba cobra importancia cuando hay prueba insuficiente y más aún en el tema del daño moral, porque si el juez tiene la prueba, por aplicación del principio de adquisición, toda ella se trae al proceso independientemente de que beneficie o no a alguna de las partes.

Hay que tener en cuenta que en los últimos tiempos se está abriendo camino una teoría llamada de las "Cargas Probatorias Dinámicas", que impone que quien debe probar es quien se encuentre en mejores condiciones de probar y no quien afirma los hechos. Ejemplo: En una demanda por mala praxis médica, la historia clínica la deberá traer al proceso la clínica porque está en su poder y tiene mejores posibilidades para hacerlo.

### **3.1.3.1 Responsabilidad de la prueba e Inversión de la carga de la prueba:**

Como vimos en los Arts. 113 y 114 del C.P.C y 1715 del C.Civil, anteriormente transcritos, incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho dañoso.

Igualmente con apego a los Arts. 113 y 114 del C.P.C. Existen supuestos en los que se produce una inversión en la carga de la prueba, es decir en los que la regla es precisamente la contraria a la establecida con carácter general. Esto suele producirse normalmente en tres supuestos; cuando es más fácil para una parte que para la otra la obtención y la aportación de una determinada fuente de prueba, cuando una parte está más próxima que otra a la fuente de prueba y, en contadas ocasiones, cuando se constata que existe una desigualdad material en la relación jurídica que subyace. Estos últimos casos, proliferan en los últimos tiempos en materias en las que están en juego la protección de los intereses de los

consumidores y usuarios, pero es en el campo de la responsabilidad por riesgo o responsabilidad objetiva donde se observa una mayor tendencia a la inversión en materia probatoria. En estos casos, teniendo en cuenta que el resultado existe, será quien atribuya a éste una causa distinta y exculpatoria quien deberá probar que el hecho no se produjo por negligencia.

Si podemos interpretar el Art. 113 del C.P.Civil antes transcrito, en su inciso primero establece de manera clara que quien debe probar los hechos es el actor, en el inciso segundo vemos que el demandado no tiene obligación de probar si su contestación es absolutamente negativa; y, por último nos dice su inciso tercero que en caso de que el demandado haya negado los hechos de la demanda pero que en su negativa contenía una afirmación de otros hechos, estos sí deben ser probados por el demandado. De esta manera encontramos en doctrina la llamada “Distribución de las Pruebas”.

Ejemplo: Si el demandado en su contestación a la demanda declara negativamente los hechos motivo de la demanda por daño moral puesto que no pudo haberlos irrogado él ya que no se encontraba en el país en el supuesto momento, éste deberá demostrar lo dicho, esto es demostrar mediante un certificado de movimiento migratorio que no estuvo en el país y por su lado la parte actora deberá demostrar que lo alegado por su parte es cierto y que lo del demandado es falso.

De esta manera tenemos que pueden presentar pruebas:

- 1) En primer lugar el actor.
- 2) En segundo el demandado.
- 3) Puede producir el tercero reclamante, o si es caso de representación.
- 4) Puede disponer el juez la prueba de oficio, exceptuándose las testimoniales.

### **3.2 Apreciación de la prueba:**

#### **3.2.1 Sistemas de Apreciación o Valoración de la Prueba.**

\* Encontramos en doctrina que apreciar significa determinar cuanto vale la prueba para el juez y que de acuerdo a esto se pueden establecer tres sistemas:

- 1) Tarifa Legal o Prueba Tasada. Es la ley la que impone el valor de la prueba con prescindencia del convencimiento del juez. Ej.: Es prueba legal el instrumento público que hace plena fe acerca de la existencia de los hechos que fueron cumplidos en presencia de un

oficial público. Este sistema se aplica excepcionalmente en algunos casos en materia procesal.

2) **Apreciación Judicial o Libres Convicciones:** Este sistema, en contraposición con el anterior, deja al juez la determinación de la fuerza de convicción de las probanzas en base a su sentir. Pero este sistema se utiliza en materia penal.

3) **Sana crítica:** Es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba, respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, más allá del sentir que tenga el juez.

### **3.2.2 Apreciación de la Prueba en el actual Derecho Procesal Ecuatoriano**

En el proceso civil ecuatoriano, se ha adoptado un sistema mixto, es decir, parte de la teoría legal y parte de las reglas de la sana crítica, con algunos rasgos de tarifa legal y libre apreciación.

**Pruebas Legales:** El instrumento público es una prueba legal, pero, sólo en ciertos aspectos, como lo anota el Art. 166 primer inciso del C. de P. Civil, esto es, "...hace prueba contra terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados."

La confesión de acuerdo a los Art. 123 y 124 C.P.C rendida en forma pura, llana y explícita, también es prueba plena. Si la confesión no tiene alguna de las calidades enunciadas será apreciada por el juez de acuerdo a la sana crítica.

La inspección judicial según el Art. 248 C.P.C, "...hace prueba en los asuntos que versan sobre.....y otros casos análogos, que demanden examen ocular o conocimientos especiales."

La prueba de testigos es una prueba indirecta, que se produce mediante detalles de un hecho ausente, una reconstrucción efectuada a través de la memoria humana.

Queda la prueba por presunciones que tiene cabida, cuando el relato es imposible, surge la posibilidad de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas infiriendo de los hechos conocidos. Tal cosa, lo obtiene el propio juez por el sistema de presunciones, la presunción se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros. Este tipo de pruebas en el daño moral son de fundamental importancia por que como vimos el daño moral son afecciones espirituales que no presentan manifestación externa por lo tanto mediante los

hechos narrados y posiblemente aportación de pruebas y la presunción acertada del juez se podrá llegar a una sentencia favorable para el actor o demandado de ser el caso.

En cambio cuando la deducción es a través de terceros, se está ante la presencia de la prueba pericial que en nuestro sistema es un informe o elemento de colaboración

En definitiva como dice Couture, a mayor proximidad del juez sobre la prueba, mayor grado de eficacia. A mayor lejanía, menor valor de convicción.

La Sana Crítica categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, Art. 115 C.P.C. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

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

Las reglas de la sana crítica como dice Couture, son ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas se mezclan las reglas de la lógica con las de la experiencia del juez.

Pero, la sana crítica no quiere decir tampoco, que, el juez puede razonar libremente, a su voluntad, arbitrariamente, sino tendiente a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. Por ejemplo, para la valoración de la prueba testimonial en el daño moral, el legislador ecuatoriano, ha dejado al juicio crítico del juez su valor de convicción, quedando al juez el derecho de calificar la idoneidad del testigo para lo que deberá tomar en cuenta las prescripciones relativas a la edad, probidad, el conocimiento y la imparcialidad.

En definitiva, por valoración o apreciación de la prueba, debe entenderse, la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse del contenido de las pruebas actuadas en el proceso.

A mi criterio y particularmente en el tema de daño moral cada medio de prueba es susceptible de valoración individual y en ocasiones puede bastar un sólo medio de prueba para formar la convicción del juez, por lo cual la sana crítica viene a ser fundamental en estos tipos de acciones pues en la generalidad del caso queda netamente a criterio del juez determinar si existe daño moral y el monto de indemnización en base a las pruebas aportadas que muchas veces serán insuficientes y poco convincentes. Por otro lado la apreciación de la prueba es una actividad exclusiva del juez, resulta ser el momento

culminante y decisivo de la actividad probatoria, que termina con su convicción y debe propender a que exista armonía entre la sentencia y la justicia.

### **3.3 Indemnización del daño moral y su monto**

En la mencionada ley 171 si bien enumera los casos de daño moral, lo que no hace es precisar reglas para evaluarlo pues el Daño Moral reside en las órbitas de los afectos, en el mundo de los sentimientos, es decir en un ámbito que no puede ser valorado en las mismas condiciones que lo pueden ser los llamados perjuicios materiales. En vista de esta problemática en doctrina el Dr. Falconí nos presenta parámetros para fijar el monto.

- a) La naturaleza del acto o hecho ilícito;
- b) La ocupación habitual del ofendido; y,
- c) El dolor producido a la parte ofendida.

#### **3.3.1 Prudencia y equidad**

García Falconí nos habla de que el monto de reparación monetaria, sólo puede procurar en lo posible que el perjudicado obtenga satisfacciones racionalmente equivalentes, por lo que el Juez debe basarse para su fijación, en la prudencia y equidad, apreciando todos los datos acerca del carácter y extensión del perjuicio con arreglo al mérito probatorio.

Debemos acotar en este momento que en este tipo de juicios no se trata de calcular la suma necesaria para borrar lo imborrable; sino que debe procurarse que el afectado obtenga algunas satisfacciones equivalentes al valor moral lesionado, así el criterio que el juez debe tener en cuenta para fijar el monto de la indemnización, es la extensión del mal sufrido, mas no las facultades económicas del obligado a indemnizar; García Falconí dice que “es contrario a la ley estimar la fortuna del autor del daño para aumentar o reducir la indemnización”, de tal modo que para fijar el monto, hay que tener en cuenta la comisión de un acto o hecho ilícito que causa daño y que obliga a su reparación; la medida es la intensidad del daño y no la mayor o menor fortuna o culpabilidad del autor del mismo.

El daño moral por su naturaleza subjetiva, queda a la estimación discrecional de los jueces, en virtud del proceso y de los principios de equidad, pues la valoración exacta del daño moral no existe, ya que su cálculo material como lo he mencionado anteriormente es claramente imposible pues los bienes personales afectados no admiten una valoración real, por eso se dice que la reparación satisface pero nunca compensa.

### **3.4 Medios Probatorios Idóneos en la Acción de Daño Moral.**

Para empezar este título se debe establecer los medios idóneos de prueba en el Daño Moral, pero antes aclararé a que nos referimos con idóneo que es “a la suficiencia de una cosa” (Diccionario de la Lengua Española), en tal sentido nos quiere decir idoneidad de medios a aquellos instrumentos probatorios suficientes o adecuados para lograr establecer la verdad de los hechos, en virtud de esto podemos determinar que todos los medios regulados en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil son idóneos, ahora bien, algunos son de mayor o menor utilización, otros de mayor o menor funcionabilidad dependiendo el caso y otros de mayor o menor importancia según la doctrina, pero todos son válidos en cualquier juicio independientemente si son requeridos o no en un proceso; pues, el que se invoque o utilice un medio probatorio u otro dependerá de lo que se necesite probar, así si se necesita un informe de parte de un profesional en cierta materia se pedirá un informe de peritos o en su caso intérpretes y si es suficiente no se pedirá otra prueba. Pero así mismo pueden haber casos que a más de a prueba pericial sea necesario pedir una prueba testimonial pues los testigos complementaran en el supuesto caso la prueba pericial. En otros, será fundamental pedir una confesión de parte, una inspección personal con exhibición de documentos y declaración de testigos sin necesidad de recurrir al resto de medios probatorios; y, así sucesivamente se presentarán casos con diversas particularidades que harán necesario la aportación de una o varias pruebas dentro del proceso para llegar a la veracidad de los hechos objeto de Daño Moral.

De esta manera queda un poco más amplio el panorama de que los medios probatorios serán idóneos en la medida en que se los deba utilizar en un caso concreto.

\* C.Civil. Artículo 1715 inciso segundo. “Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez y dictamen de peritos e intérpretes.”

\* Código de Procedimiento Civil, Artículo 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.”

A continuación haré una breve descripción de los medios enunciados.

1.- En lo referente a documentos públicos, estos hacen fe del hecho de haberse otorgado, el lugar y fecha de otorgamiento.

\* En cuanto a la verdad de las declaraciones contenidas son válidas respecto de los otorgantes.

\* En cuanto a terceros hace fe solo de haberse otorgado, su lugar y fecha, pero no sobre las afirmaciones.

2.- Los documentos privados hacen fe como los públicos pero cuando han sido reconocidos judicialmente y cuando el otorgante en juicio no objeta su legitimidad.

3.- Referente a los Testimonios de acuerdo al Art. 1727 solo son admitidos para probar obligaciones menores a 80 dólares cuando no hay principio de prueba por escrito. Se exceptúan también los casos en los que haya sido imposible obtener una prueba escrita.

4.- La Inspección Judicial: está diligencia es realizada por el Juez, se nombra perito si aquel lo requiere o la parte pide.

5.- El examen pericial, es una observación, análisis, etc., por parte de un especialista en la materia que sea el caso y que consecuentemente emite un informe sobre lo analizado.

6.- Presunciones: El Código de Procedimiento Civil, no contempla a las presunciones como prueba, lo cual no sucede en el Código Penal, de ahí que la misma ley señala sus requisitos. Aunque si bien en lo civil el juez llega a dictar sentencia en base a las pruebas aportadas también lo hace conforme a las presunciones.

De esta manera y dejando claro que todos estos instrumentos probatorios son válidos procedo a describir a mayor profundidad tres de estos medios que han sido objeto de utilización en un caso de Daño Moral a tratar en este trabajo.

### **3.4.1 Confesión Judicial.**

\* Código Civil, Artículo 1730 inciso primero. “La confesión que alguno hiciere en juicio, por si o por medio de apoderado especial, o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte producirá pena fe contra ella aunque no haya un principio de prueba por escrito.....”

\* Código de Procedimiento Civil, Artículo 122. “Confesión judicial es la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho. La parte que solicite confesión presentará el correspondiente pliego de Posiciones, al que contestará el confesante.”

Conforme a las disposiciones transcritas la confesión judicial es una declaración solemne que hace una persona ante el juez competente y por el cual reconoce la existencia de un hecho que lo liga con el preguntante.

La confesión judicial para que constituya prueba de acuerdo a los Arts. 123 y 124 del C.P.C debe ser rendida ante el juez competente de manera explícita, ha de ser pura y simple, porque si el confesante admite en todo o en parte una obligación pretendida por quien la pide, pero añade hechos que modifican la naturaleza de la obligación, es como si no se la hubiera prestado, ya que el Art. 142 del Código de Procedimiento Civil, admite el principio de que la confesión no puede dividirse contra su autor; de ahí que el interrogatorio sobre el cual ha de versar la confesión, debe ser redactado en forma precisa.

En materia civil la confesión es la más perfecta y confiable de las pruebas, si se ha realizado cumpliendo los requisitos legales, en forma libre y espontánea, está garantizada por la autonomía de la voluntad individual, que es uno de los principales pilares sobre que se asienta nuestro sistema civil.

Normalmente, el que declara contra sí mismo no miente por eso se dice con frecuencia: a confesión de parte, relevo de prueba.

La confesión judicial solamente puede solicitarse a personas que vayan a quedar personalmente obligadas con su reconocimiento de hechos, es decir, a las que sean o puedan ser parte, o a terceros en un procedimiento jurisdiccional a quienes obligue una resolución futura, con toda la fuerza de la cosa juzgada. En el caso práctico de daño moral veremos que quienes han sido pedidos para rendir confesión son el actor y el demandado pues no han

existido situaciones de representación, ni terceros que puedan quedar involucrados en una sentencia.

Las preguntas sobre las que ha de versar este tipo de confesión han de ser claras y no dudosas; deben inquirir el origen de la obligación; y por claras se ha de entender la determinación de la cosa, cantidad o hecho que se pretende probar. Esta declaración no se puede aceptar en parte, sino en todo o en nada, según el principio del Art. 146 del C.P.C, esto es, que la confesión prestada en un acto en los juicios civiles, "es indivisible".

#### **3.4.1.2 Elementos de la Confesión Judicial**

Elemento subjetivo: Es la consideración especial de la persona que declara sobre hechos que se podrá hacer valer en su contra.

Art. 138 C.P.C. "No podrá exigirse confesión al impúber, y el valor probatorio de la confesión rendida por el menor adulto se apreciará libremente por el juez."

El Art. 141. C.P.C., establece: "También hace prueba la confesión presentada en juicio por medio de apoderado legítimamente constituido, o representante legal."

- Elemento objetivo: Es decir, el hecho material cuya existencia y características reconoce el confesante.

Art. 125. C.P.C "En la confesión ordenada por el juez, a solicitud de parte o de oficio, deberán afirmarse o negarse de un modo claro y decisivo los hechos preguntados, y no se admitirán respuestas ambiguas o evasivas."

- Elemento intencional: Se trata de que la declaración ha de realizarse con voluntad, capacidad y libertad y con el ánimo de que surta los efectos correspondientes. El confesante debe responder sabiendo que se va a suministrar una prueba y con ánimo de hacerlo; con la intención de asumir las responsabilidades que el reconocimiento de los hechos produzca en el campo del Derecho.

Art. 139. "No merece crédito la confesión prestada por error, fuerza o dolo, ni la que es contra naturaleza o contra las disposiciones de las leyes, ni la que recae sobre hechos falsos."

#### **3.4.1.3 Clases de Confesión:**

Se habla de que no es aconsejable en la ley realizar clasificaciones, por lo que con más acierto nos referimos a la doctrina.

- 1.- Judicial cuando la confesión es prestada dentro de juicio ante el juez y cumpliendo las solemnidades prescritas en la ley para su validez.
  - 2.- Extrajudicial es aquella que se ha rendido fuera de juicio de manera verbal o escrita expresamente, ya porque se la haya hecho como una mera declaración de parte, o ante una persona o autoridad pública que no esté investida de la potestad de juez.
  - 3.- Espontánea cuando es rendida sin requerimiento de parte interesada o del juez.
  - 4.- Provocada se encuentra regulada en nuestro Código y es la que se rinde por petición de parte legítima o por orden del juez.
  - 5.- Expresa es aquella rendida de manera clara y categórica, y aceptando o negando los hechos interrogados sin dejar lugar a dudas sobre la posición del confesante.
  - 6.- Tácita o Ficta es aquella declarada así por el juez en casos en que la persona llamada a confesar no compareciere en segundo señalamiento o compareciendo lo hiciere de modo equívoco, oscuro, con evasivas.
  - 7.- Simple, es aquella confesión por la que se reconoce o acepta, el o los hechos averiguados de manera pura y llana sin agregar ninguna circunstancia, elemento o comentario que modifique sus efectos.
  - 8.- Calificada, cuando el rindente reconoce los hechos interrogados pero atribuyéndole un distinto contenido que limita o modifica los efectos de la confesión.
  - 9.- Compleja cuando el confesante adiciona en su confesión uno o más hechos al hecho principal averiguado
  - 10.- Indivisible es aquella que por la propia naturaleza de este medio de prueba y por imperio legal obliga a que se haga uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes Art 142 C.P.C.
  - 11.- Divisible es aquella que por excepción, la doctrina y la ley, en consideración a la existencia de otra prueba en contra de aquella parte favorable al confesante, o por moral pública, permite se separen las circunstancias desfavorables de aquellas que le benefician.
  - 12.- Preconstituida es la obtenida con anterioridad al juicio, generalmente como acto o diligencia previa o preparatoria.
- El juez a la luz de la doctrina debe analizar si la confesión es expresa o tácita, expresa esto es rendida explícitamente en juicio y tácita cuando por ausencia del rindente en el segundo llamamiento no acude a rendir confesión y se lo declara confeso a su vez el juez debe

examinar si los hechos motivo de las preguntas respondidas por el confesante son física, material y jurídicamente posibles. También si sencilla cuando pura y llanamente el confesante respondió aceptando o negando los hechos conducentes a determinar el agravio ocasionado; o si ha sido una confesión calificada por la cual el demandado reconoció los hechos dañosos pero que han sido como consecuencia del consentimiento de la otra parte o reconoce que es cierto el hecho pero le atribuye al cumplimiento de su deber *ex officio* esto es que le imponía la naturaleza de su profesión.

#### **3.4.1.4 Efectos de la Confesión:**

El código de procedimiento civil establece en su Art. 140. “La confesión debidamente prestada en los juicios civiles, hace prueba contra el confesante, pero no contra terceros.”

\* La confesión como prueba: La confesión judicial en materia civil, es de un extraordinario valor, porque puede destruir cualquier otra clase de prueba

\* No surte efectos contra terceros

\* Una sola confesión sobre lo mismo: Art. 144. “El confesante no puede ser obligado a declarar por segunda vez, pero se lo podrá obligar a dar respecto de ellos las aclaraciones que pida la otra parte; siempre que no se dirijan a retardar el curso de la litis.” Esta regla es muy acertada porque, además de evitar la molestia que implica concurrir a contestar, evita que el confesante, por cualquier causa que se puede presentarse, pueda caer en contradicciones que le lleven a una responsabilidad penal.

\* No se puede revocar: Art. 145. La confesión judicial no podrá revocarse, si no se probare haber sido el resultado de un error de hecho.

La confesión o cualquier otra prueba, dejará de surtir efectos cuando se demuestre que ha estado viciada por aquel error, no se trata que la confesión viciada por ese error sea revocable, sino que carece de suficiente fuerza probatoria, podría hablarse, mas bien de la nulidad del acto, la confesión valdrá mientras no se la haya destruido.

#### **3.4.1.5 Valor probatorio de la confesión**

Dentro de los medios de prueba en general y en el daño moral una de las pruebas más idóneas y utilizadas es la confesión pues así como lo declara la ley la confesión judicial como la declaración o reconocimiento que hace una persona, contra sí misma, de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho y a esta declaración es acompañada el *animus consitendi* que no es otra cosa que la voluntad de decir la verdad a sabiendas de que el

resultado puede afectar a sus propios intereses, en esta virtud será obligación del juez analizar a la luz de la reglas de la sana crítica si la confesión rendida ya por el actor o el demandado le aportan elementos de juicio suficientes para conocer la realidad y gravedad del daño moral, así como lograr la certeza que le exige su función como juez para efectos de motivar debidamente la sentencia.

### **3.4.2 La Declaración de Testigos.**

#### **3.4.2.1 Definición de Testigo.**

Etimológicamente testigo viene de “*testibus*” que significa otorgar fé de la veracidad de algo.

Planiol define al testigo como la persona que ha estado presente por casualidad, o a instancia de las partes, al verificarse un hecho contradicho; y que puede por consiguiente, afirmar al Juez su existencia, la manera como se verificó y sus resultados.

Por su parte Baudry y Lacantinerie y Barde dan una definición más clara y más precisa diciendo, “que se llama testigo a la persona que ha percibido directamente por sus propios sentidos el hecho controvertido.”

De las definiciones antes citadas podemos deducir en consecuencia, que el testigo es la persona con características determinadas que le permiten exponer los hechos que ha podido presenciar, o que ha percibido por sus propios sentidos, relativos a sucesos sujetos a comprobación, de tal manera que propicien al Juez elementos de juicio acerca de la verdad o falsedad de los hechos interrogados.

Una vez establecida la definición de testigo se debe determinar que es el testimonio por lo cual la Enciclopedia OMEBA afirma que testimonio es el dicho de una persona legítimamente capacitada, extraña al litigio, sobre hechos que conoce.

A su vez el testimonio, desde el punto de vista jurídico es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que conoce respecto de ciertos hechos.

Sobre lo dicho debemos sentar el criterio de que no toda declaración es un testimonio, pues para que tenga esa calidad es indispensable se lo haga ante Juez , generalmente con fines procesales y cumpliendo las solemnidades prescritas para el caso.

#### **3.4.2.2 Declaración de Testigos.**

La Declaración de testigos conlleva una problemática que se plantea justamente con el desahogo de la prueba testimonial civil.

Una vez fijada la litis en un conflicto de índole civil y lo que nos compete tratar que es el daño moral, el actor precisa con sus hechos sus pretensiones y el demandado por supuesto sus excepciones y defensas en su contestación, por lo que se trata la litis, sin embargo todos los argumentos y pretensiones están sujetos a comprobación; de ahí que la ley instrumental prevea medios ordinarios de justificación que vienen a ser las pruebas dentro de las que nos compete tratar en este momento que es la prueba testimonial prevista en nuestra codificación procesal.

Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, se puede valer de personas o de cualquier otro medio de prueba, sin más limitaciones que las de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral

Así por ejemplo la ley regula quienes pueden ser testigos en el Código de Procedimiento Civil en el Art. 208 “Para ser testigo idóneo se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad...”

Este artículo hace referencia con edad a que una persona debe ser mayor de 18 años, a la falta de probidad se refiere a aquellos enunciados en el Art.213 C.P.C que son los enjuiciados penalmente, de mala conducta, deudores fraudulentos, etc. Con respecto al conocimiento el Art. 210 y 211 C.P.C que se refiere a que no son idóneos aquellos toxicómanos, ebrios consuetudinarios, locos, etc. Aquellos por falta de imparcialidad enumerados en el Art. 216 C.P.C que son parientes, cónyuge, compadre, socios, etc.

Si bien el artículo 208 nos limita la posibilidad de presentar testigos que muchas veces son allegados, familiares, compañeros de trabajo, etc., que son quienes podrían observar en ciertos casos de manera mas directa los hechos, el Art 208 inciso segundo del C.P.C, permite admitir la declaración de estos testigos que no se encuentran enmarcados dentro del Art. 208 inciso primero.

Art.208 inciso segundo. Esto no obstante, en conformidad con lo que dispone el artículo anterior, el juez puede fundar su fallo en la declaración del testigo que no reúna todas las condiciones aquí enumeradas, cuando tenga el convencimiento de que el testigo ha declarado la verdad.

En nuestra legislación en el ordenamiento procesal se da el ofrecimiento de testigos como dice el Art. 219 del C.P.C por el cual se establece que cuando se necesite rendir prueba testimonial se debe presentar la nómina de testigos y el interrogatorio la cual corre traslado

a la otra parte para efectos de contradicción y repreguntas. Y conforme al 221 del mismo cuerpo legal cada pregunta contendrá un solo hecho no serán impertinentes ni capciosas ni sugestivas.

Según el Art. 220 del mismo cuerpo no se admiten más de seis testigos, un número que se considera apropiado para probar la veracidad de los hechos.

#### **3.4.2.3 Clases de testigos:**

Se han formulado muchas clasificaciones pero que por su importancia tomamos de Betancurt las siguientes:

- 1.- Testigos judiciales y extrajudiciales, según su declaración la rindan dentro de un juicio o acto preparatorio; o, en el segundo caso, fuera de juicio. Los segundos, conforme lo venimos sosteniendo no son verdaderamente testimonios.
- 2.- Testigo idóneo o abonado, es aquel que reúne los requerimientos de la ley para ser aceptado como apto de manera que no se de motivo para ser tachado.
- 3.- Testigo ocular o de vista, aquel que declara sobre lo que apreció mediante el sentido de la vista. El adagio latino "*Pluris est oculatus testis unus quam auriti decem*" señala que "mas vale un testigo que lo vio, que diez que lo oyeron".
- 4.- Testigo original, el que narra los hechos conforme los apreció directamente;
- 5.- Testigo de oídas o indirecto es aquel que relata o informa sobre lo que oyó narrar a otros testigos originales.
- 6.- Testigo instrumental es el que interviene por exigencia legal en un acto o contrato, para solemnizarlo.
- 7.- Testigo conteste, aquel que rinde testimonio coincidente o conforme con el de otro u otros testigos que declaran en una causa.
- 8.- Testigo singular es aquel que discrepa con su relato, de lo expuesto por otro u otros.
- 9.- Testigo veraz, aquel que relata los hechos tal como los apreció, aunque este testimonio difiera del de otros
- 10.- Testigo falso es aquel que falta o altera la verdad a sabiendas, para favorecer o perjudicar a una parte.



#### **3.4.2.4 Valoración de la Prueba Testimonial**

Como cualquier otra prueba, una vez evacuada la testimonial, corresponde al Juez de la causa analizarla y justipreciarla, a través de la actividad lógico valorativa que le permita determinar si la misma le brinda convicción y es decisiva para el fallo.

El art. 207 del C. de P.Civil determina al respecto que “Los jueces y tribunales apreciarán la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos conforme a las reglas de la sana crítica.....” El art.115 también señala que “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica....”.

La prueba testimonial es un medio de prueba muy cuestionable por la fácil manipulación ya por vía de cuestionarios dirigidos, ya por influencia de factores como promesas remuneratorias, amistad, enemistad, el estado emocional del testigo, su capacidad de evocatoria de los hechos, del tiempo transcurrido entre el hecho en si y la etapa de prueba del juicio, la hora en que se aprecia los hechos materia del juicio, la distancia, y otros factores tanto subjetivos como objetivos que han llevado a que la doctrina aconseje al juez el obrar con celo y ponderación al momento de valorar esa prueba, incluso la ley en la búsqueda de garantizar idoneidad en el testimonio ha establecido un conjunto de requisitos relativos a edad probidad conocimiento e imparcialidad. En el campo de la prueba del daño moral muchas veces la prueba testimonial es la única y determinante para esclarecer los hechos por lo que también es un medio idóneo pero que debe ser apreciada por el juez con sometimiento estricto a las reglas de la sana crítica

La sana crítica, como hemos visto anteriormente es la estimación valorativa que hace el juez, con apego a la lógica, el sentido común y la experiencia, las enseñanzas. Para el efecto deberá distinguir lo verosímil de lo inverosímil, lo coherente de lo incoherente, lo pertinente de lo impertinente, etc. La sana crítica debe ir unida a la observación de la edad, estado de salud física y mental del testigo, y como mencione anteriormente, las circunstancias de tiempo y lugar en que se dieron los hechos materia de testimonio, la distancia a la que se apreciaron, la visibilidad, su rusticidad, etc. Hay casos en que el testigo tiene mente fantasiosa o imaginativa, que le lleva a alterar todo lo que aprecia o relata. Igualmente será tarea del Juez, el utilizar la facultad que le confiere los Arts.118 y 219 del C. de P.Civil para a través de repreguntas o indagaciones, obtener la mayor claridad y precisión en los testimonios, solicitando determine la razón de sus dichos e inquiriendo el donde, como,

cuando y porqué de lo declarado. En el caso de contradicción, divergencia, etc., en las declaraciones de dos o más testigos, conforme a la facultad del Art.236 podrá disponer el careo a fin de esclarecer aquello que afecta a la veracidad, procedimiento desatendido en nuestra práctica judicial y que permitiría rescatar en algo la valía de un medio de prueba que ha perdido actualmente credibilidad.

### **3.4.3 La Inspección Judicial**

#### **3.4.3.1 Concepto.**

Al tenor del Art. 242 del C. de P. Civil “Inspección judicial es el examen o reconocimiento que el juez hace de la cosa litigiosa o controvertida, para juzgar de su estado y circunstancia.” Concepto que por su amplitud posibilita la inspección de todo aquello que de otra forma no podría ser apreciado y valorado correctamente por el juez.

Este examen o reconocimiento personal puede recaer sobre lugares, cosas e incluso personas como en el caso de interdicción por demencia o locura, o para constatar los daños derivados de heridas o lesiones, y de manera general respecto de cuanto hecho controvertido sea susceptible de constatación por este medio.

#### **3.4.3.2 Importancia.**

Tiene gran importancia pues permite al juez obtener más fácilmente, de manera personal, directa y eficaz, elementos de certeza o evidencia, sobre los hechos litigiosos, especialmente dentro de juicios prácticos como el de daño moral que requieren exámenes oculares, intervención de peritos, reproducciones, análisis prácticos, reproducción de hechos. Con la apreciación directa y objetiva que hace el Juez se eliminan intermediarios incluso cuestionables como es el caso de testigos, lo que disminuye el margen de errores e intromisión de elementos o factores extraños.

También se puede utilizar la inspección para contradecir o contraprobar otras pruebas aportadas a juicio, como cuando hay inexactitud o imprecisión en un informe pericial, falsedad de un testimonio o confesión, etc.

Desde un punto de vista práctico tiene gran importancia, pues en muchos casos permite a las partes involucradas de hecho en un conflicto, buscar o propender a un acuerdo con la presencia e intervención del Juez en la diligencia.

Si bien en la inspección impera el sentido de la vista en la apreciación de los hechos, el juez, que persigue la obtención de elementos de convicción que le permitan resolver una

controversia, como dice Devis Echandía, a través de la inspección “.....ve, palpa, oye y en ocasiones huele y gusta, el hecho o la cosa, lo cual le permite llegar a la certeza o evidencia sobre la realidad que investiga o sobre circunstancias que a su vez pueden conducirlo a dicha realidad.....”.Para captar esas evidencias el juez conjuga la percepción física (elemento objetivo) con la actividad mental (elemento subjetivo).

De la práctica de la inspección y de las circunstancias apreciadas u observadas, habrá de dejar el Juez constancia en una acta, sin que ello signifique anticipación de criterio y mucho menos prevaricato.

#### **3.4.3.3 Características De La Inspección Judicial**

- a.- Es una actividad jurídica procesal de carácter personal, inherente al Juez;
- b.- Es una actividad tanto física como intelectual y por lo tanto crítica y lógica;
- c.- Tiene la naturaleza jurídica de prueba judicial, aunque se la haya cuestionado;
- d.- Es una prueba directa del hecho examinado;
- e.- Es una prueba simple, cuando se actúa con la intervención solo del juez, y compuesta cuando requiere además de la participación de peritos u otros auxiliares de justicia.

#### **3.4.3.4 Procedencia.**

Por la gran importancia probatoria y práctica, la inspección puede practicarse ya por voluntad de las partes procesales, del juez, o por mandato de la ley, en distintos momentos tanto procesales como preprocesales. Así tenemos:

- a.- Puede preceder a una demanda y por lo tanto practicarse como acto o diligencia preparatoria (Art.64 C.P.C.), ya con el objeto de lograr elementos de juicios sobre los cuales fundamentar una demanda, o para obtener una prueba para hacerla valer en uno o más procedimientos o juicios posteriores. El fundamento para ello esta en consideraciones de orden práctico de previsión, y mayor cuidado en casos de daño Moral ya que los hechos materia de inspección o de prueba, pueden desaparecer, alterarse u ocultarse, en unos casos por obra del tiempo, la naturaleza, la mano del hombre, ya de forma deliberada o no.
- b.- Dentro de juicio y luego de practicada la citación, en aquellos casos en que es indispensable el examen o reconocimiento de la cosa litigiosa o controvertida.
- c.- En el período o etapa de prueba, a solicitud de parte, cuando sea menester aportar elementos de certeza y convicción al Juez.

d.- De oficio y en cualquier estado del juicio antes de sentencia, cuando el juez de la causa considere que es indispensable obtener elementos de juicio que solo la inspección puede aportar sobre lugares, cosas o personas, para mejor proveer, o resolver con exactitud. Al respecto el Art.118 del C.P.C. señala que “Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptúese la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio;.....”

### **3.4.3.5 Concurrencia De La Inspección Judicial Con Otros Medios De Prueba**

Muchas veces la inspección judicial no se practica de manera pura y simple, sino compleja y con otros medios, por lo que será frecuente encontrar la concurrencia de:

- 1.-Inspección con intervención de peritos. Por ejemplo los arts.244 C.P.C, señalan que “En el día y hora señalados concurrirá el juez al lugar de la inspección; oirá la exposición verbal de los interesados, y reconocerá con el perito o peritos la cosa que deba examinarse.....” Se da este tipo de inspección judicial con intervención de un perito cuando el asunto en litigio demande conocimientos específicos sobre alguna ciencia, arte u oficio, que quedan fuera de la esfera de conocimiento del juez así lo dispone el Art. 250.
- 2.-Inspección con declaración de testigos. Al respecto el art. 244 inciso segundo dice “En el acta se hará mención de los testigos que presentaron las partes y de.....”. En este caso el día y hora señalados como dice la norma, las partes concurren al lugar de la inspección, en la cual se redacta una acta sobre lo realizado en la diligencia en la que constará a más de las observaciones, alegatos y descripción de lo examinado; también la declaración de los testigos que presenten las partes en esa diligencia independientemente de las declaraciones de testigos que se hubieren presentado en la etapa de prueba para cuyo efecto estas declaraciones constarán en un acta separada
- 3.-Inspección con exhibición de documentos. Igualmente a lo que sucede en la declaración de testigos, si tomamos el artículo 244 en su inciso segundo vemos que se admite la posibilidad de incorporar documentos durante esta diligencia. “... En el acta se hará mención de los testigos que presentaron las partes y de los documentos que se leyeron.....”
- 4.-Inspección con identificación o reconocimiento de personas, documentos u otros bienes.

5.-Inspección con reconstrucción de hechos. Esto nos hace referencia a los peritos que de acuerdo al Art. 244 dice “En el día y hora señalados concurrirá el juez al lugar de la inspección; oirá la exposición verbal de los interesados, y reconocerá con el perito o peritos la cosa que deba examinarse.” Pues debemos entender que cuando habla de que reconocerá la cosa a examinarse se refiere a los hechos, y el 245 inciso segundo “Durante la diligencia podrá también ordenar la reconstrucción de hechos para verificar el modo como se realizaron, examinar a las personas prácticas que conozcan el lugar o la cosa y tomar cualquier otra medida que considere útil para el esclarecimiento de la verdad.” Este último precepto nos aclara mucho más cuando se trata de una inspección con reconstrucción de hechos.

#### **3.4.3.6 Valor Probatorio**

Primeramente cabe recordar que toda prueba en general como lo hemos venido estudiando debe ser apreciada en conjunto y con apego a las reglas de la sana crítica, esto es, al sano y equilibrado juicio que de ellas se forma el juez, en base a la lógica, la experiencia, etc., por lo que el valor de la inspección dependerá del grado de certeza y convicción que lleve al juez sobre los hechos examinados. Por otro lado si toda prueba lleva como objetivo el dotar al juez de elementos de convicción y certeza, nada mejor y más eficaz que la constatación personal y directa del juez que evita la participación de terceros intermediarios, eliminando o al menos disminuyendo el margen de error e inexactitud que puedan involucrar de manera deliberada o no.

En algunos códigos extranjeros en que impera la valoración de la prueba por el sistema de tarifa legal, se le concede el expreso valor probatorio de prueba plena.

La inspección judicial a pesar de ser un medio que permite al Juez percatarse o captar en forma directa los hechos que la motivan, no por ello esta lejos de ser un medio infalible, ya que pueden presentarse los más variados errores de captación. Sin embargo cabe resaltar que lo apreciado por el juez puede también ser controvertido o contrademostrado mediante otras pruebas plenas que demuestren el error de la autoridad o lleven a conclusiones contrarias.

En definitiva la inspección tiene su fundamento en la presunción de probidad y rectitud del juez que mediante esta diligencia obtendrá directamente elementos de juicio necesarios para el esclarecimiento de los asuntos controvertidos que servirán de fundamento a la

motivación del fallo. Y la inspección es el examen o reconocimiento que hace el juez, esta no debe ser deprecada o delegada a otra autoridad a fin de que el juez de la causa sea quien tome inmediación con la cosa a inspeccionar.

Si a través de la inspección se puede examinar bienes muebles e inmuebles, semovientes, también este medio es idóneo para proceder al examen de personas. Si como ejemplo la misma ley impone la necesidad de inspección al presunto demente en el juicio de interdicción, a fin de que el juez se empape de su actual y real estado, con mayor razón cabe la inspección a una persona cuando el daño moral pueda haber provenido de la afección a su estado y condiciones físicas e incluso psicológicas, para cuyo caso sin embargo el juez deberá buscar el auxilio de un perito en la materia. Así con la inspección se puede averiguar sobre el estado emocional de la persona y relacionar con el estado anterior a los hechos que también deben ser probados, o también constatar cualquier tipo de afección o alteración que, sin haber provocado un daño de magnitud, permitiría inferir de que tal alteración ha afectado al equilibrio psicológico y espiritual de la persona.

### **3.5 Aplicación de la teoría a un caso práctico.**

El juicio a estudiar es el ordinario No. 516-2003 del juzgado Vigésimo de lo Civil del Cantón Cuenca, Raúl Alvarado Corral contra Petronio Ortega Vásquez:

El mencionado Dr. Ortega (demandado) realizó una operación que por salud y previsión se la debía hacer el Dr. Alvarado (actor) ya que tenía diversas lesiones en la piel de rostro, tórax, axilas y otra áreas del cuerpo; a más de que esta operación se le fue pedida al Dr. Ortega por los lazos de amistad que tenían estas dos personas. Resulta que adicionalmente el Dr. Ortega procedió ya dentro de la cirugía a realizar una operación estética de levantamiento de cejas, que según el demandado alego que era necesario para lograr simetría debido a que la incisión que tuvo que realizarse hacía que los párpados queden disparejos. Este procedimiento se lo realizó sin contar con el consentimiento del Dr. Alvarado quien también alegó que es falso lo dicho por el demandado, pues él ya le había mencionado, antes de la operación, un levantamiento de cejas al cual el actor se opuso definitivamente.

Aún así de lo dicho los resultados fueron que se realizó la operación y a más de eso una cirugía de levantamiento de cejas, a la cual el Dr. Ortega la llamo complementaria.

En el juicio el actor alega que lo que se ha violado en este caso es su libertad de decisión, derecho que tiene toda persona pues no se respeto su disposición de no someterse a dicha intervención estética de esta manera humillando su autodeterminación.

La parte demandada alega que el actor después de dicha cirugía pudo seguir con sus labores profesionales lo cual no podría hacerlo si todo lo que el actor decía era cierto como el aspecto que esta situación le había provocado un problema en su visión lo que le hacía ver doble y borroso. Aún así hubiera podido o no trabajar después de la cirugía, o hubiera sido o no una cirugía estética necesaria por simetría, o de que esta fuera exitosa o no, o que tuviera complicaciones después, muy poco se toma en cuenta para determinar el daño moral pues se la realizo en contra del consentimiento del actor, pues el no estaba de acuerdo, produciéndole sufrimientos físicos y psíquicos.

Mencionan también la parte actora una jurisprudencia la cual nos dice que “la prueba de la lesión de los bienes derechos o intereses extrapatrimoniales es innecesaria y otra veces imposible pues pueden no tener manifestación externa, quedando en el alma.....” “La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado.....”

De lo dicho podemos deducir que con la cirugía plástica realizada por el demandado en contra de la voluntad del actor, es la prueba con la que se demuestra el hecho ilícito motivo de la demanda por daño moral.

La parte demandada por su lado alega que la cirugía estética se la realizó como consecuencia de retirar las lesiones dérmicas en el cuerpo y cara del Dr. Alvarado y que al encontrar una queratosis en el párpado superior derecho procedió también a retirarla por lo que se produjo una disminución de tejido en el párpado por lo que tuvo que intervenir en el otro párpado y que lo que se realizó fue a su opinión la mejor forma de reparar anatómica, funcional y estéticamente las lesiones que causan las incisiones y por su lado lograr que por dichas incisiones no quede después una desproporción entre el un párpado y el otro. Este aspecto corroboran los médicos peritos al decir en su informe que ha existido un correcto acto operatorio que no han quedado secuelas de orden fisiológico.

La parte actora entabla esta demanda solicitando se condene al demandado a indemnizar económicamente al actor la suma de 300.000 USD, por su lado el demandado alega al respecto plus petición, al considerar una cantidad exorbitante al supuesto daño causado.

La defensa plantea que como mencioné en líneas anteriores y lo manifiestan los testigos el Dr. Alvarado al día siguiente de su operación regreso a sus labores, hasta realizó una operación y siguió los días posteriores laborando en SOLCA y en la clínica Santa Inés, aspecto este que es de saber que por ética y responsabilidad profesional no se puede operar si quien va a realizar la intervención no se encuentra ni psicológica ni fisiológicamente estable.

La parte actora solicita las siguientes pruebas:

\* Prueba documental, en el que consta el parte operatorio, en el cual no consta que se ha realizado un levantamiento de cejas por cuestiones de simetría.

Como otro documento un informe hecho por la Dra. Yolanda Vintimilla quien realizó la revisión postoperatoria, en el que consta que se retira los puntos y se cura las heridas notando una infección y volviendo a suturar.

\* Inspección judicial, la parte actora pide esta diligencia para corroborar datos de la Historia Clínica del Dr. Alvarado para que quede constancia que no existe ninguna alteración fraudulenta en los datos constantes en dichos documentos clínicos que han sido presentados dentro del juicio. Mas no ha sido de utilización concreta para determinar que habido daño moral.

\* Prueba testimonial, se pide declaración de cinco testigos realizando un interrogatorio para cada uno de sus testigos. Cada uno de estos interrogatorios fueron realizados conducentes a demostrar que en ningún momento se dio venia para que se realice el levantamiento de párpados, que hubo negligencia y que en concordancia con el parte operatorio no se hizo constar, de mala fe, tal cirugía.

Los testigos fueron judiciales como lo vimos anteriormente fueron pedidas sus declaraciones dentro del juicio y de acuerdo al Art 220 no excedieron de seis testigos. La parte demandada tachó a los testigos por no ser idóneos según la ley, ya que los testigos llamados por la parte actora son personas que laboran en el mismo instituto en cargos inferiores y tienen relaciones de amistad lo que les impediría imparcialidad, pero que el juez los admitió pues como vimos hay excepción a la regla y el juez de considerar que sus testimonios dan indicios de veracidad los admite. Los testigos presentados por la parte actora han sido los llamados originales y oculares pues han narrado los hechos de acuerdo a lo que ellos han presenciado o visto.



La parte demandada solicita las siguientes pruebas:

\* Declaración de testigos , presenta cinco testigos que responden a un interrogatorio común, las preguntas formuladas fueron tendientes a determinar que conocían de la intervención, que han visto al Dr. Alvarado en calles y consultorio, laborando en intervenciones y consultas, en fin de demostrar que a partir de la intervención quirúrgica él llevó una vida normal, para así evidenciar lo sostenido por la parte demandada que no es como dice ser, esto es, que hubo un daño de tal magnitud que causó afecciones fisiológicas y psicológicas. Igualmente en esta prueba se ha cumplido con los requisitos de ley, no excedido el número, fueron pedidos dentro de juicio, son capaces, la parte actora no los ha tachado pues considera que lo que han tratado de demostrar con ellos es que no hubo un daño en magnitud para poder demandar daño moral, cuando lo que se debería demostrar es que no hubo daño moral no la dimensión del daño causado, pues eso simplemente servirá para establecer el monto de la indemnización. Los testigos llamados a declarar son originales pues han narrado lo que han presenciado y contestes pues han coincidido con otros testimonios de la parte demandada.

\* Inspección Judicial, la parte demandada se acogió a la solicitud presentada por la parte actora para que se realice esta diligencia con el objeto de cotejar datos de las copias de la Historia Clínica del actor entregadas al proceso con las originales que se encuentran en la institución y del lugar de trabajo del actor y del quirófano y así determinar que la distancia de un lugar a otro es corta y así poder contradecir afirmaciones que los testigos del actor sostenían sobre que ellos en tan poco tiempo habían escuchado las indicaciones que le daba el actor al Dr. Petronio sobre su cirugía. En esta diligencia se dio la llamada inspección con intervención de peritos por la cual el juez designó a peritos conocedores en el área de sistemas para corroborar datos sobre historiales clínicos, las seguridades que este sistema tiene, etc. Para que una vez obtenido esos datos poder probar si se pudieron dar o no alteraciones en dichos documentos, lo cual no resultó relevante. En este sentido se cumplió con la inspección judicial pero también se configuró aquella que vimos con anterioridad la llamada confesión judicial con exhibición de documentos, pues se mostró los partes operatorios originales, al igual que lo historiales clínicos.

Mas el demandado hubiera sido fundamental pedir una inspección judicial hacia la persona del actor para corroborar sus lesiones y por ende sus afecciones, para que de esta manera el

juez con un auxiliar o perito procedan a emitir un informe sobre las lesiones y afecciones, pero por no creer conveniente, para establecer los daños, lo hace directamente pidiendo un informe pericial de dos médicos conocedores de la materia como lo vemos a continuación.

\* Prueba pericial, los informes periciales fueron pedidos pues en este tipo de casos una inspección judicial, que como entendemos es la apreciación directa realizada por el juez, y este al no ser un experto en esta materia se recurrió a peritos especialistas en cirugía plástica y reconstructiva para que realicen un examen valoratorio del rostro cuello brazo y tórax del Dr. Raúl Alvarado. Esto se pidió y realizó para demostrar si hubo una mala intervención o una lesión que produzca afecciones fisiológicas o psicológicas y que de haberlo que magnitud alcanzarían tales afecciones. Informe que resulto favorable en este sentido para la parte demandada.

De esta manera con el informe emitido se ayuda al juez para tener un criterio valoratorio sobre los daños fisiológicos y psicológicos, la mala o buena intervención y su magnitud para así poder en caso, de determinar en sentencia, que hay daño moral, fijar el monto que asciende la indemnización por el daño ocasionado.

\* Exhibición de documentos, aquí se piden se exhiban facturas por concepto de consulta e intervenciones desde el día posterior a su intervención hasta la fecha de la demanda, todo tendiente a demostrar que el Dr. Alvarado ha podido laborar inmediatamente después de su intervención que de haber sido como el actor alega que tuvo vista borrosa y afecciones fisiológicas y psicológicas de tal magnitud que le hace plantear una acción por daño moral, no hubiera podido realizar ninguna de estas actividades, a más de que por ética profesional no se le permite intervenir en esas condiciones.

\*Confesión Judicial. El demandado pide se practique esta prueba para lograr mediante los relatos del propio actor determinar que no se ha ocasionado lesiones que afecten a su estabilidad o tranquilidad emocional, que esta demanda es producto de persona que presenta actitudes conflictivas, demostrar que el ha sido objeto de demandas por colegas por su actitud beligerante, de tal manera que esta no es otra cosa mas que una actitud en busca de problemas. Corroborar que el actor ya había sido anteriormente sometido a cirugías en manos del Dr. Ortega sin tener ningún inconveniente, etc.

Esta confesión pedida al Dr. Alvarado fue judicial, esto es dentro del juicio, fue provocada ya que fue pedida por la parte demandada, fue expresa ya que acudió y rindió su declaración

de manera categórica. Algunas preguntas del pliego fueron contestadas añadiendo mas datos e información de la pedida y en otras contesta reconociendo absolutamente lo preguntado y en otras negando.

En este caso de Daño Moral vemos un ejemplo exacto de la confesión compleja analizada en líneas anteriores, pues el ofensor acepta el haber realizado las intervenciones alegadas, como la incisión en el otro párpado, pero añade que lo hizo con el fin de evitar una asimetría.

En la sentencia toman en cuenta todas la pruebas aportadas, dentro de sus considerandos menciona que se ha realizado una cirugía autorizada y mas un levantamiento de cejas no planificado ni autorizado. Toman en cuenta que la queratosis no consto en el parte operatorio y tampoco fue enviada a ser examinada, lo que corroboro el demandado en su declaración y la correspondiente sanción en el tribunal de Honor del colegio de Médicos del Azuay.

El juez a pesar de que los testigos del actor fueron tachados les otorga valor probatorio, y principalmente se toma en cuenta las declaraciones de los testigos que estuvieron durante la operación, testigos estos que indicaron que el Dr. Ortega había respondido a sus preguntas de si tenía autorización para el levantamiento de párpados a lo que el demandado respondió que no.

Consideran que aunque se han presentado informes periciales en los que constan que la cirugía ha sido correcta y que no ha dejado secuelas de orden fisiológico y las declaraciones de testigos de la parte demandada que afirman haber visto al accionante realizar sus labores profesionales prácticamente enseguida de la intervención, el juez no discute con respecto a si la intervención fue bien o mal realizada ni sus consecuencias, sino a la falta de autorización para la intervención en los párpados , por lo que se le concede el derecho del accionante a la reparación por daño moral, pues el sufrimiento físico y psíquico es el resultado de la acción ilícita del demandado y la determinación de la indemnización queda a prudencia del juez tomando en consideración la gravedad del perjuicio ocasionado, monto que llega a determinar en la suma de diez mil dólares.

A mi criterio es un caso en el que definitivamente encontramos daño moral, pues hubo una operación no autorizada, la que fue probada y como hemos visto que basta probar el hecho ilícito para determinar si existe daño moral o no, en este caso se ha demostrado tal aspecto.

Ahora bien en cuanto a la indemnización, el monto pedido inicialmente por el actor a mi juicio es exorbitante; pues si bien tenemos derechos que tutelan nuestros intereses personales no se debe abusar de ellos, vemos en este tipos de acciones que si bien cabe una reparación por el daño causado no se debe pretender lograr un enriquecimiento a costa de un supuesto sufrimiento.

Se puede concluir diciendo que la suma establecida por el juez esta bien o hasta muy favorable al demandado en comparación al monto solicitado en la demanda. El valor determinado por el juez se encuentra mas acorde a la magnitud del sufrimiento ocasionado y tendiente a buscar que no se de un abuso de derecho, y así lograr que no nos volvamos como aquellas personas amorales generalmente de aquellos países que demandan por todo y por nada buscando simplemente un beneficio económico como si fuera honesto demandar por daño moral el mínimo agravio. Pues hasta entendible sería si una persona de escasos recursos demande por daño Moral si ha sido afectada de tal manera que queda imposibilitada de trabajo por lo cual quedaría en un estado de desprotección por el que ocasionaría en su persona un desequilibrio a la homeostasis y a su vida económica; en este sentido sería justo y necesario realizar este tipo de demandas para de cierta manera poder obtener una indemnización que de una u otra forma le ayuden al afectado a sobrellevar su situación.

## **CAPITULO IV: El daño moral en otras legislaciones:**

**4.1 Legislación Mexicana:** Código Civil Federal Artículo 1916.- “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

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

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

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

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

Artículo 1916 Bis.- “No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.”

[www.mexicolegal.com.mx/consultas](http://www.mexicolegal.com.mx/consultas)

#### **4.2 Legislación Argentina.**

Artículo. 522. “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.”

Artículo 1078. “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

Artículo 1099. “Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto.”

<http://civil.udg.es/cordoba/com/Vielma>

#### **4.3 Legislación Alemana.**

Código civil alemán, que admite la indemnizabilidad del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio. <http://www.infocomercial.com/articulos/barticulos>

#### **4.4 Legislación Española.**

En el Art. 1902 del Código Civil Español “El que por acción u omisión causa daño a otro, esta obligado a reparar, el daño causado”

<http://www.infocomercial.com/articulos/barticulos>

#### **4.5 Legislación Paraguaya**

En el Art. 1833 de Código Civil Paraguayo “El que comete un acto ilícito, queda obligado a resarcir el daño. Si no mediara culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente.”

**Art. 1835.-** Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

<http://www.infocomercial.com/articulos/barticulos>

#### **4.6 Legislación Italiana.**

El vigente Código civil italiano ha resuelto el problema en la práctica, con una solución esencialmente de carácter negativo de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales. Así, el artículo 2.059 establece que el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley; y tales casos se reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, artículo 185.2° del Código penal italiano.

<http://www.infocomercial.com/articulos/barticulos>

#### **4.7 Análisis Comparativo con la Legislación Ecuatoriana**

\* La Legislación mexicana en sus normas establece que es lo que se debe entender por daño moral, mientras en nuestra normativa no encontramos una definición de daño moral lo que nos remite a la doctrina para poder entender el significado y alcance de esta institución; también que el daño moral es producto de un hecho u omisión ilícito que obliga al responsable a repararlo, punto este en el que concuerda la disposición ecuatoriana al establecer que la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado.

Por otro lado podemos ver que estas dos legislaciones determinan en que casos se configura el daño moral y al mismo tiempo mantienen la independencia en el sentido de si se ha causado daños materiales y de las penas impuestas por tal lesión.

Observamos que en la legislación mexicana se permite la publicación de un extracto de la sentencia por daño moral en el medio que se crea conveniente, a petición del afectado. También protege de ser demandado por daño moral a aquellas personas que ejercen derechos de opinión, crítica, expresión e información.

En otra disposición de la ley mexicana habla de que la acción de reparación por daño moral no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos cuando haya intentado la acción de daño moral en vida. En este sentido nuestro código permite por un lado el derecho de representación ya sea por imposibilidad física siendo su representante legal, cónyuge o por parientes hasta el segundo grado de consaguinidad, y por otro lado nos dice que para que puedan ejercer los herederos esta acción lo podrán hacer siempre y cuando el hecho ilícito produjo la muerte de la víctima.

\* La legislación argentina, establece en sus disposiciones que la obligación de resarcir el daño causado comprende a más de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación por agravio moral, pero debemos anotar que estas disposiciones se encuentran dentro del título de “Los Delitos”, por lo que entendemos que le toman al daño moral como consecuencia de la comisión de un delito. También en caso de los herederos, si el delito no hubiese causado sino agravio moral como injurias y difamación, esta acción no pasa a sus herederos salvo que hubiese sido entablada por el difunto. Este último aspecto merece una crítica pues hubiera sido más acorde ponerlo “... si hubiese sido entablado por la víctima antes de su muerte”, pues un difunto no puede hacerlo como se podría entender en el contexto.

En otras normas también podemos ver que, cuando no le toman al agravio moral como delito, sino como consecuencia de la indemnización por responsabilidad contractual, condenan al responsable la reparación por agravio moral.

\* El Código Civil Alemán es muy preciso en cuanto a cuando existe daño moral estableciendo que habrá únicamente en los casos taxativamente señalados como es la lesión corporal, el daño a la salud, la privación a la libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio. En este sentido esta legislación no da amplitud en casos para demandar daño moral cuestión que se la puede tomar negativamente, a mi criterio es positivo pues da seguridad jurídica y así se evita la proliferación de demandas por daño moral como se da nuestro y otros países en los que se ejerce la acción de daño moral por todo.

\* En la Legislación Española las disposiciones correspondientes a este tema las vemos dentro del capítulo de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia, en estas disposiciones la única que va más de acuerdo al daño moral es la que se refiere a que “quien por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado.” Mas no se encuentra especificaciones de daño moral.

\* La Legislación Paraguaya nos habla de que quien comete un acto ilícito tiene que reparar el daño y que esta reparación no se refiere solo a la lesión material sino a la lesión moral, y que le compete esta acción al damnificado, y en caso de muerte de la víctima por estas lesiones este derecho lo tendrán sus herederos forzosos. Vemos que no hace referencia específica al daño moral en ninguno de sus artículos solo menciona como caso de



indemnización, también vemos que tiene cierta concordancia con nuestra legislación con respecto al tema de herederos.

\* La italiana en cambio es un poco negativa en el sentido que las disposiciones respecto al daño moral nos dicen que se debe reparación por daño no patrimonial solamente en los casos previstos en la ley y que se reducen a aquellos que el hecho productor tiene naturaleza delictual.

## **CAPITULO V: Jurisprudencia sobre el daño moral.**

**5.1 Jurisprudencia española:** El Tribunal Supremo Español, en Sentencia de 7 de febrero de 1962 expresa “el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”.

<http://civil.udg.es/cordoba/com/Vielma.htm>

### **5.2 Jurisprudencia Ecuatoriana.**

“Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificantes que sean, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc., es el dolor, pesar angustia y molestias psíquicas que sufre una persona en sus sentimientos a consecuencia del hecho ilícito; un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo. El daño moral puede presentarse de distintas formas: unido a un daño material o como único daño, como un daño puro. O más típicamente aún, del daño moral, es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos....”

Gaceta Judicial, año CII, serie XVII, No.5, Página 1293.

### **5.3 Jurisprudencia Francesa.**

La jurisprudencia francesa ha manifestado que daño moral, “es el dolor sufrido por una persona como consecuencia de un hecho ilícito de que es víctima sin repercusión patrimonial aunque importando una disminución de los atributos o facultades morales de quien sufre el daño.”

[http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNP.asp?id=2101&id\\_publicar=798&fecha\\_publicar=03/03/2006&camara=Doctrina](http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNP.asp?id=2101&id_publicar=798&fecha_publicar=03/03/2006&camara=Doctrina)

#### **5.4 Jurisprudencia Argentina.**

La jurisprudencia argentina dice que: “ Daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.”

[http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNP.asp?id=2101&id\\_publicar=798&fecha\\_publicar=03/03/2006&camara=Doctrina](http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNP.asp?id=2101&id_publicar=798&fecha_publicar=03/03/2006&camara=Doctrina)

#### **5.5 Jurisprudencia Colombiana**

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho que: “Perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.”

[http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNP.asp?id=2101&id\\_publicar=798&fecha\\_publicar=03/03/2006&camara=Doctrina](http://www.eldial.com/suplementos/consumidor/tcdNP.asp?id=2101&id_publicar=798&fecha_publicar=03/03/2006&camara=Doctrina)

#### **5.6 Análisis General.**

Las jurisprudencias sobre daño moral transcritas que corresponden a diferentes países son similares y concuerdan en su definición sobre Daño Moral, pues todas apuntan a que es el dolor sufrido, a la molestia, menoscabo en las personas, perjuicio a la libertad e integridad individual, en fin se tiene realmente claro que es el Daño Moral, punto este que es importante para determinar si hubo o no Daño Moral y el monto de la indemnización que corresponde, pues vemos también que no se oponen al resarcimiento pecuniario que se debe por la comisión de Daño Moral.

Es importante señalar que la jurisprudencia española se apega a criterios doctrinarios expuestos anteriormente sobre que el Daño Moral se da cuando se altera el equilibrio de la persona (homeostasis), pues en su texto vemos que de que la víctima del daño moral padece dolores y que la reparación sirve para reponer el equilibrio roto.

A mi criterio la Jurisprudencia colombiana tiene un término acertado cuando se refiere a que lo que se ofende es “la personalidad moral” hiriendo aquellos aspectos que se los llama “patrimonio moral” que conllevan todos los sentimientos que pueden ser afectados.

## CONCLUSIONES

De manera concluyente del trabajo presentado se puede afirmar que el Daño Moral es aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad, o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

Pueden suscitarse circunstancias en las cuales se vea afectada la moralidad de una persona, pero esa misma circunstancia puede no causar daño moral a otra por tener otras costumbres o tener otra cultura, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador, es decir, que puede variar según el daño moral que el juez pueda apreciar en la persona.

Algunos autores sostienen que el daño moral no puede ser reparado, por cuanto reparar no involucra hacer desaparecer el daño sufrido por la víctima, ni reponer a la víctima a la misma situación en que se encontraba antes de sufrir el daño, pues ello no sería posible ni aún en determinados casos de daños materiales. Reparar sólo significa procurar a la víctima una satisfacción equivalente, y en materia de daño moral ello es posible mediante una suma de dinero, quien padece un daño moral puede ser satisfecho mediante el disfrute de un período de vacaciones, que puede proporcionárselo mediante una suma de dinero, un momento desagradable puede ser compensado por uno agradable, etc.

Le corresponde al juez determinar si cabe la acción de daño moral y esto lo hará mediante las pruebas aportadas que lleguen a probar el hecho causante de la lesión, para que una vez comprobado que cabe esta acción, el juez proceda en base también de las pruebas aportadas dentro de juicio, apreciar y estimar el daño moral debiendo tomar en consideración ciertas circunstancias al momento de hacerlo, por lo tanto, deberá considerar el grado de cultura de la persona afectada, su posición social y económica, esto, obviamente porque una persona a la cual se le causó un daño moral derivado de una enfermedad profesional, mal podría repararse el daño causado con un monto de dinero bajo, siendo que esta persona tiene un alto nivel social y económico.

Por eso decimos que no hay una norma expresa que establezca específicamente el monto de la indemnización del daño moral ocasionado, es decir, que ese monto puede ser muy

diverso, dependiendo de la situación en que se encuentre la persona, también dependiendo del motivo que ocasionó el daño moral y absolutamente de las pruebas actuadas.

Este trabajo ha permitido lograr una visión mas clara de lo que realmente se esta defendiendo, de saber que el caso que llevamos a juicio lo hacemos con el completo conocimiento de la materia con la concepción mas clara y moral de lo que defendemos para que de esta manera no por defender nos debamos convertir en el mediocre abogado que por hacer dinero hablando de manera informal defienden lo que se le presente, pues debemos entender que si bien esta acción nos permite proteger nuestros derechos personalísimos no quiere decir que debamos hacer un abuso de ellos. Y justamente ahí estamos los llamados a buscar la justicia a ser seres con visión moral y ética que busquemos transar o arreglar un conflicto entre las partes no siempre buscar el demandar por demandar y peor aún por el monto que mejor nos parezca para el bolsillo.

## **RECOMENDACIONES**

En la realización de este trabajo se han revisado y transcrito varias normas del ordenamientos tanto sustantivo como adjetivo, que al momento de leerlas no nos traen mucha claridad lo que ha llevado a confusiones y a un mayor análisis para proceder a mencionar las normas que mas se adecuan a nuestro tema, así hemos encontrado falta de armonía entre preceptos que regulan el Daño Moral, también como en el tema de la prueba al referirnos a la carga de la prueba.

En virtud de esto se vuelve necesario realizar una sugerencia que comprende en realizar un estudio de dichas normas y darles el contenido que se debe, pero sin convertirnos en modificadores de leyes solo por titulo y en este aspecto cambiar las leyes solo por cambiar y como mejor o más fácil nos parezca. Y de esta manera llegar a tener verdaderas leyes con instituciones claramente definidas con principios generales y sus excepciones que no admitan duda u oscuridad en sus preceptos y así lograr una satisfactoria búsqueda de la justicia más no una enmarañada legislación.

## BIBLIOGRAFIA

\* **Alvarez Vigaray, R.**

La responsabilidad por daño moral Doctrina y Jurisprudencia, Bosch, Barcelona, 1990.

\* **Betancur Jaramillo, Carlos.**

“De la Prueba Judicial”. Edt. Bedout , Medellín - Colombia.

\* **Cabanellas, Guillermo**

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires-Argentina.

\* **Chiovenda, Giuseppe ,**

“Instituciones de Derecho Procesal Civil” y “ Curso de Derecho Procesal Civil”.

Tomo 3 y 4. Editorial Mexicana, 1997. México.

\* **Davis Hechandia, Hernando.**

“ Teoría General de la Prueba Judicial” Tomo I y Tomo II, Colombia.

\* **Diccionario Ilustrado Latino-Español, Vicente García de Diego**

\* **Diccionario de la Lengua Española.**

Editorial Epasa – Calpe, Madrid 1984

\* **Enciclopedia Jurídica OMEBA.**

Tomo I y Tomo IV, Buenos Aires Argentina.

\* **García Falconi, Ramiro.**

“El juicio por Daño Moral.” Quito – Ecuador 1996.

\* **Gil Barragán, Romero**

“ Elementos del Daño Moral”, 2 edición, Edino, Guayaquil-Ecuador.

\* **Lessona, Carlos.**

“ La prueba en Derecho Civil”, 2 edición, Edt. Reus, 1983, Madrid.

\* **Llambias, J.**

“Tratado de derecho civil. Obligaciones”, 3 edición, tomo I, Buenos Aires, Perrot, 1990.

\* **Navia Arroyo, Felipe.**

“Del Daño Moral al Daño Fisiológico ¿Una Evolución Real?” Universidad Externado de Colombia 2000, Bogotá – Colombia

\* **Torres Cháves, Efraín.**

“El Daño Moral” Fondo de Cultura Ecuatoriana 1994.

<http://civil.udg.es/cordoba/com/Vielma.htm> ( Consulta 20 Febrero, 2007)

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Civil.10.htm> (Consulta 18, Julio 2006. 20, Noviembre, 2006. )

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Civil.31.htm> (Consulta 16,17,18, Enero,2007)

<http://www.eldia.es/2006-07-02/vivir/vivir20.htm> ( Consulta 2 Marzo, 2007)

[http://www.leyes.com.py/rubros/constitucion\\_codigos\\_convenios/codigos/Codigo\\_civil/LibroIII/III\\_titulo\\_VIII.html](http://www.leyes.com.py/rubros/constitucion_codigos_convenios/codigos/Codigo_civil/LibroIII/III_titulo_VIII.html) ( Consulta 26 Febrero 2007)

<http://olea.org/~palmis/firma-digital-proteccion-derechos-morales/ch03.html> ( Consulta 2, Marzo, 2007)