



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PARÁMETROS PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía
Ab. María de Lourdes Solórzano Vera

Autor
Bryan Daniel Mancero Viscarra

Año
2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para el adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

María de Lourdes Solórzano Vera

Abogada

C.C: 171233694-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Bryan Daniel Mancero Viscarra

C.C: 020228213-3

AGRADECIMIENTOS

A mi madre Yolanda por apoyarme constantemente en todo y por motivarme a seguir siempre adelante. A mi padre Julio porque con sus consejos se ha convertido en mi guía. A mi tutora María de Lourdes por su paciencia y a mi novia Marjorie por brindarme su apoyo día a día de manera incondicional.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres por ser un pilar fundamental en mi vida, a mis hermanos, a mi familia y novia.

RESUMEN

Los derechos no patrimoniales son reconocidos y garantizados por nuestro ordenamiento jurídico, debido a la importancia que este tema representa dentro de la sociedad. Pese a la trascendencia que significa la protección de los derechos o intereses extrapatrimoniales, nuestra legislación deja un vacío en cuanto a su reparación.

La reparación del menoscabo a intereses no patrimoniales o daños morales se torna extremadamente delicada, puesto que la naturaleza del bien afectado no permite calcular con precisión matemática la cantidad que equivale a la indemnización de dicha afectación, y en la gran mayoría de casos los jueces los resuelven haciendo uso de la prudencia judicial que les otorgada la ley. Es por esta razón que, en casos similares o semejantes, existen notorias diferencias en el monto de la indemnización que se obliga a que el sentenciado cancele a la contraparte.

La presente investigación abordará la discrepancia que existe, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, al momento de establecer parámetros uniformes que sirvan para valorar el daño moral, para lo cual se realizará un análisis de las diferentes consideraciones que tienen varios autores al tratar el tema, así como de jurisprudencia nacional y extranjera.

ABSTRACT

Non-economic rights are recognized and guaranteed by our legal system, due to its importance in our society. Despite the importance that represents protecting the rights or pecuniary interests, our legislation leaves a judicial void during the repair period.

Repair impairment of non-pecuniary interests or moral damage becomes extremely delicate matter, since the nature of the affected good doesn't allow it to calculate with mathematical precision the amount equivalent to the compensation of such involvement, and the vast majority of cases the judges resolved using judicial prudence which granted them by law. It is due to this reason that in similar cases, there are significant differences in the amount of compensation that forces the convict to cancel the counterparty.

This present dissertation will address the discrepancy, both in doctrine and in case law, when setting uniform parameters that serve to assess the moral damage, for which an analysis of the different considerations that have multiple authors be held to treat subject as well as domestic and foreign jurisprudence.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 EL DAÑO MORAL.....	4
1.1 El Daño	4
1.1.1 Antecedentes Históricos del Daño.....	4
1.1.2. Definición de Daño	5
1.1.3. Hechos generadores del Daño	7
1.1.4. Tipos de Daño	7
1.1.5. Daño Patrimonial	8
1.1.6. Daño Extrapatrimonial	10
1.2. Daño Moral.....	11
1.2.1. Antecedentes del daño moral	11
1.2.2. Concepto de Daño Moral.....	12
1.2.2.1. Daño Moral como equivalente al Pretium Doloris.....	12
1.2.2.2. Daño Moral como lesión a Intereses Extrapatrimoniales.....	13
1.2.3. Postura del Ecuador con referencia al Daño Moral	15
1.2.4. Daño Moral a las personas jurídicas.....	16
1.2.5. Elementos que integran el daño moral	17
1.2.6. Afectación.....	20
1.2.7. Clases de daño moral.....	20
1.2.7.1. Daño Moral Subjetivo.....	21
1.2.7.2. Daño Moral Objetivo	23
1.2.7.3. Daño a la vida de relación.....	24
1.2.7.3.1. Daño Estético.....	26
1.2.7.3.2. Daño a la esfera sexual.....	27
1.2.8. Importancia de la clasificación del daño moral	27
1.2.9. Tipos de daño moral en el Ecuador	27
2 RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN	28
2.1 Responsabilidad	28
2.1.1 Definición.....	28

2.1.2.	Tipos de Responsabilidad	29
2.1.2.1.	Responsabilidad Moral	29
2.1.2.2.	Responsabilidad Jurídica.....	29
2.1.2.2.1.	Responsabilidad Civil	30
2.1.3.	Responsabilidad Civil en el Ecuatoriana.....	32
2.1.4.	Clases de responsabilidad civil.....	33
2.1.4.1.	Responsabilidad Contractual.....	34
2.1.4.1.1.	Responsabilidad Contractual en el Ecuador.....	34
2.1.4.1.2.	Daño Moral en la Responsabilidad Contractual	35
2.1.4.2.	Responsabilidad Extracontractual	36
2.1.4.2.1.	Responsabilidad extracontractual en el Ecuador	37
2.1.4.3.	Responsabilidad Subjetiva	39
2.1.4.4.	Responsabilidad Objetiva	40
2.1.5.	La responsabilidad que determina el daño moral en el Ecuador.....	41
2.2.	Reparación del daño moral.....	44
2.2.1.	Antecedentes.....	44
2.2.2.	Teorías de la reparación del daño moral	45
2.2.2.1.	Teoría de la pena o sanción ejemplar.....	45
2.2.2.2.	Teoría del resarcimiento del daño moral	47
2.2.3.	Finalidad de la Reparación del daño moral	49
2.2.4.	Formas de reparación del daño moral	50
2.2.5.	Reparación del daño moral en el Ecuador.....	54
2.2.6.	Legislación Comparada.	57
2.2.6.1.	Reparación del daño moral en la legislación de Argentina	57
2.2.6.2.	Reparación del daño moral o extrapatrimonial en la legislación de Chile.....	61
2.2.6.3.	Reparación del daño moral o extrapatrimonial en la legislación de Colombia.....	63
2.2.6.4.	Consideraciones sobre la legislación comparada.....	65
2.2.7.	Parámetros para la reparación del daño.....	66
2.2.7.1.	Parámetros para la reparación del daño patrimonial	66

2.2.7.1.1. Daño Emergente	67
2.2.7.1.2. Lucro Cesante	68
2.2.7.2. Parámetros para la reparación del daño moral establecidos por la doctrina	71
2.2.7.2.1. Consideraciones de los parámetros para cuantificar el daño moral expuestos por la doctrina.....	84
3. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	86
3.1. Jurisprudencia Colombiana.....	86
3.2. Jurisprudencia Argentina.....	97
3.3. Jurisprudencia Ecuatoriana.....	101
3.4. Jurisprudencia Ecuatoriana.....	106
3.5. Jurisprudencia Ecuatoriana.....	118
3.6. Consideraciones de los parámetros establecidos por la jurisprudencia para valorar el daño moral	123
CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	127
4.1. Consideraciones Finales y Establecimiento de Parámetros Para Cuantificar el Daño Moral.....	127
4.2 Conclusiones	136
4.3 Recomendaciones.....	138
REFERENCIAS	139
ANEXOS	144

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Tribunal Civil de Milano-Tabla de liquidación del daño biológico 2005	78
Tabla 2. Tribunal de Roma-Tabla de liquidación del daño moral por muerte ...	79
Tabla 3. Reparación del daño moral en caso de lesiones	88
Tabla 4. Suma por concepto de daño moral para los demandantes	91
Tabla 5. Parámetros de gravedad y naturaleza de la lesión.....	93

INTRODUCCIÓN

El daño moral es una figura jurídica que ha tomado fuerza en los últimos años en el Ecuador. La característica de esta acción se centra en determinar un daño que afecta la moral, la honra, la siquis, la espiritualidad, entre otros intereses extrapatrimoniales de una determinada persona, sin embargo la pretensión de los accionantes se reduce a una compensación económica para tratar de resarcir el daño.

Al ser una afectación particular de derechos o intereses extrapatrimoniales, es decir, sin valor económico establecido en el mercado, se presenta un problema para el juzgador al momento de determinar la reparación de este daño y la manera de cuantificarlo.

En el Art. 2231 de nuestro Código Civil se establece que: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.” En este artículo no se establece como se va a cuantificar el valor de la indemnización pecuniaria una vez que el demandante haya probado el perjuicio moral sufrido.

De igual manera el Art. 2232 del mismo Código Civil menciona al daño moral y dice: “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. (...)”

La reparación por daño moral puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo”. En el último párrafo se señala que la sentencia estará sujeta a discrecionalidad del juez, así como el valor a pagarse una vez establecido el daño moral, pero esto es

demasiado amplio y no existen unos lineamientos generales para cuantificar el daño.

Por otro lado, en el Código Orgánico General de Procesos el Art. 98 determina que: “Resolución que condene a indemnización. El juzgador fijará en la sentencia o auto interlocutorio el importe de daños y perjuicios que deberá pagar la parte condenada a la contraparte, si aquellos han sido objeto de la demanda. De no ser posible esta determinación, establecerá las bases sobre las cuáles deberá practicarse la liquidación”. Podemos apreciar que el Código Orgánico General de Procesos de igual manera que el Código Civil no establece como se evaluarán los daños y perjuicios que pretenda la parte actora, ni mucho menos se señala en que parámetros se va a fundamentar el juez para dictar sentencia con respecto a la indemnización del daño moral. El juzgador al tener la potestad de establecer las bases sobre las cuales deba practicarse la liquidación no brinda seguridad sobre el monto de la cuantificación.

En tal virtud, el presente trabajo tiene como objetivo determinar una serie concreta de parámetros que pueden ayudar a establecer de mejor manera el monto a pagar por concepto de daño moral, ya que nuestra legislación no señala de forma clara cuáles son los lineamientos que debe seguir el juez para cuantificar el daño moral, por tal motivo, y a falta del establecimiento de dichas directrices no existe seguridad jurídica para las partes en conflicto, ni para la ciudadanía en general, porque podría existir desigualdad al momento en que el juez emita su fallo. Para resolver este cuestionamiento se realizó un análisis de la doctrina nacional como extranjera y de esta manera evidenciar la postura mayoritaria en lo referente a conceptos, elementos y clases de daño moral, así como la determinación de la responsabilidad en caso de daños no patrimoniales y los lineamientos que debe considerarse para su reparación, además, se realizó un estudio y comparación de fallos judiciales de Ecuador, Colombia y Argentina con la finalidad de establecer cuáles son los parámetros en que los jueces se basan al momento de determinar el daño moral y valorar al mismo.

El presente trabajo de investigación se centra en determinar los parámetros para la cuantificación del daño moral, debido a la necesidad real que existe de la implementación de directrices claras o lineamientos uniformes que constituyan la base para la reparación del daño moral.

1 EL DAÑO MORAL

1.1 El Daño

1.1.1 Antecedentes Históricos del Daño

El daño tiene que ver con un largo proceso de evolución e intervención jurídica que inicia con la Ley Aquilia en el Derecho Romano.

Luis Rodolfo Arguello hace mención a la Ley Aquilia y señala que “la ley completó algunas figuras particulares de daños, consagradas desde las XII Tablas, que contemplaban la reparación del perjuicio injustamente inferido a cosas ajenas en diversos supuestos, para los cuales se acordaban acciones particulares” (Arguello, 1998, pág. 357). Se puede inferir que en la Ley Aquilia ya se examinaba al daño y la manera de cómo se debía reparar el perjuicio injustamente ocasionado a la propiedad ajena.

Siguiendo la línea del Derecho Romano el término daño proviene del latín “*damnum*”. El “*damnum*” hace uso de dos términos latinos, “*noxia*” y “*noxa*”. “*Noxia* hace referencia a la muerte de esclavos y animales, un daño y acción dañosa totalmente coincidentes con lo que va a ser configurado como *damnum* en el capítulo primero de la Ley Aquilia (...), y *noxa* en las fuentes no jurídicas toma el significado de pena” (Castresana, 2001, págs. 16-17). De lo analizado, se puede inferir que a partir de la Ley Aquilia, “*noxia*” y “*noxa*” van a ser sinónimo de “*damnum*”.

Para Amelia Castresana el “*damnum*” sigue siendo una afectación al patrimonio, con obligación de ser resarcido para reestablecer el orden alterado, ya que claramente señala: “*Damnum* es “gasto, pérdida de dinero”, “disminución patrimonial” que trae su causa ya en el resultado lesivo de una acción perniciosa ya en el precio de la composición exigida para restablecer el orden alterado” (Castresana, 2001, pág. 17).

De lo analizado, se puede inferir que en el Derecho Romano el daño se centraba de manera exclusiva en el perjuicio del patrimonio. Gil Barragán

Romero señala que: “La teoría general de daños del antiguo Derecho Romano, que perduró siglos, se fundó exclusivamente en el menoscabo patrimonial. Sólo se podía reclamar por perjuicios materiales, los que afectaban al patrimonio” (Barragán Romero, 2008, pág. 79). En el Derecho Romano el daño era una pérdida o afectación material que generaba una obligación de reparación por parte del ofensor al ofendido.

La doctrina moderna, por su parte, va más allá de concebir al daño como una afectación al patrimonio, incluyendo también a las afectaciones morales o a intereses extrapatrimoniales. “Ya no rige el principio de que no puede haber más menoscabo que el del patrimonio, pues el derecho admite otras clases de perjuicio, como los causados a la esfera espiritual del hombre” (Barragán Romero, 2008, pág. 78)

1.1.2. Definición de Daño

Según el Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española el daño es: “detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia.” (Real Academia de la Lengua Española, 2016)

En un sentido prácticamente similar, Guillermo Cabanellas define al daño como el “detrimento, perjuicio, menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes” (Cabanellas, 2006, pág. 108)

Arturo Alessandri Rodríguez define al daño como:

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 insignificante que sea de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo. (Rodríguez, 1943, pág. 210).

La definición señalada hace referencia a derechos patrimoniales y extrapatrimoniales sobre los que puede recaer el daño.

José García Falconí en la misma línea de la definición anterior, sostiene que el daño es:

El menoscabo de valores económicos o patrimoniales, en ciertas condiciones (daño material), o bien, en hipótesis particulares, la lesión al honor o a las afectaciones legítimas (daño moral); pues es la consecuencia del acto que causa una disminución al patrimonio de la víctima o una afectación de su bienestar psíquico o moral no apreciable económicamente. (García Falconí, 2010, pág. 201).

Para el autor el daño es la consecuencia de un acto que causa un menoscabo o disminución del patrimonio o de bienes de la víctima no apreciables en dinero.

Graciela Ritto cita a Eduardo Zannoni, en su obra “El daño moral y la legitimación activa”, dicho autor señala que:

El daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar que, aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, es una facultad que ciertamente integra la esfera de su actuar lícito, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de un interés - cualquiera que sea éste- produce, en concreto, un perjuicio. (Ritto, 2010, pág. 28).

Como se puede inferir, la definición precedente amplía la idea presentada por los autores anteriores, ya que con este concepto se abarca además de las lesiones a derechos subjetivos, la afectación a intereses lícitos de la víctima.

De manera semejante al concepto mencionado por Zannoni, el autor José Diez Schwerter señala que daño es:

Toda lesión, menoscabo, detrimento a simples intereses de la víctima, entendiendo por interés, todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto,

satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor. (Diez Schwerter, 2015, pág. 25).

De los conceptos analizados se puede definir que el daño es todo perjuicio, lesión, menoscabo, afectación o detrimento a un interés de la víctima no contrario a derecho. Es necesario precisar que dichos intereses pueden ser de carácter patrimonial como extrapatrimonial.

1.1.3. Hechos generadores del Daño

El artículo 2214 del Código Civil determina cuáles son los hechos generadores de daño y señala que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil, 2005). Se debe entender por delito y cuasidelito, lo señalado por el artículo 2184 del mismo cuerpo normativo “Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito” (Código Civil, 2005)

Estos artículos señalan que la persona que comete un delito o cuasidelito está generando un daño y por ende está obligado a reparar o indemnizar a la víctima por la afectación.

1.1.4. Tipos de Daño

José Diez Schwerter establece que, el daño se divide en: el material y el moral (Diez Schwerter, 2015, pág. 75)

De la misma manera, José García Falconí diferencia dos clases de daño, “los patrimoniales y los extrapatrimoniales o morales. Es decir, el daño se divide en material y moral” (García Falconí, 2010, pág. 205).

Por otro lado, varios autores señalan que no debería haber firmeza al encasillar un daño en un grupo específico. Gil Barragán Romero, partidario de esta postura, sostiene que: “al clasificar el daño no puede haber rigidez, pues un daño puede encasillarse en diferentes clases.” (Barragán Romero, 2008, pág.

86). En síntesis, pueden existir ocasiones en las que un daño que afecta a un derecho o interés extrapatrimonial también produzca una afectación patrimonial o viceversa.

Graciela Ritto se mantienen en esta misma línea, recalcando que:

El daño a la integridad física de la persona puede generar daño patrimonial (incapacidad sobreviniente y consecuente disminución de los ingresos o pérdida de la capacidad productiva) y, viceversa, la lesión de un derecho patrimonial puede generar también daño moral. (Ritto, 2010, pág. 26)

Por su parte, nuestra jurisprudencia concuerda con los criterios precedentes y menciona que no debe existir una rigidez en la clasificación del daño, ya que puede existir daño material y moral en un mismo incidente.

Comúnmente, al daño se lo clasifica en material y moral, cada uno de los cuales goza de identidad propia y autonomía. Igualmente, no resultan excluyentes entre si en el marco de un único evento dañoso; muy por el contrario, en la mayoría de las veces se presentan ambos. (Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros, 2002).

En síntesis, el daño se clasifica según su naturaleza en: patrimonial o material y extrapatrimonial o moral. Además, se debe tomar en cuenta que, en ciertos casos, un mismo hecho ilícito puede generar daño tanto a intereses de orden patrimonial y extrapatrimonial o viceversa.

1.1.5. Daño Patrimonial

María Isaza Posse afirma que:

El perjuicio patrimonial está dado por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante. La medida de esas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o el valor del derecho a ser indemnizado por concepto del perjuicio patrimonial. (Isaza Posse, 2013, pág. 21)

Asimismo, Diez Schwerter sostiene que “habrá daño patrimonial o material cuando se lesionan intereses patrimoniales” (Diez Schwerter, 2015, pág. 75). Entendido por intereses patrimoniales a aquellos que recaen sobre el patrimonio como el conjunto de bienes de la persona que entrar en la evaluación comparativa dineraria, de modo que permite el remplazo monetario equivalente para cubrir el menoscabo (Diez Schwerter, 2015, pág. 75).

En resumen, el daño patrimonial se presenta cuando un detrimento o menoscabo afecta a intereses de índole patrimonial, es decir, bienes con valor pecuniario.

Para Isaza Posse “el daño patrimonial se demuestra mediante la prueba de sus elementos constitutivos: el daño emergente y el lucro cesante” (Isaza Posse, 2013, pág. 21). El daño patrimonial está conformado por dos elementos: el daño emergente y el lucro cesante que, como bien lo señala Posse, mediante la prueba de estos se demuestra si efectivamente existió o no un daño patrimonial.

De igual modo, José García Falconí menciona que el daño patrimonial puede manifestarse en dos formas:

Como pérdida o disminución de valores económicos ya existentes; esto es, como un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente o positivo); y como la frustración de valores económicos especiales, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). (García Falconí, 2010, pág. 211).

Es decir, el daño patrimonial o material está compuesto por “el daño emergente y el lucro cesante”

La jurisprudencia va encaminada en la misma dirección de las afirmaciones anteriores. El tribunal de la Corte Suprema del Ecuador en su fallo emitido en el caso Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros, señala que daño material “es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material, con

menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante” (Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros, 2002).

Dicho en forma breve, el daño patrimonial “se refiere en general a todo menoscabo o detrimento que componen el patrimonio de una persona”. (García Falconí, 2010, pág. 211). Es toda afectación de índole material que afecte a la víctima. Este daño comprende al daño emergente y al lucro cesante, los mismos que se analizarán en el capítulo dos de esta investigación, en lo referente a los requisitos para la indemnización del daño patrimonial.

1.1.6. Daño Extrapatrimonial

En este tipo de daño no existe una afectación al patrimonio, ya que este menoscabo se deriva de atentados contra bienes sin valor pecuniario. Los daños extrapatrimoniales son considerados también como daños morales, porque que afectan a derechos de la personalidad y, además, a cualquier interés no patrimonial, y aunque no tengan valor monetario, son parte importante para la persona. Varios autores señalan que los bienes o intereses extrapatrimoniales pueden ser igual o más valiosos que los bienes patrimoniales, ya que son bienes invaluable e insustituibles.

Las personas poseen algo más valioso que su patrimonio, como son: su rectitud, sus valores morales, su respeto por el otro, la consideración que estos les guarden, su fuerza espiritual, etc. Esto es un conjunto de realidades individuales y sociales que configuran su patrimonio moral. (García Falconí, 2010, pág. 225).

Debido a la importancia de este tema, a continuación se analizará de manera más detallada todo lo concerniente al daño extrapatrimonial o moral.

1.2. Daño Moral

1.2.1. Antecedentes del daño moral

El daño moral en los últimos años ha sido un tema muy discutido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ya que con el transcurso del tiempo la sociedad ha producido modificaciones jurídicas relevantes respecto del tema.

En la antigüedad no existía el daño moral como tal, sino más bien afectaciones al patrimonio individual o familiar que debían ser reparadas. Las civilizaciones antiguas adoptaron la figura de venganza para reparar el daño patrimonial, venganza que debía ser proporcional al daño causado. Esta figura que con el pasar de los años desapareció.

Como ya se mencionó anteriormente, en el derecho romano, la concepción de daño en sus orígenes era netamente de índole material, es decir, únicamente concebían la reparación del daño por una conducta ilícita que afecte el patrimonio.

A medida del paso de los años la figura de daño moral se volvía más necesaria, ya que únicamente el daño patrimonial no cubría elementos importantes como la tranquilidad espiritualidad, la paz interior, los valores, el buen nombre, la imagen, entre otros, netamente derechos personalísimos que, al igual que los derechos patrimoniales, necesitaban ser protegidos.

La Revolución Francesa generó un cambio y desarrollo en muchos aspectos y trascendió a nivel mundial, uno de los fines más importantes fue considerar a los derechos morales y personales como la base para el desarrollo de los Estados y exigiendo que esos derechos sean garantizados por la constitución. En la actualidad se puede evidenciar que en la mayoría de países se protegen los derechos personales. “Los daños morales se inscriben ahora como los de mayor importancia, pues el hombre ya no limita su preocupación solo a la protección de los derechos patrimoniales” (Barragán Romero, 2008, pág. 82)

El tema del daño moral es un aspecto importante dentro de la presente investigación, y como nuestro Código Civil no concibe expresamente el concepto de daño moral, ni mucho menos la manera de reparar el mismo, es necesario frente a tal necesidad, y con la finalidad de aclarar el tema, basarnos en la jurisprudencia y la doctrina.

1.2.2. Concepto de Daño Moral

1.2.2.1. Daño Moral como equivalente al Pretium Doloris

El concepto del daño moral ha sido un tema muy tratado y analizado durante años. La postura que tienen muchos autores sobre el daño moral va encaminada a definirlo como una afectación que tiene su fundamento en el dolor, sufrimiento o molestia que el hecho ilícito ocasiona en los sentimientos o afectos de una persona. Entendido así, el perjuicio moral no es más que el “*pretium doloris*”, precio del dolor o precio del llanto (Diez Schwerter, 2015, pág. 82)

Alessandri Rodríguez es partidario de esta postura, y define al daño moral como “dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos” (Rodríguez, 1943, pág. 220). Es decir, para el autor, el daño es una afectación que sufre una persona en sus sentimientos y afectos, lo denominado anteriormente como *pretium doloris*.

José García Falconí, en el mismo lineamiento, establece que el daño moral “consiste en dolores físicos, sufrimientos y angustia experimentados por la víctima, que obviamente no es de naturaleza propiamente pecuniaria y por tal no implica deterioro o menoscabo real en el patrimonio del ofendido” (García Falconí, 2010, pág. 223)

De igual manera, Gil Barragán Romero argumenta que “el daño moral parte del ataque a bienes esenciales de la personalidad, que causan una alteración del equilibrio espiritual de quien llega a sufrirlo” (Barragán Romero, 2008, pág. 108). La alteración de la que el autor nos menciona “consiste en padecimientos que perturban la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado y, como

consecuencia, producen un modo de estar anímicamente perjudicial, diferente de aquel en que la persona se hallaba anteriormente” (Barragán Romero, 2008, pág. 108)

Esta concepción de daño moral “se refiere al íntimo sufrimiento o dolor que padece el individuo y que por lo tanto lesiona su integridad psicológica y espiritual” (Álvarez Pérez, 2014, pág. 137). La lesión va dirigida exclusivamente al ámbito espiritual y psicológico que tiene una persona.

En la jurisprudencia también se comparte esta teoría de concepción del daño moral como una afectación al espíritu y a los sentimientos. Así por ejemplo, el fallo emitido por el Tribunal de la Corte Suprema del Ecuador en el caso “Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros”, señala que el daño moral se traduce en:

La lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu (...), o sea al conjunto de características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. (Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros, 2002)

Por lo tanto, se puede afirmar que los autores que conciben al daño moral como equivalencia del *pretium doloris* se basan exclusivamente en; el dolor, molestia, pesar, angustia, sufrimiento y demás estados de la personalidad que se reflejan en el ánimo, tranquilidad y paz interior de la víctima.

1.2.2.2. Daño Moral como lesión a Intereses Extrapatrimoniales

La doctrina y jurisprudencia que defiende esta postura sostienen que la definición de daño moral va más allá de una concepción netamente relacionada con el *pretium doloris*.

José Diez Schwerter, simpatizante de esta idea, señala que la teoría en la que el daño moral se fundamenta solo en el *pretium doloris* “restringe

arbitrariamente el concepto de daño moral” (Diez Schwerter, 2015, pág. 84). Menciona adicionalmente que con esta definición se deja fuera la idea de que las personas jurídicas puedan sufrir daño moral, ya que ellas no están en capacidad de sentir dolor, pesar o sufrimiento. Además, señala que con este concepto se desconoce la existencia de otras variadas especies de daño moral, como son, por ejemplo, el perjuicio estético así como también la alteración a las condiciones de vida, las cuales gozan de reconocimiento en la doctrina y jurisprudencia (Diez Schwerter, 2015, pág. 84).

José Diez Schwerter define al daño moral como: “La lesión de los intereses extramatrimoniales de la víctima” (Diez Schwerter, 2015, pág. 88). Es decir, el autor va más allá de concebir al daño moral como dolor, angustia y la afectación de los sentimientos (*pretium doloris*), y abarca a toda lesión de los intereses de carácter extrapatrimonial que tiene la víctima.

Roxana Jiménez Vargas, siguiendo la misma línea que el autor anterior, sostiene que en sus orígenes el daño moral era concebido como el *pretium doloris* (daño-dolor), la lesión a la esfera sentimental del sujeto, esta concepción no se ha mantenido estática, ha ido ensanchando su contenido y abarcando también otras especies de daño moral. Considera al daño moral como una categoría opuesta al daño material. “Esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo que incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades modalidades que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y su proyecto de vida” (Jiménez Vargas, 2014, págs. 322-323)

En el mismo sentido, Felipe Osterling Parodi menciona que el concepto de daño moral debe ser el más amplio posible y no limitarse únicamente al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales. Adicionalmente, define al daño moral como “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente” (Osterling Parodi, 2014, pág. 361)

Eduardo Zannoni es otro de los autores que concibe al daño moral como algo más que el dolor y sufrimiento, comparte el pensamiento de que el concepto de daño moral debe ser amplio y se lo debe considerar como todo aquello que afecte a cualquier interés extrapatrimonial de la víctima, afirmación que se desprende de la siguiente definición:

Lo que define al daño moral no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serían resarcibles a condición de que se provoquen por una lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del hecho dañoso por el ordenamiento jurídico. (Diez Schwerter, 2015, pág. 89).

En síntesis, una vez analizadas las diferentes posturas que tienen la doctrina y jurisprudencia al definir al daño moral y teniendo en cuenta que este concepto no se ha mantenido estático, y muy por el contrario, ha ido ensanchando su contenido, se puede decir que el daño moral es toda afectación a cualquier interés o derecho de carácter extrapatrimonial que tiene la víctima. Sin limitarlo únicamente al sufrimiento interno o estados de la personalidad (*pretium doloris*), ya que esto forma parte del daño moral, pero no es la totalidad. Con esta definición es posible reparar todas las categorías de perjuicios morales (y no solo el *pretium doloris*), además, existe la posibilidad de que el daño a un bien patrimonial también pueda ocasionar daño moral o viceversa (Diez Schwerter, 2015, pág. 88), y por último, “es justamente éste fundamento que justifica la aceptación del daño moral a las personas jurídicas.” (Osterling Parodi, 2014, pág. 350).

1.2.3. Postura del Ecuador con referencia al Daño Moral

El Ecuador se ha inclinado por concebir al daño moral como algo más que el *pretium doloris*, se lo puede deducir de lo señalado en el Art. 2232, inciso segundo:

(...) Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en

otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. (Código Civil, 2005)

Se puede inferir que el daño moral va más allá de sufrimientos físicos o síquicos, además, se incluyen afectaciones a la reputación, las lesiones, violación, atentados contra el pudor, arrestos ilegales, procesos injustificados. Se entiende que son afectaciones a intereses extrapatrimoniales, ya que no tienen un valor económico o precio establecido en el mercado. Además, como se verá más adelante, cabe mencionar que nuestro ordenamiento jurídico si acepta el daño moral a personas jurídicas y por ende se deja atrás la postura que el daño moral abarca solo a las afectaciones al espíritu y a los sentimientos de la persona, ya que engloba también a intereses de carácter extrapatrimonial.

1.2.4. Daño Moral a las personas jurídicas

Una vez adoptada la postura del daño moral como la afectación a intereses extramatrimoniales, es perfectamente válida la idea de que las personas jurídicas puedan ser objeto de daño moral, ya que negar la tutela a los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas sería tener una visión restringida del daño moral, y se estaría dejando desamparado a un sujeto de derecho digno de tal protección (Osterling Parodi, 2014, pág. 351).

Cabe recalcar que la Legislación Ecuatoriana si acepta el daño moral a personas jurídicas, según lo establece el Código Civil en el Art. 2233, segundo inciso: “Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes” (Código Civil, 2005). Por tal manifestación, se entiende claramente que se acepta la posibilidad de existencia del daño moral contra las personas jurídicas en el Ecuador.

Es necesario precisar que la persona jurídica es de carácter ficticio, según lo señala el Art. 564 del Código Civil, por lo tanto, carece de afectaciones emocionales, sentimentales o de índole espiritual, pero es menester señalar que es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, según lo manifiesta el mismo artículo, esto quiere decir que, es perfectamente válida la idea de que la persona jurídica tenga derecho a su nombre y a la reputación o prestigio. Si estos derechos se ven vulnerados se puede demandar por daño moral, según lo establece el Art. 2232 del cuerpo normativo antes mencionado, señalando en el según inciso que están obligados a reparar por daño moral quienes “(...) manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación (...)”. Por todo esto, es válida de idea de existencia de daño moral en las personas jurídicas.

En concordancia con lo señalado anteriormente, Diez Schwerter cita a Domínguez Águila y Domínguez Benavente, en su obra “El daño extracontractual jurisprudencia y doctrina”, y señalan que las personas jurídicas sufren daños morales en caso de lesionarse su prestigio, reputación, crédito y confianza (Diez Schwerter, 2015, pág. 96).

Finalmente, es necesario establecer que la idea de que las personas jurídicas sufran daño moral es perfectamente válida. Con esto se demuestra que el dolor, molestia o afectaciones a derechos de la personalidad son solo parte del concepto de daño moral, ya que abarca a todo interés extrapatrimonial de la víctima.

1.2.5. Elementos que integran el daño moral

Existe una gran variedad de criterios con respecto a los elementos que integran el daño moral. Resulta casi imposible categorizar y definir, de forma genérica y universal, los elementos que integran el daño moral. Incluso es la situación fáctica que hace que el mismo se genere lo que, a la vez, lo hace inclasificable (Gómez, 2009).

Para la existencia del daño moral y que este pueda ser indemnizable existen elementos que enmarcan al perjuicio como daño moral, además, se debe señalar que siempre debe existir un sujeto activo o agresor y un sujeto pasivo o víctima.

El sujeto activo del daño es quien comete la acción ilícita, ya sea con intención de causar daño o simplemente por culpa. Es la persona que infringe el daño o afectación. Este sujeto activo está obligado a la reparación del daño causado como bien lo señala el Art. 2214 del nuestro Código Civil: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil, 2005).

En concordancia con el artículo anteriormente citado, el Art. 2217, por su parte, señala que:

Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito (...). Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria (...). (Código Civil, 2005).

El sujeto pasivo por su parte es quien recibe el daño, o al que se le afecta su derecho material o moral. Es la persona a la cual el agresor debe repararla por el daño cometido.

El Art. 2233 de nuestro Código Civil enuncia que:

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

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes. (Código Civil, 2005)

Por lo tanto, la víctima es la persona que recibe en daño y la acción por daño moral en el Ecuador corresponde exclusivamente a la víctima que en caso de imposibilidad puede actuar por medio de un representante legal o un pariente hasta segundo grado de consanguinidad, con la excepción en el caso de muerte en el cual podrán intervenir sus herederos, conyugue o familiares.

Una vez señaladas las partes que intervienen, para que el daño sea catalogado como daño moral se debe tomar en cuenta los elementos que lo acrediten como tal.

La autora Lucia Mendoza Martínez establece los siguientes elementos para fijar si hay daño moral:

- “- La existencia de un hecho u omisión ilícita o negligente.
- La producción del daño a alguno de los bienes de la personalidad.
- La relación causa-efecto entre el hecho y el daño.” (Mendoza Martínez, 2014, pág. 58)

El primer elemento hace referencia al daño, debe existir una afectación real a la víctima, la misma que puede ser ocasionada con dolo o culpa por parte del agresor, el segundo señala que dicha afectación debe recaer sobre un bien de la personalidad, es decir, derechos subjetivos que tiene la víctima, además, a esto se debe agregar que la afectación puede recaer sobre cualquier interés extrapatrimonial y la tercera establece que debe existir un nexo causal entre el hecho y el daño, esto quiere decir que, el daño moral debe ser producto de la afectación directa realizada por el agresor.

Una vez determinados estos elementos se configura el daño moral. Además de ello, es necesario señalar el tipo de afectación que puede generarse producto del evento dañoso.

1.2.6. Afectación

El daño moral puede afectar de manera: directa e indirecta.

La autora Graciela Ritto señala que la afectación es directa: “cuando el titular del interés lesionado es el damnificado” y la afectación indirecta es cuando “el perjuicio propio alegado por el accionante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un tercero”. Por ejemplo, menciona que “en el caso de un homicidio en el que la viuda y los hijos del muerto que son damnificados indirectos pueden reclamar iure proprio la reparación del daño moral” (Ritto, 2010, pág. 69). Es decir, pueden reclamar como derecho propio la reparación del daño moral.

En el Ecuador la demanda por daño moral debe ser interpuesta por el afectado directo del daño o su representante legal y solo en el caso de imposibilidad pueden interponerla un pariente hasta segundo grado de consanguinidad o su conyugue, en el caso de muerte la pueden interponer los afectados indirectos como sus herederos, según lo señala el Código Civil en el artículo 2233, citado anteriormente.

Como conclusión, existen dos tipos de afectación: la directa, es como su nombre lo indica, la afectación que recae directamente al titular del interés extrapatrimonial menoscabado y la indirecta es cuando el daño repercute sobre otra persona que no es el titular del bien vulnerado.

1.2.7. Clases de daño moral

A medida que el concepto de daño moral se vuelve más amplio, y entendiendo que ya no solo abarca al *pretium doloris* sino también a la afectación a cualquier interés de carácter extrapatrimonial de la víctima, es posible generar una clasificación del daño moral.

Fuera de los bienes patrimoniales, los individuos poseen otros de carácter extrapatrimonial; como son la tranquilidad, la paz interior, la libertad, la honra, la buena imagen, el buen nombre, la integridad de la persona y la vida, la

intimidad propia, la intimidad familiar, los afectos, el prestigio, entre otros, y si estos bienes se lesionan generan un perjuicio extrapatrimonial. Dentro de estos perjuicios se incluyen el perjuicio estético y perjuicio sexual (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 154). Para abarcar esta amplia variedad de intereses extrapatrimoniales la doctrina y jurisprudencia han creado categorías conceptuales que representan una tentativa de ampliar el resarcimiento del daño moral (Visintini, 2014, pág. 41).

En la doctrina y jurisprudencia se ha podido observar que existen dos posiciones dominantes con respecto a la clasificación que tiene el daño moral: La primera es la postura clásica, que diferencia dos tipos de daño moral: el daño moral subjetivo y el daño moral objetivo. La segunda corriente adopta, de igual manera, al daño moral subjetivo y objetivo pero añadiendo una tercera clase denominada “daño a la vida de relación”. Esta clasificación está tomando fuerza en los últimos años tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Además, con esta clasificación se puede cubrir tanto a los aspectos de la personalidad, aspectos relacionados con la consideración social, es decir, como la sociedad nos ve y también cubrir afectaciones a intereses extrapatrimoniales que tiene que ver con la frustración de realizar actividades que resultaban placenteras para la víctima, aun sin generar un rendimiento económico, y que son producto de cambios que inciden de manera negativa en las condiciones de salud y existencia de la víctima.

1.2.7.1. Daño Moral Subjetivo

El daño mora subjetivo es una especie del género correspondiente a los daños morales. El daño moral subjetivo “consiste, equivale y tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de una persona” (Diez Schwerter, 2015, pág. 82). Se toma el término dolor en un sentido amplio, comprensivo del miedo, la emoción, la vergüenza, la pena física o moral ocasionada por el hecho dañoso. Este tipo de daño moral existe cuando se ocasiona a alguien un mal, perjuicio o aflicción en lo relativo a sus facultades espirituales, un dolor o aflicción en sus sentimientos (Diez Schwerter, 2015, pág. 82).

En el mismo sentido, Yoleida Vielma Mendoza señala que el daño moral subjetivo “sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad.” (Mendoza, 2009). Con esta concepción del daño moral subjetivo se puede determinar que tiene su fundamento en el dolor, angustia, sufrimiento y demás estados de la personalidad.

Para José García Falconí, esta clase de daño moral tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos. “Es lo que se conoce en la doctrina como *Pretium Doloris*, y busca remediar en parte no solo las angustias y depresión producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que se sufre, o sea que este daño consiste en el quebranto de los afectos y sentimientos” (García Falconí, 2010, pág. 233).

Adicionalmente, el autor menciona que también se encuentra el perjuicio estético, el perjuicio sexual, el perjuicio al buen nombre, y principalmente el perjuicio a la integridad personal denominado como “Daño a la vida de relación”, que son los perjuicios fisiológicos (García Falconí, 2010, pág. 233). A diferencia de las definiciones anteriores, el autor abarca dentro los daños morales subjetivos al *pretium doloris* y, además, al “al daño a la vida de relación”, el cual, según se señala más adelante, es una clasificación distinta del daño moral subjetivo.

En síntesis, esta clase de daño moral es el equivalente al *pretium doloris*, es decir, se fundamenta en el dolor, sufrimiento, molestia y todo daño que afecta a la víctima en su espíritu, paz interior, en el estado de ánimo y en sus sentimientos o afectos. Se produce cuando se presenta una violación a derechos personalísimos o derechos subjetivos que protegen como bien jurídico los presupuestos de la personalidad, el *siquis*, la moral, y el espíritu de cada individuo, todo esto configura un conjunto de realidades individuales que configuran su patrimonio moral.

1.2.7.2. Daño Moral Objetivo

Ciertos autores prefieren denominarlo daño moral objetivado, y consiste en perjuicios materiales derivados del daño a un bien extrapatrimonial, son aquellos que entrañan para la víctima alguna consecuencia pecuniaria, alguna disminución y merma su patrimonio causada o producida con ocasión o como resultado de un quebranto moral (García Falconí, 2010, pág. 231). Para ilustrar de mejor manera lo señalado, un ejemplo es: Sufrir de un sentimiento de depresión psíquica y aflicción porque una persona del mismo lugar de trabaja difundió fotografías vergonzosas en la oficina y que la víctima no vaya a trabajar, por tal motivo, esa actuación va a generar un menoscabo en el patrimonio, pero fue generada por una afectación extrapatrimonial.

Concibiendo al daño moral objetivo desde ese punto de vista, es fácil determinar que es un daño patrimonial pero que proviene de una afectación extrapatrimonial. Este concepto se confunde con el lucro cesante, así lo señala Javier Tamayo Jaramillo al mencionar que en Colombia muchas sentencias han dado al daño emergente la denominación de daño patrimonial y al lucro cesante la denominación de perjuicio moral objetivado (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 205).

Por otro lado, están los autores que conciben al daño moral objetivo como “aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social.” Un ejemplo sería el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública (Mendoza, 2009). Gil Barragán Romero cita a Eduardo Zannoni en su obra “Elementos del daño moral”, el cual señala que “El aspecto objetivo de la personalidad moral comprende el honor, el nombre, la honestidad (...)” (Barragán Romero, 2008, pág. 119).

Aceptando la postura anterior de daño moral objetivo y considerándolo como el perjuicio o menoscabo que sufre la víctima en la consideración social, que involucra; la honra, buen nombre, la credibilidad y el prestigio, es perfectamente válida la idea que las personas jurídicas sufran daño moral y

entraría dentro de esta clasificación, ya que por su condición de “persona ficticia” no es capaz de sentir dolor, angustia y carece de sentimientos, es decir, estaría fuera del daño moral subjetivo, que como se mencionó anteriormente, se fundamenta en el (*pretium doloris*). Como nuestro ordenamiento jurídico si acepta el daño moral a personas jurídicas, lo lógico es aceptar esta concepción de daño moral objetivo.

Por lo tanto, el daño moral objetivo vendría a ser la afectación o menoscabo que sufre la persona en el ámbito social, es decir, son los daños que manchan la reputación, la honra, prestigio o el buen nombre del sujeto pasivo o de la víctima.

1.2.7.3. Daño a la vida de relación

Esta clase de daño moral ha sido la más discutida por la jurisprudencia y la doctrina. Se lo denomina de distintas maneras; daño a la persona, daño fisiológico, daño de existencia, en Francia se lo conoce como *préjudice d'agrément*, en Italia como daño a la salud o daño biológico (Fernández Sessarego, 2014, págs. 242-243)

La autora Giovanna Visintini prefiere denominarlo como daño a la persona. Sostiene que con relación al daño a la persona, “se han elaborado tipologías de daños tales como el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño biológico y el daño existencial, que los jueces contraponen al daño moral subjetivo (*pretium doloris*)” (Visintini, 2014, pág. 35). Esta autora señala que la jurisprudencia acepta la existencia de este tipo de daño moral como una clase diferente del daño moral subjetivo.

Por su parte, la autora Roxana Jiménez Vargas señala que “para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros más bien es una subespecie de éste y para otros son dos categorías distintas” (Jiménez Vargas, 2014, pág. 320).

Con esta afirmación, se puede deducir claramente la confusión que existe en la doctrina y la jurisprudencia sobre esta clase de daño moral que, si bien es cierto, se ha desarrollado para ampliar el resarcimiento del daño moral.

María Isaza Posse lo designa como daño a la salud y menciona que:

Consiste en la pérdida de oportunidad para gozar de la vida, en verse privado de vivir en las mismas condiciones que sus congéneres, en la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. (Isaza Posse, 2013, págs. 72-73)

Por otro lado, Andrés Álvarez Pérez lo define como al daño a la vida de relación y señala que:

Se trata de la imposibilidad de realizar otras actividades, que aunque no generan rendimiento económico, hacen placentera la vida y pone al ser humano en igualdad de condiciones con sus semejantes, tales como correr, desplazarse con autonomía, bailar, tener relaciones sexuales, hacer deporte, etc., actividades tal vez rutinarias, pero que al ser vulneradas producen un daño en la vida de relación de la víctima que le trunca sus proyectos de vida, aspiraciones y expectativas. (Álvarez Pérez, 2014, pág. 138).

Javier Tamayo Jaramillo se inclina por llamarlo daño fisiológico y señala que consiste en la imposibilidad de realizar actividades vitales que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Es decir, consiste en no poder disfrutar de una vivencia agradable. Además, establece que la diferencia que existe entre el daño moral subjetivo y el daño fisiológico es que: el primero se centra en la insatisfacción psíquica o en el dolor físico, mientras que en el segundo se suprime a la víctima de actividades vitales (Tamayo Jaramillo, 2014, págs. 179-180).

Por ejemplo, a causa de una lesión física o psíquica, el daño puede ocasionar dolores físicos y descompensación emocional, por la cual surge el daño moral

subjetivo, y si la víctima queda reducida a una silla de ruedas por una incapacidad permanente, no podrá seguir disfrutando de los placeres de la vida, por ejemplo, caminar, correr, practicar su deporte favorito.

Como se puede inferir de lo mencionado anteriormente, los conceptos que presentan los diferentes autores sobre este tipo de daño moral, son muy semejantes y lo único que los diferencia es la denominación que dan.

Por lo tanto, de lo analizado se puede concluir que el daño a la vida de relación es una clase de daño moral distinta al daño moral subjetivo y objetivo, es denominado de distintas maneras con la finalidad de “adecuar la nueva figura al ordenamiento jurídico” (Fernández Sessarego, 2014, pág. 243). Es decir, se presenta con dichas denominaciones para encontrar asidero legal. A esta clase de daño moral se la puede definir como la imposibilidad de realizar actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable o placentera la existencia, es decir, consiste en la pérdida de oportunidad para gozar de la vida, ya que se ve privado de vivir en las mismas condiciones que sus semejantes. Existe daño a la vida de relación cuando el estilo de vida de la persona cambia afectando su relación con el entorno y con las personas que lo rodean. Por ejemplo, un pianista que pierda sus manos o un futbolista que pierda una pierna.

Este tipo de daño moral abarca al perjuicio estético y al perjuicio sexual.

1.2.7.3.1. Daño Estético

Este daño “consiste en las modificaciones en la apariencia de la que gozaba una persona antes de la lesión, además del daño actual puede tener consecuencias futuras”. “La lesión debe ser visible o apreciable exteriormente” (Barragán Romero, 2008, pág. 222), o como lo señala Diez Schwerter, el perjuicio estético es “constituido por las deformaciones dejadas por las lesiones físicas” (Diez Schwerter, 2015, pág. 115).

1.2.7.3.2. Daño a la esfera sexual

Graciela Ritto cita a Kemelmajer de Carlucci y dice que este daño “se lo ha definido como la disminución del complejo de funciones de los órganos sexuales en sus componentes endocrínicos y exocrínicos, cuya finalidad es el desarrollo psicofísico del individuo, que se traduce en la madurez sexual, la reproducción y el placer libido” (Ritto, 2010, pág. 79). Es decir, la imposibilidad de realizar actividades sexuales, de tener hijos y de poder formar una familia.

1.2.8. Importancia de la clasificación del daño moral

Como se puede inferir de lo mencionado anteriormente, la clasificación del daño moral busca proteger de manera más amplia a la víctima, esto se debe a que además de incluir al *pretium doloris* como fuente del daño moral también se incluye a bienes extrapatrimoniales que, de igual manera, deben ser objeto de protección, puesto que son parte importante de la persona.

Además, esta clasificación del daño moral puede ayudar a los jueces a generar una evaluación individual de cada caso y determinar, de una mejor manera, que interés extrapatrimonial ha sido vulnerado, es decir, que tipo de daño moral existe, para posteriormente establecer los parámetros que se va a tomar en cuenta para cuantificar al daño moral.

1.2.9. Tipos de daño moral en el Ecuador

En el Ecuador existe el daño patrimonial o material y el daño extrapatrimonial o moral. Lo que en Italia se reconoce como daño a la vida de relación o daño biológico y en Francia como préjudice d'agrément, en Ecuador es reparado a título de daño moral.

2 RESPONSABILIDAD Y REPARACIÓN

2.1 Responsabilidad

2.1.1 Definición

Luciana Alejandra Mendoza Martínez en palabras de Jorge Adame, señala que la palabra “responsabilidad” deriva del verbo “responder”, y ocurre cuando una persona, dueña de sus acciones, da cuentas a otras personas por el incumplimiento de sus deberes y las consecuencias que tienen de ello (Mendoza Martínez, 2014, pág. 21)

En el mismo sentido el Diccionario de La Real Academia de la Lengua Española define a la responsabilidad como “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.” (Real Academia de la Lengua Española, 2016).

Una definición semejante es la que presenta Guillermo Cabanellas, y señala que la responsabilidad consiste en la “obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.” (Cabanellas, 2006, pág. 333)

De las definiciones precedentes se puede extraer que la idea de que la responsabilidad consiste en la obligación que una persona tiene de responder por sus actos.

En este sentido, el autor José García Falconí determina que la responsabilidad es:

La obligación de asumir las consecuencias de un acto o un hecho, que se cumplió anteriormente; es la respuesta adecuada que una persona da a las exigencias de un determinado objetivo que se quiere conseguir, o sea es la capacidad que tenemos las personas para aceptar y responder por las consecuencias de un acto u omisión, o por un hecho efectuado de manera consiente y voluntaria. (García Falconí, 2010, pág. 168).

Hay que añadir, a lo expuesto anteriormente, que el fundamento de la responsabilidad consiste en “la regla moral que se establece que nadie está facultado jurídicamente para causar daño a otro. Si uno transgrede dicha regla, está obligado a reparar o responder por los perjuicios causados” (Osterling Parodi, 2014, pág. 354), así lo señala Felipe Osterling.

En conclusión, la responsabilidad es la obligación que tiene una persona de asumir las consecuencias de sus actos y en caso de causar daño a otro, debe responder por dicha afectación, detrimento o menoscabo.

2.1.2. Tipos de Responsabilidad

Según lo señala la doctrina, la primera gran división es en: responsabilidad moral y responsabilidad jurídica. (Amores Osorio, 2014)

2.1.2.1. Responsabilidad Moral

La responsabilidad moral deriva de la violación de los dictados de la religión o de la ética, por la cual la persona siente haber fallado a Dios o lo que le reprocha su conciencia. Este tipo de responsabilidad no supone la existe daño a la persona o a los bienes de otro, ni a la sociedad, no se exterioriza (Barragán Romero, 2008, pág. 9). Es decir, “es aquella en la que se infringen normas morales o religiosas.” (Amores Osorio, 2014).

Por lo tanto, ser responsable moralmente, es responder ante Dios y ante la propia conciencia. Esta responsabilidad no tiene efectos jurídicos ya que no afecta al orden social, sino más bien, su resultado va dirigido a la conciencia o aspectos religiosos.

2.1.2.2. Responsabilidad Jurídica

A diferencia de la responsabilidad moral, aquí sí se producen efectos jurídicos, ya que involucra conductas que van en contra del ordenamiento jurídico establecido. La responsabilidad jurídica se presenta cuando en razón de una acción u omisión de un acto se produce un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos es contrario al orden social. Esta responsabilidad

genera una carga al autor del daño que puede consistir en una sanción o reparación. (Amores Osorio, 2014)

De manera semejante a la afirmación precedente, Gil Barragán Romero señala que la responsabilidad jurídica se atribuye cuando existe “una acción u omisión; que la misma haya producido un daño; que haya un nexo causal entre el comportamiento y el daño; que merced a la aplicación de algún criterio se pueda imputar la responsabilidad al demandado” (Barragán Romero, 2008, pág. 39)

Cabe mencionar que la responsabilidad jurídica es la forma que el derecho ha implementado de reparar el daño, generando una obligación de asumir las consecuencias de los actos cometidos y si se ha producido un daño o afectación se debe reparar y satisfacer el mismo, tratando en la medida de lo posible que la víctima vuelva al estado que se encontraba antes recibido el daño.

Dentro de la responsabilidad jurídica se encuentra la responsabilidad civil, que es parte importante de la presente investigación y se la analizará a continuación.

2.1.2.2.1. Responsabilidad Civil

Jorge Llambias define a la responsabilidad como: “La aptitud de alguien, de ser pasible de una sanción, y sanción es el comportamiento que se impone al infractor de un deber jurídico.” Adicionalmente, menciona que cuando el deber jurídico “es propio del derecho civil, queda comprometida la responsabilidad civil del infractor (...)” (Llambias, 1997, págs. 61-62)

En otras palabras, el autor concibe a la responsabilidad civil como la capacidad que tiene una persona para ser sujeto de una sanción, la cual es impuesta por el ordenamiento jurídico ante una actuación que afecte al derecho civil.

Por otro lado, la mayoría de doctrina y jurisprudencia no concuerdan con este pensamiento, y conciben a la responsabilidad civil como la obligación que tiene

una persona de; reparar, satisfacer o compensar los daños ocasionados sobre un interés patrimonial o extramatrimonial de la víctima. Este tipo de responsabilidad “no atiende al perjuicio social sino al daño privado y su reparación depende de la importancia del daño y no es una pena” (Barragán Romero, 2008, pág. 12). La responsabilidad civil no debe incluir una función sancionadora, sino que debe centrarse en el resarcimiento a la víctima (Jiménez Vargas, 2014, pág. 329).

La responsabilidad civil es la obligación de reparar o resarcir un daño al bien jurídico de otro como resultado de un perjuicio (Mendoza Martínez, 2014, pág. 22)

Felipe Osterling sostiene que:

Cuando una persona sufre un daño, una lesión a su patrimonio o a algún bien extrapatrimonial, el Derecho ha diseñado un sistema para que la víctima no se vea desamparada en su pesar. En este sentido, existen normas que obligan al responsable del perjuicio a resarcir el daño ocasionado, generándose la responsabilidad civil. (Osterling Parodi, 2014, pág. 346).

La responsabilidad civil es la forma que el derecho ha implementado y desarrollado para reparar el daño causado, ya sea en el patrimonio o en algún interés no patrimonial de la víctima.

En conclusión, se puede afirmar que la responsabilidad civil es la obligación que tiene el sujeto activo de un daño de reparar, satisfacer o compensar las afectaciones ocasionadas sobre bienes o derechos patrimoniales o extrapatrimoniales de una determinada persona.

2.1.2.2.1.1. Importancia de la determinación de la Responsabilidad Civil

Como se expresó en líneas anteriores, la responsabilidad civil se centra en la reparación del daño ocasionado a la víctima, y según la naturaleza del bien afectado (derechos económicos o morales), se determina la indemnización.

Como lo ha señalado la doctrina, debe considerarse que la responsabilidad se centra en la reparación de daños o afectaciones padecidas por la víctima, y con esto se busca proteger intereses o derechos vulnerados.

José García Falconí, señala que:

El fundamento de la responsabilidad, es el motivo o la razón que impone reparar los perjuicios ocasionados, se trata en síntesis de no dejar indemne a la víctima y por tal dejarla como se encontraba con anterioridad al ocurrir el hecho dañoso, de ser esto posible (...). (García Falconí, 2010, pág. 174).

La función que cumple la responsabilidad civil es la reparación integral del daño a la víctima. La persona que sufre un daño debe ser resarcida por el responsable y se debe reparar la totalidad del perjuicio padecido (Mariño López, 2014, pág. 371).

En fin, la determinación de la responsabilidad civil es de gran importancia porque sirve para obligar a la persona que vulneró un interés jurídico a dar cuentas y responder por los actos cometidos, es decir, reparar, satisfacer o compensar por los daños al sujeto que recibió tal afectación, de esta manera, se brinda una protección a la víctima y se compromete al agresor a reparar el daño ocasionado. La responsabilidad civil busca, en la medida de lo posible, dejar a la víctima en el mismo estado en que se encontraba antes de haber sufrido el daño.

2.1.3. Responsabilidad Civil en el Ecuatoriana

Nuestra Legislación señala en el Código Civil en el artículo 13 que: “La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”. (Código Civil, 2005)

Este artículo expresa que todos los habitantes del país son responsables de cumplir con las leyes, y en caso de incumplimiento se debe responder por los actos cometidos, ya que la ley se presume conocida por todos.

El mismo cuerpo normativo en el artículo 1453 señala que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya sea a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (Código Civil, 2005).

En lo que se refiere a este artículo, las fuentes de la obligación derivan de la ley, de los contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. Una vez que se haya generado una obligación la parte o las partes involucradas son responsables por su cumplimiento.

2.1.4. Clases de responsabilidad civil

Como se mencionó anteriormente, la responsabilidad civil se puede presentar en contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, independientemente de la sanción que señalen las leyes, según el caso, en los delitos y cuasidelitos.

En concordancia con el párrafo precedente, Gil Barragán Romero menciona que la responsabilidad civil tiene distintas fuentes: “La que deriva de la voluntad expresa por los obligados en una convención y otras ajenas a tal voluntad y extrañas al contrato” (Barragán Romero, 2008, pág. 6). Se puede inferir de la distinción que hace el autor, que existe responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual.

De la misma manera, José García Falconí sostiene que responsabilidad civil puede generarse por “el incumpliendo contractual, que arrastra hasta si una responsabilidad contractual; y, o bien el incumplir un deber jurídico de no dañar que implicaría una responsabilidad extracontractual” (García Falconí, 2010, pág. 173).

Por lo tanto, se puede inferir que la responsabilidad civil se clasifica según la fuente de donde provengan en: contractual y extracontractual. Las mismas que serán analizadas a continuación.

2.1.4.1. Responsabilidad Contractual

Jorge Llambias señala que la responsabilidad contractual “proviene principalmente del incumplimiento de un contrato (Llambias, 1997, pág. 62). Esta idea es sostenida por la doctrina y jurisprudencia.

Igualmente, José García Falconí establece que en este tipo de responsabilidad se “presupone la existencia de un contrato en el que una de las dos partes lo incumple” (García Falconí, 2010, pág. 176). Es decir, esta responsabilidad “tiene como fuente un contrato válido que vincula a la víctima con el responsable y resulta del incumplimiento de las obligaciones voluntariamente asumidas en el mismo, que ha causado un perjuicio al otro contratante” (Barragán Romero, 2008, pág. 18).

Sobre la base de las afirmaciones anteriores se desprende la idea de que en la responsabilidad contractual existe una obligación voluntaria o un contrato de por medio, que vincula y obliga a las partes a su cumplimiento y en caso de incumplimiento, retraso o cumplimiento imperfecto se debe responder por el perjuicio ocasionado.

2.1.4.1.1. Responsabilidad Contractual en el Ecuador

Como se mencionó anteriormente, una de las fuentes de las obligaciones proviene del acuerdo de voluntades, ya sea en un contrato o cuasicontrato, así lo señala el artículo 1453 del Código Civil.

En concordancia con el artículo previamente mencionado, los artículos 1561, 1562 y 1572 respectivamente, enuncian lo siguiente:

Artículo 1561: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Artículo 1562: Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

Artículo 1572: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código. (Código Civil, 2005)

Por lo tanto, el contrato es ley para las partes y, por consiguiente, es obligatorio su cumplimiento y todo lo que emane del mismo. En caso de incumplimiento, de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento se presenta la responsabilidad contractual y por ende obligación de reparar mediante una indemnización. Solo podrá ser invalidado por voluntad de los contratantes o por causales de ley.

2.1.4.1.2. Daño Moral en la Responsabilidad Contractual

En los inicios en que el daño moral empezaba a tomar fuerza, la doctrina y jurisprudencia sostenían que no cabía lugar a la indemnización por daño moral en la responsabilidad contractual.

Por otra parte, en la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia afirman que puede presentarse la posibilidad de la existencia del daño moral en la inexecución de obligaciones contractuales, ya que depende de la repercusión que tenga el daño (Osterling Parodi, 2014, pág. 352). Es conveniente señalar que, debe existir una obligación generada por un contrato válido (Ritto, 2010, pág. 45), y que el incumplimiento de dicha obligación perjudique a un interés extrapatrimonial de la víctima.

Asimismo Felipe Osterling Parodi, sostiene que el daño moral en la responsabilidad contractual se presenta “cuando la responsabilidad contractual es producto de una prestación mal ejecutada o incumplida, y dicha prestación tenía como fin satisfacer un interés extrapatrimonial” (Osterling Parodi, 2014, pág. 372).

Para ilustrar de mejor manera lo expuesto, el autor citado en el párrafo precedente, señala un ejemplo:

Si en un contrato de servicios médicos, la posibilidad de recuperar la salud del paciente (interés extrapatrimonial) se ve afectada por la impericia o imprudencia del médico; se va a generar una afectación que, independientemente de las posibles consecuencias económicas y penales, va a generar un daño a un interés de carácter extrapatrimonial, es decir, un daño moral (Osterling Parodi, 2014, pág. 373).

Según lo mencionado, se puede afirmar que sí es posible que el incumplimiento contractual genere también daño moral, siempre y cuando el daño genere una afectación a intereses extrapatrimoniales de la víctima, además, se debe probar el perjuicio moral existente.

2.1.4.2. Responsabilidad Extracontractual

Enrique Barros menciona que en materia extracontractual,

La responsabilidad no supone la existencia de un vínculo obligatorio previo, y su antecedente se encuentra en aquellos deberes de cuidado generales y recíprocos que las personas deben observar en sus encuentros espontáneos. El antecedente es haber ocasionado un daño infringiendo alguno de esos deberes de conducta. (Barros, 2006).

Es decir, en este tipo de responsabilidad no existe un contrato de por medio que obligue a las partes a su cumplimiento. La obligación de reparar se genera por un daño o perjuicio.

En el mismo sentido José García Falconí señala que la responsabilidad extracontractual “responde a la idea de la producción de un daño a otra persona, por haberse trasgredido el genérico deber de abstenerse de un comportamiento lesivo a los demás”. En este tipo de responsabilidad no hay un vínculo jurídico entre las partes, pero el perjuicio que se ocasionó debe ser indemnizado (García Falconí, 2010, págs. 176-177-178).

En el orden de ideas anteriores, Lizardo Córdova señala que este tipo de responsabilidad se genera cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro” (Córdova, 2000, pág. 15). Es decir, “el acto ilícito es la vulneración del deber de no dañar a las personas, en sí mismas o en sus bienes” (Ritto, 2010, pág. 64).

Jorge Llambias, al igual que la mayoría de autores, señala que la responsabilidad extracontractual proviene “de la infracción de cualquier otro deber jurídico en que hubieren incurrido los individuos humanos y en especial los hechos ilícitos cometidos por ellos (delitos y cuasidelitos)” (Llambias, 1997, pág. 62).

Por lo tanto, es prudente señalar que la responsabilidad extracontractual se fundamente en “el acto ilícito unilateral, ordinariamente humano, que origina daño a otro y genera una responsabilidad, la obligación de resarcir el daño (Barragán Romero, 2008, pág. 39). En esta responsabilidad no existe un contrato de por medio que vincule a las partes, sino más bien la existencia de un daño y la obligación del agresor de reparar el mismo.

2.1.4.2.1. Responsabilidad extracontractual en el Ecuador

En nuestra Legislación esta responsabilidad deriva de los delitos y cuasidelitos como lo señala el artículo 2184 del Código Civil:

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. (Código Civil, 2005).

Según lo establece este artículo, además del contrato y cuasicontrato existen otras fuentes de obligación que pueden llamarse extracontractuales. El artículo 2214 en relación con el artículo mencionado anteriormente, señala que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. (Código Civil, 2005)

De los artículos anteriores se puede inferir que además del contrato hay otras fuentes de obligación que son denominadas extracontractuales, provenientes de los delitos o cuasidelitos. La persona que ha cometido un daño o afectación ya sea material o moral está obligado a responder por el mismo.

Art. 2217.- Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso. (Código Civil, 2005)

En conclusión, la responsabilidad extracontractual proviene de los delitos y cuasidelitos, y genera al agresor la obligación de reparar el daño. Si el daño es cometido por dos o más personas, cada una es solidariamente responsable.

La doctrina señala que otro tipo de clasificación de la responsabilidad es la que se genera según la obligación de reparar en: subjetiva y objetiva.

2.1.4.3. Responsabilidad Subjetiva

La doctrina y jurisprudencia concuerdan al definir a la responsabilidad subjetiva como “toda responsabilidad derivada del actuar u omisión ilícito, ya sea que la ilicitud provenga de un contrato o emane de la norma” (Mendoza Martínez, 2014, pág. 24). Además, “en esta clase de responsabilidad se analiza necesariamente la culpabilidad de su autor, pues esta no existe sino a condición de que hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo” (García Falconí, 2010, pág. 186). Es decir, se debe probar obligatoriamente que el perjuicio fue ocasionado con dolo o culpa.

Silvia Amores Osorio menciona que para poder determinar si existe responsabilidad subjetiva, no basta solo con la existencia del daño, sino que éste tiene que ser proveniente del dolo o de la culpa, además debe existir un nexo causal y con estos elementos se genera la responsabilidad. Por lo tanto, la responsabilidad subjetiva “tiene como sus elementos principales: la culpa, el nexo causal entre el daño y el agente dañoso y, su obligación de responder por el daño causado” (Amores Osorio, 2014).

De igual manera, Enrique Barros señala como elementos que rigen la responsabilidad subjetiva:

- a) La acción u omisión, se presenta por cometer una actividad ilícita o por no realizar una acción que estaba obligado hacerla.
- b) La culpa, negligencia o dolo, es el factor que influye dentro del cometimiento del ilícito. Es decir, si fue causado con intención de hacer daño o por descuido.
- c) El daño, este elemento es el presupuesto central de la responsabilidad, pues a falta de daño no habría que reparar.

- d) La relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y el daño. Involucra al agresor con el daño y su relación existente. (Barros, 2006).

Elementos que serán analizados más profundamente en la segunda parte de este capítulo, correspondiente a la reparación.

La responsabilidad subjetiva se evidencia en nuestra legislación según lo señala el Artículo 2229 del Código Civil.-“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.” Es decir, la persona que ha cometido un daño ya sea con dolo o culpa está obligada a reparar el daño.

Se puede establecer que el fundamento de esta responsabilidad se encuentra en la parte subjetiva del agresor; en su manera de obrar, en su conducta, ya que debe provenir de una acción u omisión ilícita, además, debe existir culpa o dolor en el actuar, un nexo causal que vincule el daño con el hecho lesivo y lógicamente debe existir el daño causado.

2.1.4.4. Responsabilidad Objetiva

Tratándose de conducta lícitas, pero dañosas para terceros, se ideó la forma de reglamentar esos daños por medio de la responsabilidad sin culpa u objetiva. Esta responsabilidad no se basa en la culpa, sino más bien, en la simple existencia del daño y en no dejar indemne a la víctima. Es decir, la responsabilidad objetiva genera un deber de garantía de reparar el daño injustamente sufrido.

Para muchos autores esta responsabilidad se basa en el riesgo creado, para otros es solo una forma o factor de atribución de la responsabilidad objetiva.

Según señala la doctrina, en la idea de responsabilidad objetiva se sustituyó la idea de culpa por la de riesgo y se requiere usar cosas, aparatos o mecanismos peligrosos, inflamables y la existencia de un perjuicio, que perjudique a un tercero.

Por su parte, Gil Barragán Romero menciona que es un tipo de responsabilidad “en el cual no hace falta el nexo de la culpa entre el hecho dañoso y la víctima, ya que puede ser suficiente la producción del daño, el hecho” (Barragán Romero, 2008, pág. 35).

“El principio de la responsabilidad objetiva se orienta a la determinación del daño injusto, la búsqueda del autor no tiende a incriminarlo sino a establecer la persona que debe reparar” (Barragán Romero, 2008, pág. 38). La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única al daño producido. Aun cuando el acto sea no culpable, la responsabilidad existe y el resarcimiento se debe igualmente.

2.1.5. La responsabilidad que determina el daño moral en el Ecuador

Para que se pueda reparar el daño moral primero se debe establecer qué tipo de responsabilidad genera la obligación de indemnizar.

Según lo dispone el artículo 1453 del Código Civil:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos. (Código Civil, 2005).

Se puede inferir que según las fuentes de obligaciones que menciona el artículo, existen las contractuales que provienen de la voluntad de las partes como en los contratos o convenciones y las que se producen por el cometimiento de un daño, estas serían las extracontractuales. En consecuencia, el daño moral entra de la responsabilidad extracontractual porque no lo origina un contrato, sino un daño, como en los delitos y cuasidelitos.

En concordancia con el artículo antes mencionado, el 2184 señala que:

Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. (Código Civil, 2005)

Como el daño es un hecho ilícito entra dentro de los delitos y cuasidelitos. Por lo tanto, el daño moral puede ser un delito si se causó con dolo y cuasidelito si fue realizado con culpa.

Además, el artículo 1572 establece que:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código. (Código Civil, 2005)

Como se mencionó en la investigación, el daño emergente y lucro cesante son elementos constitutivos del daño patrimonial y al excluir al daño moral de la indemnización de perjuicios materiales se puede inferir que pertenece a perjuicios extrapatrimoniales.

Es indispensable citar el artículo 2232, que señalando lo siguiente:

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

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (Código Civil, 2005)

De este artículo se desprende que se puede generar daño moral, por el cometimiento de daños meramente morales, además, el inciso segundo señala otras afectaciones que de igual manera generan daño moral. Están obligados a reparar por daño moral las personas que ocasionen sufrimientos físicos o psíquicos, es decir, el tradicional *pretium doloris*, y otras afectaciones de carácter extrapatrimonial. Finalmente, el artículo señala que “la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”, es decir, el daño moral se puede demandar únicamente si ha existido responsabilidad subjetiva por parte del agresor, ya que como se mencionó a lo largo de la investigación los elementos que rigen la responsabilidad subjetiva son: a) la acción u omisión, b) la culpa (negligencia) o dolo, c) el daño, y d) la relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o culpable y el daño.

Por lo tanto, el daño moral afecta a intereses no patrimoniales, no se genera por una obligación contractual, es decir, es extracontractual. Se debe señalar que es posible que exista daño moral dentro de una responsabilidad contractual, pero no proviene del incumplimiento del contrato en sí, sino del daño a cierto interés extrapatrimonial, o sea la fuente no es el contrato, sino el daño de intereses extrapatrimoniales y por último, cabe mencionar que nuestro ordenamiento jurídico solo acepta el daño moral a consecuencia de que exista culpa o dolo por parte del agresor, es decir, responsabilidad subjetiva.

2.2. Reparación del daño moral

La reparación, según lo señalado por Guillermo Cabanellas, es: “Arreglo de daño. Compostura. Satisfacción o desagravio por ofensa o ultraje. Indemnización. Resarcimiento” (Cabanellas, 2006, pág. 329). Es decir, la reparación es indemnizar, compensar, satisfacer o resarcir un agravio, daño o afectación.

2.2.1. Antecedentes

Una vez que se ha definido la reparación, cabe mencionar, como antecedente, que hasta inicios del el siglo XX hubo evidente rechazo para traducir en dinero los valores de la personalidad (Romero, 2008, pág. 137). No se aceptaba la reparación por daño moral ya que, como se ha mencionado a lo largo de la investigación, el único daño susceptible de reparación era el patrimonial. Además, se fundamentaba en la idea de que “no cabe indemnización por esta clase de daños que –por su naturaleza- no puede entrar en el campo del derecho como indemnizables” (Romero, 2008, pág. 137). Esta teoría de negación de reparación del daño moral con el pasar de los años perdió fuerza, ya que el perjuicio a bienes o intereses extrapatrimoniales se iba evidenciando cada vez más y fue adquiriendo mayor importancia entre las legislaciones de todas partes.

Después la de resistencia para admitirlo y especialmente después de superada la controversia sobre su resarcimiento, el daño moral ha llegado a tener gran

significación en el Derecho. En la actualidad es perfectamente normal la aceptación de indemnización por daño moral, ya no cabe duda de la existencia de derechos extrapatrimoniales que deben ser protegidos. Así, lo han señalado las sentencias de los tribunales al mencionar que si el derecho reconoce la personalidad y los bienes inmateriales de las personas, no puede dejarlos sin amparo ya que no cabe un derecho que no se halle protegido y es válida la exigencia de su indemnización en el caso de una afectación (Romero, 2008, pág. 107).

2.2.2. Teorías de la reparación del daño moral

Una vez aceptada la idea de que es válida la reparación del daño moral, surgen entonces dos corrientes acerca de lo que representa la indemnización en este tipo de daño. Entendido por indemnización “la suma de dinero que recibe la víctima después de haber sufrido un perjuicio o un daño” (Osterling Parodi, 2014, pág. 353). Por una parte, se encuentra los autores que defienden la teoría de que la indemnización es una sanción al agresor, por otro lado, están los que difieren de este pensamiento y de forma mayoritaria señalan que la función indemnizatoria va encaminada en un sentido de compensación o satisfacción a la víctima del daño y no de sanción al agresor.

2.2.2.1. Teoría de la pena o sanción ejemplar

Esta teoría se basa en que el pago de una indemnización a la víctima no tiene carácter resarcitorio sino sancionatorio. “La reparación del daño moral no constituye un resarcimiento sino una verdadera pena civil para reprochar de manera ejemplar la falta del ofensor” (Ritto, 2010, pág. 41). No se basa en la protección de la víctima sino en el castigo de la conducta dolosa del agresor.

La pena según esta corriente, es el castigo impuesto al culpable, la cual además tiene la importancia de prevenir la consumación de hechos similares. Este punto de vista, según los autores defensores de esta postura, es ético porque no supone un beneficio fundado en el dolo y, además, tiene un carácter ejemplar. Los partidarios de este pensamiento se fundamentan en sostener que

el daño moral no es mensurable y por lo tanto no puede hablarse de resarcimiento (Romero, 2008, pág. 141). En este sentido se manifiesta Gil Barragán Romero y sostiene que “hay quienes creen que la indemnización de daños no patrimoniales con dinero es absurda, porque los bienes inmateriales y el dinero son magnitudes incomparables.” (Romero, 2008, pág. 101).

Jorge Llambias es uno de los representantes de esta teoría, es citado por Silvia Amores Osorio, y sostiene que:

No es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces. Es de advertir que esta objeción parte de un equívoco: la función resarcitoria del daño moral no es compensatoria. No se trata de dolor con dolor se paga, ni de poner precio al dolor. Se observa que paradójicamente, quienes consideran inmoral la indemnización del daño moral acuden al argumento de que la pretensión resarcitoria se apoya en una filosofía materialista de la vida, y quienes propician tal pretensión han aducido que si sólo se consideraran reparables los daños materiales, patrimoniales, el principio de la reparación del daño sería incompleto y rudimentario, como si los seres humanos sólo reaccionaran o se agitaran al impulso de intereses materiales. (Amores Osorio, 2014, pág. 20).

Como se puede inferir, el autor realiza una crítica a los defensores de la teoría del resarcimiento, señalando que no es posible degradar los sentimientos a una equivalencia monetaria, además, menciona que los seres humanos no solo reaccionan por intereses materiales.

Se desprende de lo señalado, que esta teoría sostiene que la moral es un bien inmaterial y tratar de ponerle valor no es equivalente, es decir, una de las razones para justificar esta teoría es que el daño moral no es mensurable, ya que afecta a derechos de la personalidad, al espíritu, a la honra, al prestigio, a bienes sin valor pecuniario, y más bien, lo que se busca es restablecer el orden

social afectado mediante una pena civil, que corresponde al pago de una indemnización a la víctima. La pena impuesta al agresor debe ser de carácter ejemplar para de esta manera prevenir la realización de actos futuros por temor a la sanción.

2.2.2.2. Teoría del resarcimiento del daño moral

El reconocimiento de este medio reparador ha sido el triunfo de la institución misma del daño moral, triunfo que se dio después de vencer severas resistencias (Romero, 2008, pág. 135). La dificultad más importante a que se ha visto abocada esta teoría proviene del argumento, de los opositores, según el cual no hay reparación equivalente posible, ya que el dinero no serviría para reemplazar un bien que no tiene valor pecuniario (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 157), y por lo tanto, la finalidad que debería cumplir la función indemnizatoria sería sancionar al agresor.

Por su parte, los defensores de esta teoría rechazan tal argumento, señalando en primero lugar, que la pena o sanción es tratada por una rama distinta al derecho civil (Diez Schwerter, 2015, pág. 249). “Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajena a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas” (Jiménez Vargas, 2014, pág. 330). En este sentido, el interés está puesto en la víctima, privada de lo suyo y no en el victimario; no interesa castigar o penar al dañador, sino lograr la reparación de la víctima (Romero, 2008, pág. 143). La indemnización económica por daño moral no cumple una función valorativa exacta, sino de compensar y satisfacer al perjudicado. Es un medio compensatorio, no un equivalente. De igual manera, Gil Barragán Romero menciona que “la indemnización en estos casos no representa equivalencia sino compensación o satisfacción” (Romero, 2008, pág. 101).

Asimismo, Diez Schwerter señala que “en la doctrina se impone la idea de que tratándose del daño extrapatrimonial la indemnización pecuniaria es una satisfacción que se le otorga a la víctima para aminorar las consecuencias de un perjuicio que jamás podrá ser borrado (Diez Schwerter, 2015, pág. 248). En

este sentido, Javier Tamayo Jaramillo menciona que no se puede poner al perjudicado en la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso, pero precisamente previendo la dificultad de volver las cosas al estado idéntico en que se encontraban antes de ocurrir el daño, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han adoptado la indemnización, acudiendo para ello al dinero que, en la medida de lo posible, hacen desaparecer los efectos nocivos padecidos por la víctima (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 157). Con el fin de brindarle al ofendido bienes que reporten satisfacciones similares a las producidas antes por el bien afectado. El fundamento de esto es que el daño a bienes extrapatrimoniales genera una insatisfacción que, como bien es cierto, no puede borrarse, ya que las pesadumbres pretéritas jamás pueden desecharse, pero en ese sentido ningún daño sería reparable. No obstante vista a un futuro, las insatisfacciones provenientes de lesiones a la moral pueden mitigarse y suprimirse, en la medida de lo posible (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 158)

De la misma manera, Felipe Osterling, en palabras de Bustamante Alsina, menciona que reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones (Osterling Parodi, 2014, pág. 356). Es decir, “se trata entonces de buscar la manera de balancear la situación del perjudicado, proponiéndole ciertos beneficios a cambio de su malestar” (Osterling Parodi, 2014, pág. 362).

Se intenta poner a la víctima, en la medida de lo posible, en el mismo estado que se encontraba antes del daño, esta idea se adapta mejor al concepto de la reparación integral. Se entiende que con la reparación integral debe repararse todo el daño, no más allá del daño, pero todo el daño; en otras legislaciones se conoce como reparación plena (García Falconí, 2010, pág. 194). Es decir, debe existir una correspondencia lo más justa posible entre el perjuicio y la indemnización, para que de esta manera “no resulte insuficiente ni constituya un medio de enriquecimiento indebido para el damnificado.” (García Falconí, 2010, pág. 221)

La autora Ritto en palabras de Mosset Iturraspe enumera los principios básicos que sustenta la teoría del resarcimiento:

- a) La responsabilidad civil pertenece al derecho privado que no busca sancionar al agresor sino reparar a la víctima.
- b) La mira está puesta en la víctima y no en el que comete el daño o afectación.
- c) El dinero cumple una función satisfactoria.
- d) La inmoralidad invocada por los opositores de esta teoría no es tal pues no hay cambio o cesión alguna: dinero por dolor, sensaciones placenteras por sufrimiento padecido.
- e) El derecho es el campo de la juricidad y no de la eticidad. (Ritto, 2010, pág. 42).

En resumen, esta es la teoría de mayor aceptación tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y tiene como fundamento la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima mediante una indemnización que busca generar satisfacción en el afectado y de esta manera aminorar los daños padecidos. Se trata de, en la medida de lo posible, restituir a la víctima al estado que se encontraba antes de sufrir el daño. Es decir, dirige su mira a satisfacer o a compensar al damnificado un demérito sufrido por el hecho, ya no para sancionar al causante sino para reparar los naturales padecimientos físicos y morales que debe soportar la víctima del ilícito.

2.2.3. Finalidad de la Reparación del daño moral

La indemnización del daño moral surge porque no puede dejarse indemne a la víctima de un hecho ilícito, que le ha provocado una molestia, dolor o afectación extrapatrimonial. La reparación busca que a la persona que sufrió esta clase de daños se le repare su patrimonio moral (García Falconí, 2010, págs. 226-227).

Como bien lo señala Tamayo Jaramillo: “En principio, la víctima tiene derecho a que se le repare el daño causado, de tal forma que, de ser posible, el bien

afectado retome el estado en que se hallaba antes de ocurrir el hecho lesivo” (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 161). Pero en la imposibilidad de devolver las cosas al estado anterior en esta clase de daños, la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales consiste en brindar a la víctima una satisfacción que compense y suprima la pena producida por el hecho dañoso (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 159).

En el mismo lineamiento, Gil Barragán Romero señala que se pretende con la reparación generar una satisfacción en la víctima afectada por un daño moral y no un enriquecimiento, esta reparación se realiza mediante una estimación (Romero, 2008, pág. 109).

La estimación es realizada por el juez al momento de dictar su fallo, haciendo uso de la prudencia que le concede la ley y se fundamente en la justicia y en la equidad. Por lo tanto, no se trata de buscar un beneficio económico con la reparación o pretender obtener un enriquecimiento injusto, ya que en este caso se trata de obtener compensaciones ante un daño consumado.

En síntesis, “con la reparación del daño moral se indemniza el quebranto que supone la lesión o disminución de bienes no patrimoniales (...)” (Rivera, Giatti, & Alonso, 2014, pág. 111). Lo que se busca es restituirle a la víctima el bien lesionado, en la medida de lo posible, o brindarle una satisfacción que repare el menoscabo producido a su honra, sus afectos o su alegría de vivir (intereses extrapatrimoniales), y de esta manera garantizar una convivencia justa.

2.2.4. Formas de reparación del daño moral

La reparación supone un conjunto de medidas para restituir a la víctima sus derechos, compensar, satisfacer o indemnizar por los daños, reconocer su dignidad, facilitar su integración social y superar la impunidad (García Falconí, 2010, pág. 194).

Existen dos formas de reparación: en especie o in natura y por equivalente.

La reparación in natura o en especie es una obligación, primordialmente de hacer, que tiene por fin volver las cosas al estado anterior al que se hallaban antes de ocurrir el perjuicio (Ritto, 2010, pág. 48). Es decir, consiste en la recomposición material al estado anterior a la producción del daño (Mariño López, 2014, pág. 372).

Mientras que la reparación en equivalente o dineraria “tiene una función de equivalencia en el daño patrimonial y asume una función satisfactoria en el daño moral” (Ritto, 2010, pág. 48). Esta reparación busca que el perjudicado obtenga satisfacciones racionalmente equivalentes y tiene como base la prudencia y la equidad, “el juez, apreciando todos los datos legalmente concurrentes (...) fijará el monto de la indemnización compensatoria por daño moral” (García Falconí, 2010, pág. 223).

La doctrina sostiene que en caso de indemnización por daño moral no es posible la reparación in natura o en especie. José Diez Schwerter señala que un daño extracontractual no puede ser reparado en especie.

Desde que la causa de él (dolor o sufrimiento, o atentado a intereses o derechos extrapatrimoniales) es soportada por la víctima y no es posible volver las cosas al estado anterior al hecho ilícito. Solo se podría aminorar los efectos perniciosos que se traduce este daño. (Diez Schwerter, 2015, pág. 245).

Por lo tanto, las reparaciones con equivalentes son las únicas opciones para la víctima, y dentro de estas están las no pecuniarias, es decir, sin intervención de dinero (Diez Schwerter, 2015, pág. 245), un ejemplo de esto son las indemnizaciones simbólicas.

Por otro lado, ciertos autores no están de acuerdo con que la indemnización sea simbólica, como es el caso de Julio Cesar Rivera, Gustavo Giatti, Juan Ignacio Alonso y Jorge Mosset Iturraspe que mencionan que la indemnización no debe limitarse a una compensación simbólica o irrisoria (Rivera, Giatti, & Alonso, 2014, pág. 126) (Mosset Iturraspe, 2014, pág. 82)

Por su parte, Javier Tamayo Jaramillo es partidario de que la indemnización simbólica es perfectamente válida y explica que en principio, la víctima tiene derecho a que se le repare el daño causado, del tal forma que, de ser posible, el bien afectado retome el estado en que se hallaba antes de ocurrir el hecho lesivo y en brindar a la víctima una satisfacción que compense y suprima la pena producida por el hecho dañoso. No siempre la satisfacción se alcanza con dinero y por eso es necesario analizar cada caso en particular y descubrir cuáles son las formas apropiadas para lograr el objetivo de satisfacer y así poder establecer los métodos que permiten reparar el perjuicio extrapatrimonial (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 159). Si no es posible hacer desaparecer el daño moral mediante publicaciones, tratamientos médicos o cualquier otro sistema, la indemnización por dicho concepto debería ser meramente simbólica” (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 163).

Por ejemplo, Tamayo Jaramillo señala que en los casos de daño a la honra, al buen nombre y al prestigio, etc., el responsable debería pagar todo lo que cuesten los medios (avisos de prensa, radio, televisión, retractaciones, etc.) tendentes a devolver al perjudicado su buena imagen. Es decir, la indemnización monetaria varía de acuerdo con la intensidad del perjuicio y las posibilidades de reparación, pudiendo, incluso ser indemnización simbólica (Tamayo Jaramillo, 2014, págs. 161-163).

Asimismo, Roxana Jiménez establece que “en principio, si fuese posible resarcir los daños inmateriales de modo distinto al dinero, debería serlo por esa ruta, como por ejemplo el daño al honor y a la reputación: por la vía de una retractación pública” (Jiménez Vargas, 2014, pág. 336). Además, señala que cuando se produce una ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, “este equilibrio debe reestablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de resarcimiento y, en caso de irreparabilidad, de alguna otra forma que compense o atenúe lo sufrido, por medio de dinero” (Jiménez Vargas, 2014, pág. 329).

En el caso de que el daño consista en el quebrantamiento de los afectos y sentimientos (daño moral subjetivo) de la víctima, esta tiene derecho a que se

haga todo lo necesario para que esa angustia desaparezca (por ejemplo, tratamiento médico) (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 162).

Si el daño consiste en pérdida de actividades vitales (daño a la vida de relación), se le puede brindar a la víctima los medios necesarios para recuperarlas o para reemplazarlas por otras similares o supletorias. En este caso, Tamayo Jaramillo considera que no deben ser indemnizaciones simbólicas y su tasación deberá efectuarse teniendo en cuenta la influencia de la merma fisiológica ejerza sobre la víctima. Por ejemplo, si un pianista o un pintor pierden las manos, la indemnización debe cubrir o costear actividades que en parte mitiguen sus limitaciones (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 163).

Si por cualquier motivo, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos, es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial afectado, surge la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que trata de compensar el daño causado (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 162). Los jueces utilizan este tipo de indemnización para la generalidad de los casos, pues entienden que el dinero, si bien no tiene poder de resarcir el daño moral, no puede negársele, un factor que puede aminorar o disminuir las consecuencias del daño, ya que hace posible obtener beneficios y satisfacciones que le permitan aminorar el daño sufrido (Diez Schwerter, 2015, pág. 247).

Por lo tanto, se puede afirmar que la indemnización en dinero es la más utilizada, pero existen otras formas de reparar el daño moral que, de igual manera, son perfectamente válidas, como en el caso de daño a la honra, se puede pedir que el agresor realice una retractación, es decir, lo que se busca es que la víctima recupere el estado que tenía antes del daño y para eso se debe analizar el tipo de daño moral cometido y según eso establecer la manera de indemnización correcta. Cabe señalar que la jurisprudencia, de manera acertada, en ciertas ocasiones ordena al agresor al pago de una indemnización pecuniaria y, además, una retractación pública por daños a la honra, buen nombre o prestigio, sería una especie de reparación mixta, que desde el punto de vista de la reparación integral, es la más acertada y completa, porque busca remediar el daño en su totalidad.

2.2.5. Reparación del daño moral en el Ecuador

En la actualidad, muchas legislaciones aceptan la indemnización del daño moral, nuestra legislación es una de ellas.

Para iniciar con el tema es menester señalar que la Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 66, reconoce y garantiza derechos, entre los cuales constan:

- El derecho a la integridad personal, que incluye: la integridad física, psíquica, moral y sexual.
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.
- El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona,
- El derecho a la protección de datos de carácter personal.
- El derecho a la intimidad personal y familiar.
- El derecho a la identidad personal y colectiva. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En concordancia con el artículo precedente, el Art. 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, inciso primero, señala:

Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

De los artículos precedentes se desprende que los derechos extrapatrimoniales tienen carácter constitucional y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional protege los derechos consagrados por la constitución y si se vulnera cualquiera de estos derechos se ordenará al agresor a la reparación integral de la víctima.

Una vez señalados los derechos extrapatrimoniales, los cuales gozan de reconocimiento y protección constitucional, el Código Civil señala la obligación de indemnizar que tiene la persona que hubiera cometido un delito o cuasidelito, según lo señala el Art. 2214. Asimismo, el Art. 2229 menciona que: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (...)”. Es decir, la persona que cometa un daño que involucre culpa o dolo está obligado a reparar a la víctima.

Dentro de los daños que deben repararse, el Art. 2231 del cuerpo normativo antes mencionado, determina que: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”.

En concordancia con el artículo precedente, el Art. 2232 enuncia que:

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

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la

indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (Código Civil, 2005)

Se desprende del artículo precedente que, se puede demandar indemnización de daño moral en los casos de daños meramente morales, además, en casos de ser víctima de cualquier forma de difamación, de sufrir lesiones, violación, estupro, atentados contra el pudor, en caso de sufrir arrestos ilegales, procesamientos injustificados, y por daños físicos o síquicos.

En el caso de sufrir daños contra el honor, mediante cualquier forma de difamación, el artículo 66, numeral 7 de la Constitución de la República señala: “El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es decir, se brinda a la víctima el derecho de exigir rectificación por la difamación cometida. Lo que se busca es la reparación integral del ofendido.

En este sentido, el artículo 18 de la Constitución de la Republica enuncia que:

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud. (...)

La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o

servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En conclusión, la legislación ecuatoriana reconoce derechos extrapatrimoniales, dignos de protección y en el caso de ser vulnerados, se garantiza la reparación, obligando al agresor a responder por dicho incumplimiento y, además, se analizará el tipo de afectación y las circunstancias de cada caso para establecer la forma de su reparación, pudiendo ser en dinero o mediante rectificación en el caso de violación a la honra, buen nombre o prestigio. En cuanto a los lineamientos para valorar el daño existe un vacío, ya que en la mayor parte de jurisprudencia los jueces hacen uso de la prudencia que les otorga el inciso tercero del Art. 2232 del Código Civil para determinar el quantum indemnizatorio.

2.2.6. Legislación Comparada.

2.2.6.1. Reparación del daño moral en la legislación de Argentina

En Argentina al igual que en el Ecuador se reconocen y garantizan derechos extrapatrimoniales como; la dignidad, reputación, imagen, identidad y la intimidad, y si se produjera alguna vulneración a dichos intereses o derechos de carácter no patrimonial se “puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos”, según lo señala el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En concordancia con el artículo enunciado en líneas anteriores el artículo 1716 del mismo cuerpo normativo señala lo siguiente: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación,

da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014). Mediante este artículo se está determinando la responsabilidad civil que tiene el agresor de reparar la afectación a derechos patrimoniales o extrapatrimoniales.

En caso de perturbación a la intimidad o vida ajena el agresor está obligado a parar dichas actividades y a pagar una cantidad monetaria designada por el juez, así lo determina el Art. 1770:

El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. (...)(Código Civil y Comercial de la Nación, 2014)

Según el artículo *ibídem* el juez obliga a pagar una indemnización a quien afecte el derecho a la intimidad, las costumbres o sentimientos de otra persona, considerando las particularidades del caso.

Por su parte el inciso tercero del Art. 1741 del mismo Cuerpo normativo determina que. “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014). Es decir, la indemnización que el juez ordene a pagar debe cubrir las satisfacciones sustitutivas y compensatorias según sea el caso y el tipo de daño.

El Artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación determina que:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan

de la interferencia en su proyecto de vida. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014)

En este artículo se pretende abarcar todo tipo de daño extrapatrimonial o moral que en caso de ser vulnerado el agresor tiene la obligación de reparar por dicha afectación ocasionada.

El artículo 1740 en concordancia con el artículo anterior señala que debe existir una reparación plena del daño causado y que “en el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.” (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014)

Para que proceda la indemnización debe existir un daño y se debe probar el mismo, según lo determina el Art. 1739 del mismo Código.

El artículo 1771 señala que:

En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado. (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014)

Es decir, en estos casos el agresor será responsable únicamente si existió responsabilidad subjetiva, por consiguiente debe existir el nexo causal y la antijuricidad.

Asimismo, el Código establece que únicamente se puede atenuar la responsabilidad del agresor en caso de que no haya existido dolo por parte de este y se podría fijar la indemnización considerando factores como “el patrimonio del deudor, situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho”, según lo señala el artículo 1742 del mismo cuerpo normativo.

Respecto del análisis a la legislación Argentina se puede establecer que con el reciente Código Civil y Comercial de la Nación se busca cubrir todo lo concerniente al daño, como la obligación de reparar que tiene una persona que ha cometido daño a otro o en el caso de incumplir con cierta obligación.

Asimismo, en el Código antes mencionado se establecen ciertas directrices a tomar en cuenta para la indemnización por daño moral:

El art. 1770 señala que el juez fijará la indemnización de acuerdo a las circunstancias. Es decir, considerando las particularidades del caso.

Otro de los lineamientos a considerar es el señalado en el art. 1741 en el cual se establece que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias. El presente artículo señala una guía que ayuda a los jueces a establecer el monto de la indemnización, ya que la suma pecuniaria ordenada a pagar debe cubrir las satisfacciones sustitutivas o compensatorias con las que se pretende reparar íntegramente a la víctima. Por su parte, nuestra legislación no menciona un indicador concreto para la cuantificación del daño extrapatrimonial y lo deja a la prudencia judicial.

En cuanto al Art. 1738, que hace mención a los aspectos que comprende la indemnización, se determina que esta incluye de igual manera “las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. Se hace mención, además de los derechos personalísimos como son; la honra, intimidad, identidad, imagen, reputación, se incluye también afectaciones espirituales o lo que la doctrina denomina como *pretium doloris*, a estos derechos se suma las afectaciones al proyecto de vida a la cual varios autores han señalado que es lo que la persona desea ser y hacer en su vida y con su vida. Asimismo, se ha señalado que pertenece al género de daño a la persona y busca ampliar el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales.

El Art. 1740 comprende que la si se lesión del honor, la intimidad o la identidad personal el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la

sentencia, o de sus partes pertinentes, esto es con la finalidad de reparar íntegramente al afectado y, en la medida de lo posible, dejarla en la misma situación que se encontraba antes de recibir el daño. Por su parte, en la legislación Ecuatoriana este derecho de reparación integral lo determina el Art. 18 la Constitución.

Otro de los lineamientos que el juez debe considerar para la determinación de la indemnización es estableciendo el actuar del agresor, es decir, si se actuó con dolo o culpa, y en caso de no existir dolo se podría atenuar la responsabilidad de reparar considerando “el patrimonio del deudor, situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho”, así lo señala el artículo 1742 del código señalado en líneas anteriores.

2.2.6.2. Reparación del daño moral o extrapatrimonial en la legislación de Chile

El Art. 1437 del Código Civil Chileno señala que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad (Código Civil Chile, 2000).

El artículo precedente es muy semejante al Art. 1453 del Código Civil del Ecuador, y señala la fuente de las obligaciones, las mismas que son; la ley, contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

Por su parte el Art. 2314 menciona que: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito” (Código Civil Chile, 2000). Es decir, ya que los delitos y cuasidelitos son fuentes de obligación, la persona que haga daño a otro debe responder y

reparar por dicha afectación. Nuestra legislación contempla lo antes señalado en el Art. 2214 del Código Civil.

Uno de los artículos más importantes a tomar en consideración al momento de reparar el daño moral en Chile es el Art. 2329 del Código Civil que señala: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta” (Código Civil Chile, 2000). La expresión “todo daño” les ha servido a los jueces para ordenar la indemnización por concepto de daño moral.

Por otro lado el Art. 2331 determina que:

Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación (Código Civil Chile, 2000).

El artículo precedente niega la posibilidad de demandar indemnización pecuniaria por imputaciones injuriosas contra el honor y el crédito, y puede darse únicamente si se prueba el daño emergente o el lucro cesante, es decir, que tenga una afectación patrimonial.

En contraposición con el artículo anterior, la Constitución Política de la República de Chile garantiza la protección a intereses extrapatrimoniales como; la vida, la integridad física y síquica de la persona, la vida privada y la honra, así lo establecen el artículo 19, numerales 1 y 4:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona
4. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (Constitución Política de la República de Chile, 2005).

Por todo lo antes mencionado, la legislación de Chile sufre un conflicto en cuanto al artículo 2331, ya que el mismo no acepta indemnización pecuniaria por injurias o atentados a derechos extrapatrimoniales como a la honra o el

crédito a menos que se pruebe que existió daño patrimonial, por otro lado, la Constitución de ese país los reconoce y garantiza tales derechos. Por tal motivo, los jueces toman como base para la indemnización del daño moral al artículo 2329 que señala “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.” (Código Civil Chile, 2000) Es decir, debe existir culpa o dolor para que proceda la obligación de reparar, o lo que se conoce como responsabilidad subjetiva. Por otro lado, no se señala como se va a calcular el monto a pagar al ofendido por motivo de daño moral.

2.2.6.3. Reparación del daño moral o extrapatrimonial en la legislación de Colombia

El Art. 1494 del Código Civil de Colombia señala que:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (Código Civil Colombia, 1873)

Al igual que las legislaciones analizadas anteriormente, se menciona que las obligaciones nacen de la ley, de los delitos, cuasidelitos, contratos y cuasicontratos.

El Art. 2341 del mismo cuerpo normativo señala que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil Colombia, 1873).

Con respecto a la indemnización del daño el Art. 2356 del Código Civil Colombiano expresa que: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta” (Código

Civil Colombia, 1873). Es decir, la persona que cometió daño en contra de otra por culpa o dolo (responsabilidad subjetiva) tiene la obligación de reparar el daño ocasionado.

La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, según lo señala el Art. 2357

Por otro lado, la ley 446 de 1998 en el artículo 16 enuncia lo siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales” (Ley 446 de 1998). Este artículo señala ciertas guías para valorar el daño como; considerar la reparación integral, así también hacer uso de la equidad y del mismo modo tomar en consideración el informe pericial.

Por su parte, el Código Penal de Colombia señala en el artículo 97 la Indemnización por daños:

En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

Los daños materiales deben probarse en el proceso (Código Penal Colombia, 2000)

Es menester señalar que la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002, determina que el inciso primero del artículo precedente es exequible siempre y cuando se entienda que

El límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la

fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, 2002)

Es decir, la Corte Constitucional señaló que el límite de (1000) mil salarios básicos fijado por el artículo 97 del Código Penal no podría ser aplicado a los daños causados por el ilícito cuyo quantum haya sido establecido por medios objetivos, porque en ese caso el juez estaría realizando una actuación arbitraria.

En conclusión, la legislación colombiana señala que todo daño, incluyendo el daño extrapatrimonial o moral, se valorará atendiendo a los principios de la reparación integral, equidad y considerando el dictamen pericial en el cuál se puede establecer el grado de afectación de la víctima, la magnitud del daño, y demás aspectos que sean relevantes dentro del proceso. Es preciso señalar que el Art. 97 del Código Penal pone un tope a la indemnización por daño moral, la cual es de (1000) salarios básicos, siempre y cuando el valor de la indemnización no haya podido ser determinado por medios objetivos y cuando la fuente de la obligación sea una conducta punible.

2.2.6.4. Consideraciones sobre la legislación comparada

De lo analizado anteriormente se desprende que en legislaciones como la de Argentina y Colombia se determina ciertas directrices que sirven como ayuda al juez para fijar la indemnización como:

Argentina

- Las circunstancias y particularidades de cada caso.
- La indemnización debe cubrir el costo de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias.
- Así también resulta una ayuda el establecimiento de los tipos de daños extrapatrimoniales existentes.
- Debe existir un daño, el mismo que debe ser probado.
- La responsabilidad de reparar del agresor puede atenuarse siempre y cuando no haya actuado con dolo y, de ser este el caso, se consideran

factores como “el patrimonio del deudor, situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho”.

Colombia

- Se puede atenuar el daño si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.
- La valoración de daños patrimoniales como extrapatrimoniales, deben atender a los principios de reparación integral y equidad, es decir, buscar la manera más adecuada de dejar a la víctima en el estado que se encontraba antes de recibir la afectación, se debe actuar con justicia y, además, debe considerarse el informe pericial.
- Siempre y cuando no se haya determinado el valor de la indemnización por daño moral de una manera objetiva dentro del proceso, el juez puede considerar como base la suma equivalente de hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales en casos de daño derivados conducta punible, teniendo en consideración factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado.

2.2.7. Parámetros para la reparación del daño

Como ya se mencionó en la presente investigación, la reparación busca la satisfacción, compensación o la indemnización a la víctima de un perjuicio. La responsabilidad civil obliga a la reparación tanto de daños patrimoniales como extrapatrimoniales, según sea el caso, y para cada uno de estos daños existen parámetros que el juez toma en consideración al momento de fijar la cuantía a la que asciende dicho perjuicio.

2.2.7.1. Parámetros para la reparación del daño patrimonial

La ley, jurisprudencia y doctrina concuerdan en que para demostrar el daño material o patrimonial es necesario establecer sus elementos constitutivos que son: el daño emergente y el lucro cesante, para de esta manera probar si efectivamente existió un perjuicio patrimonial y posteriormente determinar la cuantía que se ordenará a pagar a la víctima como reparación de dicho daño.

En este sentido, la indemnización de perjuicios según la ley vigente comprende el daño emergente y el lucro cesante o beneficio que se deja de percibir por consecuencia del mal causado, así lo establece el artículo 1572 del Código Civil.

El primer elemento del daño material es el daño emergente, que se analizará a continuación.

2.2.7.1.1. Daño Emergente

Es el perjuicio real que sufre la víctima en su esfera económica, y se traduce en el empobrecimiento o disminución del patrimonio existente al momento del hecho ilícito. Es decir:

Es el valor económico de las pérdidas erogaciones o disminución efectiva que experimenta el patrimonio del ofendido a consecuencia de la conducta ilícita, que violenta su derecho ejecutado por el ofensor y existe cuando un bien económico, como el dinero, cosas o servicios, salió o saldrá del patrimonio de la víctima. (García Falconí, 2010, pág. 214).

En el mismo sentido, la jurisprudencia señala que el daño emergente “es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido” (Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros, 2002).

Pues bien, el daño emergente se resume en la destrucción, deterioro, menoscabo o privación del uso y goce de bienes dentro del patrimonio material, existentes al momento de la afectación o daño causado a la víctima. El juez al momento de dictaminar el valor correspondiente al que asciende el daño emergente atenderá a la prueba rendida. Esto quiere decir que, para cuantificar el daño emergente es necesario evaluar las pruebas que acrediten la existencia de los desembolsos, pérdidas o deterioros que lo constituyen. Por ejemplo, tasaciones, informes periciales, facturas, boletas de gastos, perdidas, etc.;

antecedentes que permitan determinar el monto al que asciende el daño con exactitud (Diez Schwerter, 2015, pág. 180).

2.2.7.1.2. Lucro Cesante

El lucro cesante es el reflejo en el futuro del daño al patrimonio de la víctima, es decir, lo que se iba a percibir. Es una ganancia futura y real, que se vio frustrada, y de no ser por el hecho ilícito se habría obtenido.

José García Falconí dice que “lucro cesante es la pérdida de los legítimos beneficios que la víctima habría obtenido de no mediar el hecho ilícito, es lo que se dejó de percibir como consecuencia del daño, es la pérdida de oportunidad económica”, para brindar mayor claridad el autor termina señalando que existe lucro cesante “cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (García Falconí, 2010, pág. 215).

En el mismo orden de ideas, Isaza Posse menciona que “(...) el lucro cesante es aquello que razonablemente se dejó de recibir, con lo que evita dar cabida a pretensiones desmedidas producto de la fantasía y de especulaciones remotas de ganancias imaginarias” (Isaza Posse, 2013, pág. 29). Por lo tanto, para ser resarcible, esa ganancia o utilidad no recibida, debe surgir como probabilidad objetiva de los hechos y circunstancias del caso. No puede fundarse en un sueño de ganancia y en todos los casos, debe probarlo el reclamante (Isaza Posse, 2013, pág. 29).

De la misma manera, Diez Schwerter señala que “la regulación prudencial del lucro cesante no puede basarse en meras conjeturas” (Diez Schwerter, 2015, pág. 181), sino en antecedentes reales sobre las ganancias recibidas por la víctima antes del perjuicio, y la posibilidad de haber seguido percibiéndolas de no haber ocurrido el hecho ilícito. Además, para calcular el lucro cesante hay que iniciar tomando en cuenta, como es el total de las ganancias que se esperaba obtener y “si bien el ofendido estima ganancias probables, su valor

podrá deducirlo el juez de los mismos antecedentes que acreditan su existencia” (Diez Schwerter, 2015, pág. 250).

El mismo Schwerter establece que en el daño a la persona el lucro cesante debe determinarse mediante los ingresos que percibía, la edad, su expectativa de vida, lapso por el cual se esperaba seguir obteniendo esos ingresos y caso de muerte debe señalarse el porcentaje que dichos ingresos destinaba a los perjudicados (Diez Schwerter, 2015, pág. 184).

Asimismo, María Isaza Posse establece los factores que se deben tomar en consideración para la indemnización del lucro cesante:

- La licitud de la ganancia.
- Debe descontarse del valor del lucro, el valor de los gastos indispensables para obtenerlo.

En caso de daños a las personas, además, se debe considerar:

- El período indemnizable. Es decir, el tiempo que la persona va a estar incapacitada. Determinar si es incapacidad temporal o permanente. Se debe probar “la imposibilidad de realizar la actividad productiva de la que la víctima deriva sus ingresos o la disminución definitiva o transitoria de la misma.
- Condiciones de la víctima en general, edad, sexo, expectativas de vida.
- Periodo de dependencia económica, “este factor es determinante para establecer la duración del periodo indemnizable”, se debe tomar en cuenta que la indemnización no constituye un factor de enriquecimiento.
- Ingresos de la víctima: Es importante analizar los ingresos que regularmente se encontraba percibiendo el afectado para posteriormente calcular lo que se deja de percibir como consecuencia del daño.

- En el caso de que los ingresos sean variables, para efectuar el cálculo se toma un promedio de los últimos 12 meses de los ingresos recibidos (Isaza Posse, 2013, págs. 29-39).

A manera de resumen, se puede afirmar que el lucro cesante es la pérdida de una ganancia económica esperada y cierta, que de no ser por la afectación sufrida ésta hubiera ingresado al patrimonio de la víctima. Es decir, no consiste en una ganancia imaginaria o fantasiosa, y según lo señalado anteriormente, se lo puede establecer mediante:

- La prueba de la existencia del daño.
- La prueba que la ganancia esperada era cierta.
- La naturaleza de la cual provenía la ganancia esperada.
- La determinación de cómo sería el total de la ganancia que se esperaba obtener.

Además, en el caso de daño a persona:

- El tiempo que la persona va a estar incapacitada, cual es el período indemnizable.
- Condiciones de la víctima en general, edad, sexo.
- Ingresos del afectado.

En el caso de muerte:

- Su expectativa de vida.
- Ingresos que percibía.
- Lapso por el cual se esperaba seguir obteniendo esos ingresos.
- El detalle del porcentaje de los ingresos que destinaba a sus familiares, cónyuge o afectado indirecto.

2.2.7.2. Parámetros para la reparación del daño moral establecidos por la doctrina

En los casos de daño moral o daño a intereses extrapatrimoniales la cuantificación es más complicada y delicada que en el caso del daño patrimonial, puesto que la ley no cuenta con criterios exactos de su valoración, Este pensamiento es compartido por la doctrina y por la jurisprudencia.

En este sentido, Isaza Posse señala que en los casos en que el daño se produce sobre bienes materiales es más fácil su cuantificación, tomando en consideración que ellos tienen un valor comercial que permite establecer el costo de su remplazo. Cuando se trata de la integridad física y emocional de las personas, la honra, y demás padecimiento extrapatrimoniales, la cuantificación del impacto en el patrimonio moral resulta bastante más compleja (Isaza Posse, 2013, pág. 21).

Pues bien, según lo explicado a lo largo de la investigación existe clara diferencia entre la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, ya que en los daños patrimoniales el resarcimiento se dirige a la compensación de una pérdida económica. En tanto, que en daños extrapatrimoniales, la tutela resarcitoria se centra esencialmente en satisfacer o compensar a la víctima por el daño producto en sus intereses o derechos extrapatrimoniales. Es bien sabido que “debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos bienes personalísimos no tienen valor establecido en el mercado, en el cual un juez pueda basarse para hacer este cálculo” (Osterling Parodi, 2014, pág. 351), pero “la imposibilidad de reparación exacta no impide, pues, que el daño sea indemnizado.” (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 157).

La reparación del daño moral debe realizarla el juez “a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valoración seria del daño extrapatrimonial, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones” (Jiménez Vargas, 2014, pág. 332). Justamente previendo la necesidad que existe de unos lineamientos que sirvan como guía

a los jueces, y evidenciando notables diferencias en los resarcimientos otorgados en casos en principio similares, tiene su fundamento la presente investigación, es decir, el objetivo es establecer unos parámetros uniformes en los que los jueces pueda basarse al momento de establecer la cuantificación del daño moral.

A continuación, se señalará los lineamientos establecidos por la doctrina para determinar la cuantía del daño moral, y más adelante, se mencionará los parámetros que utiliza la jurisprudencia para determinar este tipo de daño.

El autor Jorge Mosset Iturraspe menciona que para iniciar el establecimiento adecuado de los parámetros es necesario primero descartar las teorías erradas que se basan en la determinación de la cuantía en atención al daño patrimonial y a la que se sustenta en valorar el daño moral relación a la gravedad de la falta. El autor señala que en la primera es errónea la idea de que el daño moral tenga que ver con el daño material, respecto a la consideración de su cuantía, pues no es complementario ni accesorio (Mosset Iturraspe, 2014, pág. 85). Criterio que es compartido por Julio Cesar Rivera, Gustavo Rivera y Juan Ignacio Alonso, los mismos que, de manera similar, señalan que “la indemnización por daño moral no tiene por qué guardar proporción con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste” (Rivera, Giatti, & Alonso, 2014, pág. 113). Con respecto a la teoría que fundamenta la cuantificación del daño moral en relación a la gravedad de la falta Mosset Iturraspe afirma que la reparación civil se trata de resarcimiento y no de pena, “no se explica por qué la cuantía ha de medirse prestando atención al grado de culpabilidad” (Mosset Iturraspe, 2014, pág. 85), y no a la intensidad del daño moral causado, es decir, la reparación debe basarse en la intensidad del dolor en el ámbito subjetivo de la víctima.

Una vez hecha tal aclaración Mosset Iturraspe presenta diez reglas para la determinación de la indemnización por daño moral, en seguida se sintetizará cada una:

1. No a la indemnización simbólica. Tiene como fundamento la idea que la víctima debe recibir una suma dineraria que le represente importancia y que se sirva para poder compensar el perjuicio padecido.
2. No al enriquecimiento injusto. La reparación debe realizarse en relación a la intensidad del daño. No debe significar una fuente de enriquecimiento.
3. No a la tarifación con piso o techo. Los intereses extrapatrimoniales carecen de un valor económico en el mercado, pero son sumamente importantes para la víctima y si se establece una tabla de valores se estaría materializando los sentimientos.
4. No a un porcentaje del daño patrimonial. Debido a la naturaleza autónoma del daño moral no se debe considerar la realización de su cuantificación en relación al daño patrimonial, porque no es accesorio a este.
5. No a la determinación sobre la base de la mera prudencia. La prudencia del juez tiene un rol determinante en la determinación de la cuantía del daño moral, pero no se debe dejar a un lado las características particulares del caso.
6. Sí a la diferencia según la gravedad del daño. Es decir, establecer un catálogo de daños que actualmente se considera como morales, por ejemplo:
 - a) Alteración disvaliosa de los estados de ánimo, angustia, tristeza, etc.
 - b) Alteración originada en una disminución de la salud, de la integridad psicofísica.
 - c) Alteración por pérdida de un órgano, de un sentido, de un miembro, etcétera.
 - d) Alteración por tragedia ocurrida a un familiar; conyugue, padres o hijos.
 - e) Alteraciones nacidas del avance a la intimidad o reserva.
 - f) Alteraciones por la pérdida de la armonía o belleza, del rostro o de partes del cuerpo que se muestran.
 - g) Alteración por la frustración de los proyectos de vida

- h) Alteración por la limitación de la vida de relación
 - i) Alteración por el ataque a la identidad personal, al bagaje cultural propio, etcétera.
7. Si a la atención de las peculiaridades de cada caso de la víctima y del victimario. Se debe considerar que cada caso es diferente y distinto. El juez debe atender a lo que el caso tiene de propio y particular.
 8. Si a la amortización de las reparaciones en casos semejantes. En la jurisprudencia existen fallos con abismales diferencia, en lo concerniente a la cuantía ordenada a pagar a la víctima, en casos semejas, no iguales. Por tal motivo, es preciso considerar como referente sentencias que se ajusten a una reparación adecuada del daño moral.
 9. Si a los placeres compensatorios. Se busca la satisfacción de necesidades, no se trata de borrar el dolor con el placer, ni de compensar sufrimientos con gozos. La indemnización debe ser suficiente para lograr goces, que no apunta a darse placeres de lujo, sino a cubrir necesidades primarias o sentidas como urgentes.
 10. Si a sumas que puedan pagarse. Se debe tomar en cuenta la situación económica del país y el general standard de vida. (Mosset Iturraspe, 2014, págs. 93-97).

Además, el autor afirma que la apreciación del daño debe realizarse en concreto, no abstractamente; valorando la sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales. Es decir, no debe dejarse de lado la entidad de la lesión, del sufrimiento, de la modificación disvaliosa en el estado del espíritu es, sin lugar a dudas, la circunstancia personal más importante (Mosset Iturraspe, 2014, pág. 89).

Javier Tamayo Jaramillo, de igual manera, realiza un estudio sobre el tema del daño moral, y afirma que la reparación de este perjuicio no busca equiparar los sentimientos con los valores económicos, sino que se está cambiando un sentimiento por otro, es decir, brindarle a la víctima una satisfacción que compense y suprima la pena producida por el daño (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 159). Para valorar el daño moral debe tenerse en cuenta que todo

depende de las circunstancias y que, además, cada perjuicio moral se debe evaluar por separado. Es decir, la indemnización por perjuicios morales subjetivos busca reparar de la insatisfacción psíquica o el dolor físico de la víctima; en cambio, la indemnización por perjuicio fisiológico repara la supresión de actividades vitales (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 180).

Realizada la explicación anterior, el autor determina los siguientes parámetros para valorar el daño moral:

En el caso de daño moral subjetivo (*pretium doloris*) debe existir la prueba del perjuicio. Afirma que es perfectamente demostrable la intensidad del daño, pero que por la naturaleza del mismo, este no se puede demostrar por pruebas directas, sino mediante pruebas indirectas como los indicios señalados por los parientes. Además, otro medio de prueba es mediante medios como la psiquiatría y la medicina, señalando que “en la actualidad estos medios pueden dictaminar casi con exactitud el grado y duración del dolor físico y psíquico” (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 177). De esta manera, y teniendo en cuenta la intensidad del daño, el juez puede utilizar esa base para formular la reparación que considere adecuada.

Cuando del daño moral consistente en la pérdida de honra, buen nombre y prestigio “la indemnización monetaria variará de acuerdo con la intensidad del perjuicio y las posibilidades de reparación” (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 163). Una vez determinada la intensidad se debe tomar en cuenta lo que cuesten los avisos de prensa, radio, televisión, o retractaciones tendentes a devolver al perjudicado su buena imagen, pudiendo, incluso ser una indemnización simbólica (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 163).

En el caso que el daño consista en la pérdida de las actividades vitales (daños a la vida de relación), se debe tener en cuenta las actividades de reemplazo que puede efectuar la víctima, teniendo en cuenta su estado actual y así proporcionarle al afectado la posibilidad de realizar alguna actividad, que le permita suplir los diferentes placeres o actividades de las que se privó a la víctima producto del hecho ilícito (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 192).

Analizando cada caso en particular y estableciendo el valor de lo que cuesten las actividades supletorias, el juez puede valorar a cuánto asciende el daño. Cabe mencionar que, en este caso, “la indemnización no puede ser meramente simbólica y su tasación deberá efectuarse teniendo en cuenta la influencia que la merma fisiológica ejerza sobre la víctima.” (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 163).

Como última consideración el autor menciona que no es acertada una suma dineraria como prototipo para el daño moral, como el monto exacto de la reparación ya que no existen casos iguales, porque además, la suma de dinero que hoy parece razonable, no lo será para el caso de mañana (Tamayo Jaramillo, 2014, pág. 192). Es decir, no es acertado establecer un valor pecuniario general en los casos de daño moral, ni tampoco tablas en las que se determine el monto de la indemnización.

En conclusión, de lo analizado se desprende que para que el juez determine la cuantificación del daño moral, el primer paso es establecer la diferencia de qué tipo de daño moral se trata, ya que el daño fisiológicos o daño a la vida de relación debe ser indemnizado como un rubro diferente de los perjuicios materiales y del *pretium doloris* o indemnización por perjuicios morales subjetivos. Posteriormente se debe probar el perjuicio. Se establece como elemento común, entre la indemnización de los diferentes tipos de daño moral, la necesidad de probar la intensidad del daño. Dada la naturaleza del daño moral resulta sumamente difícil la prueba directa, pero es válida la prueba indirecta, como las versiones de los parientes, el diagnóstico médico y psiquiátrico y en caso de daño a la honra se debe tener en cuenta el nivel de difusión y los medios empleados en la realización del daño. Una vez teniendo claro el nivel de intensidad del daño y su afectación, el juez puede evaluar a cuanto haciendo el monto de la reparación.

Por otro lado, los autores Julio César Rivera, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso señalan que los criterios tomados en cuenta para la reparación del daño moral son:

- El análisis de las características de cada caso.
- Las circunstancias personales de la víctima. Deberá realizarse bajo la óptica de la sensibilidad del hombre medio, pero sin descuidar al hombre real, es decir, analizar cada caso en particular.
- La naturaleza de la ofensa.
- El nivel de difusión del hecho. En casos de atentados contra el honor, reputación, el prestigio y la intimidad de una persona, se debe valorar la intensidad de la divulgación del hecho, y así, de esta manera, realizar la determinación de la reparación del daño moral. Puesto que la gravedad de la injuria no está únicamente en lo que se dice, sino también en el medio de difusión empleado para decirlo.
- La deformación del hecho y la gravedad de las imputaciones, para casos de atentados contra la honra, buen nombre y la intimidad.
- El prestigio de la víctima, antecedentes curriculares, reputación profesional y personal. Es decir, el perfil de la víctima y como lo cataloga la sociedad.
- Otro factor que debe tomarse en cuenta es el nivel económico de la víctima, y la indemnización debe basarse en entorno a esa circunstancia. Esto quiere decir, “el placer concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado por daño moral está directamente relacionado con los placeres concretos con que esa persona acostumbra a regocijarse” (Rivera, Giatti, & Alonso, 2014, págs. 115-126).

Por su parte, el autor Juan Espinoza Espinoza señala ejemplos de tablas adoptadas por la jurisprudencia Italiana para reparar el daño biológico (daño a la vida de relación), y es preciso señalarlas con la finalidad de aclarar este tema de suma importancia para la investigación:

Tabla 1. Tribunal Civil de Milano-Tabla de liquidación del daño biológico 2005

TRIBUNAL CIVIL DE MILANO-TABLA DE LIQUIDACIÓN DEL DAÑO BIOLÓGICO 2005			
Porcentaje de Invalidez	18	45	60
5%	€ 5.630,00	€ 4.799,00	€ 4.338,00
30%	€ 97.114,00	€ 82.786,00	€ 74.826,00
80%	€ 484.974,00	€ 413.420,00	€ 373.668,00

Adaptada de: (Espinoza Espinoza, 2014, pág. 220)

Para entender mejor en cuadro el autor menciona un ejemplo: Si una persona de 45 años sufre una invalidez permanente del 30% (el porcentaje de invalidez lo determinará el perito), recibirá como daño biológico la suma de € 82.786,00. A esto se le puede agregar por daño moral subjetivo desde un cuarto hasta la mitad de la liquidación del daño biológico. (Espinoza Espinoza, 2014, pág. 220)

La liquidación debe ser efectuada en base a dos criterios:

Por un lado, “un criterio de uniformidad, que impone una homogeneidad en el tratamiento resarcitorio frente a lesiones similares” (Espinoza Espinoza, 2014, pág. 220)

El segundo criterio “es el de personalización del daño. Una vez garantizada una uniformidad de base, y por lo tanto un límite mínimo de tutela, el juez está obligado a considerar las peculiaridades de cada caso concreto” (Espinoza Espinoza, 2014, pág. 220).

De igual manera, es necesario señalar la tabla de daño moral por muerte de familiares, establecida por el Tribunal de Roma:

Tabla 2. Tribunal de Roma-Tabla de liquidación del daño moral por muerte

TRIBUNAL DE ROMA-TABLA DE LIQUIDACIÓN DEL DAÑO MORAL POR MUERTE				
Titulares del Resarcimiento (convivientes)	Resarcimiento base (euros)	No convivencia con el difunto	Presencia de otros parientes convivientes	Ausencia de otros parientes convivientes
Conyugue	€ 155.100,00	No varía; reducción de hasta el 50% en caso de separación	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hijo menor de edad	€ 186.000,00	Reducción hasta el 30%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hijo mayor de edad	€ 124.200,00	Reducción hasta el 30%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Padre/Madre	€ 155.100,00	Reducción hasta el 20%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%
Hermano/a	€ 60.700,00	Reducción hasta el 50%	Reducción hasta el 30%	Aumento hasta el 50%

Adaptada de: (Espinoza Espinoza, 2014, pág. 224)

Es decir, si a una persona de 17 años tiene que padecer el dolor de soportar la muerte de su padre y era el único familiar con el que convivía, se le debe indemnizar con €186.000,00 a este valor se debe sumar el 50% por motivo de ser ausencia de otros familiares convivientes, y la cantidad a reconocerle sería de € 279.000,00.

Posterior a señalar las tablas el autor Juan Espinoza Espinoza considera que para cuantificar el daño moral se debe establecer una base mínima, pero no un tope o techo, no está de acuerdo en poner un techo a la indemnización. Además, menciona como parámetros a tomar en consideración a la hora de reparar el daño moral los siguientes:

- Probar el daño.
- La existencia del nexo causal.
- Demostrar que el hecho imputable al demandado es el que originó el daño.
- Se debe tomar en cuenta también la edad, ocupación y demás características personales del dañado (Espinoza Espinoza, 2014, págs. 228-230)

Con respecto del daño a la persona se debe establecer además:

- Necesidades del daño - necesidades del dañante.
- Gravedad del acto que ocasionó el daño.
- El proyecto de vida del dañado.
- Comportamiento del dañante y del dañado después de la producción del daño.
- Edad de la víctima.
- Grado de capacidad.
- Estado físico y psíquico (antes y después del daño).
- Consecuencias físicas y psíquicas debidamente acreditadas.

Respecto del daño moral subjetivo, adicionalmente debería tenerse en cuenta:

- Relación de parentesco.
- Convivencia.
- Dependencia afectiva y económica.

- Parientes únicos o plurales (Espinoza Espinoza, 2014, págs. 237-238)

Como se puede inferir, en primer lugar se debe establecer una diferencia sobre el tipo de daño moral, ya que los daños biológicos tienen autonomía y son reconocidos como clase de daño moral diferente al daño moral subjetivo, para posteriormente establecer los requisitos necesarios para valorar el daño moral según el tipo.

La autora Roxana Jiménez menciona, a breves rasgos, los siguientes requisitos para cuantificar el daño inmaterial:

- Las características de la víctima; la edad, sexo, nivel de sensibilidad.
- Las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso.
- Las características del agresor, incluyendo el grado de dolo o culpa, pero no con la finalidad de aplicar una sanción, sino porque este aspecto generalmente es generador de sufrimiento, por ejemplo: la traición por parte de alguien cercano, o la impotencia que pueda generar la condición de superioridad del agresor, física y psicológicamente (Jiménez Vargas, 2014, pág. 341). Es decir, “la culpa o dolo deben evaluarse como un factor de cuantificación del propio daño moral solo si efectivamente lo ha incrementado, y no para castigar al causante del mismo.” (Jiménez Vargas, 2014, pág. 342).

Por su parte, el autor Felipe Osterling Parodi menciona que debido a la naturaleza del daño moral, resulta compleja la cuantificación de la indemnización, ya que estos intereses no tienen valor establecido en el mercado, en el cual el juez pueda basarse para hacer el cálculo (Osterling Parodi, 2014, pág. 351), pero se puede medir teniendo en cuenta:

- La intensidad del daño moral causado.
- Se debe analizar cada caso en particular, teniendo en consideración la mayor o menor sensibilidad de la víctima, adecuándose a datos reales e individuales y rechazando lo genérico o ficticio. Es preciso analizar cada

caso en particular, debido a que no todas las personas sufren los mismos malestares derivados de las mismas acciones.

- Es importante tener en cuenta el perfil de la víctima, de esta manera se puede reparar el daño de manera más acertada y efectiva.
- La condición económica del responsable (Osterling Parodi, 2014, págs. 358-362).

El autor José Luis Diez Schwerter sostiene que para exigir la reparación de daño moral se debe considerar como elemento indispensable la prueba de dicho daño. Posteriormente, el juez en base a la prueba presentada por las partes y haciendo uso de sus facultades establecerá el monto al que asciende el daño moral (Diez Schwerter, 2015, pág. 141).

Según lo señalado, es necesario tener en cuenta en el daño moral lo siguiente:

- La existencia del daño moral debe ser probada por quien alegue haberlo sufrido. El daño moral no es evidente, por ende es necesario que el demandante acredite la existencia real del perjuicio. Debe existir el daño como elemento fundamental, puesto que es necesario algo que reparar.
- Con la prueba que se rinda al respecto deberá acreditarse:
 - a) Que se cumplen todos los requisitos de la responsabilidad civil, es decir; la existencia de la capacidad delictual o cuasidelictual, la culpa o dolo y el nexo causal.
 - b) Que exista un daño moral, que efectivamente se haya causado una afectación a intereses extrapatrimoniales.
 - c) El modo como se produjo el daño. Es decir, el lugar, tiempo y la manera de como ocurrió el daño moral.
- Para efectos se puede utilizar todos los medios de prueba.

- En el caso específico del “pretium doloris” el modo más idóneo de probarlo es a través de informes de peritos psiquiatras o psicólogos, ya que con su experticia pueden constatar la efectiva existencia del daño moral y la magnitud de dicha afectación en la víctima.
- En el caso de demandarse la reparación de distintas categorías de daño moral, se debe probar cada una de ellas.
- No puede exigirse una prueba sobre el monto del daño moral ya que por su naturaleza este perjuicio recae sobre bienes sin valor pecuniario. Es decir, una prueba del monto al que asciende el daño moral es imposible de establecer por el mismo hecho de su naturaleza al recaer sobre bienes no patrimoniales. El juez es el encargado de determinar la cuantificación del mismo, basándose en las pruebas rendidas en el proceso (Diez Schwerter, 2015, págs. 246-249).

Finalmente, en base a estos elementos el juez al dictar su sentencia debe determinar si el hecho ilícito le ocasiono un daño moral a la víctima y, en el caso afirmativo, establecer su entidad y categoría, y finalmente fijar la suma de dinero en concepto de satisfacer a la víctima (Diez Schwerter, 2015, pág. 258)

Además, el autor menciona que “en cuanto a los montos que se han fijado como indemnización de daños morales existe una situación realmente caótica, por cuanto ante idénticos perjuicios se han otorgado indemnizaciones con cuantías radicalmente opuestas” (Diez Schwerter, 2015, pág. 257), y señala los parámetros que se basados ciertas sentencias de tribunales chilenos para cuantificar al daño moral.

- La entidad, naturaleza y gravedad del suceso o acto que constituye la causa del daño. Lesiones, muerte de un familiar, pérdida de un órgano, respecto del daño sufrido por una persona que se tenía confianza.
- La clase de derecho o interés extrapatrimonial agredido. Como el daño moral subjetivo, objetivo o daño a la vida de relación.

- Las consecuencias físicas, psíquicas, sociales o morales que se derivan del daño causado; su duración y persistencia que implique convertirlo en un perjuicio moral futuro.
- La culpabilidad empleada por el ofensor en su actuar dolo o culpa
- La culpabilidad empleada por la víctima.
- Las condiciones personales de las víctimas, edad, proyectos de vida, sexo, salud, educación, aptitudes.
- Las facultades económicas del ofensor.
- Las facultades económicas del ofendido (Diez Schwerter, 2015, págs. 256-258).

2.2.7.2.1. Consideraciones de los parámetros para cuantificar el daño moral expuestos por la doctrina.

Después de haber señalado los parámetros establecidos por la doctrina para determinar la cuantificación del daño moral, es necesario señalar que no existe uniformidad en los autores en cuanto a los lineamientos a seguir para establecer la indemnización. Es decir, para algunos autores existen elementos que juegan un papel trascendental a la hora de valorar el daño moral, esos mismos elementos para otros autores no deberían ser tomados en consideración para cuantificar dicha afectación.

Por otro lado, sí se presentan ciertas directrices comunes entre los autores como:

En primer lugar debe existir un daño, el mismo que debe ser probado, dicha afectación debe ser cometida por un hecho ilícito doloso o culpable y, además comprobarse la existencia del nexo causal entre el acto o hecho ilícito y el daño.

Las características de la víctima. Es decir, se debe determinar su edad, sexo, características sociales, políticas y económicas, proyecto de vida, antecedentes curriculares, prestigio, nivel de sensibilidad, estado físico y psicológico antes y después del daño.

Circunstancias en las que se dieron los hechos. Dentro de esto se incluye el modo, tiempo y lugar en el que se produjo la afectación, las mismas que vendrían a ser las particularidades del caso. En el supuesto de que exista un menoscabo a la honra, reputación o prestigio de una persona se debe señalar la intensidad del daño, medios empleados para el ilícito y gravedad de las imputaciones.

A continuación, se analizará fallos judiciales tanto nacionales como extranjeros con la finalidad de establecer los parámetros que utilizan los jueces para valorar el daño moral y, del mismo modo que con los parámetros establecidos por la doctrina, buscar lineamientos similares que puedan servir como base a los tribunales y a posteriores fallos. Finalmente, después del análisis jurisprudencial y considerando lo señalado a lo largo de la presente investigación se establecerá parámetros concretos que pueden servir como guía para los jueces al momento de establecer la indemnización por daño moral y así evitar que en casos similares exista una abismal diferencia en cuanto al monto económico.

3. ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

El presente capítulo tiene por finalidad realizar una síntesis y posterior análisis de varios fallos judiciales, extranjeros y nacionales, para de esta manera determinar cuáles son los parámetros en que se fundamenta la jurisprudencia para cuantificar al daño moral. Es menester señalar que de las presentes sentencias se ha analizado con mayor profundidad lo relacionado sobre la indemnización del daño moral, ya que es el tema que nos interesa por motivo de la presente investigación.

3.1. Jurisprudencia Colombiana

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C

Radicación Número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912)

Juez: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Actor: Darío De Jesús Jiménez Giraldo y Otros

Demandado: Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

Hechos generales

El 28 de julio de 2000 la tropa adscrita al Batallón Juan del Corral del Ejército Nacional realizó un operativo militar en la vereda de Bodegas o Bodeguitas, con el fin de capturar algunos guerrilleros de las FARC. Terminado el operativo las tropas se retiraron; sin embargo, no se percataron que en el lugar se dejó una granada de fragmentación. Posteriormente, el joven Andrés Zuluaga Soto encontró la granada, dispositivo que hizo explosión en sus manos. Como consecuencia, el joven falleció y dejó gravemente herido a su compañero Walther David Jiménez Jiménez, quien ha tenido que someterse a varias cirugías, puesto que padece, como consecuencia de las lesiones sufridas, una deformidad física y perturbación funcional permanente en el antebrazo

derecho. Así mismo, debido a las fracturas se ha desencadenado una osteomielitis crónica y pérdida anatómica de la extremidad.

Aparte de las lesiones físicas, consecuencia de los traumas sufridos, el joven afectado no pudo volver a estudiar; todo ello, por todo ello los demandantes señalan “LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL), está obligada a pagar a cada uno de los demandantes; una suma que sea equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de perjuicios morales”, para cada una de las siguientes personas: Walther David Jiménez Jiménez (lesionado), Darío de Jesús Jiménez Giraldo (padre), Olga Rosa Jiménez Gómez (madre), y Jury Andrea y María Jazmín Jiménez Jiménez (hermanas)

En sentencia de primera instancia se negó la demanda por no encontrar pruebas para que proceda la responsabilidad del Ejército.

Apelación

Con respecto al reconocimiento de los perjuicios morales, a diferencia de la sentencia de primera instancia, El Consejo de Estado si confirma el daño moral, basándose en que este tipo de daño en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

La Sala considera las partidas de nacimiento para comprobar el parentesco, por tanto, se debe tener en cuenta que las lesiones sufridas por una persona hacen presumir en sus parientes un grado de dolor y aflicción, observa la Sala que están dadas las condiciones para el reconocimiento de los perjuicios morales; se procede a su tasación.

Tasación de los perjuicios Morales

La Sala concediera los precedentes jurisprudenciales que señalan que debe utilizarse como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de

lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima.

A continuación, la Sala menciona un precedente del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172, el cual señala la siguiente tabla para cuantificar el daño moral por lesiones:

Tabla 3. Reparación del daño moral en caso de lesiones

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paternofiliales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3.5	2.5	1.5

Adaptado de: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 2015)

Explicación de la tabla:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). Obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28

SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea

igual o superior al 1% e inferior al 10% (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 2015)

Se deberá verificar la gravedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

Considerando que la gravedad de las lesiones se debe probar, en el expediente obra un dictamen pericial practicado con base en un examen físico realizado a Walther David Jiménez Jiménez que señala: “Se dictamina una deformidad permanente del antebrazo derecho y mano derecha (órgano de la prensión en miembro dominante), lo cual le otorga una incapacidad permanente parcial entre el 5 y el 50% y un porcentaje de invalidez del 42.79%”.

Teniendo en consideración el precedente jurisprudencial, es decir, la tabla y lo indicado por el examen pericial, la suma por concepto de daño moral para los demandantes es la siguiente:

Tabla 4. Suma por concepto de daño moral para los demandantes

INDEMNIZADO	SMLMV	EQUIVALENTE EN PESOS
Walther David Jiménez Jiménez (Lesionado)	80	\$51.548.000.00
Olga Rosa Jiménez Gómez (Madre)	80	\$51.548.000.00
Darío de Jesús Jiménez Giraldo (Padre)	80	\$51.548.000.00
Jury Andrea Jiménez Jiménez (hermana)	40	\$25.774.000.00
María Jazmín Jiménez Jiménez (hermana)	40	\$25.774.000.00

Adaptado de: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 2015)

Perjuicio Fisiológico

La Sala señala que este tipo de perjuicio es conocido por variedad de nombres pero que esta “Corporación unificó esas distintas denominaciones en un único nomen iuris: daño a la salud”.

Para comprender este concepto el Tribunal hace referencia a la sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, menciona:

....el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 2015)

Asimismo, la Sala señala que el Consejo de Estado en la sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, menciona que la regla para la indemnización de este tipo de perjuicios es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV. Haciendo uso del arbitrio

iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán los siguientes parámetros:

Tabla 5. Parámetros de gravedad y naturaleza de la lesión

Gravedad de la Lesión	Víctima
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Adaptado de: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 2015)

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente).
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.

- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 2015).

Por tanto, la Sala analizando el caso en particular reconoce al actor por daño a la salud, la suma equivalente a 135 SMLMV, que representan la suma de \$86.987.250.

Análisis

La sentencia reconoce tanto el daño moral como el daño fisiológico o daño a la salud.

Daño Moral

Se desprende que en este caso el daño moral tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas. Es lo que en la presente investigación se ha denominado como daño moral subjetivo (es un tipo de daño moral), y tiene su fundamento en el dolor,

sufrimiento, sentimientos de tristeza, angustia, etc., y que también es considerado como equivalente al *pretium doloris*.

Para la indemnización de este perjuicio la Sala se basa en:

- La presunción de dolor, angustia y sufrimiento que la víctima y sus familiares deben estar padeciendo a consecuencia del evento dañoso.
- El nivel de la gravedad de la lesión reportada por la víctima, el mismo que debe ser verificado mediante un examen pericial.
- Teniendo en cuenta la presunción de dolor de la víctima y sus parientes, y considerando la gravedad de la lesión la Sala utiliza como referente para cuantificar al daño moral una tabla que determina en salarios mínimos el monto al que asciende el valor a ser indemnizado. En la tabla se señala cuanto le corresponde recibir a la víctima directa según la gravedad de la lesión y para las víctimas indirectas se asigna un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, y según el grado de la lesión.

Este tipo de reparación del daño moral, en lesiones, mediante tablas es utilizada también en Italia, y al igual que en Colombia se lo realizó con el fin de, ante daños similares, indemnizar a la víctima o a sus familiares de una manera semejante. Teoría que es compartida por ciertos doctrinarios que sostienen que de esta manera se puede terminar con el problema de que, ante casos semejantes, se indemnice de manera muy diferente a las víctimas. Difieren de este pensamiento autores como, por ejemplo, Mosset Iturraspe que no están de acuerdo con la tarifación con piso o techo, señalando que los intereses extrapatrimoniales carecen de un valor económico en el mercado, y si se establece una tabla de valores se estaría materializar los sentimientos.

Por otro lado, según lo analizado en la sentencia no se establece la manera de equiparar al monto de la indemnización con el daño moral padecido, por ejemplo; ¿Por qué 100 salarios básicos cubren el daño moral de la víctima que tiene 55% de incapacidad?, ¿Cuál es el fundamento para establecer que con

esos 100 salarios mínimos se compensa a la víctima por la afectación de sus sentimientos y al dolor, angustia, molestia, tristeza, etc., padecidos por motivo del perjuicio que sufrió?. Lo mismo en el caso de la indemnización a los parientes.

Daño Fisiológico

La Sala prefiere llamarlo daño a la salud, en la presente investigación se lo ha denominado como daño a la vida de relación, puesto que comparto la teoría que este tipo de perjuicio es una clase de daño moral distinta al daño moral subjetivo y consiste en la imposibilidad de realizar actividades vitales que hacen agradable la existencia, y existe cuando el estilo de vida de la persona cambia afectando su relación con el entorno y con las personas que lo rodean.

Por su parte, la Sala señala que el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación es mucho más sencilla, puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales.

Asimismo, el tribunal menciona que este tipo de daño es posible tasarlo con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista. No es procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, sino que se lo repara con base en dos componentes:

- i) Uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez de la víctima.
- ii) Uno subjetivo, que permite incrementar el primer valor, según las particularidades de cada caso.

El juez debe tener en cuenta las siguientes variables que pueden elevar la indemnización, siempre y cuando se encuentren probadas, estas pueden ser;

el carácter temporal o permanente de la lesión, características personales, tipo de daño, limitación o impedimento de realizar actividades rutinarias, limitación o impedimento de realizar actividades placenteras, así como limitación o impedimento de realizar un rol determinado.

Para reparar este tipo de daño se usa como referente una tabla en la que la indemnización se base según el grado de la lesión y considerando la particularidad del caso se puede elevar el monto de la indemnización establecido en la tabla.

En síntesis, el tribunal para indemnizar tanto los daños morales subjetivos como los perjuicios fisiológicos, daños a la salud o daño a la vida de relación tiene como referente tablas que según el grado de la lesión determinan el valor a ser indemnizado y considerando las características del caso se puede elevar el monto del perjuicio fisiológico.

3.2. Jurisprudencia Argentina

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal

Expediente: 41852/2012

Juezas: Zulema Wilde y Marta del Rosario

Actor: Pablo Fernández Díaz

Demandado: Los Dos Chinos SACIFEI.

Hechos generales

El actor interpone la demanda reclamando daño moral y psicológico, producto de que tuvo que afrontar una querrela criminal en su contra por motivo de falsedad ideológico y estafa procesal, en la cual se declaró el sobreseimiento, y esto le ocasionó una afectación a su honor, a su tranquilidad y paz interior.

La demanda fue rechazada.

Apelación

El actor “reprocha, la valoración de la prueba. Así, expresa que la juez a quo no valoró debidamente las constancias de la causa penal, de la cual se desprende la culpabilidad o al menos la negligencia del querellante, aquí demandado.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal).

Resolución del Tribunal

Determinación de los datos que caracterizan al caso:

- Analizando la querrela iniciada por los hoy demandados, Los Dos Chinos SACIFEI, en contra de Pablo Fernández Díaz, (hoy el actor), donde conforme a la prueba producida se lo declaró sobreseído, por no haber sido cometidos los hechos investigados.

- Teniendo en consideración que no se demostró que Pablo Fernández Díaz haya cometido algún tipo de delitos de los cargos imputados y que se acreditó la validez de los documentos presuntamente falsificados.

-Asimismo considerando lo señalado por el actor de que el proceder de la querrela tenía como finalidad dilatar el pago de la deuda que la demandada tenía a su favor. Es así que, el actor canceló, con su propio dinero, deudas que mantenía la firma Los Dos Chinos y se generó un acta de mediación que garantizaba el pago del crédito y que los nuevos miembros de la Directiva de LDC, a sabiendas de dicho crédito, señalaron en la querrela desconocer tal deuda y que era inexistente, la misma que fue acreditada mediante los originales de las constancias, declaraciones de testigos, entre otras.

La Sala menciona que después de lo analizado se puede acreditar que el demandado ha procedido con notoria ligereza y menosprecio del honor del actor y que:

Las acusaciones precipitadas e imprudentes se caracterizan por haber procedido el agente a denunciar o querellar sin la debida diligencia, meditación y previsión acerca de la existencia del delito, o de quien

podiera resultar su verdadero autor, poniendo en movimiento la jurisdicción penal del Estado, sin haber tenido causa fundada para hacerlo. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal)

No debe perderse de vista que el honor constituye la valoración integral de la persona, tanto en sus proyecciones individuales como sociales y considerando que se trata de un derecho personalísimo sobre la integridad espiritual. Por tal motivo, se revoca la sentencia de primera instancia.

Daño Moral

El tribunal señala que “el daño moral, no queda reducido al clásico pretium doloris (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.) sino que, a más de ello, apunta a toda lesión e intereses (jurídicos) del espíritu”, se debe concebir el daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general.

En palabras de Ramón Pizzaro la Sala señala lo siguiente:

El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible derivada de la lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal)

Reparación del Daño Moral

El tribunal para cuantificar al daño moral sostiene que:

A la hora de precisar el resarcimiento, debe examinarse el “resultado de la lesión”, es decir, de qué manera y con qué intensidad el agravio contra la persona le ha causado un perjuicio. Los bienes personalísimos no

pueden ser cuantificados en más o menos, pero el sujeto puede sufrir más o menos a consecuencia de la lesión, y también el juez tiene que graduar de la misma manera la indemnización ya que no siempre es igual el daño moral derivado de actividades lesivas análogas. Por tanto, rige el principio de “individualización del daño” y las circunstancias de la víctima suelen dimensionar de distinta manera, inclusive en el ámbito espiritual, las derivaciones de una lesión similar debe quedar librada al prudente arbitrio judicial, habiendo muchos casos en los que el daño moral es mucho más importante que el daño materia. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal)

Por lo expuesto la Sala considera que los extremos apuntados se encuentran reunidos, por ello, se revoca la sentencia apelada. En consecuencia, la demanda debe indemnizar al actor por la suma de \$180.000.

Análisis

La Sala considera que el daño moral va más allá del *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción) y abarca también a toda lesión a intereses extrapatrimoniales, es decir, involucra al daño moral subjetivo, daño moral objetivo y daño a la vida de relación y a la persona en general, varios doctrinarios comparten esta postura como por ejemplo; Diez Schwerter, Roxana Jiménez, Felipe Osterling, entre otros. Teoría que también es compartida en la presente investigación ya que considerando que este concepto no se ha mantenido estático, y muy por el contrario, ha ido ensanchando su contenido se debe concebir al daño moral de una manera amplia y así tutelar de mejor manera a los intereses extrapatrimoniales.

Para valorar el daño moral el tribunal considera los siguientes aspectos:

- Resultado de la lesión. De qué manera el daño le causó un perjuicio a la víctima, ya sea en su esfera personal, social o familiar e involucra: la forma en que se realizó el daño y el interés o derecho extramatrimonial violentado. Además, se debe considerar la intensidad de la afectación, es decir, cuanto le

afectó el perjuicio a la víctima. Autores como Javier Tamayo Jaramillo son partidarios de considerar que cuando el daño moral consistente en la pérdida de honra, buen nombre y prestigio la indemnización monetaria variará de acuerdo con la intensidad del perjuicio.

- Asimismo, debe tenerse en cuenta la individualización del daño, es decir, analizar cada caso en particular y sus características propias. Debe considerarse que no siempre es igual el daño moral derivado de afectaciones similares, ya que a cada persona le puede afectar de diferente manera el perjuicio ocasionado. Esta argumentación es compartida en la presente investigación, porque debido a la diferencia que existe entre cada persona y según su estilo de vida y características personales, un hecho lesivo puede afectar de manera grave a un individuo y a otro de forma no tan grave. Esta postura la comparte autores como Tamayo Jaramillo, Mosset Iturraspe, entre otros.

Considerando esos elemento y mediante el prudente arbitrio judicial se cuantifica el daño moral.

En síntesis, el tribunal considera que para la valoración del daño moral es necesario analizar todo en cuanto al resultado que generó el perjuicio y las particularidades de cada caso. Se infiere de lo señalado que no sería posible valorar el daño moral con tablas, las mismas que tienen una cantidad económica preestablecida dependiendo de la gravedad de la lesión o afectación, esta forma de cuantificar al daño moral ha sido utilizada en otros países como Italia y Colombia. En el presente caso, la Sala considera que rige el principio de “individualización del daño” y que cada caso es diferente y debe ser valorado particularmente. Según se puede inferir del análisis el elemento principal para la cuantificación del daño moral es el arbitrio judicial.

3.3. Jurisprudencia Ecuatoriana

Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia

Expediente 473, Registro Oficial Suplemento 428, 12 de Abril del 2013.

No. 473-2010

Juicio No. 53-2006-ER.

Juez: Dr. Galo Martínez Pinto.

Actor: Guillermo Guerra Álvarez.

Demandado: Jorge Camba Rendón.

Hechos generales

Se realizó una visita por parte de una comisión de la Dirección Provincial de Salud del Guayas al dispensario 31 del IESS, en el cual el doctor Jorge Camba Rendón tiene el cargo de Director, en esa visita el actor, es decir, el doctor Guillermo Guerra Álvarez, les mencionó a los integrantes de la comisión cierta información que existía en el lugar como por ejemplo, la falta de medicinas que había. Producto de eso la comisión realizó un informe y cuyos particulares fueron trascendidos al demandado. Poco después Jorge Camba Rodríguez Rendón en su cargo de Director del dispensario le comunicó al actor la sanción pecuniaria administrativa de descuento de un mes de sueldo, por comunicar de manera no prevista por la ley o sin facultad de la autoridad competente, información interna relacionada a la institución de la cual depende. Dicha sanción se realizó sin mediar trámite sumario administrativo previo y sin cumplir lo que señala la ley para estos casos.

Producto de ese incidente Guillermo Guerra Álvarez demanda a Jorge Camba Rodríguez Rendón para que en sentencia se lo condene al pago de indemnización pecuniaria, no menor a diez mil dólares como reparación por concepto de daño moral sufrido a consecuencia de su injusto proceder como Director del dispensario 31 del IESS.

La demanda fue rechazada en primera instancia y la Corte Superior de Justicia de Guayaquil confirmó el rechazo de la demanda.

Recurso de Casación

El actor interpone recurso de casación aduciendo errónea interpretación de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil.

Resolución del Tribunal

La Sala señala que es claro que si existió ilicitud por parte del actuar del demandado, porque:

Para señalar la sanción disciplinaria no se siguió el trámite administrativo previo que establece la norma contenida en el artículo 64 del Reglamento la Ley de Servicio Civil, vigente a la época, hubo afectación de las normas antedichas, inclusive, de las atinentes al debido proceso que genéricamente establecía ya la Constitución de 1998, y por lo mismo, fue una conducta ilícita la del funcionario. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2013)

Daño moral

Considerando lo señalado por el actor, que se afectó

Su prestigio de servidor como médico de la entidad más de un cuarto de siglo donde jamás se lo sancionó, en orden a determinar si se violentó o no la norma sustantiva antedicha o la reglamentaria señalada en el memorial del recurso provocándole, grave daño a su hoja de servicios y quebrantos morales por la ofensa y lesión a su buen nombre y reputación profesional. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2013)

Asimismo, teniendo en cuenta que:

El accionar del demandado se hizo irrespetando el procedimiento o sumario administrativo que estaba obligado a seguir. Por otro lado, la acción por daño moral prevista en los artículos 2231 y 2232 del Código Civil dan derecho para demandar indemnización pecuniaria por el perjuicio moral cuando ha habido imputaciones que afectan el crédito, en este caso, de una persona y en "cualquier caso no previsto en las

disposiciones precedentes" sin hacer más condicionamientos que los daños sean el resultado de la "acción u omisión ilícita", como en la especie. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2013)

Por las consideraciones precedentes y al haberse demostrado la trasgresión de las normas invocadas, la Sala casa la sentencia. Señalando como monto de la indemnización pecuniaria que debe pagar el demandado Jorge Camba Rendón al actor Guillermo Guerra Álvarez, por concepto de daño moral, la cantidad de USD \$5.000,00 atendiendo a la prudencia del juzgador, a la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Análisis

Como se puede inferir de la sentencia, la Sala para configurar el daño moral se basa en lo establecido por los artículos 2231 y 2232 del Código Civil que señalan lo siguiente: Art. 2231.- "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral." (Código Civil, 2005)

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

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

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo. (Código Civil, 2005)

El tribunal en base a los siguientes elementos cuantificó el daño moral:

- Teniendo como base que los artículos precedentes dan derecho para demandar indemnización pecuniaria por daño moral cuando ha existido imputaciones que afectan al crédito, a la reputación o prestigio de una persona.
- Considerando que el daño debe ser producto de la acción u omisión ilícita, que en este caso, consistió en que por no seguir el trámite correspondiente por parte del Directo de la unidad médica N° 31 se violaron normas y que el daño moral es el resultado directo de ese hecho ilícito.
- De igual manera, se debe tener en cuenta la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Es decir, de qué manera el daño afectó a la víctima y la gravedad del perjuicio. Analizando las circunstancias del caso, entre ellas que; el actor trabajo 25 años en el lugar, que jamás se lo sancionó, que el actuar del demandado fue ilícito y que producto de ese hecho se le provocó daño al actor en su hoja de servicios y quebrantos morales por la ofensa y lesión al buen nombre y a la honra.
- La prudencia del juzgador juega un papel de suma importancia a la hora de cuantificar al daño moral.

Por todo esto, la Sala decidió valorar al daño moral, padecido por la víctima, en la cantidad de USD\$5.000,00.

La Sala no determina por qué considero adecuada esa cantidad, ni cómo se equipara el monto de la indemnización con el daño. Y solo menciona que “todo atento a la prudencia del juzgador, a la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”. Es decir, para cuantificar el daño moral la Sala considera la

gravedad del daño y las características de la víctima y haciendo uso del arbitrio judicial valora el monto de la indemnización. Por otro lado, la Sala no considera lo señalado por el Art. 18 de la Constitución de la República, el cual señala que

“En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación...”

Lo que se busca con la reparación es dejar a la víctima, en la medida de lo posible, en el estado previo a sufrir el daño. Es decir, considerando que el actor trabajo 25 años en el lugar y que jamás se lo sancionó, el daño ocasionado lo desprestigia dentro del lugar de trabajo, por lo tanto, además de la compensación económica se pudo haber determinado que el agresor pida disculpas a la víctima en la institución en donde realizan sus actividades laborales, ya que fue en ese lugar en donde se cometió la afectación y de esa manera realizar una plena reparación. El dinero genera, en cierto sentido, una medida de compensar por el daño, pero si se busca reparar de manera plena a la víctima es necesario analizar todas las circunstancias que rodean al caso.

3.4. Jurisprudencia Ecuatoriana

Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia

Expediente 404, Registro Oficial Suplemento 8, 14 de Junio del 2013.

No. 404-2010

Juicio No. 983-2009-MBZ.

Juez ponente: Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

Actor: Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio.

Demandado: Dra. Cecilia Inés Benavides Celi.

Hechos generales

La Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio inicia una demanda por daño moral en contra de la Dra. Cecilia Inés Benavides Celi, por los siguientes hechos; la actora menciona que se lanzó a candidata a diputada y, por tal motivo, la Dra. Cecilia Inés Benavides Celi, se ha dedicado a lesionar directamente sus derechos extrapatrimoniales, realizando afirmaciones infundadas como; mencionar que su persona se ha beneficiado económicamente con un sobreprecio incalculable, en un contrato celebrado entre la ONG Madre Selva de España y sus sobrinos Hugo y Javier Ruiz Vélez; además, la demandada señaló que la actora debe estar inmersa en actos de corrupción por el simple hecho de haber sido Directora de la Red de Mujeres de Loja. Posterior a esos hechos la actora mantuvo un diálogo con la Dra. Cecilia Inés Benavides Celi, a quien le solicitó que deje de mencionar dichas acusaciones infundadas, ya que si tenía algún fundamento para sus comentarios los denuncie ante los jueces competentes; la demanda se abstuvo unos días de difamar su honor, sin embargo, nuevamente la demanda reinició el proceso difamatorio, realizando una serie de comentarios, en la Red de Mujeres de Loja como en otros lugares de la ciudad, entregando documentos infundados en algunas Instituciones, así como en algunos medios de comunicación social, en cuyos comentarios desdibuja su imagen, su honor y su honradez conocida por todos en la sociedad lojana; la actora menciona que todos estos hechos le están afectando su equilibrio emocional, lesión que ha quebrantado su salud, por lo que facultativos le asisten semanalmente para controlar alteraciones de ansiedad y otros problemas de salud, debido al proceso difamatorio. A manera de reparación por daño moral, la actora exige se le cancele la suma de cincuenta mil dólares americanos, por parte de la demanda. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

Se rechazó la demanda y la reconvención solicitada por la demanda. En apelación se rechaza la reconvención presentada por la demanda y se acepta la demanda interpuesta por la actora.

Recurso de Casación

Ambas partes interponen recurso de casación.

Recurso de casación de la parte demandada

La demandada estima que en la sentencia impugnada se infringen las siguientes normas: Arts. 2231 y 2232 del Código Civil; el Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, que señala que: "Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas". Funda el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación (actualmente lo contempla el artículo 268 del COGEP) que consiste en la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales.

La otra casacionista Lic. Nivea Luz María Vélez Palacio, estima que en la sentencia impugnada se infringen las siguientes normas: Art. 66, numeral 18, de la Constitución de la República, que establece que se reconocerá y garantizará "El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona", y el Art. 2232, incisos primero y tercero, del Código Civil. De igual manera, funda el recurso en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación (artículo 268 del COGEP).

Resolución del Tribunal

La Sala considera que el Tribunal ad quem en la sentencia enuncia las normas y principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación. Por tanto, la sentencia impugnada se encuentra motivada. No se acepta el cargo de la demandada.

Asimismo, señala que el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que "Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito", por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo civil. Por lo señalado, no prospera el cargo de la demandada.

Recurso de casación de la parte actora

La actora estima que en la sentencia impugnada se infringen las siguientes normas: Art. 66, numeral 18, de la Constitución de la República, consistente en el derecho al honor y al buen nombre, y el Art. 2232, incisos primero y tercero, del Código Civil.

Para tratar las pretensiones de la actora el tribunal señala que:

De conformidad con lo previsto en el inciso tercero del Art. 2232 del Código Civil, la determinación del valor de la indemnización por daño moral queda sujeta "a la prudencia del juez"; pero esta facultad, a su vez, está sujeta a dos circunstancias que exige el inciso primero de esta disposición: que la indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio y la gravedad de la falta. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

Asimismo, señala que las disposiciones de los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral:

- Autonomía. Las normas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral "no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil."
- Causas que obligan a la indemnización por daño moral. Las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen en la víctima "sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes." Están obligados a dicha indemnización las personas que incurran en los siguientes casos:

Que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan violación, estupro- o

atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

- Ilícitud. La acción u omisión generadora del daño debe ser de carácter ilícito.
- Gravedad. La indemnización por daño moral debe hallarse "justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta". Asimismo, señala que "desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado".
- Nexo Causal. "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado". Este requisito consiste en la relación entre el hecho ilícito y el daño provocado.

La Sala, continuando con su argumentación, definiendo al daño como todo menoscabo o detrimento que sufre un individuo en su persona o bienes, es decir, puede ser material o moral.

Con respecto al daño moral el tribunal menciona que:

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 humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie, el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonor, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

En este sentido, la Sala señala que el daño moral no se lo puede demostrar mediante prueba directa, y solo puede ser inferido mediante las presunciones judiciales.

En definitiva, de las circunstancias de que la prueba directa no sea posible, no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. Las presunciones tienen precisamente por antecedente ciertos hechos que permitan inferirlas.” De igual manera, la Sala señala que “según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal de aquellos que ordinariamente producen aflicción o deterioran el goce de la vida, para que se infiera el daño.

Todo daño moral debe darse por producido sobre la base de los antecedentes que permitan resumirlo: De la quebradura de una pierna y del tiempo de hospitalización e inmovilidad o de la pérdida de un hijo se infiere por la experiencia un cierto daño moral. En otros casos, todo indica que deben ser identificadas las molestias serias sufridas. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

Ahora bien, para valorar el daño moral, son relevantes las circunstancias de hecho que permiten inferir su gravedad.

Una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

La Sala en palabras de Gil Barragán Romero menciona que:

La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar, el daño moral y su

intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

En el presente caso, los hechos en los que se funda la demanda de daño moral se dieron en actos públicos de la Red de Mujeres de Loja, según se desprende de las declaraciones testimoniales, y éstos hechos se difundieron en la sociedad lojana a través de la prensa escrita y la radio.

Asimismo, se debe considerar que la Lcda. Nivea Vélez ha desempeñado, entre otras funciones, la de Presidenta de la Red de Mujeres de Loja, Concejal del Cantón de Loja, y en general es una persona conocida en la sociedad de Loja al haber incursionado en el ámbito político, cultural e intelectual.

De lo expuesto en los considerandos anteriores, se establecen que se encuentran probados los elementos del daño moral y la obligación de reparación por la demandada.

Para proceder a la reparación la Sala cita a Alessandri Rodríguez, el cual menciona que:

Sí se trata de evaluar el daño moral, se considerará únicamente el pesar o dolor que la víctima ha debido experimentar, atendida la naturaleza del daño causado...En esto consiste el daño moral y la reparación se determina por la extensión del perjuicio. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

Debe tenerse en consideración que los daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, de la circunstancia de que no sea posible poner precio a estos bienes, no significa que no sea posible comparar sus intensidades relativas. Por ejemplo, los efectos de una invalidez permanente y de una temporal no son iguales en las tribulaciones consecuentes como tampoco en el menoscabo de la calidad de vida del afectado, por lo tanto, “es posible jerarquizar los diversos tipos de daño moral, atribuyéndoles valores que guarden una razonable proporcionalidad.” (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013)

Por lo tanto, “la estimación de valor se debe hacer de manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos” (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 2013), y considerando la subjetividad radical que tiene el daño moral su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad.

La Sala menciona que el tercer inciso del Art. 2232 del Código Civil establece que la determinación del valor de la indemnización por daño moral queda a la prudencia del juez.

Atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo, que se refiere a la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Si los hechos difamatorios se han dado en actos públicos y se han difundido en la sociedad, indudablemente, que el perjuicio es grave, atenta además la personalidad de la afectada. (Código Civil, 2005)

Por lo tanto, en este caso, la reparación no puede ser en un valor ínfimo que contraría los derechos e intereses reconocidos a favor del actor, al haberse afectado gravemente valores extrapatrimoniales, tampoco la indemnización debe dar lugar a un enriquecimiento injusto.

Por todo lo expuesto, se acepta la demanda y se determina la indemnización en USD\$12.000,00 dólares, que a título de reparación, debe pagar la

demandada Dra. Cecilia Inés Benavides Celi a la actora Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio.

Análisis

Concepto de daño moral

El tribunal define al daño moral como 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 humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie, el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral.

El concepto señalado por la Sala trata de abarcar las diferentes formas en que se pueden afectar al espíritu, condición social y moral de cada persona, pero el concepto está dejando de lado a otros tipos de daño moral como el daño a la vida de relación, que se caracteriza por la pérdida de oportunidad para gozar de la vida, en la privación de vivir en las mismas condiciones que sus similares y en la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales. Por lo tanto, se puede inferir que el concepto señalado por la Sala se refiere al daño moral subjetivo.

Requisitos de existencia y de reparación del daño moral

El tribunal señala que para acreditar la existencia del daño moral y la reparación se debe cumplir ciertos requisitos:

- Autonomía. La facultad de reclamar indemnización por daño moral es totalmente autónoma de la materia penal. Así lo señala el artículo 2232 de Código Civil.
- Causas que obligan a la indemnización por daño moral. Toda acción u omisión ilícita que causen o provoquen en la víctima “sufrimientos físicos o psíquicos o sentimientos de angustia, tristeza, etc. A esto se debería añadir que, también pueden ocasionar daño moral hechos ilícitos que disminuyan la realización de actividades vitales que, aunque no generen rendimiento económico, son de gran importancia para la víctima, ya que le permiten disfrutar de la vida como por ejemplo, en el caso de un pianista que se quede sin sus manos.
- Ilícitud. El daño moral se presenta cuando existe una acción u omisión lesiva que afecta a derechos o intereses extrapatrimoniales de la víctima. Debe ser un hecho que vaya en contra de las leyes, costumbres y de la moral.
- Gravedad. La indemnización por daño moral debe hallarse justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido. La Sala menciona que desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan importante considerar la intensidad del perjuicio sufrido por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado. La pregunta sería: ¿Cómo se define el valor del bien afectado en el caso de daño a intereses extrapatrimoniales? La doctrina y jurisprudencia no especifican de manera clara la manera de valorar al bien, derecho o interés extrapatrimonial afectado, ya que algunos se basan en tablas, otros lo dejan a la prudencia del juez.
- Nexos Causales. Tanto la ley, como la doctrina y jurisprudencia han sostenido que la causalidad es requisito indispensable para determinar la responsabilidad civil, nuestro Código Civil señala en el artículo 2232 que “la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita”. Es decir, debe existir culpa o dolo por parte del actor del daño.

Prueba del daño moral

La Sala ha sostenido que no se puede demostrar el daño moral mediante prueba directa, y solo puede ser inferido mediante las presunciones judiciales y que basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal para que se infiera el daño, es decir, el daño moral debe darse por producido sobre la base de los antecedentes que permitan identificar las molestias al espíritu de la víctima.

El tribunal comparte el pensamiento que "la prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar. Para las lesiones del espíritu, rige el principio *in re ipsa*." Es decir, que se presume del hecho lesivo.

Este pensamiento es compartido por gran parte de nuestra jurisprudencia. Por otro lado, ciertos doctrinarios por ejemplo, Juan Espinoza Espinoza y Diez Schwerter señalan que para reparar el daño moral es requisito la prueba del mismo. Asimismo, la doctrina señala que si es posible probar el daño moral, aunque no con pruebas directas, pero si mediante informes periciales de médicos y psicólogos que avalúan el daño y el nivel de intensidad, además, se puede hacer uso de todos los medios de prueba legales para intentar probarlo.

Cuantificación

La Sala señala que la estimación de valor se debe hacer de manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos, y considerando la subjetividad radical que tiene el daño moral su determinación escapa a todo intento de objetividad. Considerando lo señalado por la Sala no resulta adecuado cuantificar al daño mediante tablas, ya que al ser el daño moral subjetivo se debe evaluar cada caso en particular.

De igual manera, la Sala menciona que la indemnización por daño moral queda a la prudencia del juez, el mismo que debe considerar las circunstancias concernientes a la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta para

valorarlo. Son relevantes las circunstancias de hecho que permiten inferir su gravedad y los padecimientos que producto del daño se presentan para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que afecta a la víctima.

Considerando que la reparación se determina por la extensión del perjuicio, en el presente caso, los hechos que se tomaron en consideración para valorar al daño moral son que el desprestigio y los atentados al honor se dieron en actos públicos y estos hechos se difundieron en la sociedad lojana a través de la prensa escrita y la radio. En el caso en análisis, si los hechos difamatorios se han dado en actos públicos y se han difundido en la sociedad, indudablemente, que el perjuicio es grave. La autora Roxana Jiménez comparte la postura que se debe atender a las circunstancias en que se produjo el hecho dañoso para valorar al daño moral.

Asimismo, se considera que la Lcda. Nivea Vélez ha desempeñado, entre otras funciones, la de Presidenta de la Red de Mujeres de Loja, Concejal del Cantón de Loja, y en general es una persona conocida en la sociedad de Loja al haber incursionado en el ámbito político, cultural e intelectual, es decir, características particulares de la víctima. Este requisito es compartido por la mayoría de doctrinarios, ya que señalan que se debe atender a cada caso en particular y analizando las características de la víctima, asimismo, se lo comparte en la presente investigación, ya que lo que para una persona resulta una falta grave para otra no resulta tan grave.

De igual manera, la Sala señala que, en este caso, la reparación no puede ser en un valor ínfimo al haberse afectado gravemente valores extrapatrimoniales, por lo que obliga al pago de USD\$12.000,00 por concepto de indemnización por daño moral. La Sala considera que con ese valor es suficiente para compensar y satisfacer el daño moral ocasionado. Es decir, valoran en esa cantidad al daño.

En síntesis, lo que el tribunal considera para cuantificar al daño moral es; la particularidad del caso, gravedad de la falta, medios empleados para la

realización de los hechos difamatorios y las características sociopolíticas de la víctima. Con estos elementos y valiéndose de la prudencia judicial se establece el valor de la indemnización.

3.5. Jurisprudencia Ecuatoriana

Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia

Expediente 339, Registro Oficial 632, 13 de Julio del 2009

No. 339-2007

Juicio No. 168-2007

Jueces: Dres. Mauro Terán Cevallos, Héctor Cabrera Suárez, Viterbo Cevallos Alcívar

Actor: Gerardo Antonio Ruiz Navas

Demandado: Luis Alfredo Villacís Maldonado

Hechos generales

Gerardo Antonio Ruiz Navas demanda al señor Luis Alfredo Villacís Maldonado, por haberle involucrado en la página www.geocities.com/frentepopularec, que está a disposición de lectores de todo el mundo. En un documento titulado: "Ecuador: MEDALLA DE ORO EN CORRUPCION", en que se señala: "Sigamos entonces hablando ahora de BANCOS, BANQUEROS, BANCARROTAS Y BANCO ESTAFAS.- El saldo de la lucha contra la corrupción bancaria es desalentador. De 51 "ejecutivos" y administradores de bancos y financieros, sindicados y con órdenes de prisión, 47 están prófugos. Todos están involucrados en 21 juicios penales que se iniciaron en Quito y Guayaquil pero solo cuatro están presos: los banqueros Aspiazu y Peñafiel, y los financistas Alberto Lituma y Gerardo Ruiz Navas, este último hermano del Monseñor Mario Ruiz Navas Presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriano Ruiz Navas ya había sido denunciado años atrás como

un lavador de narcodólares, aunque una de las razones por las que está detenido es por haber estafado a decenas de colegios religiosos y a muchas comunidades religiosas..." (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2009)

Considerando esos hechos, y teniendo en cuenta que el internet es instantáneo, mundial y es capaz de extender su contenido ilimitadamente y que la Constitución Política del Ecuador, establece el derecho a la honra y a la buena reputación, protegiendo el nombre, la imagen y la voz de las personas el actor solicita que el demandado le pague la suma de ochocientos mil dólares americanos (USD\$ 800.000) dada su posición profesional, moral.

En la sentencia, declaró sin lugar la demanda y no resolvió sobre la reconvencción presentada por el demandado, decisión de la que interpuso recurso de apelación el actor. La Sala en referencia dictó sentencia confirmando la de primer grado y declarando sin lugar la demanda y la reconvencción, y de la cual el actor presenta el recurso de casación.

Recurso de Casación

El actor interpone recurso de casación señalando que en la sentencia no se aplicaron las normas de los artículos 2214, 2231 y 2232 del Código Civil; 115, 117, 121, 165 y 274 del Código de Procedimiento Civil; 2, 52, 54 y 55 de la Ley de Comercio Electrónico y Mensajes de Datos y fundamenta el recurso en aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Resolución del Tribunal

El tribunal inicia mencionando que los medios de prueba señalados por la ley serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Dentro del proceso, constan realizadas varias pruebas como inspecciones, informes periciales, documentales, etc., que no han sido

valorizadas en la sentencia, por lo que los cargos formulados por el recurrente son procedentes y consecuentemente permiten al Tribunal entrar en conocimiento del juicio. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2009)

Daño moral

El tribunal señala que los daños morales no se traducen en una pérdida o lesión pecuniaria al patrimonio, sino que lesionan la sensibilidad anímica, íntima de las personas. La Sala cita la resolución del Tribunal Constitucional publicada en el R. O. 110-S del 30-VI-200, para definir al daño moral:

El daño moral es 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 que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencia o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine *Pretium doloris*. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2009)

Asimismo, la Sala señala que la ley determina que el daño moral es independiente de los resultados de las acciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales, inclusive de las dictadas en querellas por injurias calumniosas o no calumniosas. La ley con claridad expresa que "dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito" hay la obligación de reparación, lo que significa que es independiente total y absolutamente de los resultados de las decisiones sobre la calificación o no de temeridad o malicia de las denuncia o acusación particular que originaron el proceso en que tales decisiones fueron tomadas. Es decir, se establece la autonomía que tiene el daño moral.

Si se lesiona un derecho no patrimonial, el daño es moral.

Los ataques a la integridad física -que se comprenden como derechos extramatrimoniales- producen siempre exclusivamente daños morales, aunque indudablemente estas lesiones pueden trascender al patrimonio del interesado o sus familiares, en caso de muerte, pero esto no altera el hecho de que su reparación -con tal que sea posible- exija grandes sacrificios o desembolsos.- Los gastos de asistencia y curación que el causante haya de abonar son sencillamente los medios reparatorios. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2009)

La Sala menciona que la ley protege el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar, el nombre, la imagen y la voz de la persona. Se puede lesionar estos derechos mediante imputaciones calumniosas o no calumniosas graves o leves, ya en público o en privado, o por difusión de noticias falsas, que afectan o pueden afectar al derecho esencial del honor.

El tribunal de las pruebas que se desprenden del proceso, de los documentos, inspección judicial realizada por el Juez de la causa y de lo señalado por el perito se llega a la conclusión que el usuario Luis Villacís Maldonado es responsable de la dirección electrónica frentepopular@hotmail.com y del sitio www.geocities.com/frentepopularec.

Además, que la dirección www.geocities.com/frentepopularec también es la misma con la que se encontró la página de "Corrupción".

La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos publicada en el R. O. 557-S del 17-IV-2002, señala, en el Art. 2 señala que "los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos.

Considerando que el demandado no demostró que los datos constantes en la documentación aludida contenían vicios que lo invaliden. Por otro lado, el demandado, al proponer la excepción de prescripción de la acción, reconoció la existencia de los hechos expuestos en la demanda y que pretendió enervar con la excepción. Por consecuencia, el demandado está obligado a la

indemnización, a título de reparación, demandada por Gerardo Antonio Ruiz Navas.

Asimismo, la Sala señala que la Constitución de la República del Ecuador tiene como uno de los deberes primordiales asegurar la vigencia de los derechos humanos. Entre esos derechos, como se ha expresado, está el respeto a honra, el buen nombre y buena fama de las personas, respecto que debe ser cumplido sin excepción alguna y que:

Nadie, absolutamente nadie, y esto lo conoce perfectamente el demandado dada su trascendental vida pública en la que ha ejercido funciones de educador y de Legislador, está autorizado para atentar contra esa garantía, sin recibir, en caso de violación, las sanciones establecidos por el Estado para garantizar el orden público y la seguridad jurídica. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2009)

Habiéndose establecido el derecho del accionante para ser indemnizado por el demandado, el Tribunal, en uso de la facultad que le concede el inciso 3ro. del Art. 2232 determina el valor de la indemnización en la suma de CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA (USD\$ 50.000).

Análisis

La Sala señala como concepto del daño moral a toda molestia o dolor no patrimonial en el sufrimiento moral o físico, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencia o afectos; además, que la indemnización que lo repare se la denomine Pretium doloris. (Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 2009)

El concepto señalado por el tribunal es el mismo que en la presente investigación se dio al daño moral subjetivo, como bien lo señala José García

Falconí, esta clase de daño moral tiene su fundamento en el sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos. Se debe considerar que el daño moral subjetivo es una clase de daño moral.

La Sala menciona la autonomía que tiene el daño moral y que, según el artículo 2232 del Código Civil, es independiente total y absolutamente de los resultados de resoluciones penales.

Asimismo se establece la naturaleza extrapatrimonial que el daño moral tiene al afectar a derechos o intereses no patrimoniales. Aquí se debe acotar que, no obstante de lo mencionado, el daño moral también puede ser ocasionado por incumplimientos contractuales o atentados al patrimonio, siempre y cuando se pruebe la existencia del daño moral y del interés o derecho extrapatrimonial que se vulneró.

Por otro lado, para valorar el daño moral la Sala considera las pruebas que del proceso se desprenden como; lo señalado por el perito, documentos, y lo que se verificó de la inspección judicial, entre otros. Con estas pruebas se comprueba que existió la falta y que producto del hecho lesivo se ocasionó el daño moral al actor, pero para determinar el monto la Sala se basa en el artículo 2232, tercer inciso, y señala que queda “a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias”. Entonces se puede señalar que el Tribunal se basa para valorar el daño en las pruebas periciales, se comprueba la existencia del daño, el hecho ilícito y el nexo causal.

3.6. Consideraciones de los parámetros establecidos por la jurisprudencia para valorar el daño moral

Como se desprende de los fallos judiciales analizados en el presente capítulo, los Tribunales tienen diferentes perspectivas al momento de establecer cuáles son los lineamientos para cuantificar el daño moral.

La jurisprudencia de Colombia ha optado por establecer tablas para cuantificar el daño moral, las mismas que determinan un tope o techo a la indemnización, el mismo que dependerá del tipo de afectación, gravedad del daño, nivel de afectación y características de la víctima.

Para los casos de daño moral por muerte, por lesiones, por privación injusta de la libertad, daño a la salud o lo que también se denomina daño fisiológico, daño a la vida de relación o daño a la existencia, la reparación en estos casos no podrá exceder los 100 (smmlv) salarios mínimos legales vigentes, así lo determina la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172. Dicha sentencia también señala que en casos excepcionales podrá otorgarse una indemnización superior, siempre y cuando existan circunstancias probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral pero tal incremento no podrá superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados, pese a que el artículo 97 del Código Penal Colombiano determina que en daño que derive de una conducta punible la indemnización no podrá exceder de los 1000 (smmlv).

Con respecto al fallo judicial analizado, el Tribunal para establecer la indemnización toma como referente la sentencia de unificación antes mencionada pero, además, toma en cuenta la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, la misma que debe probarse.

El Tribunal considera tanto el perjuicio moral y el perjuicio a la salud, daño fisiológico o daño a la vida de relación. El daño a la salud se valora en base a dos componentes: "i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las características particulares de cada persona lesionada.

En el caso de la jurisprudencia de Argentina el Tribunal acepta la idea de que el daño moral no se reduce solo al tradicional pretium doloris, sino que involucra toda clase de daño extrapatrimonial. Al momento de establecer la indemnización toma como base el resultado de la lesión, de qué manera y con

qué intensidad el agravio le ha causado un perjuicio a la víctima, y considera que es indispensable la individualización del daño, ya que las circunstancias de la víctima no siempre son las mismas.

Por otro lado, con respecto a la jurisprudencia Ecuatoriana se realizó el análisis de tres sentencias en las cuales el daño moral era generado por afectaciones a la honra, prestigio y buen nombre. Cabe señalar que existe una gran diferencia entre una indemnización y otra, pese a que ciertos parámetros que utilizan los Tribunales para la valoración del daño moral son similares pero en todos los casos se toma como base para la cuantificación del daño moral el Art. 2231 y 2232 del Código Civil. En el primer caso se establece la indemnización en USD5.000 considerando factores como el resultado de la lesión, es decir, de qué manera y a que derechos afectó el daño a la víctima. Así también se consideró que el demandante realizó la sanción disciplinaria al actor sin seguir el trámite administrativo previo, inclusive existió una vulneración al debido proceso, con este hecho se establece la conducta ilícita del funcionario y finalmente para valorar el daño moral se tomó en consideración el perfil de la víctima; el prestigio como médico de la entidad en el que trabajó por más de 25 años y jamás se lo sancionó, y por tal motivo se le ocasionó grave daño a su hoja de servicios y se lesionó a su buen nombre y reputación profesional.

En el segundo caso se valora el daño moral en USD 12.000 tomando en cuenta en primer lugar los elementos para establecer la responsabilidad de reparar del agresor, es decir, tiene que existir un daño, debe presentarse una acción u omisión ilícita y el nexo causal.

La Sala considera que por la subjetividad radical que tiene el daño moral su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad y se lo debe valorar considerando factores como la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. También se considera como aspectos importantes las circunstancias de hecho que permiten inferir la gravedad del daño, es decir, medios empleados, lugar y manera en la que se ocasionó el perjuicio. El

tribunal justifica la indemnización teniendo en cuenta que los hechos de difamación y atentados al prestigio y al honor se dieron en actos públicos y éstos hechos se difundieron en la sociedad a través de la prensa escrita y por la radio, asimismo, tomando en cuenta que la actora ha desempeñado, entre otras funciones, la de Presidenta de la Red de Mujeres de Loja, Concejal del Cantón de Loja, y en general es una persona conocida en la sociedad de Loja al haber incursionado en el ámbito político, cultural e intelectual, es decir, se considera sus características sociopolíticas. Por todo lo señalado la Sala justifica su resolución.

En el tercer caso se determinó el valor de la reparación en USD 50.000 con base en las pruebas que se desprenden del proceso que efectivamente demuestran la existencia del daño por las publicaciones hechas por el demandado en una página web en donde se desprestigia al actor.

CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Consideraciones Finales y Establecimiento de Parámetros para Cuantificar el Daño Moral

Del estudio de la doctrina presentado en los capítulos 1 y 2 se establece lo siguiente:

Desde el Derecho Romano ya se contemplaba la posibilidad de realizar acciones particulares para reparar el daño ocasionado a la propiedad privada, a bienes patrimoniales, pero no se consideraba el resarcimiento a las afectaciones de carácter extrapatrimonial. El daño únicamente era considerado como la afectación de bienes materiales. Con la evolución de la sociedad y del derecho, ya no era suficiente solo la protección que se daba al patrimonio económico de las personas, puesto que se llegó a la conclusión que la esfera espiritual del individuo también necesitaba ser protegida de cualquier tipo de afectación.

En la actualidad, el daño, para la gran mayoría de autores, es considerado como la lesión, detrimento, menoscabo o afectación que sufre una persona en sus derechos o intereses de carácter patrimonial o extrapatrimonial. El daño patrimonial afecta a la esfera económica de la persona y puede ser demostrado mediante la prueba de sus dos elementos constitutivos: el daño emergente y el lucro cesante. Por otro lado, el daño extrapatrimonial no produce una afectación al patrimonio, ya que lesiona a derechos o intereses sin valor pecuniario como; la honra, el buen nombre, prestigio, creencias, consideración social, los afectos, sentimientos, y demás aspectos que, aunque no tienen un valor comercial, son de suma importancia para las personas.

El daño extrapatrimonial también es considerado como daño moral. Debido a la trascendencia que este tema ha adquirido, considerando que las personas ya no solo limitan su interés a los bienes materiales, la doctrina y jurisprudencia han realizado un sinnúmero de estudios y análisis para determinar la manera exacta de definir el daño moral, establecer cuáles son sus elementos, clases y

la manera correcta de cuantificarlo. Sin lugar a dudas, este es uno de los temas más controversiales dentro del derecho civil, ya que no existe uniformidad por parte de los autores para establecer su definición exacta ni mucho menos la manera de cuantificarlo.

Para ciertos doctrinarios el daño moral es considerado como la lesión que sufre la persona en; sus sentimientos, afectos, creencias, paz interior, estados de la personalidad y alteraciones al equilibrio espiritual, las mismas que son producto del dolor, sufrimiento o angustia causados por a un hecho ilícito. Se lo considera como equivalente al *pretium doloris*, precio del dolor o precio del llanto. Por otro lado, están los autores que señalan que el daño moral es algo más que una afectación a los sentimientos o a los afectos, y lo entienden como cualquier afectación a intereses o derechos extrapatrimoniales de la víctima.

No existe una definición en el ordenamiento jurídico del Ecuador que señale el significado del daño moral, pero según lo establecido por la ley se puede inferir que se lo concibe como la afectación que va más allá del detrimento o menoscabo a la personalidad, afectos o sentimientos del individuo, ya que al reconocer que puede existir daño moral en las personas jurídicas se sobrentiende que abarca a derechos o intereses extrapatrimoniales y no solo al tradicional *pretium doloris*.

Otro de los temas controversiales es la determinación de los elementos que integran al daño moral, puesto que debido a su carácter extrapatrimonial no resulta fácil para la doctrina establecer sus elementos. De la investigación realizada se desprende que, en primer lugar, debe existir un sujeto activo o el cual realiza el daño y uno pasivo que es el afectado o víctima del evento lesivo. Además, debe existir una acción u omisión ilícita que genere el perjuicio, el mismo que debe afectar a bienes no patrimoniales y, por último, debe existir un nexo causal entre el daño y el hecho ilícito. Una vez que se configure el daño moral, este puede afectar de manera directa o indirecta, es decir, recaer sobre el titular del derecho violentado o también puede afectar a terceros que, de igual manera, se vieron perjudicados por el hecho dañoso.

Asimismo, existe discrepancia al establecer las clases de daño moral existentes. Por un lado, están los autores que consideran que el daño moral puede ser subjetivo u objetivo, también están los autores que además de esas dos clases incorporan una tercera denominada daño a la vida de relación. El primer tipo de daño moral es el subjetivo o equivalente al *pretium doloris*, el cual tiene su fundamento en el dolor, angustia o sufrimiento que afecta espiritualmente a la persona, sentimientos o estados de la personalidad. Por otro lado, se encuentra el daño moral objetivo, al que ciertos autores definen como una afectación material derivada de un daño extrapatrimonial, asimismo, se encuentran los doctrinarios que no concuerdan con esta definición, ya que mencionan que en ese contexto sería un daño patrimonial y no entraría dentro de los daños extrapatrimoniales, y en su lugar prefieren definirlo como el detrimento o menoscabo que sufre la persona en su consideración social. Por su parte, el daño a la vida de relación ha sido la clase de daño moral más discutida por la doctrina y la jurisprudencia, se lo denomina de distintas maneras como; daño a la salud, daño fisiológico, daño biológico, entre otros, y consiste en la imposibilidad, producto del hecho lesivo, de realizar actividades vitales o acciones que hacen placentera la vida, impidiendo al perjudicado relacionarse con los demás y perdiendo el gusto por vivir al verse imposibilitado de realizar dichas acciones. El motivo de clasificar al daño moral es proteger de manera más amplia a la persona.

El capítulo 2 de la investigación se centró en la responsabilidad y la reparación. La responsabilidad, según la opinión mayoritaria de la doctrina, es la obligación de responder o dar cuentas por los actos cometidos. La responsabilidad puede ser moral o jurídica, la primera no produce efectos jurídicos, mientras que en la segunda sucede lo contrario, ya que se afecta a derechos tutelados por la ley. Dentro de la responsabilidad jurídica se encuentra la responsabilidad civil, la misma que para determinados autores es la capacidad o aptitud de una persona de ser sujeto de sanción, por otro lado, la mayor parte de la doctrina prefiere entenderla como la obligación de reparar el daño ocasionado, no se fundamenta en sancionar al agresor, sino en resarcir, compensar o satisfacer a la víctima.

La responsabilidad civil en nuestro país la establece el artículo 1453 del Código Civil que enuncia que las obligaciones pueden ser generadas por la ley, delitos, cuasidelitos, contratos y cuasicontratos. La responsabilidad contractual es, como su nombre lo indica, la que proviene del incumplimiento de un contrato. Asimismo, dentro de la responsabilidad civil se encuentra la responsabilidad extracontractual que es la que no está sujeta a una obligación contractual y se genera por el cometimiento de un daño o perjuicio a la persona. Tanto la responsabilidad contractual como extracontractual están reguladas en el Ecuador, en el Código Civil, en los arts.; 1561, 1562, 1572, 2184, 2214, 2217, 2231 y 2232 respectivamente.

Otra clasificación de la responsabilidad es en subjetiva y objetiva; la primera deriva de la acción u omisión ilícita que provoque un daño. Además, para que se genere este tipo de responsabilidad debe existir culpa o dolo por parte del agresor, así como el nexo causal entre el daño y en hecho ilícito. Por el contrario, en la responsabilidad objetiva no hace falta la acción u omisión lesiva y no necesita de culpa o dolo para su existencia, basta con la consumación del daño y de alguien que lo reclame, se fundamenta en no dejar indemne a la víctima.

Para establecer la responsabilidad del daño moral en el Ecuador se debe considerar que nuestra legislación señala que los delitos y cuasidelitos son fuentes de obligaciones, que a su vez generan responsabilidad por el cometimiento de un daño. Este daño es de carácter extrapatrimonial, ya que no se afecta al patrimonio de la víctima. Además, el artículo 2232 del Código Civil señala que se puede demandar la reparación por daño moral siempre y cuando tales daños sean el resultado próximo de la acción u omisión ilícita, es decir, debe existir responsabilidad subjetiva.

Como ya se mencionó en líneas precedentes, la finalidad de la responsabilidad civil es la obligación de reparar a la víctima, pero no siempre se consideró que era posible resarcir el daño moral, ya que hasta el comienzo del siglo XX no se aceptaba la reparación de perjuicios ocasionados a intereses extrapatrimoniales. Con la evolución social y jurídica se empezó a considerar la

reparación de este tipo de daño, pero varios autores lo reconocían como una especie de sanción ejemplar para el agresor, fundamentándose en la idea de que tratar de compensar o satisfacer con dinero era ponerle precio a los sentimientos o afectos, lo cual no era correcto. Difieren de este pensamiento la mayoría de autores y señalan que no se está poniendo precio a los sentimientos y lo que se busca con la reparación es intentar satisfacer a la víctima y, de esta manera, aminorar el sufrimiento y dolor que le ocasionó el hecho lesivo. Lo que se busca es compensar o satisfacer a la víctima, y tratar, en la medida de lo posible, de dejarla en la misma situación en que se encontraba antes de recibir el daño. La reparación puede ser de dos tipos: en especie o en equivalente. La doctrina concuerda en que la manera de reparar el daño moral es mediante equivalentes, puesto que no es posible volver las cosas al estado anterior del evento lesivo. Asimismo, esta reparación en equivalentes puede ser mediante una indemnización monetaria o de forma simbólica o, en determinados casos, pueden ser ambas, según el derecho vulnerado.

La Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza derechos extrapatrimoniales, y si se vulnera alguno de estos derechos la ley señala la obligación de reparar los daños ocasionados. Por su parte, el Código Civil señala la obligación que tiene el agresor de reparar a la víctima si se le ha causado daños meramente morales, imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito o como lo señala el artículo 2232:

Están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. (Código Civil, 2005)

Por otro lado, en el análisis efectuado a la legislación comparada se ha podido determinar lo siguiente: en Argentina se establece como fuentes de las obligaciones a la ley, contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. En el caso de los delitos y cuasidelitos la persona que cometa tal afectación está en la obligación de reparar el daño ocasionado. En el caso de daños extrapatrimoniales cabe resaltar que el Código Civil y Comercial de la Nación reconoce otros tipo de daño moral que incluyen al tradicional *pretium doloris*, el daño a la honra, reputación o al prestigio y, además se considera a las afectaciones que interfieran en el proyecto de vida. El mismo Código señala que, el juez fijará la indemnización examinando las particularidades del caso, y ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias.

La legislación Colombia también acepta la indemnización por daño moral, siempre y cuando el daño sea probado. Además, el Art. 97 del Código Penal señala un máximo de la indemnización de 1000 (smmlv) siempre y cuando la valoración del daño no pueda realizarse por medios objetivos y la fuente de la obligación sea conducta punible.

Por su parte la legislación de Chile en el Código Civil no acepta la reparación por daño moral, a menos que se pruebe dolo emergente o lucro cesante, pese a que los derechos extrapatrimoniales son garantizados por la Constitución de ese país. Los Tribunales para indemnizar el daño moral han tenido que basarse en Art. 2329 que señala: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”

Como se ha podido evidenciar, el problema jurídico se presenta en la reparación del daño moral y la manera de cómo hacerlo, debido a lo delicado que representa cuantificar este tipo de afectaciones. Para tratar de dar soluciones a este problema, la jurisprudencia y la doctrina han diseñado, o han intentado hacerlo, unos parámetros para establecer la manera de cuantificar al daño moral, los mismos que varían entre unos autores y otros, de igual manera, los tribunales presentan discrepancia respecto de los parámetros a considerarse para valorar la suma económica a la que asciende el perjuicio.

La doctrina establece diversos parámetros para cuantificar al daño moral, por ejemplo; mediante el uso de tablas, considerando la gravedad de la falta, la manera de cómo se realizó el daño, el nivel de culpabilidad del autor, la situación económica de las partes, sacando un porcentaje correspondiente del daño patrimonial, entre otros. Se puede inferir que no existe uniformidad en los lineamientos a seguir a la hora de valorar el daño moral, cabe mencionar que si existen ciertos factores que comparten los autores como por ejemplo considerar las características de la víctima y la intensidad del daño.

Del estudio fáctico realizado en las sentencias, a nivel local y en países como Colombia y Argentina, se desprende que los tribunales al momento de cuantificar al daño moral, de igual manera que en la doctrina, no presentan uniformidad en los parámetros que utilizan para establecer la suma económica a la que asciende el perjuicio, es decir, no son iguales los lineamientos que utiliza cada tribunal para la cuantificación del daño moral, ya que determinados tribunales consideran adecuado y factible tomar como base tablas que, según la gravedad de la afectación se establecen el valor que le corresponde recibir a la víctima como indemnización. También están los tribunales que sostienen que establecer la cuantificación mediante tablas no sería lo correcto, debido a la subjetividad que presenta el daño moral y, por lo tanto, se debe analizar cada caso en particular sin poner cifras generales para todos los casos de perjuicios extrapatrimoniales. Dentro de los parámetros señalados por la jurisprudencia para valorar al daño moral están los siguientes; las tablas, establecer el monto haciendo uso del arbitrio judicial, valorar el nivel de culpa del agresor, considerar las características socio-políticas y económicas de las partes, nivel de difusión del hecho en el caso de atentados al honor, buen nombre y prestigio, considerar los medios utilizados por el agresor para el cometimiento del ilícito, asimismo, ciertos jueces valoran al daño moral según las presunciones que se deriven del proceso.

Por lo tanto, lo analizado en este trabajo de investigación conduce a concluir que no existen parámetros preestablecidos que le permitan al juez cuantificar el daño moral en el momento de dictar sus resoluciones. Se ha verificado que la

ausencia de norma, doctrina y jurisprudencia uniforme, a la hora de establecer el monto de reparación ocasiona que exista una diversidad de criterios, generando de esta manera desigualdad en la reparación de daños similares. La amplia facultad de la “sana crítica” no es suficiente para motivar la tasa fijada como pago por reparación de daño moral. La búsqueda de la justicia es siempre el pilar fundamental de una sociedad, en la medida en la que se creen herramientas de apoyo para los Jueces, se dará siempre un paso para llegar a este ideal.

Por consiguiente y como objetivo de la presente investigación, a continuación se establecerá una serie de parámetros que pueden servir como guía a los jueces para cuantificar el daño moral:

- En primer lugar se tiene que determinar que efectivamente exista un daño, por consiguiente se debe establecer la responsabilidad del autor, la misma que se genera por una acción u omisión ilícita de su parte y que ha causado una afectación a un tercero y finalmente comprobarse que el daño fue causado por la actuación ilícita, dolosa o culpable del demandado, es decir, que exista nexo causal (Responsabilidad Subjetiva).
- Una vez determinada la responsabilidad del agresor es necesario definir de qué tipo de daño moral se trata: daño moral subjetivo, daño moral objetivo o daño a la vida de relación.
- Ya especificado el tipo de daño se debe valorar la magnitud de mismo, considerando elementos como; las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la afectación.
- Debe considerarse también el grado de afectación en la víctima, puede darse mediante informes de médicos o psicólogos que con su experticia determinarán de manera casi exacta el nivel de afectación emocional, psíquica o fisiológica.

- Considerando que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el art. 18 señala que “En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial” el juez debe analizar las posibles satisfacciones compensatorias. En el caso de afectaciones a la honra, prestigio y buen nombre, puede solicitarse, además de la indemnización monetaria, una simbólica que consiste en la retractación o a pedir disculpas en un medio o lugar equivalente en el que se desprestigió a la víctima. Para casos de daño moral subjetivo se deberá valorar si la víctima necesita atención médica o psicológica para superar el incidente padecido. En cuanto a los daños a la vida de relación es necesario valorar una medida que compense la actividad de la cual la víctima se ve frustrada o imposibilitada de realizar a consecuencia del ilícito.
- De igual manera, es importante considerar las características de la víctima, su perfil, situación social, política y económica, con estas características resulta más fácil generar una reparación integral.
- En el supuesto de existir un caso similar en la jurisprudencia, el juez puede considerar como referencia el monto de la indemnización y en base a las características particulares del caso y analizando los parámetros anteriormente establecidos puede modificar la suma a la que asciende la indemnización. Esto debería ser con el fin de evitar que en casos semejantes (semejantes no iguales, porque en el daño moral ninguna persona sufre o siente igual que otra, pero puede suceder que ocupen un mismo estatus social, y la afectación padecida se asemeje en ciertos elementos) exista una abismal diferencia en cuanto al monto de reparación.
- Por último, el juez haciendo uso de la prudencia que le otorga la ley y considerando los lineamientos precedentes debe cuantificar el daño moral en base a la justicia y a la equidad.

4.2 Conclusiones

Los derechos de las personas son reconocidos por la mayoría de países, para, de esta manera, garantizar la reparación de cualquier tipo de daño que puedan recibir. Existen dos tipos de daño; los daños patrimoniales consistentes en el perjuicio sobre bienes materiales, es decir, bienes que tienen un valor económico establecido en el mercado, y, por otro lado, están los daños extrapatrimoniales o morales, los mismos que afectan a la personalidad, sentimientos, afectos, consideración social o a la realización de actividades vitales o placenteras.

El daño moral ha sido uno de los temas más controversiales y discutidos por la doctrina y la jurisprudencia. El problema inicia desde el momento de definirlo, ya que debido a la diferencia de criterios existentes no se ha llegado a establecer una definición general y aceptada por todos, asimismo, surge discrepancia al determinar sus elementos y clases, pero el mayor inconveniente se presenta al momento de establecer parámetros para su cuantificación.

Con la finalidad de proteger de mejor manera a las personas, es necesario concebir el daño moral en un sentido lo más amplio posible y no limitándolo únicamente a la afectación de los sentimientos, afectos o atributos de la personalidad, y entenderlo como cualquier afectación a intereses o derechos extrapatrimoniales.

El daño moral se clasifica, según la doctrina y jurisprudencia extranjera, en daño moral subjetivo, objetivo y daño a la vida de relación. En nuestro país los mayores casos estudiados en las cortes se refieren a daño patrimonial o material y al daño extrapatrimonial o moral, es decir, lo que en otros países se

reconoce como perjuicio a la vida de relación, en el Ecuador se lo repara como daño moral.

Por otro lado, los requisitos para poder exigir la reparación por daño moral en el Ecuador son; la existencia del daño, la acción u omisión ilícita, es decir, involucrar culpa o dolo y debe existir un nexo causal entre el daño y la acción u omisión ilícita. Con estos requisitos se determina la responsabilidad del autor y por ende, la obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

La mayor dificultad que se presenta con respecto al daño moral, sin duda alguna, surge al momento de cuantificarlo, debido al vacío legal existente. En la presente investigación se realizó un estudio de legislación comparada para establecer como cuantifican otros países al daño moral, así también se realizó un análisis de los parámetros que establece la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera para indemnizar la dicha afectación. De dicho análisis se desprende que no existe uniformidad al momento de establecer cuáles son los lineamientos que debe seguir el juez para determinar el valor al que asciende la indemnización, ya que para ciertos doctrinarios y jueces se debe tener en cuenta la gravedad de la lesión, otros señalan que debe considerarse las características económicas, políticas y sociales del agresor y de la víctima, asimismo, están los que consideran que se debe valorar el nivel de culpa o dolo con el que actuó el agresor, y, por otro lado, están los que consideran que se debe valorar el daño tomando como referencia tablas que contienen una suma económica preestablecida en la que el eje es la gravedad del daño. Es por esta razón que existe notoria diferencia en la cuantificación del daño moral y se ve evidenciada en fallos judiciales que en casos similares se ordena a pagar cantidades muy diferentes. Precisamente previendo la falta de parámetros uniformes para valorar el daño moral, se estableció una serie de parámetros que pueden guiar a los jueces al momento de establecer el quantum indemnizatorio.

4.3 Recomendaciones

Acorde a las conclusiones señaladas en líneas anteriores es conveniente señalar las siguientes recomendaciones:

- El Código Civil debería incorporar en su normativa las diferentes clases de daño moral existentes, ya que, de esta manera, se generaría mayor facilidad al momento de considerar que parámetros deben utilizarse para cuantificar el daño moral, según la clase de daño extrapatrimonial a la que corresponda la afectación.
- Instaurar un sistema de valoración del daño en el que intervengan abogados, médicos, jueces y psicólogos, para entre todos establecer una cuantificación equilibrada, considerando las diferentes clases de daño moral.
- Reformar el artículo 2232 del Código Civil, debido a que presenta vacíos legales en cuanto a la manera en que se va a cuantificar el daño moral, e incluir, además de la prudencia judicial, parámetros para la valoración de la indemnización.
- Una vez realizados estos cambios en la legislación, es recomendable que las normas procesales establezcan el procedimiento claro y detallado que el juez debe seguir para establecer la liquidación del daño moral.

REFERENCIAS

- Álvarez Pérez, A. O. (2014). Evolución de los perjuicios inmateriales en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 131-152.
- Amores Osorio, S. (02 de Enero de 2014). *Corte Nacional*. Recuperado el 10 de Marzo de 2016, de ILLUMANTA: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones_cnj/Revista%20Illumanta.pdf
- Arguello, L. R. (1998). *Manual de Derecho Romano*. (Ástrea, Ed.) Recuperado el 20 de Julio de 2016, de <https://sosunnedrch.files.wordpress.com/2013/09/luis-rodolfo-argc3bcello-manual-de-derecho-romano.pdf>
- Barragán Romero, G. (2008). *Elementos del daño moral*. Quito: CEP.
- Barros, E. (2006). *Tutorías de Grado*. Recuperado el 15 de Marzo de 2016, de Responsabilidad Extracontractual: http://tutoriasdegrado.cl/wp-content/uploads/2012/12/u_2_imgdate_130329032435.pdf
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental*. Colombia: Heliasta.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, 41852/2012.
- Castresana, A. (2001). *Nuevas lecturas de responsabilidad aquiliana*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Código Civil*. (2005). Quito: Registro Oficial suplemento 46.
- Código Civil Chile*. (30 de Mayo de 2000). Recuperado el 26 de Octubre de 2016, de Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>
- Código Civil Colombia*. (26 de Mayo de 1873). Recuperado el 27 de Octubre de 2016, de OAS Organización de Estados Americanos: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

Código Civil y Comercial de la Nación. (8 de Octubre de 2014). Recuperado el 18 de Julio de 2016, de SAIJ - Sistema Argentino de Información Jurídica: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Código Penal Colombia. (24 de Julio de 2000). Recuperado el 27 de Octubre de 2016, de OAS Organización de Estados Americanos: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf

Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros, 31-2002 Resolución No 229-2002 (Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil 29 de octubre de 2002).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., 05 0001 23 31 000 2002 03487 01 (32912) (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C 28 de Enero de 2015).

(2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial No. 449.

Constitución Política de la República de Chile. (17 de Septiembre de 2005). Recuperado el 26 de Octubre de 2016, de OAS Organización de Estados Americanos: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf

Córdova, L. T. (2000). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Perú: Académia de la Magistratura.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, C-916 (Corte Constitucional de Colombia 29 de Octubre de 2002). Recuperado el 28 de Octubre de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-916-02.htm>

Diez Schwerter, J. L. (2015). *El daño extracontractual jurisprudencia y doctrina*. Santiago: Jurídica de Chile.

- Espinoza Espinoza, J. (2014). Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 207-238.
- Fernández Sessarego, C. (2014). El "daño al proyecto de vida" en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 239-312.
- García Falconí, J. (2010). *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*. Quito: RODIN.
- Gómez, R. M. (12 de Enero de 2009). *Espacio para compartir opiniones sobre justicia y leyes*. Recuperado el 22 de Marzo de 2016, de <http://www.ramonmacia.com/el-dano-moral-concepto-elementos-y-valoracion/>
- Isaza Posse, M. C. (2013). *De la cuantificación del daño*. Bogotá: Temis.
- Jiménez Vargas, R. (2014). Resarcimiento del daño inmaterial. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 313-344.
- Ley 446 de 1998*. (8 de Julio de 1998). Recuperado el 26 de Octubre de 2016, de OAS Organización de Estados Americanos: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_446_de_1998_Colombia.pdf
- (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial No. 52.
- Llambias, J. J. (6 de Mayo de 1997). *Scribd*. (A. G. Candil, Ed.) Recuperado el 15 de Abril de 2016, de Tratado de derecho civil parte general tomo II: <https://es.scribd.com/doc/13636616/Llambias-Jorge-Tratado-de-Derecho-Civil-Parte-General-2#scribd>
- Mariño López, A. (2014). La entidad mínima para la indemnización del daño moral en la jurisprudencia Uruguaya. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 363-382.

- Mendoza Martínez, L. A. (28 de Marzo de 2014). *Scribd*. (U. N. México, Ed.) Recuperado el 25 de Abril de 2016, de La acción civil del daño moral: <https://es.scribd.com/document/245156962/libro-la-accion-civil-del-dano-moral-pdf#scribd> Pag 82.
- Mendoza, Y. V. (15 de Septiembre de 2009). *Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*. Recuperado el 2 de Julio de 2016, de Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual: <http://civil.udg.edu/cordoba/com/Vielma.htm>
- Mosset Iturraspe, J. (2014). El daño moral. La cuantía del resarcimiento y la función del juez. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil N° 2*, 81-98.
- Osterling Parodi, F. (2014). Indemnización por daño moral. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil N° 2*, 345-362.
- Real Academia de la Lengua Española. (02 de enero de 2016). *Real Academia Española*. Recuperado el 20 de abril de 2016, de <http://www.rae.es/http://dle.rae.es/?id=BrdY6Ro>
- Ritto, G. (2010). *El daño moral y la legitimación activa*. Buenos Aires: Universidad S.R.L.
- Rivera, J. C., Giatti, G., & Alonso, J. I. (2014). La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil N° 2*, 99-129.
- Rodríguez, A. A. (1943). *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- Romero, G. B. (2008). *Elementos del daño moral*. Quito: CEP.
- Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia , 404-2010 (Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 14 de Junio de 2013). Recuperado el 10 de Junio de 2016, de <http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/Docu>

mentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANO_MORAL_404820130614&query=radio#I_DXDataRow0

Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 339-2007 (Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 13 de Julio de 2009). Recuperado el 20 de Junio de 2016, de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANO_MORAL_33963220090713&query=Gerardo%20Antonio%20Ruiz#I_DXDataRow0

Sentencia por daño moral - Corte Nacional de Justicia, 473-2010 (Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil, Mercantil y Familia 12 de Abril de 2013). Recuperado el 26 de Junio de 2016, de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=RECURSOS-DANO_MORAL_47342820130412&query=Guillermo%20Guerra#I_DXDataRow0

Tamayo Jaramillo, J. (2014). Los perjuicios extrapatrimoniales. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 153-206.

Visintini, G. (2014). Indemnización del daño moral. *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil* N° 2, 31-49.

ANEXOS

Anexo 1. Sentencia del Consejo de Estado - Colombia



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912)

Actor: DARIO DE JESUS JIMENEZ GIRALDO Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 12 de septiembre de 2005, proferida por la Sala de Decisión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Mediante la que se dispuso:

1. SE NIEGAN LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.
2. NO SE CONDENA EN COSTAS

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el 6 de agosto de 2002 por Darío de Jesús Jiménez Giraldo y otros, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"4.1.- Que la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL), es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios (patrimoniales y extramatrimoniales (sic)) ocasionados a los señores: WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, DARIO DE JESUS JIMENEZ GIRALDO, OLGA ROSA JIMENEZ GÓMEZ, JURY ANDREA Y MARIA JAZMIN JIMENEZ JIMENEZ, con el accidente ocurrido el día 7 de agosto de 2000, en la vereda de Bodegas o Bodeguitas, en jurisdicción del Municipio de El Santuario, de que dan cuenta los hechos de la demanda y en el que resultó lesionado el joven WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, al hacer explosión, la granada que minutos antes había encontrado el niño SANTIAGO ANDRES ZULUAGA SOTO, en el sitio que el 28 de



agosto (sic) del mismo año, fue ocupado por el Ejército (sic) Nacional, para ejecutar un operativo militar.

4.2.- Que como consecuencia de la anterior declaración, LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL), esta (sic) obligada a pagar a cada uno de los demandantes; una suma que sea equivalente a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, por concepto de perjuicios morales; (...)

4.1.4. (sic) Que a demás (sic), la NACION COLOMBIANA 8(SIC) MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO NACIONAL), deberá cancelar a favor de WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, la totalidad de los perjuicios de orden material (daño emergente, lucro cesante y los perjuicios fisiológicos), derivados de la lesión sufrida.

4.1.5.- Indexación.- Todas las sumas liquidas que se determine(sic) a cargo de las pretensiones de la demanda, deberán ser reajustadas conforme al incremento del salario mínimo legal mensual vigente, el índice de precios al consumidor o al por mayor.

4.1.6. Que, la NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL), dará cumplimiento a la sentencia que en su contra llegue a dictarse en los términos del artículo 176 y 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo."

Fundamento Fáctico.

Como fundamento de las pretensiones, los actores expusieron hechos que la Sala sintetiza así:

El 28 de julio de 2000 la tropa adscrita al Batallón Juan del Corral del Ejército Nacional realizó un operativo militar en la vereda de Bodegas o Bodeguitas, ubicada en jurisdicción del Municipio de El Santuario, con el fin de capturar algunos guerrilleros del noveno frente de las Farc. Terminado el operativo las tropas se retiraron; sin embargo, según el actor, en el lugar dejaron una granada de fragmentación.

Posteriormente, el 7 de agosto de 2000, el joven Andrés Zuluaga Soto encontró la granada, dispositivo que hizo explosión en sus manos. Como consecuencia, el joven falleció y dejó gravemente herido a su compañero Walther David Jiménez Jiménez, quien ha tenido que someterse a varias cirugías, puesto que padece, como consecuencia de las lesiones sufridas, una deformidad física y perturbación funcional permanente en el antebrazo derecho. Así mismo, debido a las fracturas



abiertas se ha desencadenado una osteomielitis crónica y pérdida anatómica de la extremidad.

Aparte de las lesiones físicas, consecuencia de los traumas sufridos, el joven afectado no pudo volver a estudiar; todo ello, según los demandantes, en virtud de la falla en el servicio en que incurrió el Ejército Nacional al no tener la diligencia y cuidado que el operativo militar requería.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia de 8 de octubre de 2002 admitió la demanda (fl.26, c1), la cual fue notificada al Comandante de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional el 10 de febrero de 2003 (fl.28, c1).

En escrito del 9 de julio de 2003, la Entidad accionada contestó la demanda dentro del término estipulado (fls.29-32, c1), proponiendo el hecho exclusivo y determinante de un tercero como eximente de responsabilidad, toda vez que, a su juicio, la afección que sufrió el actor fue responsabilidad del joven Santiago Zuluaga, quien hizo explotar la granada. Así mismo, agrega que *“en casos de explosión de artefactos explosivos que causan daños a particulares, es necesario acreditar que eran de propiedad, dotación, tenencia o custodia de la entidad demandada, pues de lo contrario no se le puede imputar responsabilidad.”*

Agotada la etapa probatoria, a la que se dio inicio, mediante auto del 25 de agosto de 2003 (fls.37-38, c1), por auto de 26 de enero de 2005 (fl.212, c1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El apoderado de la entidad demandada presentó su escrito de alegatos, resaltando algunas de las pruebas allegadas al proceso que, a su juicio, eximen de responsabilidad al Ministerio de Defensa. También sostiene que en el caso en estudio se presentó el *“hecho de un tercero en un doble sentido: Quien explotó la granada fue un extraño a la institución y quien la dejó abandonada o la lanzó resultando fallida fue la subversión o al menos no se ha demostrado que fue el Ejército (sic)”*. (Fls.214-218, c1).

El demandante y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.



3. Sentencia de primera instancia.

La Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 12 de septiembre de 2005, (fs.221-226, Ppal.) resolvió negar las súplicas de la demanda con fundamento, entre otros, en los siguientes argumentos:

"No existe ninguna prueba, que permita señalar que el artefacto explosivo era propiedad del Ejército. Por el contrario la entidad certifica que las únicas granadas utilizadas, cumplieron su objetivo explotando el día de los hechos, con ocasión del enfrentamiento con los subversivos.

En este orden de ideas, se llega a la conclusión de que no se comprobó que los miembros del Ejército Nacional, de manera imprudente, ajenos a su deber de cuidado, hubieran dejado olvidado el artefacto, que después fue manipulado por quien murió y lesionó a WALTER DARIO (sic) JIMENEZ, de forma tal que la conducta de los militares no puede ser encuadrada dentro de la teoría del riesgo o del daño excepcional.

No se demostró ningún nexo de causalidad, se reitera, entre el actuar del Ministerio de Defensa, a través del EJERCITO NACIONAL y las lesiones sufridas por el antes mencionado y por supuesto el consecuente daño a los demandantes. Por lo tanto, reitera esta Sala, no puede tildarse culpabilidad por falla ó (sic) falta en el servicio de esta Institución, ya que no puede hacerse responsable el actuar de un tercero, como lo son las autodefensas, debiéndose negar las pretensiones de la demanda."

5. El recurso de apelación.

Mediante escrito del 17 de marzo de 2006 (fs.228-241, Ppal.) el apoderado de la parte demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia del 12 de septiembre de 2005, proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Como argumentos del recurso de apelación el actor hizo un recuento de las declaraciones que, a su juicio, demuestran la culpabilidad del Ejército Nacional; consideró que la responsabilidad de la entidad demandada recae en dos hechos, a saber: a) el mal manejo del operativo militar. b) que el artefacto explosivo es de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas. De la argumentación en que se sustenta el recurso de alzada, la Sala destaca lo siguiente:



"El accidente se produjo por una falla en el servicio (CULPA) del Ejército (sic) Nacional, en desarrollo de una operación militar, al ocupar, atacar y abandonar el sitio, sin observar la diligencia y cuidado que el operativo exigía, dejando en él, el artefacto que hizo explosión el 7 de agosto de 2000, cuando cayó de las manos del niño SANTIAGO ANDRES ZULUAGA SOTO, con las funestas consecuencias demandadas. En el peor de los casos, se dejó (sic) expuesta a la comunidad A UN RIESGO al emprender la retirada sin tomar las medidas preventivas y al haber omitido la diligencia y cuidados que se requerían (sic) LA MAGNITUD DEL OPERATIVO MILITAR en los terrenos que ocuparon para su ejecución."

En auto del 2 de mayo de 2006 (fl.242, Ppal.), el Tribunal Administrativo de Antioquia concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación presentado oportunamente por la parte accionante.

6. Actuación en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 21 de julio de 2006 (fl.246, Ppal.) se admitió el recurso de apelación; en proveído del 11 de agosto de 2006 (fl.248, Ppal.) se dispuso correr traslado a las partes por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión. En esta instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación, teniendo en cuenta que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a la suma de \$309.000.000 por concepto de perjuicios morales, valor que excede la cuantía mínima exigida en el momento en que se presentó la demanda, para que opere la doble instancia¹.

¹ Para la fecha de interposición del recurso de apelación 17 de marzo de 2006, se aplicaban las normas contenidas en el Decreto 597 de 1988, las cuales señalaban que la cuantía exigida para que un proceso de reparación directa iniciado en el año 1997 tuviere vocación de doble instancia, era \$13'460.000. Como en este caso la pretensión mayor de la demanda asciende a 1000 salarios mínimos legales mensuales por concepto de perjuicios morales y el salario mínimo para la fecha de presentación de la demanda equivalía a la suma de \$309.000, es dable concluir que el proceso es de doble instancia.



El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por el apoderado de los demandantes en el recurso de apelación único, conforme a lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil²; específicamente se concretará en verificar si efectivamente existió una falla en el servicio por parte del Ejército Nacional, como consecuencia de no haber observado la diligencia y el cuidado necesarios para desarrollar el operativo militar que se llevó a cabo en el lugar donde ocurrieron los hechos en que resultó lesionado el menor WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ.

A efectos de resolver lo que corresponda, la Sala se ocupará en primer lugar del objeto de la apelación; luego se determinará el problema jurídico derivado de tal recurso; a continuación se enunciarán los elementos que configuran la responsabilidad del Estado; enseguida se enunciarán los hechos que se encuentran probados que son trascendentes al problema jurídico, y finalmente se hará el análisis del caso concreto para verificar si conforme a los hechos probados, se tienen acreditados los elementos que configuran la responsabilidad de la entidad demandada.

2. Objeto del Recurso

Tal como se reseñó, el sustento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora se centra en afirmar que la responsabilidad está acreditada, toda vez que, según el recurrente, el Ejército abandonó el terreno donde se había realizado el operativo, dejando el artefacto explosivo que causó las heridas al menor WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ.

3. Problema jurídico

Del planteamiento esgrimido en el recurso de alzada, el problema jurídico a resolver es si ¿le es atribuible al Ejército Nacional el daño sufrido por el menor WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, al resultar lesionado por la explosión de una granada que encontró en un lugar en donde en días anteriores se había desarrollado un operativo militar?

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 2012, exp. 21060.



4. Hechos probados

Obran en el expediente los siguientes medios probatorios.

- a) El registro civil de nacimiento del joven WALTHER DAVID JIMÉNEZ JIMÉNEZ, documento que acredita que éste es hijo de DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO (ff.22 c1) y de OLGA ROSA JIMÉNEZ GÓMEZ;
- b) Los registros civiles de nacimiento de YURI ANDREA (ff.23 c.1) y MARIA JAZMÍN JIMÉNEZ JIMÉNEZ,(ff.24 c.1) que acreditan que estas personas tienen la condición de hermanas del menor lesionado.
- c) Investigación previa adelantada por la Fiscalía Seccional de Antioquia con motivo de la muerte del menor Santiago Andres Zuluaga Soto y las lesiones recibidas por el joven Walther David Jiménez Jiménez, radicado bajo el No. I.P.2377. Esta investigación culminó con el envío de las diligencias al Juzgado de Instrucción Penal Militar (ff.43-62, c1). El Juzgado Veinticinco de Instrucción Penal Militar el 9 de abril de 2001, consideró que no se había individualizado la responsabilidad ni personal ni Institucional de la entidad, por lo tanto, no entrarían a investigar los hechos y devuelve a la Fiscalía la mencionada investigación (ff.64-65, c1). Por último, la Fiscalía General de la Nación mediante resolución interlocutoria No.122 resuelve suspender la investigación (ff.66-68, c1), en esta providencia se afirmó:

“Los hechos acaecen el día siete de agosto de dos mil, cuando los menores SANTIAGO ANDRÉS ZULUAGA SOTTO (Occiso) y WALTER DAVID JIMENEZ, se desplazaban por el sector rural de la Vereda Bodeguitas, y accidentalmente se encontraron al parecer una granada, que de alguna manera es activada por uno de los menores, produciendo la consecuente explosión en la que pierde la vida en forma instantánea uno de los infantes y resulta con herida de consideración el segundo.

Se tiene conocimiento de autos, el (sic) lugar de los hechos, precisamente una semana antes, fue escenario de cruentos combates entre el Ejército



Nacional y el Noveno Frente de las FARC en donde murieron seis subversivos.

En estas circunstancias y de acuerdo con los mismos autos, la lógica conclusión es de(sic) que la granada fue dejada en los enfrentamientos por alguno de los dos bandos, obviamente en forma involuntaria, pues siendo un elemento esencial o arma de combate idónea para la defensa y el ataque, ningún efectivo, ni menos subversivo la puede dejar a sabiendas de que es una arma valiosa en circunstancias de apremio”.

- d) Copia de la historia clínica No.292496 del joven Walther David Jiménez Jiménez enviada por el Hospital Pablo Tobón Uribe (ffs.73-100, c1).
- e) Oficios No.6390 y 6350 documentos en los que el Comandante del Grupo Mecanizado “Juan del Corral” informa que *“el día 28 de julio de 2000, hubo enfrentamientos de tropas del Batallón Granaderos contra integrantes de grupos subversivos en la vereda Bodeguitas del municipio de Santuario.”* Adicionalmente, anexa copia del Insitop del día 28 de julio de 2000. (ffs.105-108, c1).
- f) Copia de la historia clínica No.1889 del joven Walther David Jiménez Jiménez enviada por la ESE Hospital San Juan de Dios (ffs.138-152, c1).
- g) Copia del caso táctico de la operación “San Jorge” realizada por las tropas del Batallón de Contraguerrillas No.4 “Granaderos” y el Grupo de Caballería Mecanizado No.4 “Juan del Corral” donde se hace una relación pormenorizada de las características del área de operaciones, las armas utilizadas (ff.176, c1), el entrenamiento, el desarrollo de la operación, el material recuperado (ff.192, c1), entre otros (ffs. 171-197, C1).
- h) Declaraciones de los señores Luis Comelio Gómez Giraldo, Carlos Darío Gómez Giraldo y Blanca Esther Montes de Ramírez, vecinos de los demandantes que hacen un relato de cómo ocurrieron los hechos desde el operativo militar hasta el accidente con los menores (ffs.156-168, c1).



Sobre la forma como ocurrió el accidente en que resultó herida la víctima, la señora Blanca Esther Montes de Ramírez en su declaración dio cuenta que con posterioridad a los hechos ocurridos en 7 de agosto de 2000 se han encontrado otros artefactos explosivos en la misma finca, concretamente manifestó:

“Sí encontraron pero al tiempo hace como un año y la encontró un niño mío y eso es como una bolita y un alambrito y ya(sic) le dije al hijo mío que no volviera por allá porque encontraba cosas sin saber y el niño dejó eso allá y fui para conocerla y allá la dejamos y avisé a don Delio un vecino y no se que pasó con eso, el niño dijo que ya se había desaparecido de allá después de avisar pero no se quien la cogió”

- i) Radiograma de 29 de julio de 2000, en el cual se reporta el gasto de municiones utilizadas en la misión táctica “San Jorge” y se afirma que fueron utilizadas dos granadas de mano IM 26 sin que fallara alguna (fl.169, c1).
- j) Radiograma de 28 de julio de 2000, en el cual se reporta el material incautado en la misión táctica “San Jorge” y se afirma que el grupo guerrillero se encontraba en posesión de 2 granadas de mano M26 y dos granadas de mano PRB423 (fl.170, c1).

Reseñadas las anteriores pruebas, se debe ahora determinar si las mismas acreditan cada uno de los elementos necesarios para declarar la responsabilidad de la entidad demandada; esto es, si existió el daño antijurídico y si éste es imputable al Ejército Nacional.



5. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"³ de la responsabilidad del Estado⁴ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁵ y de su patrimonio⁶, sin distinguir su condición, situación e interés⁷. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción

³ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: "El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴ La "responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización". Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política "consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos". Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁵ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos "son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁶ "La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁷ La "razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal". Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie



administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos⁸. Como bien se sostiene en la doctrina:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁹; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”¹⁰.

5.1 Daño antijurídico

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado¹¹ tiene como fundamento la

general de la responsabilité civile considérée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

⁸ RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

⁹ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

¹⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

¹¹ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad



determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública¹² tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo¹³.

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *"ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario"*¹⁴. En este sentido se ha señalado que *"en cada caso concreto deberá establecerse si el daño*

patrimonial del Estado". Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

¹² Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política "los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado". Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues "menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'". Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público". Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹³ "Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado". MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.



sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”¹⁵.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”¹⁶, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”¹⁷.

5.2 La imputación de responsabilidad por daños causados como consecuencia de operativos militares.

La jurisprudencia de la Corporación ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de enfrentamientos armados, a partir de tres criterios de imputación, a saber: falla en el servicio, riesgo excepcional y el daño especial, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

En efecto, la *falla del servicio*, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos– como de acción –deberes positivos– a cargo del Estado; empero, para que se

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.



genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

En lo que concierne al riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forsthoff “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular¹⁸”, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados¹⁹. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado²⁰.

Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por enfrentamiento con grupos armados insurgentes es el de *daño especial*, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos²¹, “como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la

¹⁸ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

¹⁹ Ob cit. Pág. 467.

²⁰ “También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento²⁰. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

²¹ “La teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de



*igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado*²².

Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico éste se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados²³ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

Para el caso concreto de los enfrentamientos armados, no hay duda que se excede en lo normal la afectación que están obligados a soportar los miembros de la sociedad civil, cuando un menor de edad resulta lesionado por un artefacto explosivo que se ha quedado extraviado en el lugar donde se dio tal enfrentamiento.

Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan lesiones en civiles como consecuencia de enfrentamientos armados, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación puesto que tales lesiones imponen *“una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia del ejercicio del poder policía”*²⁴.

6. Análisis del caso concreto

6.1 El daño antijurídico en el caso concreto

En el presente asunto, para la Sala está debidamente acreditado el daño antijurídico, consistente en la incapacidad relativa permanente que sufrió el joven WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, como consecuencia de la explosión de

solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

²² Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

²³ Al respecto Michell Paillet, sostiene: *“Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pref.)”* PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

²⁴ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de mayo de 2007, Radicado (16.696)



*igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado*²².

Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico éste se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados²³ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

Para el caso concreto de los enfrentamientos armados, no hay duda que se excede en lo normal la afectación que están obligados a soportar los miembros de la sociedad civil, cuando un menor de edad resulta lesionado por un artefacto explosivo que se ha quedado extraviado en el lugar donde se dio tal enfrentamiento.

Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan lesiones en civiles como consecuencia de enfrentamientos armados, la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación puesto que tales lesiones imponen *“una carga claramente desigual respecto de la que asumen comúnmente los ciudadanos como consecuencia del ejercicio del poder policía”*²⁴.

6. Análisis del caso concreto

6.1 El daño antijurídico en el caso concreto

En el presente asunto, para la Sala está debidamente acreditado el daño antijurídico, consistente en la incapacidad relativa permanente que sufrió el joven WALTER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, como consecuencia de la explosión de

solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

²² Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

²³ Al respecto Michell Paillet, sostiene: *“Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.)”* PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

²⁴ Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 3 de mayo de 2007, Radicado (16.696)



artefacto explosivo. En efecto en el resumen de egreso de la historia clínica se lee:

"Diagnósticos definitivos: FRACTURA ABIERTA DE CUBITO

Tto. Quirúrgico: Intervenciones quirúrgicas: Fijador externo. Injerto de piel"

[...]

"Motivo de consulta y enfermedad actual: Paciente quien manipulando una granada que se encontró le explotó, presentando traumatismo en MSD."

[...]

"Evolución y tratamiento: Se diagnostica una Avulsión y fractura Abierta de Antebrazo Derecho, se hospitaliza y se solicita evaluación por ortopedia. El paciente es llevado a cirugía el 08-08-00 para realizar lavado y debridamiento, curetaje Oseo, Afrontamiento. El paciente presenta buena evolución y se programa al día siguiente para lavado y fijador externo. No hay complicaciones durante la cirugía, se realiza colgajo de piel. El paciente presenta una evolución satisfactoria, pero persiste limitación para extensión completa de los dedos e imposibilidad para extensión de la muñeca..." (ff. 75 c.1).

Sobre la forma como ocurrió el accidente obran las declaraciones de varios testigos así:

Luis Comelio Gómez Giraldo dijo:

"El caso es este, un niño fue donde el papá de el(sic) niño Walter a que le prestara el caballo entonces se pudieron(sic) a montar en el caballo y dice que el otro menor se llamaba Santiago, se encontraron una granada y les dio curiosidad y la cojieron(sic) y el uno murió en el accidente que fue Santiago Ramirez y el otro quedó perforado en su mano derecha, a mi me tocó ayudarlo a subir al carro para venirme al hospital con él..." (ff. 156 c.1).

Cuando a este mismo testigo se le pregunta si sabe cómo y por qué llegó la granada al potrero de la finca del Señor Darío de Jesús Jiménez, respondió:

"Esa granada debió haber llegado porque el ejército llegó a ese potrero a atacar una casa que según eso disque habían seis guerrilleros y ellos fueron a darle a la guerrilla y encendieron a plomo esa casa y la casa la destruyeron y acabaron con



los guerrillos que habían allá, eso los volvieron nada y entonces seguro dejaron la granada ahí.”(fl. 157 c. 1).

Por su parte Carlos Darío Gómez Giraldo, sobre la forma como ocurrió el accidente en el que un niño falleció y el otro resultó herido, manifestó:

“Sí, ellos estaban montando a caballo por ahí en el potrero y entonces se explotó y el uno miró el otro quedó herido, explotó el artefacto, ellos lo recogieron al verlo tirado en el potrero, según las cosas fueron así, yo no ví, sentí la explosión, al haber explotado fue porque ellos lo recogieron...” (fl. 161 c.1)

Cuando a este testigo se le pregunta si sabe cuál de los menores encontró el artefacto, respondió:

“Sí, Santiago, inclusive él fue donde mi para que le prestara el caballo y como lo tenía ocupado se fue por el otro caballo de Darío Jimenez el papá de Walter y ahí fue el accidente, el otro hijo Walter dijo que el que la había encontrado había sido Santiago, a mi me dijo Walter porque yo llegué cuanto estaban saliendo con él herido” (fl. 162c.1).

6.2 La imputación del daño en el caso concreto

Determinada la existencia del daño antijurídico que fue padecido por la parte accionante, consistente en las lesiones que sufrió como consecuencia de la explosión de la granada, la Sala se ocupa ahora de determinar si éste le es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa.

Al respecto, cabe señalar que las lesiones sufridas por WALTER JIMENEZ JIMENEZ, ocurrieron con posterioridad a un enfrentamiento armado entre el Ejército Nacional y miembros de un grupo insurgente, dentro de un operativo militar. La Sala debe precisar en este momento, que si bien en el caso *sub judice* se trata de lesiones sufridas con posterioridad al enfrentamiento, la citación de la jurisprudencia sigue siendo válida, puesto que las consideraciones hechas para la aplicación de la falla del servicio, el riesgo excepcional o el daño especial, en nada cambian cuando el daño se produce días después del enfrentamiento armado.



Estima la Sala que en el sub juide la responsabilidad le es atribuible al Estado por la Falla en el servicio que se concretó en la omisión de unos deberes normativos específicos. En efecto, en el caso concreto debe observarse lo establecido en el Derecho Internacional Humanitario, específicamente lo consagrado en el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, "relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional"²⁵; concretamente:

"Artículo 57 - Precauciones en el ataque

1. Las operaciones militares se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

2. Respecto a los ataques, se tomarán las siguientes precauciones:

a) quienes preparen o decidan un ataque deberán:

i) hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares en el sentido del párrafo 2 del artículo 52 y que las disposiciones del presente Protocolo no prohíben atacarlos;

ii) tomar todas las precauciones factibles en la elección de los medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a los bienes de carácter civil;

iii) abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

b) un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista;

c) se dará aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan.

3. Cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, se optará por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil.

4. En las operaciones militares en el mar o en el aire, cada Parte en conflicto deberá adoptar, de conformidad con los derechos y deberes que le corresponden en virtud de las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos

²⁵ El cual fue ratificado por Colombia mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994 "Por medio de la cual se aprueba el "PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS SIN CARÁCTER INTERNACIONAL (PROTOCOLO II)", hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977."



armados, todas las precauciones razonables para evitar pérdidas de vidas en la población civil y daños a bienes de carácter civil.

5. Ninguna de las disposiciones de este artículo podrá interpretarse en el sentido de autorizar ataque alguno contra la población civil, las personas civiles o los bienes de carácter civil."

"Artículo 58 - Precauciones contra los efectos de los ataques

Hasta donde sea factible, las Partes en conflicto:

- a) se esforzarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 del IV Convenio, por alejar de la proximidad de objetivos militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control;
- b) evitarán situar objetivos militares en el interior o en las proximidades de zonas densamente pobladas;
- c) tomarán las demás precauciones necesarias para proteger contra los peligros resultantes de operaciones militares a la población civil, las personas civiles y los bienes de carácter civil que se encuentren bajo su control. [Subrayado fuera de Texto]

De otra parte, también resulta aplicable la Convención de Ginebra sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse nocivas o de efectos indiscriminados, incorporada a la legislación nacional mediante la ley 469 del 1998. En efecto, en el Protocolo II de dicha convención se dispusieron prohibiciones o restricciones para el empleo de minas, armas trampa y otros artefactos. A efectos de lo que interesa en el *sub judice*, en el artículo 2º numeral 5º de dicho Protocolo se define lo que debe entenderse por "otros artefactos" así:

"Por "otros artefactos" se entiende las municiones y artefactos colocados manualmente, incluidos los artefactos explosivos improvisados, que estén concebidos para matar, herir o causar daños, y que sean accionados manualmente, por control remoto o de manera automática con efecto retardado."

Entre las obligaciones que se establecen en la mencionada Convención, resulta trascendente para el caso que aquí se resuelve la establecida en el artículo 10, del protocolo II, norma que dispone.

"ARTÍCULO 10. REMOCION DE CAMPOS DE MINAS, ZONAS MINADAS, MINAS, ARMAS TRAMPA Y OTROS ARTEFACTOS Y COOPERACION INTERNACIONAL.

1. Sin demora alguna tras del cese de las hostilidades activas, se deberá limpiar, remover, destruir o mantener de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º y en el párrafo 2º del artículo 5º del presente protocolo, todos los campos de minas, zonas minadas, minas, armas trampa y otros artefactos."
2. Incumbe a las Altas Partes Contratantes y a las partes en un conflicto esa responsabilidad respecto de los campos de minas, las zonas minadas, las minas, las armas trampa y otros artefactos que se encuentren en zonas que estén bajo su control". [Subrayado fuera de texto].



Las normas que se acaban de transcribir le permiten a la Sala, sin dubitación alguna, concluir que el Ejército Nacional incurrió en la omisión de los deberes normativos dispuestos por estas Convenciones, toda vez que la granada que lesionó al menor WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, coincide con la definición de "otros artefactos", y la misma fue encontrada en un territorio en el que días antes se había presentado un enfrentamiento armado, respecto del cual el Ejército había tomado pleno control.

Así las cosas, era obligación de las tropas del Ejército limpiar la zona dónde se había desarrollado el operativo, que ahora estaba bajo su absoluto control; como no se hizo de esa manera y el artefacto explosivo que fue abandonado lesionó al tantas veces mencionado menor, resulta imputable el daño sufrido por éste a la entidad demandada, sin que importe cuál de los dos grupos en conflicto haya dejado allí el artefacto explosivo, pues la normatividad impone la obligación de limpieza del área a la parte que tiene el control del territorio; y el acervo probatorio da cuenta que el Ejército Nacional se hizo al control de la zona después de que terminó el operativo militar.

Determinado que sí existió falla en el servicio, se debe analizar el otro argumento de la entidad demandada. En efecto, el apoderado de la parte pasiva, conjuntamente con la excepción que denominó ausencia de falla, alegó que el hecho era atribuible a un tercero en dos sentidos: el primero, por cuanto, según el apoderado del Ejército Nacional, la granada pertenecía a los miembros de la guerrilla; segundo, porque quién la hizo explotar fue el menor que acompañaba a WALTER DAVID JIMENEZ.

Para dilucidar la cuestión, la Sala examina enseguida los requisitos que el Consejo de Estado ha establecido para la prosperidad de la excepción denominada "hecho del tercero". Esta Corporación se ha manifestado en diversas ocasiones sobre esta figura, como una causa extraña que exonera de responsabilidad a la entidad demandada y para tal efecto ha determinado algunas exigencias, a saber:

"(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la



exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención²⁶.

(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado²⁷.

(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"²⁸.

En relación con la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se

²⁶ Ver Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233 dijo la Sala: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibidem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".

²⁷ Sobre ese aspecto puede verse MAZEAUD Y TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo II Volumen II, pág. 237.

²⁸ Luis Josserand, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y cia, Buenos Aires, 1950, pág. 341.



excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico, es decir, que la valoración sobre la resistibilidad de los efectos del suceso involucra una valoración de los avances de la técnica, pero también de los recursos de que deba disponerse para conjurar los del daño.

Para que el hecho del tercero constituya causa extraña y excluya la responsabilidad de la entidad demandada no se requiere ni que aparezca plenamente identificado en el proceso ni que el tercero hubiere actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Lo determinante en todo caso es establecer que el hecho del tercero fue imprevisible e irresistible para la entidad demandada, y que su actuación no tuvo ningún vínculo con el servicio, amén de haber constituido la causa exclusiva del daño.²⁹

Aplicando los anteriores planteamientos al caso que ocupa la atención de la Sala, se observa que el apoderado de la entidad accionada considera que el hecho de un tercero se encuentra configurado bajo la óptica de que no se acreditó que la granada fuese propiedad del Ejército Nacional, y que por el contrario era de los miembros del grupo insurgente, circunstancia que pretende se tenga por probada con base en el documento denominado OPERACIÓN SAN JORGE CASO TACTICO NO. 0047 2000, suscrito por el Comandante del Grupo Mecanizado "Juan Del Corral", en el que se dejó consignado que a los guerrilleros abatidos se les habían incautado granadas de fragmentación y que de las granadas lanzadas por las tropas del ejército ninguna había resultado fallida.

Sobre el particular la Sala observa que el documento invocado puede probar que la guerrilla portaba granadas, pero no acredita que la que explotó y ocasionó las lesiones al menor JIMENEZ JIMENEZ hubiese sido abandonada allí por los miembros del grupo subversivo como le correspondía probar a la entidad demandada para que prosperara la excepción propuesta; como así no se hizo,

²⁹ Sección Tercera, sentencia de 13 de febrero de 2013, expediente 18148.



deberá declararse no probado el medio exceptivo.

Resta examinar el segundo sentido en el que, según el apoderado del Ministerio de Defensa Ejército Nacional, se configura el hecho del tercero; esto es, en que la explosión del artefacto se produjo por la manipulación que del mismo hizo el menor Santiago Andrés Zuluaga Soto.

Al respecto la Sala observa que no se cumple el primero de los requisitos, pues esta manipulación de la granada no fue la causa exclusiva de las lesiones sufridas por el menor, con ella concurrió el abandono del artefacto explosivo después del operativo militar. Dicha concurrencia, como se afirma en el precedente jurisprudencial citado, daría lugar a una responsabilidad solidaria entre la entidad demandada y este menor que accionó la granada; sin embargo, la responsabilidad solidaria genera el denominado litisconsorcio cuasinecesario, que le otorga la posibilidad a las víctimas del daño de demandar por la totalidad del mismo a uno de los agentes dañosos; en este caso los demandantes optaron por demandar de manera exclusiva al Ejército Nacional; y nada podrá declarar la Sala en relación con los herederos de ese tercero menor que accionó la granada y que falleció en el instante. Como corolario de todo lo anterior el daño antijurídico sufrido por los demandantes resulta atribuible de manera exclusiva al Ejército Nacional.

7. Perjuicios

7.1 Reconocimiento de los Perjuicios morales

La parte actora en el escrito de demanda solicitó 1000 salarios mínimos legales mensuales para cada una de las siguientes personas: Walther David Jiménez Jiménez, (lesionado), Darío de Jesús Jiménez Giraldo (padre), Olga Rosa Jiménez Gómez (madre), y Jury Andrea y María Jazmín Jiménez Jiménez (hermanas).

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.



Respecto de estas personas, revisado el acervo probatorio, se encuentran los registros civiles de nacimiento de Walther David Jiménez Jiménez (fl. 22 c.1), documento que acredita que los padres del lesionado son: Darío de Jesús Jiménez Giraldo y Olga Rosa Jiménez Gómez. De otra parte, también obran dentro del plenario, las copias auténticas de los registros civiles de nacimiento de Yuri Andrea Jiménez Jimenez (fl. 23 c.1) y de María Jazmín Jiménez Jiménez (fl.24 c.1). Estos documentos prueban la condición de hermanas que estas personas tienen respecto del lesionado. Por cuanto las lesiones sufridas por una persona hacen presumir en sus parientes un grado de dolor y aflicción, observa la Sala que están dadas las condiciones para el reconocimiento de los perjuicios morales; se procede entonces a su tasación.

7.2 Tasación de los perjuicios Morales

A este respecto el precedente de la Sala indica³⁰ que debe utilizarse como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31172.



Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). Obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.



Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a



1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%.

En el expediente obra un dictamen pericial practicado con base en un exámen físico realizado a Walther David Jimenez Jimenez, suscrito por la médica María Constanza Pérez Restrepo, en el que se consignó:

"Se dictamina una DEFORMIDAD PERMANENTE DEL ANTEBRAZO DERECHO Y MANO DERECHA (ORGANO DE LA PRENSION EN MIEMBRO DOMINANTE), lo cual le otorga una INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL entre el 5 y el 50% y un porcentaje de invalidez del 42.79%".

Con esta evidencia y en aplicación del precedente jurisprudencial citado, se determina como indemnización para los demandantes las siguientes sumas de dinero:

INDEMNIZADO	SMLM V	EQUIVALENTE PESOS	EN
Walther David Jiménez jiménez(Lesionado)	80	\$51.548.000.00	
Olga Rosa Jiménez Gómez(Madre)	80	\$51.548.000.00	
Darío de Jesús Jiménez Giraldo (Padre)	80	\$51.548.000.00	
Jury Andrea Jiménez Jiménez (hermana)	40	\$25.774.000.00	
María Jazmín Jiménez Jiménez (hermana)	40	\$25.774.000.00	

7.3 Perjuicios materiales

El actor en el escrito de la demanda solicitó pagar a favor de Walther David Jiménez Jiménez, los perjuicios materiales que se le irrogaron con motivo de las lesiones padecidas.

Si bien no se encuentra acreditado el salario que devengaba el señor Walther David Jiménez Jimenez, en aplicación del principio de equidad y atendiendo a las



reglas de la experiencia, se presume que toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mínimo.

Teniendo en cuenta el salario mínimo vigente en la época en que el lesionado cumplió 18 años, de \$309.000.00 pesos, más un 25% por ciento (25%) de prestaciones sociales. \$77.250; la suma a tener en cuenta será la de \$386.250

Por lo tanto, se actualizará el valor del salario mínimo de la época en que el lesionado cumplió 18 años y estuvo apto para entrar a la vida laboral, diciembre de 2002; para así comparar éste con el actual salario mínimo y determinar cuál de los dos valores se acoge para efectos de la liquidación.

$$Ra = Rh (\$386.250,00) \frac{\text{Índice final - diciembre /2014 (118,15)}}{\text{Índice inicial - diciembre/2002 (71,40)}} = \mathbf{\$639.151,78}$$

Como el valor actualizado es inferior al valor del salario mínimo legal vigente, se tomará éste último (\$644.350,00) al cual se le adiciona un 25% (\$161.087,5) por concepto de prestaciones sociales, obteniéndose como resultado el valor de **\$805.437,5**. A esta cifra se le calcula el 42.79% que corresponde al porcentaje de incapacidad que se le diagnosticó al lesionado en el dictamen pericial que obran dentro del expediente (fl. 209 c.1). De esta forma se obtiene que la cifra para hacer el cálculo del lucro cesante será de **\$ 344.646,7**

Según el registro civil de nacimiento aportado, el lesionado WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, nació el 6 de diciembre de 1984, es decir, que estaría apto para entrar a la vida laboral a partir del 6 de diciembre de 2002. Así las cosas, la vida probable del lesionado, conforme a las proyecciones anuales de población por sexo y edad, previstas en la Resolución 0497 del 20 de mayo de 1997, eran de 57,82 años, esto es, 693,84 meses.

Teniendo en cuenta lo anterior, se concederá el lucro cesante desde la fecha en que el lesionado cumplió 18 años, hasta que se cumpla la vida probable.

7.3.1 Lucro cesante consolidado de WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$



- El periodo consolidado inicia desde la fecha en que la víctima adquirió la mayoría de edad (6 de diciembre de 2002) hasta la fecha de esta sentencia (Enero 28 de 2015) es decir 145,7 meses.
- Ra: \$344.646,7

145,7

$$S = \$344.646,7 \frac{(1 + 0,004867)^{145,7} - 1}{0,004867} = \$72.846.250,39$$

7.3.2 Lucro cesante futuro para WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ

Se liquidará este periodo desde el día siguiente de la fecha de esta sentencia hasta la expectativa total de vida del señor Walther David Jiménez Jiménez.

- El señor Walther David Jiménez Jiménez nació el 6 de diciembre de 1984, para la época en que estuvo apto para entrar a la vida laboral, es decir, cuando tenía 18 años de edad, según las tablas de mortalidad proferidas por la entonces Superintendencia Bancaria, su expectativa de vida equivale a 57,82 años que en meses son 693,84
- Periodo futuro (n): 548,14 que se deriva de la resta entre los meses de la expectativa total de vida del señor Walther David Jiménez Jiménez (693,84 meses) y el periodo consolidado (145,7 meses)
- Ra: \$344.646,7

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$344.646,7 \frac{(1 + 0,004867)^{548,14} - 1}{0,004867(1 + 0,004867)^{548,14}} = \$65.866.288,94$$

TOTAL LUCRO CESANTE : \$ 138.712.539,33

7.4 Daño a la salud

En el libelo se deprecó, dentro de los perjuicios materiales, el denominado perjuicio fisiológico derivado de las lesiones sufridas; aunque en la pretensión no se indica en qué consiste tal perjuicio, dentro de los hechos de la demanda se



manifiesta que el lesionado no pudo volver a estudiar y que se encuentra traumatizado psicológicamente.

Al respecto la Sala estima oportuno precisar que, no obstante que en la demanda se pidió el reconocimiento del perjuicio, denominándolo "perjuicio fisiológico"; se entrará a estudiar esta pretensión habida cuenta de la pluralidad de los *nomina iura* que se utilizaron en el pasado para denotar el daño corporal. Sabido es que esta Corporación unificó esas distintas denominaciones en un único nomen iuris: "daño a la salud"; por tanto, no podría el recurrente ver negada su pretensión so pretexto la denominación del perjuicio ha cambiado.

En segundo lugar, se precisa que en el momento que se unificó la divergencia de nombres que habían utilizado, en el de daño a la salud se dispuso que:

"...el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica³¹. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá

³¹ "Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser "límites razonables", determinados sí, en términos jurídicos." CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.



incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada³²

Este precedente fue reiterado recientemente en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014³³, en el cual se dispuso:

"Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:

"De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán – a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172.



GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
<i>Igual o superior al 50%</i>	<i>100 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	<i>80 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	<i>60 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	<i>40 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	<i>20 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	<i>10 SMMLV</i>

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*



- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.”

En el *sub judice* se tiene, que el menor WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ, a sus 15 años de edad, sufrió deformaciones en su mano derecha que le acarrearán un porcentaje de invalidez del 42.79%

Teniendo en cuenta las variables enunciadas, en el caso concreto se encuentran demostradas las siguientes, las cuales se cuantificarán conforme a lo probado en el proceso de la siguiente manera:

Variable probada	Valoración de acuerdo con las circunstancias y pruebas explicadas en la parte motiva
Factores sociales	Existen declaraciones que ponen de presente que la deformidad en la mano derecha causó complejos al menor ³⁴ . Se otorgan 25 SMLMV
La anomalía permanente del antebrazo y la mano	Lo cual le impide cumplir adecuadamente las funciones de prensión de esta mano que era su organo dominante ³⁵ .

³⁴ El testigo Luis Cornelio Gómez Giraldo, cuando se le pregunta sobre el comportamiento del lesionado, luego de ocurrido el incidente, responde:

“él se sentía muy acomplejado y el pelao no hablaba, imagínese uno perder la mano así en esa forma” (fl. 159 c.1)

En relación con este mismo aspecto, Carlos Darío Gómez Giraldo, en su declaración manifiesta:

“ No sentía Walter ganas de trabajar ni de estudiar, ya no hacía nada, ni trabajar, eso se tuvieron que ir de por acá a ver si en otra parte dejaba el complejo”.

³⁵ Así se consignó en el dictamen pericial que obra en el expediente y que se relacionó y transcribió parcialmente en el acápite de pruebas.



derecha, que le genera una incapacidad permanente parcial del 42.79%	Se otorgan 80 SMLMV
Edad de la víctima	Al momento de los hechos, el menor WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ tenía 15 años de edad, por lo que deberá padecer el perjuicio durante largo tiempo ³⁶ . Se otorgan 30 SMLMV
Total	135 SMLMV

Por tanto, la Sala reconocerá al actor por daño a la salud, la suma equivalente a 135 SMLMV, que en la fecha de esta providencia representan la suma de \$86.987.250

6. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Revóquese la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 12 de septiembre de 2005 y en su lugar se resuelve:

PRIMERO: Declárese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL administrativamente responsable por los perjuicios causados a los

³⁶ De acuerdo al registro civil de nacimiento obrante a folio 22 del cuaderno 1.



demandantes, con ocasión de las lesiones sufridas por el señor WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ durante los hechos ocurridos el 7 de agosto de 2000.

SEGUNDO. Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar por perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero a las personas que a continuación se indican:

INDEMNIZADO	SMLMV	EQUIVALENTE EN PESOS
Walther David Jiménez jiménez(Lesionado)	80	\$51.548.000.00
Olga Rosa Jiménez Gómez(Madre)	80	\$51.548.000.00
Darío de Jesús Jiménez Giraldo (Padre)	80	\$51.548.000.00
Jury Andrea Jiménez Jiménez (hermana)	40	\$25.774.000.00
María Jazmin Jiménez Jiménez (hermana)	40	\$25.774.000.00

TERCERO: Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar por concepto de lucro cesante consolidado y futuro a WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ la suma de CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$ 138.712.539.33).

CUARTO. Condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar por concepto de Daño a la Salud a WALTHER DAVID JIMENEZ JIMENEZ la suma equivalente a 135 salarios mínimos legales mensuales, que en el momento de este fallo corresponden a OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$86.987.250).

QUINTO: Dése cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.



SEXTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente

JCGO

Anexo 2. Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal - Argentina



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

EXPTE. N° 41.852/2.012, “FERNANDEZ DIAZ PABLO c/ LOS DOS CHINOS S.A.C.I.F.E.I. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” JUZG N° 94.-

///nos Aires, a los 22 días del mes de septiembre de 2015, reunidas las Señoras Jueces de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: **“FERNANDEZ DIAZ PABLO c/ LOS DOS CHINOS S.A.C.I.F.E.I. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**

La Dra. Beatriz A. Verón dijo:

1.- La sentencia de grado (fs. 240/243vta.) rechaza la demanda interpuesta por Pablo Fernández Díaz contra Los Dos Chinos SACIFEI. Con costas al vencido.

Los extremos fácticos son los siguientes. La actora durante el 2003 prestaba servicios profesionales de asesor y/o consultor a Los Dos Chinos, encargados por su anterior Directorio, donde el Sr. Antonio Varela se desempeñaba como Presidente y Apoderado General. Durante la realización de esas tareas, Los Dos Chinos -en adelante denominaré LDC- se encontraba en proceso concursal ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial n°20, Secretaría n°39 (expte.n°47.773).

Durante la venta del paquete accionario, se iniciaron pedidos de quiebra, y ante la posibilidad de un decreto en tal sentido, debido a su amistad con el Directorio, especialmente con el Sr. Varela, el actor se hizo cargo de algunos pasivos concursales y post concursales con dinero propio.

Previo a la venta del paquete accionario, el 6/6/2006 realizó una mediación privada donde llegó a un acuerdo. Dice que

fueron reconocidas las erogaciones efectuadas en pro de la sociedad, el dinero desembolsado para hacer frente a los pedidos de quiebra.

Una vez efectuada la venta del paquete accionario y asumido el nuevo directorio de LDC, ante la falta de pago inició ejecución del acuerdo de mediación (expte. n°61.556/2009), donde con fecha 18/8/2009 se ordenó trabar embargo sobre el inmueble de la demandada sito en Brasil 764/80/82, con el fin de garantizar el cobro del crédito.

El 1/2/2010 el nuevo Directorio de LDC, bajo la presidencia del Sr. Manuel Emilio Peiteado Duarte, resolvió por unanimidad iniciarle una querrela criminal, la que efectivamente fue interpuesta el 13/2/2010, imputándole los delitos de falsedad ideológica y estafa procesal ante el Juzgado en lo Criminal de Instrucción n°13, Secretaría n°140, donde conforme a la prueba producida se lo declaró sobreseído, por no haber sido cometidos los hechos investigados.

La actora, expresa que el proceder de la demandada, responde a la dilación del pago de la deuda a su favor; el 26/5/2011 llegaron a un acuerdo, en el cual LDC reconoció la legitimidad, vigencia y extensión de la deuda, la cual había sido motivo de la querrela criminal.

En base a estos extremos, reclama en el escrito postulatorio, la reparación de los daños moral y psicológico producidos.

2.- Solo la actora interpone apelación y expresa agravios a fs. 286/291, los cuales fueron contestados por la demanda a fs. 293/296.

A fs. 300, este Tribunal dispone ante la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación -a partir del 1/8/2015- correr un traslado a las partes por el término de cinco días, a



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

los efectos que manifiesten lo que estimen corresponder. Ninguna de las partes dio respuesta a tal requisitoria.

A fs. 301 es ordenado el llamado de autos para sentencia.

3.- La actora reprocha, la valoración de la prueba a la que califica de errónea. Así, expresa que la juez a quo no valoró debidamente las constancias de la causa penal, de la cual se desprende la culpabilidad o al menos la negligencia del querellante, aquí demandado.

Así, sostiene, que de la causa penal surge que el nuevo Presidente de LDC conocía la relación entre el actor y el antiguo directorio, la deuda que mantenía con él. Para abonar lo dicho transcribe partes de la sentencia dictada en sede represiva.

Invoca, que la demandada fundó la querella criminal en la creación de documentos falsos para posteriormente presentarlos en sede judicial y así reclamar una deuda inexistente, que la fecha indicada en el acta de mediación era falsa, con el único fin de obligar económicamente a LDC, lo cual fue desestimado en la sentencia.

Además, el inicio de la querella fue concomitante con el embargo ordenado en la causa "Fernández Díaz Pablo c/Los Dos Chinos SACIFEI s/ Ejecución acuerdo ley 24.573" (expte. n°61.556/2009), que tal medida puso en riesgo un negocio inmobiliario de la demandada, quedando de manifiesto, que el fin perseguido con la querella criminal era levantar el embargo trabado, desconocer la legítima deuda y desprestigiar el nombre y honor del actor.

Por último, expresa, para que una conducta pueda encuadrarse o no dentro de la acusación calumniosa, es menester que el autor de la denuncia o querella haya actuado con culpa o negligencia al efectuar la imputación. Por entender, que el proceder de la demandada respondió a tales extremos, peticiona que se haga lugar

a la demanda, "...afectando mi buen nombre y honor generándome un menoscabo en mi persona (daño moral)".

4.- Previamente, debo señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, contempla de manera expresa lo tocante a la "temporalidad" de la ley.

Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Por ello, corresponde ponderar que en el caso *sub examine* se trata de una relación o situación jurídica que ha quedado constituida conforme a la ley anterior, y también -por tanto- las consecuencias que emanan de ella, por lo que al haber nacido al amparo de tal legislación, es en definitiva la que se aplica.

En el Código vigente a partir del 1° de agosto de este año, las reglas básicas de la responsabilidad civil no han cambiado en su esencia. El art. 1716 establece que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado. La antijuridicidad se define en el art. 1717: cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Se admiten factores de atribución del daño tanto objetivos o subjetivos, y, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa (art. 1721), definiéndose sus alcances en los arts. 1722, 1723 (objetivos), 1724 y 1725 (subjetivos).

El art. 1726 se refiere a la relación causal, disponiendo que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

mediatas previsible. El daño resarcible se conceptualiza en el art. 1737: hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

Como fue adelantado, la ley que rige la relación generada por el hecho ilícito dañoso es la vigente al momento de producción del daño (Kemelmajer de Carlucci, Aida-“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, ED. Rubinzal-Culzoni- Santa Fe, 2015, págs.158-159).

5.- Efectuada la aclaración, sobre el tema, mi distinguida colega Marta del Rosario Mattera en enjundioso voto (Expte. N° 76.448/2008, “Scott Sonia Lorena c/ Guerra Cruz Angelina s/ daños y perjuicios”, del 27/10/2011), expresa que la “acusación calumniosa” “consiste en la falsa imputación de un delito que pone en movimiento una acción judicial, ya sea por querrela o simple denuncia. Los requisitos de esta figura son la imputación de un delito de acción pública, que se formule la correspondiente denuncia ante autoridad pública -policial o judicial- y la falsedad del acto denunciado, pudiendo hablarse de denuncia calumniosa o falsa denuncia cuando, además, el proceso iniciado por la denuncia ha terminado por absolucón o sobreseimiento” (esta sala, Expte. N° 43.272/2001. “Calandrino, Alberto c/ Llanos, María D. s/ Daños y perjuicios.”, del 20/2/2008, Id. “Neuhaus, Ariel y otro c/ Boehringer Ingelheim S.A. s/ Daños y Perjuicios” del 5/11/2011, entre muchos otros).

También enseña la Dra. Mattera que sobre este punto la doctrina se halla dividida. En efecto, para una parte de ella la acusación es calumniosa si el sujeto actúa “con conocimiento de la falsedad de la imputación”, es decir, sabiendo que el imputado era inocente, siendo menester aquí entonces el “dolo” configurativo del delito civil (art. 1072 C.C.).

Para la otra corriente no resulta necesario que se haya actuado con conocimiento de la falsedad y con intención de dañar, basta que el autor de la denuncia o querella haya procedido con culpa o negligencia al efectuar la imputación; es decir, se genera un supuesto de cuasidelito civil, "hecho ilícito que no es delito" según el Código Civil (esta Sala, Expte. N° 43.272/2001 referenciado ut supra del 20/2/2008, id. Sala "D", Expte. N° 16.928/95, "Obregon, Pedro c/ Sandler, N. s/ Daños y Perjuicios" del 10/11/97).

De la mentada causa penal (Expte. n°4.198/2010) centraré la atención en el pronunciamiento dictado a fs.419/432. Extraigo de sus considerandos, que conforme al escrito de querella y el requerimiento Fiscal el objeto procesal del sumario (arts.5, 188 y 199 CPPN), refiere que la firma LDC denuncia que en el marco del expediente n°61.556/09 el aquí actor reclamó la suma de \$250.695,34, más intereses y para sustentar su pretensión aportó al juicio un acta y un acuerdo de mediación, ambos de fecha 6/6/2006, los cuales serían ideológicamente falsos.

En dicho acuerdo, Varela asumió en nombre de LDC el compromiso de pagar al actor antes del 20/2/2007 la suma de \$106.573,21, fijando intereses y multa por cada día de mora.

Destaca la querella, que Varela se desempeñó como presidente de la empresa hasta el 19/7/2006 y el acuerdo no fue informado al resto de los accionistas, data de un mes antes a su dimisión lo cual permite presumir que la mediación y el acuerdo cuestionados no fueron rubricados en la fecha indicada, sino generados con el alejamiento de Varela y obligar indebidamente a la compañía.

La querella al ratificar la denuncia acompañó copia de la carta documento que el actor cursara el 8/7/2009 al entonces presidente de LDC, donde efectuó un detalle de los pagos subrogados, intimó su cancelación, intereses, iniciar acciones legales en el caso



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

que no se le hiciese saber al titular del Juzgado Comercial n°20, Secretaría n° 39, la carencia de titularidad de la firma para servirse de los documentos cancelatorios de los pagos subrogados. Además, acompañó copia de la demanda judicial iniciada por el actor en base al acuerdo de mediación cuestionado por la querella.

Continúa la sentencia con los descargos. El de P.F.D., concluye su relato, que el acuerdo se realizó en la fecha indicada y que las condiciones allí detalladas tuvieron siempre la hipótesis de la quiebra de LDC.

En el acápite IV se realiza una minuciosa valoración de la prueba. Es muy contundente su inicio "...la hipótesis introducida por la querella, no se haya avalada por otros elementos de cargo que permitan tener por acreditada la materialidad del hecho denunciado y en consecuencia corresponde el sobreseimiento en los términos del art. 336, inc. 2 del C.P.P.N."

Así, indica uno de los elementos que motivó a querellar para argumentar la mentada la falsedad, que el presidente y principal accionista de LDC tomó conocimiento de la intimación de pago de una "supuesta deuda" que la empresa mantenía con el actor a partir de la carta documento del 8/7/2009.

"Esa aseveración no se ajusta a las constancias de la causa". La propia querella acompañó fotocopia de la impresión del correo electrónico que el actor cursó a LDC el 20/10/2006, en ese correo se le hace saber a la firma el carácter de acreedor de la empresa en virtud de haber subrogado el actor los pagos de deudas. Incluso se indica -continúan las consideraciones- que de no haberse cancelado tales deudas hubiesen determinado su quiebra y esos pagos permitieron con fecha 19/7/2006 que la empresa fuese vendida.

Indica, también las omisiones de la querella, hace hincapié en otros aspectos, pero permite concluir que el presidente de LDC tomó conocimiento de los pagos efectuados por el actor antes de

la fecha postulada en la querrella. Se hace mención de un testigo, que tenía un crédito para cobrar a la firma en el curso de 2005 y que A.V. indicó que negociase con el actor, “por ser éste quien estaba llevando adelante la gestión tendiente a vender la empresa y sanear la crítica situación que atravesaban y que de hecho fue quien pagó la deuda en cuestión”. De lo cual desprende que existen elementos para dar viso de credibilidad a las expresiones del actor, en cuanto a la situación por la que atravesaba la firma, su gestión y los reclamos efectuados.

A partir de fs. 427vta.- de la causa penal- señala los extremos en los que se fundó la querrella -que por razones de brevedad remito a su lectura-, pero sí, haré mención de los fundamentos del pronunciamiento que evidencian la falta de sustento de la hipótesis de la querrella.

Se encuentra acreditado que el actor canceló con dinero propio deudas de la firma LDC, por valor de más de \$90.000, deuda que la querrella inicialmente tildó de inexistente. Acreditado mediante los originales de las constancias arrimadas, declaración del testigo Borrajo, entre otros.

También queda claro, que no aumentaron ni disminuyeron las deudas de la firma al momento del cambio de presidente, sino que solo se subrogaron en cabeza del actor quien reclamó la devolución de lo pagado. Así destaca, que el correo electrónico fechado el 20/10/2006 hace mención que los pagos efectuados evitaron la falencia de la firma y a una reunión realizada en la que participó E.P., lo cual no fue desmentido por la querrella.

El juez a quo entiende, “...que no restan medidas a diligenciar y que las ya diligenciadas no resultan de utilidad para habilitar un agravamiento de la situación procesal de los imputados, sino, que diluyeron la fuerza convictiva de la versión acusatoria de la querrella” (fs.430vta. párrafo tercero). “...disponer el avance de la



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

causa constituiría cuanto menos un desgaste jurisdiccional innecesario y estéril...” (fs.431, párrafo cuarto).

En base a ello, dicta auto de sobreseimiento en la causa 4.198/10 en relación -entre otros- al actor e impone las costas a la querrela por el principio objetivo de la derrota y por no haber tenido razón para litigar (conf. considerando V).

La sentencia de la Cámara (fs.475/477), también, categóricamente expresa al iniciar el considerando II “Analizadas las constancias de la causa y del expediente comercial que corre por cuerda, entendemos que el temperamento desvinculatorio adoptado respecto de los indagados es ajustado a derecho, imponiendo su convalidación. La prueba producida no sólo desvirtuó sus descargos sino que los avalan”.

Entre otras consideraciones en igual sentido: “A lo largo de la investigación no se acreditó la presunta falsificación de los documentos y, al no poderse demostrar esa irregularidad, tampoco es posible deducir una maniobra con su presentación en el expediente civil...” (fs.476vta. párrafo segundo).

Concluye el pronunciamiento, confirmando “el auto de fs.419/432, en todo cuanto fuera materia de recurso”.

6.- Después del análisis efectuado en el anterior considerando, no alcanzo el convencimiento y porque no fue acreditado, que el demandado se haya movido con un propósito maligno (conf. art. 1072 del Código Civil) pero sí, que ha procedido con notoria ligereza, menosprecio del honor de la actora.

En este caso, la culpa del demandado queda evidenciada al ponerse de manifiesto la incriminación formulada sobre bases inconsistentes, o con omisión de elementales actos de comprobación de la verdad de los hechos, (conf. esta Sala, Expte. Nº 88.484/2000, “Román Hontakly, César Adrián c/ Hechy, Marta Susana y otros s/ daños y perjuicios”, del 15/2/2011; Expte. nº 56.911/2003, “Muleiro,

Elvira Encarnación c/Nandín, Jorge Aníbal y otro s/daños y perjuicios”, del 06/12/2011).

Las acusaciones precipitadas e imprudentes se caracterizan por haber procedido el agente a denunciar o querellar sin la debida diligencia, meditación y previsión acerca de la existencia del delito, o de quien pudiera resultar su verdadero autor, poniendo en movimiento la jurisdicción penal del Estado, sin haber tenido causa fundada para hacerlo (Pecach, Roberto, "Responsabilidad Civil por denuncias o querellas precipitadas e imprudentes", JA 65-115).

No debe perderse de vista, que el honor constituye la valoración integral de la persona, tanto en sus proyecciones individuales como sociales (cfr. CNCiv., sala E, *in re* " F., B. c/ Club Gimnasia y Esgrima", del 15/05/1996, LA LEY, 1996—E, 523, con nota de Jorge Bustamante Alsina – DJ, 1997—1-385). En este sentido, se trata de un derecho personalísimo sobre la integridad espiritual con duplicidad de aspectos; pudiendo afirmarse que su faz objetiva toma en cuenta a la reputación del sujeto; esto es, el concepto o la valoración que el resto de la sociedad tiene de él, mientras que el honor en su aspecto subjetivo se identifica con la autoestima; vale decir, la imagen que el propio sujeto tiene de sí mismo (CNCiv. Sala “B” “P., D. J. c/ S., G. M. s/ Daños y Perjuicios” del 31/8/2011, voto preopinante del Dr. Mauricio Luis Mizrahi, Sala “C”, LL2007-D-427; Loustaunau, Roberto “El delito civil de acusación calumniosa”, pág. 218 en “Revista de Derecho Privado y Comunitario- 2006-2 “Honor, imagen e intimidad”).

En este caso, considero que los extremos indicados se encuentran reunidos, por tanto propicio, la revocación de la sentencia.

Pasaré a tratar el daño moral, único perjuicio mantenido al expresar agravios.

7.- Daño moral.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

El daño moral, no queda reducido al clásico *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.) sino que, a más de ello, apunta a toda lesión e intereses (jurídicos) del espíritu (Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la *sique*, a la vida de relación y a la persona en general", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, n° 1, 1992, p. 237 a 259; Pizarro, Ramón Daniel, "Reflexiones en torno al daño moral y su reparación", en J.A. 1986-111-902 y 903; Zavala de González Matilde, "El concepto de daño moral", J.A., 985-I-727 a 732).

El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible derivada de la lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (Pizarro, Ramón, Vallespinos, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. 2, pág. 641).

A la hora de precisar el resarcimiento, debe examinarse el "resultado de la lesión", es decir, de qué manera y con qué intensidad el agravio contra la persona le ha causado un perjuicio. Los bienes personalísimos no pueden ser cuantificados en más o menos, pero el sujeto puede sufrir más o menos a consecuencia de la lesión, y también el juez tiene que graduar de la misma manera la indemnización ya que no siempre es igual el daño moral derivado de actividades lesivas análogas. Por tanto, rige el principio de "individualización del daño" y las circunstancias de la víctima suelen dimensionar de distinta manera, inclusive en el ámbito espiritual, las derivaciones de una lesión similar debe quedar librada al prudente arbitrio judicial, habiendo muchos casos en los que el daño moral es mucho más importante que el daño material (Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. I, pág. 175; Zavala de González, Matilde, *Código Civil y Normas Complementarias*, Bueres-

Highton, Hammurabi, t. 3A, págs. 171-2; v. interesante alusión en “Revista de Derecho de Daños” 2009-3 “Daño a la Persona”: Rey de Rinesi, Rosa Nélida-Rinesi, Antonio Juan, “La Ubicación del Daño Moral”, pág.27; Ritto, Graciela “Cuantificación de daño moral-Un abordaje novedoso y ejemplificador”, publicado en la LL del 26/03/2008).

En este caso, considero sin hesitación que los extremos apuntados se encuentran reunidos, por ello, propicio, fijar a la fecha de este pronunciamiento, la indemnización en la suma de \$180.000 (art. 165 del rito).

8.- Intereses.

En cuanto a los intereses, se aplicarán conforme a la tasa pasiva que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina desde la fecha del hecho hasta el dictado del presente decisorio, y desde allí y hasta su efectivo pago, conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina.

9.- Costas.

Por no encontrar motivo para alejarme del principio objetivo de la derrota, las costas de ambas instancia se imponen a la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal).

Por estas consideraciones, propongo:

- a) Revocar la sentencia apelada. En consecuencia, hacer lugar a la demanda por la suma de \$180.000;
- b) Imponer los intereses y las costas del proceso conforme a lo dispuesto en los considerandos 8 y 9;
- c) Una vez efectuada la liquidación definitiva, procédase a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL - SALA J

Las Dras. Zulema Wilde y Marta del Rosario Mattera adhieren al voto precedente.-

Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.

///nos Aires, septiembre de 2015.-

Y VISTOS: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal RESUELVE:

- d) Revocar la sentencia apelada. En consecuencia, hacer lugar a la demanda por la suma de \$180.000;
- e) Imponer los intereses y las costas del proceso conforme a lo dispuesto en los considerandos 8 y 9;
- f) Una vez efectuada la liquidación definitiva, procédase a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes.

Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 15/13 art. 4°) y oportunamente devuélvase.-

Anexo 3. Sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil Mercantil y Familia - Ecuador

DAÑO MORAL. Expediente 473, Registro Oficial Suplemento 428, 12 de Abril del 2013.

No. 473-2010

JUICIO No. 53-2006-ER.

ACTOR: Guillermo Guerra Álvarez.

DEMANDADO: Jorge Camba Rendón.

JUEZ PONENTE: Dr. Galo Martínez Pinto.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, a 24 de agosto de 2010; las 09h10.

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en la segunda disposición transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el 17 de diciembre último ante el Consejo de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la resolución sustitutiva adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, en el juicio ordinario que por daño moral sigue Guillermo Guerra Álvarez contra Jorge Camba Rendón, aquél deduce recurso extraordinario de casación respecto de la sentencia expedida el 6 de julio de 2003, a las 11h30 por la segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la entonces Corte Superior de Justicia de Guayaquil que confirmó la sentencia del inferior declarando sin lugar la demanda instaurada contra Jorge Camba Rendón, dentro del juicio ordinario de daño moral seguido por el actor. Aceptado a trámite el recurso extraordinario y, encontrándose la causa en estado de

resolución, para hacerlo, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes:

PRIMERA.- Declarar su competencia para conocer el recurso extraordinario de casación en virtud de lo dispuesto en los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación y por cuanto esta Sala calificó el recurso de la relación por cumplir los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades exigidas por el artículo 6 de la ley de la materia, admitiéndolo a trámite.

SEGUNDA.- La parte recurrente fundamenta su recurso extraordinario aduciendo la trasgresión de las normas jurídicas que a continuación se enuncian: artículos 2231 y 2232 de la nueva codificación del Código Civil, 64 del Reglamento de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, específicamente por errónea interpretación de normas de derecho; así como falta de aplicación del artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 66 y 121 del Estatuto y, la causal en que sustenta su reclamación es la primera del artículo 3 de la Ley de Casación. Así entonces, ha quedado circunscrito por la parte recurrente el ámbito al que se constriñe la casación.

TERCERA.- Procedamos entonces al examen de la causal primera de casación argumentada, aducida por la parte actora. Dicha causal primera hace relación a lo que se denomina "vicios in iudicando", bien sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto y que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Esta causal, no permite apreciar nuevamente la prueba actuada así como tampoco volver a efectuar consideración de los hechos que se da por aceptados; apuntando sí, esencialmente, a establecer vulneración de normas de derecho propiamente hablando. Es que cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la veracidad de determinados hechos, alegados otra por el actor ora por el demandado (demanda y contestación); luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustancial que le sean aplicables y que no es otra cosa que la subsunción del hecho en la norma. Una norma material, estructural mente hablando, tiene dos partes por así decirlo: un supuesto y una consecuencia. En ocasiones, la norma carece de estas dos partes pero se complementa con una o más normas con las que forma una proposición jurídica completa. La subsunción no es sino la operación o encadenamiento lógico mental de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma en cuestión. El vicio de juzgamiento o "in iudicando" contemplado en esta causal se da en tres casos: 1. Cuando el juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso

controvertido y que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta; 2. Cuando el juez entiende rectamente la disposición pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella, incurriendo así en un error en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido; y, 3. Cuando el administrador de justicia incurre en un yerro de hermenéutica, de exégesis jurídica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene. La parte recurrente aduce errónea interpretación de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil puesto que, en su opinión, cuestionando el fallo que impugna en cuanto que éste el móvil que llevó al demandado a imponer una sanción pecuniaria al actor no es "manifiestamente ilegal y demostrativo de un propósito ilícito", como se exige para configurar el delito de daño moral demandado y reclamado por el actor. Agrega la sentencia cuestionada, que no se observa de autos, declaratoria administrativa de ilegalidad de la sanción impuesta en el oficio al médico demandante ni que éste hubiese hecho uso de los recursos que la ley franquea para estos casos. La norma contenida en el artículo 2231 del libro sustantivo civil, no condiciona, ciertamente, como aduce el recurrente, a los supuestos que el fallo de segundo nivel proclama; pues, la responsabilidad civil allí prevista, solo exige que las imputaciones contra el crédito de una persona "dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, SINO TAMBIEN PERJUICIO MORAL" (El resaltado es de la Sala). Sin embargo, la disposición siguiente, en su inciso tercero, al hacerse la interpretación en contexto, en opinión de la Sala, sí consigna ese condicionamiento, esto es, cuando los daños morales "son el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado"; razón por la que cabría establecer si en el accionar del demandado al imponérsele la sanción al actor y en la consideración que analizó el tribunal de instancia, hubo o no ilicitud en dicha acción u omisión que le afectó su prestigio de servidor como médico de la entidad más de un cuarto de siglo donde jamás se lo sancionó, en orden a determinar si se violentó o no la norma sustantiva antedicha o la reglamentaria señalada en el memorial del recurso. Ilícito, según el Diccionario de la Lengua Española, edición vigésima segunda, año 2001, es lo "no permitido legal o moralmente", en una primera acepción; así como también, en una segunda, sinónimo de delito (culpa, quebrantamiento de la ley). Es Clara que si para noticiar la sanción disciplinaria por el demandado, no se siguió el trámite administrativo previo que establece la norma contenida en el artículo 64 del Reglamento la Ley de Servicio Civil, vigente a la época, hubo afectación de las normas antedichas, inclusive, de las atinentes al debido proceso que genéricamente establecía

ya la Constitución de 1998, y por lo mismo, fue una conducta ilícita la del funcionario; siendo que por lo demás el ámbito general de la aplicación del mencionado reglamento involucra a los servidores de las instituciones del Estado previstas en la ley suprema, entre las que se cita "El personal del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,..."; sin que sea valedera la argumentación del tribunal de segundo nivel de que debió haber habido, previamente, una declaratoria administrativa de ilicitud en el proceder de esa autoridad para entonces poder haber lugar al ejercicio de la acción dañosa por la afectación a la esfera moral. Por tanto, ha habido trasgresión de las normas referidas y aducidas por la parte recurrente y, en consecuencia, ha lugar al cargo imputado al fallo; debiendo en consecuencia casarse la sentencia de la que se ha recurrido expidiendo la sentencia de mérito del caso. CUARTA.- Atento a la facultad que le concede a este Tribunal de Casación el artículo 16 de la Ley de la materia, se procede a expedir sentencia de mérito para lo cual, previamente, la Sala efectúa las consideraciones previas siguientes: 4.1. Declarar su competencia y la validez del procedimiento seguido desde que no hay nulidad alguna que declarar. 4.2 El doctor Guillermo Guerra Álvarez comparece a fojas tres del cuadernillo de primer nivel demandando al doctor Jorge Camba Rodríguez Rendón para que en sentencia se lo condene al "pago de una indemnización pecuniaria, no menor a diez mil dólares como reparación por el daño moral sufrido a consecuencia de su injusto proceder como Director del dispensario 31 del IESS"; aduciendo, entre otros aspectos, que se violentó el artículo 64 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil pues, no le concedió, conforme a esa norma, "la oportunidad de justificarse", sin seguirse procedimiento administrativo previo, imponiéndosela una sanción de suspensión de un mes de sueldo por haber "divulgado información", provocándole, en su decir, ambos hechos, grave daño a su "hoja de servicios y quebrantos morales por la ofensa y lesión" a su buen nombre y reputación profesional; 4.3 La parte demandada comparece a juicio señalando que no dedujo su apelación ante el organismo superior en el tiempo oportuno; que su accionar fue en calidad de Director de la mencionada unidad médica, trasladando esa responsabilidad, en cierta manera, al Estado cuando cita y transcribe el artículo 20 de la Constitución vigente a la época, esto es la de 1998; confundiendo la acción de daños y perjuicios que es independiente de la acción por daño moral que es la que siguió el actor; arguyendo además el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva -cuyo ámbito de aplicación involucra a las entidades del sector público, entre ellas el Instituto- por el cual los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad efectivamente aunque la norma

hace la salvedad para el supuestos de suspensiones, como en la especie y tanto que ese ámbito administrativo no enerva, en modo alguno, el ejercicio de las acciones judiciales previstas en el libro sustantivo civil con tanta mayor razón que no se siguió el sumario administrativo previo de que trata la misma normatividad administrativa; 4.4 Adicionalmente, la parte demandada dedujo las excepciones siguientes: que sus actos los ejercitó no a título personal sino como representante de la unidad médica antedicha, como si el ejercicio de la función pública pudiera eximir de responsabilidad como persona natural en cuya calidad fue demandado, en este caso la de orden civil; nulidad del proceso. 4.5 Convocadas las partes a Junta de Conciliación y celebrada esta conforme consta del folio veintidós, el actor se ratificó en los fundamentos de hecho y derecho de su acción acusando la rebeldía de la contraparte que no concurrió al acto; 4.6. Dentro de la estación probatoria se han actuado las que obran de autos (folios 25 a 33 y 41) de las que se desprende el origen de la cuestión motivada en una visita relámpago a la unidad médica o dispensario No.31 para comprobar el "gran desabastecimiento de medicinas" entre otras irregularidades sanitarias a la que se sirvió de antecedente un informe elaborado por una comisión de control sanitario y vigilancia del Guayas y cuyos particulares fueron trascendidos al demandado de lo que se hizo eco éste para, casi de inmediato, sin mediar trámite sumario administrativo previo, y consecuentemente afectándose el debido proceso constitucionalmente garantizado, noticiar al actor la sanción pecuniaria administrativa de descuento a su sueldo, por "comunicar de manera no prevista por la ley o sin facultad de la autoridad competente, información interna relacionada a la institución de la cual depende", pese al oficio vía fax trascendido al demandado por la Dirección Provincial de Salud del Guayas del Ministerio de Salud (folio 29 del cuaderno de primer nivel) en que, señaladamente se afirma que el actor, entre otros médicos, "no vertieron a mi criterio ninguna declaración que tenga el propósito desestabilizar la armonía existente en dicho centro de atención ambulatoria", así como que dichos profesionales "en ningún momento me acompañaron a realizar la inspección cosa que no es procedente, no me indicaron ninguna área del dispensario ya que no ingresaron a dicho centro", ante las reiteradas exigencias del director Camba Rendón, demandado, para que se le precise nombres de los supuestos desestabilizadores de la "armonía que existe en el trabajo cotidiano"; confirmándose así la trasgresión a la norma estatutaria ya mencionada así como la vulneración de las referentes al Código Civil, evidenciándose la ilicitud en la conducta del demandado y que acarrea la indemnización por el daño moral irrogado y que es independiente de cualquier revocatoria administrativa de haberla habido, que

no la hubo-, pues, ya se afectó la esfera del alma. 4.7. Posteriormente, el juzgador de primer nivel pronunció sentencia desestimando la demanda; fallo que es confirmado por el tribunal de instancia fundamentando, esencialmente, en el literal b) del considerando cuarto, que en la razón de ser de la sanción impuesta por el demandado -a la sazón como directivo de la unidad médica No. 31, esto es, por "divulgar, comunicar de manera no prevista por la ley o sin facultad de la autoridad competente, información interna relacionada a la institución de la cual depende", no hubo "acción y omisión ilícita" y que, como ya lo analizó la Sala en el considerando tercero numeral tres -y que es el fundamento para casar la sentencia y pronunciar la precedente de mérito- existió ilicitud pues el accionar del demandado se hizo irrespetando el procedimiento o sumario administrativo que estaba obligado a seguir. Por otro lado, la acción por daño moral prevista en los artículos 2231 y 2231 del Código Civil dan derecho para demandar indemnización pecuniaria por el perjuicio moral cuando ha habido imputaciones que afectan el crédito, en este caso, de una persona y en "cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes" sin hacer más condicionamientos que los daños sean el resultado de la "acción u omisión ilícita", como en la especie. Por las consideraciones precedentes y al haberse demostrado la trasgresión de las normas invocadas en el memorial del recurso extraordinario por parte del tribunal de segundo nivel ha lugar al cargo imputado y por lo mismo a casar el fallo expidiendo la sentencia de mérito precedente de conformidad con la facultad otorgada a esta Sala por el artículo 16 de la ley de la materia; y, por tanto, por las motivaciones precedentes, esta Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA", casa la sentencia de la que se ha recurrido y que fuera pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la entonces Corte Superior de Justicia del Guayas el 6 de julio de 2003, a las 11h30; señalando como monto de la indemnización pecuniaria que debe pagar el demandado Jorge Camba Rendón al actor Guillermo Guerra Álvarez, por el daño moral irrogado, la cantidad de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América; todo atento a la "prudencia" del juzgador, a la "gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta". Sin costas ni multas. Léase, notifíquese y devuélvase.

f.) Dr. Manuel Sánchez Zuraty, Juez Nacional. f.) Dr. Carlos Ramírez Romero, Juez Nacional. f.) Dr. Galo Martínez Pinto. Juez Nacional.

Certifico:

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

En la ciudad de Quito, a veinte y cuatro de agosto de dos mil diez, a partir de las diez horas con diez minutos, notifiqué con la vista en relación y resolución que anteceden a: GUILLERMO GUERRA ALVAREZ por boleta en el casillero judicial No. 1280 y no se notifica JORGE CAMBA RENDON por cuanto no ha señalado domicilio judicial en esta ciudad e instancia para sus notificaciones.- Certifico.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Certifico:

Que las cuatro (4) copias fotostáticas que anteceden son iguales a sus originales, constantes en el juicio No. 53-2006 ER (Resolución No. 473-2010); que sigue Guillermo Guerra Álvarez contra Jorge Camba Rendón. Quito, 09 de diciembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator, Sala Civil, Mercantil y Familia, Corte Nacional de Justicia.

Fuente: LEXIS FINDER

Anexo 4. Sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia – Sala de lo Civil Mercantil y Familia - Ecuador

DAÑO MORAL. Expediente 404, Registro Oficial Suplemento 8, 14 de Junio del 2013.

No. 404-2010

JUICIO No. 983-2009-MBZ.

ACTORA: Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio.

DEMANDADA: Dra. Cecilia Inés Benavides Celi.

JUEZ PONENTE: Dr. Carlos M. Ramírez Romero.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA

Quito, 29 de junio de 2010, las 11h10.

VISTOS: (Juicio No. 983-2009-NBZ).- Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4 literales a) y b), del apartado IV, DECISION, de la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados el día 17 de diciembre último, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el Art. 5 de la Resolución Sustitutiva aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 22 de diciembre del 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los Arts. 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, la actora Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio y la demandada Dra. Cecilia Inés Benavides Celi interponen sendos recursos de casación impugnando la sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja que revoca la sentencia del juez de primer nivel y en su lugar acepta la demanda en el juicio ordinario que, por daño moral, sigue la Lic. Nivea Luz María Vélez Palacio contra la

Dra. Cecilia Inés Benavides Celi.- Por encontrarse el recurso en estado de resolución, para el efecto la Sala hace las siguientes consideraciones: PRIMERA.- La Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificados los recursos por la Sala mediante auto de 17 de febrero de 2010, las 15h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades dispuesto en el Art. 6 de la Ley de Casación, fueron admitidos a trámite.- SEGUNDA.- 2.1.- La casacionista Dra. Cecilia Inés Benavides Celi, estima que en la sentencia impugnada se infringen las siguientes normas: Arts. 8231 y 2232 del Código Civil; el Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República.- Funda el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, por indebida aplicación y errónea interpretación de las normas de derecho. 2.2. La otra casacionista Lic. Nivea Luz María Vélez Palacio, estima que en la sentencia impugnada se infringen las siguientes normas: Art. 66, numeral 18, de la Constitución de la República, y el Art. 2232, incisos primero y tercero, del Código Civil. Funda el recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. En estos términos fijan el objeto del recurso y lo que es materia de análisis y decisión de la Sala de Casación en virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168.6 de la Constitución y el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial.- TERCERA.- RECURSO DE LA DRA. CECILIA INES BENAVIDES CELI.- 3.1.- Corresponde analizar los cargos por violación de normas constitucionales.- La casacionista aduce la violación del Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, por falta de motivación de la sentencia impugnada. La Sala advierte al respecto que la sentencia impugnada contiene un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el Tribunal apoya su decisión; es decir la resolución enuncia las normas y principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.- Por tanto, desde el punto de vista formal, la sentencia impugnada se encuentra motivada. No se acepta el cargo.- 3.2.- La casacionista alega la infracción de los siguientes Arts. del Código Civil: del Art. 2231 que establece que "Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral".- El 2232, que regula la reparación por daños meramente morales.- En el numeral cuarto del escrito de casación argumenta que estas normas establecen "que hay lugar al daño moral cuando se trata de imputaciones injuriosas, contra la honra o el crédito de una persona. Y, aunque hay

otros presupuestos por los cuales procede demandar la indemnización por daño moral, el anotado es el que ocupa en el caso del análisis". Agrega que "para que haya daño moral, debe haber una imputación injuriosa, valga redundar, falsa, ajena a la verdad, la misma que al ser difundida por el calumniador, provoca detrimento en el bien jurídico denominado honor".- Continúa manifestando que "Con esta premisa, es necesario citar uno de los pasajes de la sentencia que se glosa: " ... No se ha demostrado ilegalidad en cuanto a contratar con sobrinos (que la demandante contrate a su familia para ejecutar en obras es en Entidades (sic) por las que está de paso) como efectivamente se hizo y lo reconoce la actora en confesión - fs. 106- actitud que en todo caso es antitécnica, de lo cual se deja constancia...". Ahora bien, si lo que yo hice fue denunciar una conducta "antiética" según la calificación de la propia Sala ¿en qué puede afectar la moral de la Lcda. Vélez Palacio? ¿Desde cuándo la verdad ofende?- Resulta pues, que los señores jueces, censuran la conducta de la demandante y a reglón seguido en flagrante contradicción, me mandan a pagar indemnización por daño moral, lo que en la práctica resulta equivocado e inadmisibles. Tal posición jurídica, nos lleva a aseverar que la sentencia adolece de un error, en lo que atañe a la interpretación de las normas de derecho sustantivo, el mismo que tuvo que ser abolido por el Tribunal de Alzada". En el párrafo Quinto del escrito de casación, agrega que "A más de lo consignado en el párrafo anterior, dejo constancia, que se me está juzgando dos veces por la misma causa, ya que la querrela penal No. 73/08, que se instauró en mi contra en el juzgado Tercero de Garantías Penales de Loja- por los mismos hechos- no prosperó jurídicamente, disponiendo la autoridad competente el archivo de esa pretensión punitiva".- Sobre los cargos en referencia la Sala advierte lo siguiente: 3.2.1.- Según consta de la parte expositiva de la sentencia, el fundamento de hecho de la demanda no es la impugnación de haberse celebrado un contrato entre la ONG Madre Selva de España y los sobrinos de la actora, Hugo y Javier Ruiz Vélez, miembros de la Constructora Casa ET, sino la afirmación que hace la demandada de que la actora se ha beneficiado económicamente con un sobreprecio incalculable, así como la acusación de actos difamatorios realizados por la demandada "ya en la Red de Mujeres de Loja, como en otros lugares de la ciudad, presentando y entregando sin firma de responsabilidad documentos apócrifos e infundados en algunas Instituciones que nada tienen que ver con la administración de justicia ni el control de cuentas, así como en algunos medios de comunicación social en cuyos comentarios y carpetas (sic) desdibuja mi imagen, mi honor y mi honradez conocida en la sociedad lojana", dice la actora. Por ello, el comentario que hace el Tribunal ad quem sobre la

contratación con sobrinos de la actora no tiene incidencia en la parte resolutive del fallo.- 3.2.2.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario, el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que "Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito", están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Igual disposición contiene el Art. 2214 Ibídem. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo civil, como se ha hecho en el presente caso.- Por lo expuesto, no existe la violación de normas que acusa la casacionista. No se acepta los cargos.- CUARTA.- RECURSO DE LA LIC. NIVEA VELEZ PALACIO.- La casacionista funda el recurso en la causal primera.- 4.1.- El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; más se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley.- 4.2.- La casacionista alega que "El último inciso del Art. 2232 del Código Civil vigente, puntualiza que: 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 DETERMINACION DEL VALOR DE LA INDEMNIZACION ATENTAS LAS CIRCUNSTANCIAS, PREVISTAS EN EL INCISO PRIMERO DE ESTE ARTICULO, es decir cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta?".- Sobre el cargo en mención, la Sala advierte lo siguiente: 4.2.1.- En el considerando CUARTO de la sentencia impugnada, el Tribunal ad quem concluye: "Del proceso, asoma muy

claramente que en el accionar de la demandada están presentes los elementos que para que el daño moral exista reclama el artículo 2231 del Código Civil, por las expresiones por aquella pronunciadas. En cuanto al monto de la reparación la Ley dice que es la prudencia del juez quien la determina... Producido el daño, éste es irreparable y por lo mismo se vuelve incuantificable, debiendo morigerarlo el juez a su sano criterio".- 4.2.2.- De conformidad con lo previsto en el inciso tercero del Art. 2232 del Código Civil, la determinación del valor de la indemnización por daño moral queda sujeta "a la prudencia del juez"; pero esta facultad, a su vez, está sujeta a dos circunstancias que exige el inciso primero de esta disposición: que la indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio y la gravedad de la falta.- Es decir que, por disposición legal, la determinación del valor de la indemnización por daño moral no queda solamente al "sano criterio" o la prudencia del juez sin observar tales circunstancias. El término "prudencia" que utiliza la Ley debe entenderse como "el sano criterio del juez" que, acorde a las circunstancias establecidas en el proceso, le permitan pagar un valor equitativo, en justicia, y no debe entenderse como una amplia liberalidad del juzgador para establecer valores mínimos que ni siquiera justifiquen la acción o excesivos que constituyen una fórmula de enriquecimiento injusto y atentar al patrimonio del demandado de forma tan drástica que incluso pueda hacerlo desaparecer. De lo expuesto se desprende, que en la sentencia impugnada, se ha dado al Art. 2232 del Código Civil un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la ley.- Por tanto, se acepta el cargo en referencia y se declara procedente el recurso.- QUINTA.- Por lo expuesto en el considerando anterior procede casar la sentencia y en aplicación del Art. 16 de la Ley de Casación se debe dictar la que en su lugar corresponda.- Al efecto, la Sala considera: 5.1.- En lo principal, comparece la Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio y manifiesta: Que desde hace aproximadamente quince meses a la fecha y con motivo de haberse lanzado como candidata a diputada, la Dra. Cecilia Inés Benavides Celi, en forma recurrente se ha dedicado a lesionar directamente sus derechos extrapatrimoniales, recurriendo a infundadas afirmaciones, en las que ha mencionado que su persona se ha beneficiado económicamente con un sobreprecio incalculable, en un contrato celebrado entre la ONG Madre Selva de España y sus sobrinos Hugo y Javier Ruiz Vélez, miembros de la Constructora Casa ET; que según criterio malsano de Cecilia Benavides la compareciente debe estar inmersa en actos de corrupción por el simple hecho de haber sido Directora de la Red de Mujeres de Loja; que considera que ha afirmado subjetivamente estos comentarios con la única finalidad de satisfacer fines políticos

personales; que creyó que estos actos se debían a la euforia política, por lo que mantuvo un diálogo con la Benavides, a quien le solicitó explicaciones y la invitó a que proceda correctamente, ya que si tenía algún fundamento para sus comentarios los denuncie ante los organismos o jueces competentes para que pruebe sus aseveraciones y se abstenga de hacer afirmaciones antojadizas; que en efecto Cecilia Inés Benavides se abstuvo unos pocos días de difamar su honor y dignidad de mujer, madre, esposa y representante de la comunidad lojana, sin embargo -dice- que pese a las disculpas que le pidió, nuevamente ha reiniciado un proceso difamatorio con mucha más ligereza y se encuentra realizando una serie de comentarios, ya en la Red de Mujeres de Loja como en otros lugares de la ciudad, presentando y entregando sin firma de responsabilidad documentos apócrifos o infundados en algunas Instituciones que nada tiene que ver con la administración de justicia ni el control de cuentas, así como en algunos medios de comunicación social, en cuyos comentarios desdibuja su imagen, su honor y su honradez conocida por todos en la sociedad lojana; que todos estos hechos le están afectando sistemáticamente su equilibrio emocional, lesión que ha quebrantado su salud notablemente, por lo que facultativos le asisten semanalmente para controlar alteraciones de ansiedad y otros problemas de salud, debido a este proceso difamatorio, que como madre, esposa y como parte de la sociedad debe proteger su tranquilidad y sobre todo su salud; que lo comentado configura conforme a la legislación civil el daño moral y la ley lo sanciona como manera de reparación; que con estos antecedentes y al amparo de las disposiciones de los artículos 1453, 2214, 2229 y 2232 demanda a la doctora Cecilia Inés Benavides Celi "la reparación por el daño moral ocasionado y causado a la recurrente sin fundamento de ninguna naturaleza, por lo que pido a Ud. que en sentencia se mande a pagar la suma de CINCUENTA MIL DOLARES AMERICANOS, como medio de reparación a mi salud (derecho extrapatrimonial), por las ofensas difamatorias que han intranquilizado no solo a la vida de la peticionaria, sino de mi esposo y la de mis hijos".- Especifica el trámite ordinario.- Determina la cuantía en cincuenta mil dólares americanos.- Se acepta a trámite la demanda y se cita a la demandada, quien comparece a fs. 12 con su escrito de contestación a la demanda y deduce las siguientes excepciones: 1) Niega los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; 2) La demanda no reúne los requisitos que para su validez establece el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil; 3) No me allano con ninguna de las nulidades procesales que puedan influir en la decisión de la causa; 4) Reconviene a la actora para que le "pague la suma de CINCUENTA Y UN MIL DOLARES DE LOS ESTADOS

UNIDOS DE AMERICA, por reparación del daño moral que ella sí me ha causado y está causando por su falsa y forjada demanda, deducida en mi contra por la recurrente y que por ser injusta me afecta como servidora pública y ha atentado directamente contra mis derechos extrapatrimoniales; 5) De haber oposición a esta reconvencción reclamo el pago de costas procesales y honorarios de mi Abogado defensor. .. ; 6) La cuantía de mi reconvencción la fijo en CINCUENTA Y UN MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA". Pide se deseche la demanda propuesta en su contra.- Sustanciada la causa, el Juez Suplente del Juzgado Sexto de lo Civil de Loja pronuncia sentencia mediante la que "por falta de prueba se rechaza la demanda y por injustificada se rechaza la reconvencción".- La actora apela de esta sentencia y la demandada se adhiere para que se acepte su reconvencción.- 5.2.- No se advierte omisión de solemnidad sustancial que influya en la decisión de la causa.- El proceso es válido.- 5.3.- Las disposiciones de los Arts. 2231 y 2232 del Código Civil contienen las siguientes reglas o normas sobre la responsabilidad e indemnización por daño moral: 1ra Autonomía.- Las normas sustantivas específicas que regulan el derecho a la reparación por daño moral no establecen prejudicialidad para la acción por daño moral en lo civil ni disponen que la decisión del juez de lo penal será vinculante para el juez de lo civil y, por el contrario el Art. 2232 del Código Civil ha previsto la autonomía de la acción por daño moral al disponer que "Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito", están especialmente obligados a la reparación por daño moral quienes causen los hechos que establece la ley. Por tanto, la existencia del daño moral debe ser analizada y valorada por el juez de lo Civil. 2a. Causas.- En general, generan la obligación de indemnización por daño moral las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Particularmente están obligados a la indemnización por daño moral quienes incurran en los siguientes casos: que realicen imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona; que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; quienes causen lesiones, cometan violación, estupro- o atentados contra el pudor; provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios o procesamientos injustificados.- 3a. Ilícitud.- La acción u omisión que ha producido el daño debe ser de carácter ilícito; y, según Guillermo Cabanellas ilícito es "Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a justicia, equidad, razón o buenas costumbres" (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 4a. Gravedad.- La indemnización por daño moral debe hallarse "justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta". Igualmente la doctrina enseña

que "desde el punto de vista de la función compensatoria de la indemnización, resultan relevantes la intensidad de la aflicción sufrida por la víctima y el valor del bien que ha sido afectado" (Enrique Barros Bourie; Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 314).- 5a. Nexo Causal.- "La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado". Art. 2232, inc. 3ro. CC.- "El requisito de causalidad se refiere a la relación entre el hecho por el cual se responde y el daño provocado. En circunstancias que sólo se responde civilmente por daños, y no por conductas reprobables que no se materialicen en perjuicios, la causalidad expresa el más general fundamento de justicia de la responsabilidad civil, porque la exigencia mínima para hacer a alguien responsable es que exista una conexión entre su hecho y el daño" (Enrique Barros Bourie, ob. cit. pág. 373).- 5.4.- La doctrina enseña que "el daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, 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 humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie, el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral. 146. Indemnización del daño moral. Aunque las opiniones están divididas, la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia admite la indemnización del daño meramente moral, del que consiste en la molestia, dolor o sufrimiento físico o moral que experimenta una persona. Participamos de esta opinión" (Alessandri Rodríguez, Arturo 2005) De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pág. 164, 165). En cuanto al concepto jurídico de daño; Enrique Barros Bourie, en su libro Tratado de Responsabilidad Extracontractual, comenta que: "En la doctrina jurídica moderna, el concepto pasa a ser formulado en la expresión general de daño que recogen los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. b) Si bien existe una tendencia hacia la formulación de un concepto general de daño en las codificaciones civiles, el concepto

ha adquirido dos concreciones diferentes. En los sistemas jurídicos donde sólo el daño antijurídico es objeto general de reparación, por lo general se exige la lesión de un derecho subjetivo para que haya lugar a la indemnización. Por el contrario, en una definición en sentido amplio, que se remonta a las Siete Partidas, el daño ha sido definido como todo detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda (patrimonio) o la persona. En el primer sentido, el daño está circunscrito por los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico protege con una acción reparatoria, mientras en el segundo comprende, en general, todos los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales que cumplan con ciertos requisitos mínimos para ser objeto de protección civil. En un caso, la idea de daño está limitada por los intereses que la ley califica como derechos; en el segundo, todo interés legítimo y relevante es un bien jurídico digno de ser cautelado. c) El Código Civil no contiene una definición general de daño. En materia de responsabilidad contractual, se limita a clasificar los daños patrimoniales; en el título de los delitos y cuasidelitos, se hace referencia simplemente al "daño". En general, la doctrina sigue un concepto de daño basado en la lesión a un interés del demandante, y se entiende que la hay cuando una persona sufre "una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba". Esta idea aparece recogida en la doctrina civil francesa que ha sido muy influyente en nuestro derecho. La jurisprudencia nacional se ha pronunciado casi unánimemente en este sentido y se ha fallado que "daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial", (ob. cit, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 219 - 221). Respecto a la naturaleza del daño, Arturo Alessandri Rodríguez, en su libro De Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, expresa: "El daño puede ser material o moral. Es material el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio, y moral, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico. El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción; la víctima, después del daño, es menos rica que antes. El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria- el 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 ahí que a la indemnización que lo repare se la demonice pretium dolores". (ob. cit, Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

2005, pág. 160-161). 5.5.- En el proceso se ha actuado la siguiente prueba: 5.5.1.- Por la parte actora: Se recibe testimonios de: Dr. Luis Jaramillo Jiménez (fs. 43); Lcda. Dolores Salar Abrigo (fs. 36-36vta); Lcda. Rosario Argentina Carrión Valdez (fs. 46); Lcda. Fanny Esperanza Iñiguez Ochoa (fs. 44, 44vta); Ofelia Adriana Cuenca (fs. 41), Hermana Bertha Luzmila Cárdenas Días (fs. 88); se agrega al proceso el historial clínico de la Lcda. Nivea Vélez Palacio que lleva el Dr. Luis Jaramillo Jiménez; se repregunta a los testigos que presenta la demandada; se agrega al proceso las certificaciones que se indican en el párrafo IX del escrito de fs. 26 a 28; se agrega al proceso y se tiene por reproducidos los documentos que se indican en los párrafos primero y tercero del escrito de prueba de fs. 87 se recibe las declaraciones de los testigos: Daniel Alexander González Pérez (fs. 13); Dolores Salazar Abrigo (fs. 15); Enid Esperanza Martínez Arévalo (fs. 14); se agrega al proceso y se reproduce el Cassett que se refiere al párrafo II del escrito de prueba de fs. 17 y designase perito para la transcripción; se oficia al Gerente del Banco del Pichincha Sucursal en Loja en la forma que se solicita en el párrafo XIV del escrito de fs. 17; se oficia a los Presidentes de los Tribunales Penales y jueces de lo Penal en Loja en la forma solicitada en el escrito de prueba de fs. 35, rinde confesión la demandada Dra. Cecilia Benavidez Celi (fs. 106).- 5.5.2.- Por la parte demandada: Se reciben declaraciones de los testigos: Dra. Nila María Córdova Ortiz (fs. 37); Lic. Olga Guillermina Castillo Costa (fs. 37 vta.); Lic. María del Cisne González Abril (fs. 43 vta.); Arq. Rommel Iván Espinosa Guarice1a (fs. 40 a 40vta); Dra. Teresa Graciela Noemí Yépez Montenegro (fs. 46 vta.); se repregunta a los testigos de la parte contraria; se agregan al proceso los documentos a que se indican en el párrafo X del escrito de prueba de fs. 34-35; se oficia al Juez Tercero de lo Penal de Loja y al Juez Segundo de lo Penal de Loja en la forma que se solicita en los numerales 1 y 2 del párrafo I del escrito de prueba de fs. 99; se oficia al Gerente del Banco del Pichincha Agencia en Loja en la forma que solicita en los literales a), b) y c) del párrafo IV y V del escrito de prueba de fs. 99; se agregan al proceso y se tienen por reproducidos los documentos que se indican en el literal a) del párrafo III, párrafo VII y VIII del escrito de prueba de fs. 99 que se tenga en cuenta que redarguye de falsos y objeta la legitimidad de los documentos a que se refiere en el párrafo II del escrito de prueba de fs. 101; se agrega al proceso y se tiene por reproducido el documento que se indica en el párrafo III del escrito de prueba de fs. 101; rinde confesión judicial la Lcda. Nivea Vélez Palacio (fs. 140-140vta.); se oficia al Juez Tercero de lo Penal de Loja y al Presidente de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción en la forma que señala en los párrafos III y IV del

escrito de fs. 11 del cuaderno de segunda instancia; se agrega al proceso y se tiene como prueba lo solicitado en el parágrafo I del escrito de prueba de fs. 27 y 28 y se designa perito para la transcripción del CD, se reciben declaraciones de los testigos, Ing. Rommel Iván Espinoza Guaricelo (fs. 30), Dra. Nilamoría Córdova Ortíz (fs. 37), Lcda. Orfa Isabel Rodríguez (fs. 36), se oficie al Presidente del Consejo Electoral Provincial y al Alcalde del Cantón Loja en la forma que solicita en el parágrafo III del escrito de prueba de fs. 31-32.- 5.6.- Del análisis de la prueba que consta de autos se determina lo siguiente: 1) De las declaraciones testimoniales se determina que la demandada Dra. Cecilia Benavides Celi acusó en forma pública y directamente a la actora Lcda. Nivea Vélez Palacio, de manera infundada, de beneficiarse económicamente de un sobreprecio en la contratación del edificio para la Red de Mujeres de Loja, en el contrato realizado con sus sobrinos, así como de apropiarse de considerables valores económicos de la mencionada Entidad. 2) Con el interrogatorio que hace la doctora Cecilia Benavides Celi a los testigos Dra. Nila María Córdova Ortíz y Lic. Olga Castillo Costa y sus respuestas, persiste la demandada en afirmar que la Lic. Nivea Vélez cobró un certificado de inversión múltiple por el valor de 18.000 dólares del Banco de Pichincha Sucursal Loja, documento que estaba a favor de la Red de Mujeres de Loja y que estos valores los retiró cuando la Lic. Vélez no era ya Presidenta de la Red de Mujeres de Loja, lo cual mancha la reputación de la actora, toda vez que, cuando se desprende de las certificaciones de fs. 121 y de fs. 76 y 77 del cuaderno de segunda instancia, conferidos por el Banco de Pichincha, el dinero en referencia no fue retirado por la Lcda. Nivea Vélez, no estuvo a su nombre ni a su disposición sino que fue transferido a la ONG Madre Selva de España. 3) La consecuencia de los actos difamatorios en mención fue la sorpresa, zozobra y división de las socias de la Red de Mujeres, lo que afectó a la Lcda. Nivea Vélez porque se puso en tela de duda su buen nombre e imagen y recibió actos de reproche y desafección de parte de algunas integrantes de la Red de Mujeres, según se desprende de las declaraciones testimoniales. Además, el Dr. Luis Jaramillo Jiménez, médico tratante de la Lcda. Nivea Vélez, manifiesta "que la paciente fue atendida por presentar un psiconeurosis con sintomatología angustiosa y depresiva". 4) Los hechos en los que se funda la demanda de daño moral se dieron en actos públicos de la Red de Mujeres de Loja, según se afirma en las declaraciones testimoniales, y éstos hechos se difundieron en la sociedad lojana a través de la prensa escrita (fs. 90) y la radio (transcripción fs. 82 a 102). Además, la denuncia sobre estos hechos ha llegado a la Comisión Cívica Anticorrupción. 5) La Lcda. Nivea Vélez ha desempeñado, entre

otras funciones, la de Presidenta de la Red de Mujeres de Loja, Concejal del Cantón de Loja, y en general es una persona conocida en la sociedad de Loja al haber incursionado en el ámbito político, cultural e intelectual. 5.7.-Respecto a la prueba del daño moral, la doctrina enseña: "En principio, como todo supuesto de hecho de la responsabilidad civil, el daño moral debe ser probado por quien lo alega...Sin embargo, resulta obvio que su naturaleza impone severas restricciones probatorias. Las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración. A lo más accedemos a lo que los otros sienten porque nosotros mismos nos hemos visto en situaciones semejantes o porque hemos descubierto por la experiencia en qué circunstancias ellas suelen manifestarse en signos exteriores. Por eso, la prueba del daño moral efectivamente sufrido por la víctima tiene algo de la pretensión de rasguñar un vidrio. Con todo, esa dificultad no puede ser tenida por impedimento de una prueba que permita inferirlo de los hechos de la causa...a) En circunstancias que el daño moral no puede ser objeto de una prueba directa, como el patrimonial, sino solo puede ser inferido, el único medio de prueba disponible son las presunciones judiciales. En definitiva, de las circunstancias de que la prueba directa no sea posible, no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. Las presunciones tienen precisamente por antecedente ciertos hechos que permitan inferirlas. Esta parece ser la situación probatoria típica del daño moral. Si alguien sufre la pérdida de sus piernas o su honra es afectada por una difamación, no le será posible mostrar al tribunal la sensación que ha experimentado, pero el juez sabrá que de esos hechos típicamente se sigue dolor físico o moral y que, en distintos grados, se puede ver afectada la capacidad de la víctima para disfrutar la vida. La presunción se basa en la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción...La jurisprudencia tiende a presumir la existencia del daño de acuerdo a máximas de la experiencia. En la materia, lo normal es lo que se presume y lo extraordinario lo que debe ser probado. Un antiguo fallo expresa esta idea con soberana simplicidad: "Una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia". Según la opinión dominante, basta que la víctima acredite la lesión de un bien personal de aquellos que ordinariamente producen aflicción o deterioran el goce de la vida, para que se infiera el daño. Aunque alguna jurisprudencia señala que el daño moral no puede ser objeto de prueba ello

resulta discutible, porque todo daño moral debe darse por producido sobre la base de los antecedentes que permitan resumirlo: De la quebradura de una pierna y del tiempo de hospitalización e inmovilidad o de la pérdida de un hijo se infiere por la experiencia un cierto daño moral. En otros casos, todo indica que deben ser identificadas las molestias serias sufridas (como ocurre, por ejemplo, con la publicación errónea de un protesto de un título de crédito). Algo semejante puede decirse respecto de los elementos de valoración del daño moral, porque para apreciarlos son relevantes las circunstancias de hecho que permiten inferir su gravedad. Las objeciones doctrinarias a esta manera de pensar adolecen de la dificultad de no entregar caminos alternativos razonablemente transitables." (Enrique Barros Bourie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 332 a 335). En la doctrina nacional, el Dr. Gil Barragán Romero, en su libro Elementos del Daño Moral, sobre el tema comenta "La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar, el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio in re ipsa." Luego agrega "La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable." (ob cit, Guayaquil Edino, 1995, pág. 195-196) De lo expuesto en los considerandos que anteceden, se establecen que se encuentran probados los elementos del daño moral y la obligación de reparación por la demandada. 5.8.- En cuanto a la reparación del daño moral, Arturo Alessandro Rodríguez, en su libro de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, enseña que "Sí se trata de avaluar el daño moral, se considerará únicamente el pesar o dolor que la víctima ha debido experimentar, atendida la naturaleza del daño causado...En esto consiste el daño moral y la reparación se determina por la extensión del perjuicio. En todo caso, el juez, al avaluar

este daño, debe proceder con prudencia, tanto para evitar los abusos a que esta reparación puede dar origen, cuanto para impedir que se transforme en pena o en un enriquecimiento sin causa para quien la demanda", ob, cit, pág. 408. Asimismo, Enrique Barros Bourie, sobre el tema en mención comenta que: "a) Los daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor. Sin embargo, esta inconmensurabilidad no impide en el derecho moderno su compensación. Razones de justicia correctiva y de prevención hacen preferible reconocer una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos, a dejar daños relevantes sin indemnización alguna. Desde el punto de vista de la justicia, se trata de bienes valiosos (a menudo los más valiosos en la escala de los bienes jurídicos), cuya lesión justifica una compensación, desde el punto de vista preventivo, la indemnización del daño moral desincentiva su generación, al establecer un precio sombra a los actos negligentes que pueden provocarlos. b) Sin embargo, de la circunstancia de que no sea posible poner precio a estos bienes, no se sigue la imposibilidad de comparar sus intensidades relativas. Así, por ejemplo, en la medida que los efectos de una invalidez permanente y de una temporal no son iguales, tanto en las tribulaciones consecuentes como en el menoscabo de la calidad de vida de una persona, es posible jerarquizar los diversos tipos de daño moral, atribuyéndoles valores que guarden una razonable proporcionalidad. El problema de la inconmensurabilidad en dinero no excluye, en consecuencia, la conmensurabilidad relativa de los bienes afectados. Ello debiera permitir que la definición amplia y tosca del daño moral conviviera con una práctica de evaluación razonada de los perjuicios. Por eso, una cierta objetivación de la evaluación se ha mostrado necesaria en todos los sistemas jurídicos más desarrollados, especialmente en el caso del daño moral que es consecuencia del daño corporal. C) Con todo, la jurisprudencia asume, en general, que la subjetividad radical del daño moral tendría por consecuencia que su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad. El resultado inevitable es que su estimación se haga más bien de una manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos, ni consistentes con un principio formal de justicia, que exige que casos semejantes sean tratados análogamente", Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 288-289).- En la legislación ecuatoriana, el inciso 3ro. del Art. 2232 del Código Civil establece que la determinación del valor de la indemnización por daño moral queda a la prudencia del juez, "atentas las circunstancias previstas en el inciso primero de este artículo, que se refiere a la gravedad particular del perjuicio

sufrido y de la falta. Si los hechos difamatorios se han dado en actos públicos y se han difundido en la sociedad, indudablemente, que el perjuicio es grave, atenta además la personalidad de la afectada.- En este caso, la reparación no puede ser en un valor ínfimo que contraría los derechos e intereses reconocidos en el fallo a favor del actor, al haberse afectado gravemente valores extrapatrimoniales, como tampoco debe dar lugar a un enriquecimiento injusto para quien demanda.- SEXTA.- La demandada reconviene a la actora "por reparación del daño moral que ella sí me ha causado y está causando por su falsa y forjada demanda, deducida en mi contra por la recurrente y que por ser injusta, me afecta como servidora pública y ha atentado directamente contra mis derechos extrapatrimoniales". La reconvención no contiene los presupuestos fácticos y de derecho que exige una contrademanda, por tanto, es improcedente.- Por lo expuesto en los considerandos que anteceden, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Loja, el 13 de agosto de 2009, a las 11h00, en su lugar dicta la de mérito, se acepta la demanda y se determina la indemnización en doce mil dólares de los Estados Unidos de América, que a título de reparación, debe pagar la demandada Dra. Cecilia Inés Benavides Celi a la actora Lcda. Nivea Luz María Vélez Palacio.- Sin costas, Notifíquese.- Devuélvase.

Fdo.) Dres. Manuel Sánchez Zuraty, Carlos Ramírez Romero y Galo Martínez Pinto, Jueces Nacionales.

Certifico.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

CERTIFICO: Que las quince copias que anteceden, son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio ordinario No. 983-2010-MBZ (Resolución No. 404-2010) que, por daño moral sigue LCDA. NIVEA LUZ MARIA VELEZ PALACIO contra la DRA. CECILIA INES BENAVIDES CELI.- Quito, a 10 de septiembre de 2010.

f.) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator.

Fuente: LEXIS FINDER

**Anexo 5. Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia – Primera
Sala de lo Civil Mercantil (En la actualidad es la Corte Nacional de
Justicia) - Ecuador**

DAÑO MORAL. Expediente 339, Registro Oficial 632, 13 de Julio del 2009.

No. 339-2007

JUICIO No. 168-2007

ACTORA: Gerardo Antonio Ruiz Navas

DEMANDADA: Luis Alfredo Villacís Maldonado

JUECES: Dres. Viterbo Zeballos Alcívar, Mauro Terán Cevallos, Magistrados y Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 11 de diciembre del 2007; las 15h30.

VISTOS : Gerardo Antonio Ruiz Navas, interponen recurso de casación de la sentencia de mayoría dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato, Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del juicio ordinario que por daño moral sigue en contra de Luis Alfredo Villacís Maldonado, el mismo que al ser concedido permite que suba el proceso a la Corte Suprema de Justicia, habiéndose radicado la competencia en esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil mediante el sorteo de ley; y, agotado el trámite de sustanciación, el estado es el resolver el recurso interpuesto, y para ello, se considera:

PRIMERO: En la especie, el recurrente expresa que en la sentencia no se aplicaron las normas de los artículos 2214, 2231 y 2232 del Código Civil; 115, 117, 121, 165 y 274 del Código de Procedimiento Civil; 2, 52, 54 y 55 de la Ley de Comercio Electrónico y Mensajes de Datos y fundamenta el recurso en la causal 3a de la Ley de Casación.-

SEGUNDO: Habiendo el recurrente fundamentado el recurso en la causal 3a del artículo 3ro. de la Ley de Casación, esto es "aplicación indebida, falta de aplicación, o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto".- De la norma aparece con claridad que esta contiene varias causales, que son autónomas que se deben utilizar independientemente en el recurso: a) Aplicación indebida; b) Falta de aplicación; y, c) Errónea interpretación aplicables a la valoración de la prueba. La valoración de la prueba es sin lugar a dudas una de las más importantes actividades del Juez dentro del proceso, ya que esta tiene como finalidad el mérito y grado de convicción que pueda establecer de las mismas.- Hay que reconocer que se trata de una actividad exclusiva del Juez de la causa y la realiza al momento de dictar sentencia o de adoptar alguna decisión y para ello cuenta con los sistemas de valoración de la prueba tasada o tarifa de la ley, y debe sujetarse a ello por ser impuesta por aquella o el sistema de la sana crítica que le obliga a tomar en consideración la ley, los conocimientos científicos, jurídicos, y la experiencia. Pero en todo caso, está la conciencia del Juez por que la "implantación de la justicia depende más de la calidad humana que la bondad del sistema legal que aplican, porque, como dijimos al estudiar el problema de la justicia y de los jueces, citando a SENTIS MELENDO, si bien se requieren de normas procesales que reúnan con una sobrada formación moral, aptos para el adecuado funcionamiento del Órgano Jurisdiccional, la justicia es un problema de hombres, más que de leyes" (Devis Echandía). "Teniendo presente que el recurso de casación civil tiene como objeto "controlar la correcta aplicación de la Ley en las sentencias de instancias, velar por la uniformidad de la jurisprudencia y a través de ella ir formando lo que se conoce como la doctrina jurisprudencial o doctrina; para el logro de estas altas metas ha de analizar en forma teórica, general y abstracta el problema jurídico, materia de la denuncia del recurrente a fin de decidir si el fallo impugnado adolece o no de los vicios in iudicando o in procedendo acusados, siendo la heterocomposición de los intereses de las partes en conflicto el medio para el logro de estas metas de naturaleza eminentemente pública y que interesan a la sociedad en su conjunto" (fallo publicado en G. J. No. 15-S. XVII, p. 4855).- Por lo tanto, el Tribunal asume momentáneamente las atribuciones del Tribunal de alzada, y consecuentemente entra al análisis de los fundamentos del recurso de casación aludido. Al respecto, cuando se fundamenta el recurso de casación en la causal 3a, del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente debe señalar en forma clara, precisa

y concreta como cada una de las normas legales invocadas que contengan preceptos aplicables a la valoración de la prueba, ha incurrido en la causal invocada y cuál es la norma sustantiva que ha sido violada indirectamente al aplicarse equivocadamente o no aplicarse en el fallo a efecto de que el Tribunal pueda finalizar la valoración realizada por el Tribunal de instancia. No hay que olvidar que la valoración de la prueba es una facultad exclusiva y excluyente del Juez de instancia como consecuencia de su independencia soberana, sin que el Tribunal de Casación tenga la facultad de revocarla, salvo el caso de que la valoración sea atroz, contraria a la razón, a las leyes, a la justicia.- "Es por ello que, si se llegará a carecer la lógica o legitimidad la valoración de prueba realizada por los juzgadores, o sea, que sus conclusiones sean absurdas o arbitrarias, el Tribunal de casación está facultado a revisar dicha valoración, en virtud de que se ha violentado el mencionado artículo 119 del Código de Procedimiento Civil.- Una decisión es absurda cuando la valoración es ajena a las leyes lógicas - formales y arbitraria cuando hay ilegitimidad en la motivación. Cuando el juzgador, por error, formula un conclusión contraria a la razón, a la justicia o las leyes estamos frente a un caso simplemente absurdo; pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría constituir inclusive un caso de prevaricación. Como se ha señalado, el absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la ilegitimidad en la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de prueba esenciales, computa voluntariamente se trataría de una arbitrariedad.- El vicio de valoración absurda de la prueba constituye, al mismo tiempo transgresión del mandato de motivación contenido en el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, ya que la violación de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba no constituye motivación válida, porque atenta contra la sana crítica (que es el método de valoración probatoria de general aplicación en virtud de lo que dispone el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil) y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación, conforme lo señala el mandato constitucional antes indicado..."; "este es el criterio que sobre el tema ha expresado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil, y que consta en varias resoluciones como la No. 202-2002, publicada en el R. O. No. 710, 22 de noviembre del 2002; No. 172-2002, publicado en el R. O. No. 666 del 19 de septiembre del 2002; y No. 224-2003, publicada en el R. O. No. 193 de octubre del 2003", G. J. No. 15 S. XVII pp. 5007. Además, en fallo publicado en la G. J. No. 14 de

la Serie XVI, sobre lo mismo, consta lo siguiente: "Veamos la serie de casos que pueden darse con motivo de esta causal y diremos que el Juez yerra: 1ro. Cuando valora pruebas que han sido introducidas al proceso sin los requisitos legales necesarios para ello, por ejemplo, luego de concluido el término de prueba. En este caso, simplemente, no hay prueba legalmente producida y, en consecuencia, es procesalmente inexistente (Art. 121 C. P. C). 2o. A la inversa, cuando el Juez considera ilegalmente actuada una prueba y la desecha no obstante haber sido introducida al proceso (Art. 121 CPC). 3ro. Cuando el Juez valora una prueba que la ley prohíbe en forma expresa, por ejemplo, si valora la prueba testimonial de un extranjero que ignora el idioma castellano traducida por un intérprete que es menor de edad (Art. 270 C. P. C.). 4o. Cuando la ley requiere de un modo probatorio específico para la demostración de un hecho y el Juez acepta otro que no está previsto, como el caso de la prueba del estado civil de casado, divorciado, viudo... que se debe probar con las respectivas copias tomadas del Registro Civil (Art. 718 íbidem).- Es decir, habría error en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas referentes a la valoración de la prueba, siempre que el Juez otorgue a un medio de prueba un valor que la ley le niega o que niegue valor probatorio a lo que la ley si otorga y cuando yerra en la interpretación de las normas positivas que regulan la admisibilidad, la pertinencia o eficacia de los medios de prueba".- Y, consecuentemente estos son los criterios que se observarán por análisis y decisión del recurso interpuesto.-

TERCERO.- El recurrente, en su demanda contra la sentencia materia de su recurso y que está debidamente identificada, esto es la dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales dentro del juicio ordinario seguido contra Luis Alfredo Villacís Maldonado, expresa que en la misma no se han aplicado las normas de los artículos 115, 117, 121, 165 y 274 del Código de Procedimiento Civil y Art. 2, 52, 54 y 55 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, y que esa infracción ha sido determinante en la parte resolutive, por lo que se procede a examinar dicho cargo, de la siguiente manera: a) Art. 115 del Código de Procedimiento Civil.- La norma dice: "La prueba deberá ser apreciada en su conjunto, de acuerdo a 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 expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas".- El mandato de la ley es claro: en la sentencia, el Juez debe expresar la valoración de todas las pruebas presentadas por las partes y ordenadas por el Juez de la causa, entendiéndose en la expresión "Juez" a los titulares del órgano jurisdiccional, sea uni o

pluripersonal. Sin que esté facultado para no hacerlo.- Al respecto, el Tratadista Manuel de Plaza, en la pp. 251 de su Obra "La Casación Civil" enseña: "El Juez de instancia no porque está facultado para apreciar las pruebas en su conjunto y examinarlas en su lógica trabazón puede evadir la obligación de analizar cada prueba según el valor que la Ley da a cada una de las normas probatorias a fin de que el Tribunal de Casación pueda comprobar que el Juez de instancia procedió de manera ilógica y arbitraria en la información del juicio probatorio, desconociendo la existencia de una norma valorativa"; b) El artículo 117 del mismo código señala: "Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se pedido, presentado y ordenado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio". La norma señala que sólo la prueba debidamente actuada merece ser analizada por el Juez a efecto de darle el correspondiente valor; c) El artículo 121 del Código Procesal Civil dice: "Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictámenes de intérpretes o peritos.- Se admitirán también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica... Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.- Se consideraran como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema". Dentro del proceso, constan realizadas varias pruebas como inspecciones, informes periciales, documentales, etc., que no han sido valorizadas en la sentencia, por lo que los cargos formulados por el recurrente son procedentes y consecuentemente permiten al Tribunal entrar en conocimiento del juicio y con este objetivo se considera: a) Que "las pretensiones formuladas en la demanda y las excepciones invocadas en la contestación de la demanda establecen la esfera dentro de la cual se traba la litis en primera instancia.- Comúnmente los puntos sobre los que se traba la litis quedan fijados en la demanda, y en la contestación dada a la misma y cuando se interpone recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, la situación sobre los puntos sobre los que se trabó la litis no se modifican en segunda instancia. El Tribunal para ante quien se interpuso el recurso, con sujeción al artículo 338 (actual 334) del Código de Procedimiento Civil, confirma, revoca o reforma la resolución apelada, según el mérito del proceso y aún cuando el Juez inferior hubiese omitido en su resolución decidir alguno o algunos de los puntos controvertidos. Pero en el juicio

ordinario, como lo es el actual, tal situación cambia sustancialmente, porque el que interpone el recurso de apelación debe formalizar, con arreglo al Art. 417 (408 norma actual) del Código de Procedimiento Civil, los puntos a los que se contrae el recurso. La formalización del recurso configura el ámbito de la litis de segunda instancia.- En otras palabras, unos son los puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia y otros son los puntos sobre los que se trabó la litis en segunda instancia.- Por cierto, en la formalización de la apelación no puede introducirse nuevos puntos sobre los que se trabó la litis en primera instancia; estos pueden reducirse, pero en ningún supuesto ampliarse con otros.- En esta virtud, a los puntos que se trabó la litis en segunda instancia tiene que circunscribirse la sentencia del Tribunal de alzada.- Por estas razones, en el juicio ordinario, las tres formas de incongruencia en la sentencia pueden darse no ya sobre los puntos que se trabó la litis en primera instancia, sino sobre los puntos en los que quedó trabada la litis en segunda instancia, tomando como punto de referencia la formalización del recurrente y la adhesión del recurso que pudiese haber hecho la contraparte", según la Resolución No. 178.2004 tomada por esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil dentro del juicio reivindicatorio No. 217-2003 propuesto por Natalie Ivett de Pérez contra Gerardo Mena García y Cecilia Carrera de Mena, publicada en la G. J. No. 15, Serie XVII pp. 4952; b) Que en la especie, Gerardo Antonio Ruiz Navas, en la demanda expresa, entre otras cosas, presenta demanda contra el señor Luis Alfredo Villacís Maldonado, por haberle involucrado, sin fundamento alguno, aproximadamente dos años atrás, en la página www.geocities.com/frentepopularec, que está a disposición de lectores de todo el mundo, en un documento de 24 (veinticuatro páginas), titulado: "Ecuador: MEDALLA DE ORO EN CORRUPCION", en la página 6 (seis) del mismo se expresa textualmente: "Sigamos entonces hablando ahora de BANCOS, BANQUEROS, BANCARROTAS Y BANCO ESTAFAS.- El saldo de la lucha contra la corrupción bancaria es desalentador. De 51 "ejecutivos" y administradores de bancos y financieros, sindicados y con órdenes de prisión, 47 están prófugos. Todos están involucrados en 21 juicios penales que se iniciaron en Quito y Guayaquil pero solo CUATRO están presos: los banqueros Aspiazu y Peñafiel, y los financistas Alberto Lituma y Gerardo Ruiz Navas, este último hermano del Monseñor Mario Ruiz Navas Presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriano Ruiz Navas ya había sido denunciado años atrás como un lavador de narcodólares, aunque una de las razones por las que está detenido es por haber estafado a decenas de colegios religiosos y a muchas comunidades religiosas..."; que "Internet tiene características impresionantes,

es instantáneo, mundial, descentralizado, interactivo, capaz de extender ilimitadamente sus contenidos y alcance..."; que el Art. 23 numeral 8o. de la Constitución Política del Ecuador, establece el derecho a la honra y a la buena reputación, protegiendo el nombre, la imagen y la voz de las personas; que los artículos 1480, 2211, 2241, 2256, 2258 y los innumerados que se mandó agregar a continuación del artículo 2258 del Código Civil imponen la obligación de indemnizar por el hecho de haber inferido injuria o daño a otra persona; que con los antecedentes expuestos demanda a Luis Alfredo Villacís Maldonado, por sus propios y personales derechos, como indemnización por daño moral, el pago de la suma de ochocientos mil dólares americanos dada su posición profesional, moral y económica, cifra que en ningún modo compensan el "dolor, pesar o molestia" que ha sufrido; c) Aceptada la demanda al trámite del juicio ordinario se ordenó citar con la misma al demandado; d) Citada la demanda al demandado este compareció mediante escrito de fs. 20 a 23 y en el que dedujo las siguientes excepciones: a) Negativa total de los fundamentos de hecho y de derecho; b) Incompetencia del Juez, ya que yo fui candidato a Diputado y hoy soy diputado por la provincia de Pichincha, como aparece de los documentos que al respecto agrego, en cinco fojas útiles, con la certificación del señor Secretario del Tribunal Provincial Electoral de Pichincha.- Lo que produce la nulidad procesal actual, ya que influye en la decisión de la causa, que expresamente pido se la declare; c) Existe ilegitimidad de personería; d) Existe nulidad procesal por citación ilegal de la demanda, ya que donde se pretendió citar no es mi domicilio, que va a influir en la decisión de la causa, que expresamente pido se la declare; e) La demanda no reúne los requisitos del Art. 71 del Código de Procedimiento Civil; f) Alego prescripción de la acción; g) No he causado daño moral al gratuito accionante por ningún motivo. Soy inocente de todo lo que se me demanda.- Es él, el que me ha perjudicado y dañado mi honor.- Pide que se deseche la demanda con la debida condena en costas, daños y perjuicios, y honorarios profesionales de su defensor.- A la vez que presentó demanda reconventional contra el accionante, la que fue aceptada a trámite, citada y contestada por el actor. Tramitado el proceso el Juez de la causa, en la sentencia, declaró sin lugar la demanda y no resolvió sobre la reconvenición, sentencia de la que interpuso recurso de apelación el actor. Subido el proceso a la Corte Superior de Justicia de Quito correspondió su conocimiento, previo sorteo de ley, a la Primera Sala de lo Civil y Mercantil y al apelante, dentro del respectivo término, formalizaron el recurso y determinó explícitamente los puntos a que se refiere la apelación, y que no son otros, que los hechos expuestos en la demanda y a la contestación de esta con las

consiguientes excepciones y reconvenición... La Sala en referencia dictó sentencia confirmando la de primer grado y declarando sin lugar la demanda y la reconvenición, y de la cual el actor interpuesto el recurso de casación.

CUARTO: A efecto de resolver sobre los hechos de la controversia se considera: 1ro. El Art. 273 del Código de Procedimiento Civil ordena que "la sentencia decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella". Por mandato legal, el Juez o Tribunal debe sujetarse en los actos del proceso, a las normas reguladoras del mismo puesto que estas, como medio para hacer efectivos los postulados de la justicia y entre estas normas la aquí referida, que obliga a que en la sentencia se decida únicamente sobre los asuntos de la litis, y que no son otros, que los consignados en la demanda y en la contestación en los que en definitivamente se fijan los términos del debate.- "Esta disposición impone al Juez el deber de estudiar en su sentencia tanto las pretensiones en la demanda como las contra pretensiones expuestas en la contestación a ella, siguiendo un orden lógico.- Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal - Teoría General del Proceso, t. I, pp. 464 y ss.), dice al respecto: "En la sentencia debe estudiarse primero si las pretensiones incoadas en la demanda tienen o no respaldo en los hechos probados y en la ley sustancial que los regula, y solamente cuando el resultado sea afirmativo se debe proceder al estudio de las excepciones propuestas contra aquellas por el demandado; pues si aquellas deben ser rechazadas aún sin considerar las excepciones, resultaría inoficioso examinar estas. Todas las pretensiones principales deben ser resueltas en la parte dispositiva de la sentencia, a menos que esta deba ser inhibitoria y si no prosperan, deben resolverse sobre las subsidiarias. En cambio, cuando se han alegado o probado varias excepciones perentorias, no es necesario que el Juez las estudie todas, ni que se pronuncie sobre ellas, pues le basta hacerlo respecto de aquella que debe prosperar, si desvirtúa todas las peticiones de la demanda.- Si la sentencia es inhibitoria, porque se admite una excepción dilatoria, no puede el juzgador de instancia pronunciarse sobre las pretensiones del actor porque estaría anticipando criterio, y, si admite una excepción perentoria que desvirtúa todas las peticiones de la demanda tampoco es necesario que se pronuncie las pretensiones ni sobre las restantes excepciones en aplicación del principio de la economía procesal" (Fallo de Casación.- R. O. No. 45-13-X-98). 2o. Que entre las excepciones propuestas por el demandado consta la perentoria de prescripción de la acción.- El Art. 2392 del Código Civil define a la prescripción "un modo de adquirir las cosas ajenas, o de

extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.- Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción".- De igual manera, el Art. 2414 del mismo código indica que "la prescripción que extingue las acciones derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".- Como se puede apreciar de las definiciones legales citadas que la prescripción constituye un modo de adquirir derechos o de perder otros adquiridos, obrando en razón del tiempo o de librarse de una obligación existentes.- Es decir, que la prescripción tiene como nervio o razón de su existencia, un derecho que se ejerce para adquirir, y que se llama "prescripción adquisitiva" o de extinguir una acción preexistente, denominada "prescripción extintiva".- En la especie, el demandado alegó la excepción de prescripción de la acción que tiene el actor, pero no estableció procesalmente el lapso en que el demandante no la ejerció o no la intentó oportunamente.- Por tanto no procede la excepción.- 3ro. Otra de las excepciones es la de falta de competencia del Juez en razón de que el demandado estaba de candidato para ejercer el cargo de Diputado de la República.- Para resolver esta excepción, se tiene en consideración lo siguiente: El artículo 1ro. del Código de Procedimiento Civil expresa "La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes.- Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados por razón del territorio, de las cosas, de las personas y de los grados".- Pues bien del texto de la norma aparece con claridad que son distintos "jurisdicción" y "competencia", puesto que la primera consiste en la potestad pública de juzgador y hacer ejecutar lo juzgado por los magistrados y jueces establecidos por la ley y principia su ejercicio y entran al desempeño del mismo".- Es necesario dejar establecido que el vocablo "jurisdicción" deriva de la locución latina IURISDICTIONE, que se traduce "por decir o mostrar el derecho".- Desde el momento en que el magistrado o Juez toma posesión del cargo adquiere jurisdicción.- En cambio, la competencia, no es otra cosa, conforme la misma norma el límite del Juez en la distribución de la jurisdicción, límite dentro del cual se encuentra encasillado y del que no puede salirse, salvo los casos expresamente señalados por la ley.- De ahí que exista el principio legal de "todo Juez tiene jurisdicción pero no todo Juez tiene competencia para conocer y resolver de todos los asuntos, en todos los grados o contra toda persona". En todo caso, las normas

relacionadas con la jurisdicción y competencia corresponde al orden público y consecuentemente son autónomas, de cumplimiento obligado para las partes y el Juez, pues no están a la libre disposición o arbitrio de estos. Por consiguiente, no es pues, potestad de las personas, en el ejercicio de sus derechos privados, asignar competencia a su voluntad. El Código de Procedimiento Civil, señala con precisión las clases de jurisdicción, en el inciso 1ro. del Art. 3ro., al expresar: "La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional", dando a cada una de ellas su significado y esencia legales.- Y en este orden de cosas, el Art. 3ro. inciso 4o. señala que "jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común" y el inciso 7ro., expresa que "jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las causas de cierta clase de personas".- En la especie, el demandado no indica la norma legal que establezca que un candidato al ejercicio de una función pública, como por ejemplo, la de Diputado, debe ser juzgado privativamente por determinado órgano jurisdiccional, tanto más que el Código Civil, en la regla 6a del Art. 7ro., indica que "las meras expectativas no constituyen derecho". Por consecuencia no procede la excepción. 4o. Otras de las excepciones propuestas por el demandado es la falta de citación con la demanda.- Entre las solemnidades comunes a todos los juicios a instancias, consta en el numeral 4o. del Art. 346 ibídem, la "Citación de la demanda al demandado".- Teniendo presente que la "citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o el acto preparatorio, y la providencia recaída en esos artículos" es incuestionable que la omisión de este acto procesal puede ocasionar la nulidad total o parcial del juicio, siempre y cuando se cumplan las exigencias del Art. 351 del mismo código que dice: "Para que se declare la nulidad, por no haberse citado la demanda al demandado o a quien legalmente le represente, será preciso: 1ro. Que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos; y, 2o. Que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en el pleito.- Pues bien, en la especie se observa que el demandado compareció a juicio, contestó la demanda, propuso excepciones, presentó demanda reconventional contra el demandante; es decir, ha ejercido ampliamente su derecho a la defensa y que, en consecuencia, no ha estado en indefensión.- No Procede el cargo.- 5o. Con relación a la excepción de ilegitimidad de personería alegada se hacen las siguientes observaciones: a) En efecto, la legitimidad de personería es uno de los presupuestos procesales conducentes a garantizar la validez del proceso ya que constituye una

solemnidad común a sustancial a todos los juicios e instancias, cuya omisión puede acarrear la nulidad procesal.- Cuando no se actúa con legitimidad dentro de un proceso, se comete ilegitimidad.- Por consiguiente, la ilegitimidad de personería tiene lugar en los siguientes supuestos: 1ro. Si el actor o demandado no tiene capacidad legal para comparecer por sí a juicio, por ser menor de edad o hallarse en interdicción, o por ser persona jurídica. 2o. Si quien comparece a juicio aduciendo ser representante del actor o demandado no es legalmente capaz, por ser menor de edad o hallarse en interdicción. 3ro. Si quien al comparecer al juicio aduciendo ser procurador judicial no es persona legalmente capaz o hallarse comprendido en los impedimentos para ser procurador o el poder que ostenta para comparecer a juicio es insuficiente; 4o. Si quien comparecen a juicio ofreciendo poder o ratificación de otro, no presenta el poder ni la ratificación de su presunto representado; b) En la especie, el demandado no especifica de quién proviene la ilegitimidad de personería, si de él o del actor.- Pero en todo caso se observa que la presencia en el juicio tanto del actor como del demandado es a título personal, y que lo han hecho a través de uno de los modos establecidos en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, que expresa: "En todo juicio concurrirán las partes personalmente...". No procede la excepción.-

QUINTO: Por consecuencia, a efecto de resolver sobre los hechos de la controversia se considera: 1ro. De conformidad a nuestra legislación positiva los daños que puede sufrir una persona por actos o hechos extraños a ella se clasifican en dos grandes categorías, como consecuencia natural de la antigua división de los derechos subjetivos en patrimoniales y extramatrimoniales: a) Daños patrimoniales; y, b) Daños morales.- Si bien es cierto que ambos daños tienen como finalidad esencial el resarcimiento económico vía reparación por daños materiales o "indemnización pecuniaria, a título de reparación "por daños morales, también no es menos cierto que sustancialmente son absolutamente distintos el uno del otro, inclusive desde su origen.- Los daños patrimoniales se caracterizan por poseer un valor pecuniario, o sea, son aquellos que permiten ser apreciados o cuantificados en dinero.- El Tratadista Francés Jean Carbonnier, en el Volumen II, t. 1ro. de su obra "Derecho Civil" expresa que el "patrimonio es el conjunto de los bienes y obligaciones de una persona considerados como una universalidad de derecho, es decir, un todo, una unidad jurídica. La voz patrimonio sólo se emplea incidentalmente por el Código Civil. La genuina base legal de la teoría radica en el Art. 2092, texto de gran riqueza conceptual que sugiere una serie de ideas, a saber: que los bienes de la persona forman un todo unitario, que responde de las deudas por ella contraída; que obligarse personalmente

es obligar dicha masa; la cual no solo se integra por la actividad de los bienes presentes, sino también por la potencialidad de los frutos... El activo patrimonial comprende todos los bienes de un mismo propietario, o para ser más exactos, del acervo de derechos dotados del mismo titular...". Ese patrimonio puede ser afectado por actos de terceros, como lo señala el Art. 1453 del Código Civil, el mismo que considera como fuente generadora de obligaciones, entre otras, "el hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos..." que al decir de Acuña Anzorena, en su obra "Actos Ilícitos, p. 11" son los actos humanos voluntarios en razón de los cuales se infringe una regla de derecho a norma jurídica, sea deliberadamente, sea por culpa o negligencia, o que de producir un daño, obliga a su autor a repararlo". Pues bien, en correspondencia la idea de daño es correlativa al patrimonio que sufre alteración por consecuencia de la culpa o negligencia del agente causante". La noción de daño es correlativa con el empobrecimiento, debido al menoscabo o disminución de la propiedad del damnificado, de allí la responsabilidad civil de los demandados determinan en sentencia, es la de restablecer, lo más exactamente posible el equilibrio patrimonial de los actores destruidos por el daño a estos a expensas de los responsables civiles, en la situación en que se encontraría su patrimonio, sino se hubiere producido el daño..." según el fallo de casación dictada por esta Primera Sala de lo Civil y publicado en el R. O. 159 del 30 de marzo de 1999. En cambio los daños morales, no tienen un valor pecuniario, porque no se traducen en una pérdida o lesión pecuniaria al patrimonio, sino que lesionan la sensibilidad anímica, íntima de las personas. "El daño moral es 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 que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar a molestias que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencia o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine Pretium doloris; el daño moral es aquél que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana, en último término, todo aquello que signifique menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño", según la resolución del Tribunal Constitucional publicada en el R. O. 110-S del 30-VI-2000".- Por su arte, esta Sala, en diversos fallos de casación como los publicados en los R. O. 108 y 140, del 28-VI-2000 y 14-VII-2000 ha expresado: "La distinción entre el valor económico y valor pecuniario viene a constituir la clave de la clasificación de los daños en patrimoniales y

extramatrimoniales.- Los primeros son aquellos agravios configurados por la lesión de un bien con valor pecuniario, es decir, de un bien patrimonial; en cambio, los segundos son aquellos conformados por el menoscabo de algunos de los bienes personales que no poseen traducción adecuada en dinero, y por lo tanto, carecen de valor pecuniario, es decir de un bien patrimonial, pero en cambio, son susceptibles de tener valor económico porque suelen incidir sobre la capacidad productiva del sujeto...". La acción por daños morales está vigente en el Ecuador desde el 4 de julio de 1984, en que fue publicada, en el Registro Oficial No. 779, la Ley No. 171, cuyas normas se encuentran incorporadas en los actuales artículos 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil.- Al respecto, el Art. 2232 del código citado expresa: "En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrán también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quién hubiere 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 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 procesamiento injustificados; y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes...". Del texto de la ley, aparece con claridad meridiana que la acción por daños morales es independiente de los resultados de las acciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales, ya sea de los sobreseimientos definitivos o de las sentencias absolutorias o condenatorias, y en este último caso, inclusive de las dictadas en querellas por injurias calumniosas o no calumniosas".- Obsérvese que la ley con claridad expresa que "dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito" hay la obligación de reparación, lo que significa que es independiente total y absolutamente de los resultados de las decisiones sobre la calificación o no de temeridad o malicia de las denuncia o acusación particular que originaron el proceso en que tales decisiones fueron tomadas.- Así lo tiene resuelto esta Sala en varios fallos de casación y entre ellos el publicado en el R. O. No. 958 del 3 de junio de 1996, en cuyo considerando cuarto se expresa: "Conforme ha declarado esta Sala, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría

requerido expresamente".- Por su parte la Enciclopedia Jurídica Omeba - T.V., ppp. 536 ratifica la clasificación y diferencia entre daño material y daño moral, cuando expresa: "... Si afecta a un derecho patrimonial, el daño es material; si ha lesionado un derecho no patrimonial, el daño es moral.- Conforme a este criterio, los ataques a la integridad física -que se comprenden como derechos extramatrimoniales- producen siempre exclusivamente daños morales, aunque "indudablemente estas lesiones pueden trascender al patrimonio del interesado o sus familiares, produciéndoles, por ejemplo, pérdida de jornales o dificultando la subsistencia y desenvolvimiento de sus deudos, en caso de muerte, pero esto no altera el hecho de que su reparación -con tal que sea posible- exija grandes sacrificios o desembolsos.- Los gastos de asistencia y curación que el causante haya de abonar son sencillamente los medios reparatorios".

2o. Una de las maneras de ocasionar daño moral a una persona es la de lesionarla en su honor, en su dignidad, que se encuentran garantizada en el numeral 8o. del Art. 23 de la Constitución de la República, que expresa: "... el Estado reconocerá y garantiza a las personas...8ro.. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.- La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona".- Esta lesión se puede ocasionar mediante imputaciones calumniosas o no calumniosas graves o leves, ya en público o en privado, o por difusión de noticias falsas, que afectan o pueden afectar al derecho esencial del honor.-

SEXTO: Habiéndose demandado por el actor la indemnización pecuniaria por el daño moral que dice haber sufrido como consecuencia de una publicación expuesta en la demanda, procede examinar si dentro del proceso se encuentra probado lo afirmado y para ello se considera: a) Que, a fs. 159 a 160 consta la diligencia de inspección realizada por el Juez de la causa, al local en que funciona el Café Bluenet, ubicado en la calle Veintimilla No. 635 entre 6 de Diciembre y Reina Victoria de la ciudad de Quito con la finalidad de proceder a abrir el "e-mail" o correo electrónico de la señorita María Rosario Mero Reyes a efecto de establecer que el demandado Luis Villacís Maldonado es autor de página web.- En el acta respectiva, el Juez de la causa dejó constancia de las siguientes observaciones: Encontrándose en el interior del Café Blue-Net con el propósito de ingresar a la página web www.geocities.com/frentepopularrec y hemos sido atendidos en un primer momento por la señorita María Rosario Mero, quien en un primer momento ingresó a la referida página del correo electrónico personal de ella marosos09@hotmail.com, donde constató la referida señorita ha enviado una nota de felicitaciones para el frentepopular@hotmail.com. Asunto: felicitaciones a Diputado Villacís, de fecha martes 12 de diciembre del 2002; a las 17h53.- A continuación con el

auxilio de otra persona hemos ingresado al correo electrónico del frentepopular@hotmail.com donde aparece la foto del señor Luis Villacís Maldonado, Presidente Nacional del Frente Popular.- Posteriormente existe otra página cuyo texto aparece en inglés "Sorry, the page you requested was not found", según versiones de la persona que nos auxilia en esta diligencia, nos manifiesta que la página referida a la "Corrupción" ha sido borrada el 19 de mayo del 2003; a las 16h23; posteriormente hemos observado otras páginas de dicho correo electrónico referente a boletines de prensa y otros comunicados.- Igualmente en otra página consta la siguiente dirección: "Ascazubi 271 y 10 de Agosto. Tel: 2221-65/2527-666/ 2504-226 099469-818.- frentepopulara@hotmail.com para lo cual se ha procedido a imprimir unos datos informativos referentes al referido correo electrónico del Frente Popular tantas veces mencionado disponiendo que los mismos se agreguen al proceso.- El Juzgado, amparado en lo que dispone el Art. 256 del Código de Procedimiento Civil, designa en calidad de perito único al ingeniero Belfor Medina, especialista en este tipo de trabajos, esto es, en sistemas, quien se posesionará el próximo día viernes veintisiete del presente mes y año y una vez posesionado presentará su informe en el término de diez días. El profesional designado en su informe constar todos y cada una de las peticiones y observaciones realizadas tanto por la parte actora al igual que el juzgado dentro de esta diligencia"; b) De fs. 225 a 228 consta el informe pericial presentado por el perito Guido Raúl Salazar Acosta y del que aparece que ingresó "directamente es la página www.geocities.com/frentepopularec, sin pasar por el buscador www.google.com, porque esta página ya se encuentra en la Inspección Judicial realizada el 25 de junio del 2003, y que consta a folios 159 a 175"; que exigió "la presencia de la señorita María Rosario Reyes (CI No. 1309537361) porque solamente ella puede abrir su correo electrónico (marosa09@hotmail.com)"; "a las 19h00 del día viernes 26 de septiembre, luego de haber verificado su identidad, María Rosario Mero navegó a la página www.hotmail.com y digitó su clave secreta"; que junto a la Srta. Mero, se verificó la existencia del correo mencionado en la inspección judicial ... es una REPLY (constatación directa) de la cuenta frentepopular@hotmail.com con nombre de usuario LUIS VILLACIS MALDONADO a morosa09@hotmail.com usuario MARIA ROSARIO MERO REYES, por tanto está incluido el mensaje enviado inicialmente por morosa09@hotmail.com... "que se analiza el texto completo del correo, para determinar si es un correo válido y poder determinar el origen del mismo, para lo que leemos el correo Hotmail desde OUTLOOK Express es equipo con Windows XP Pro.."; que procede a navegar "a la dirección

www.geocities.com./frentepopularec, dirección que se menciona en el texto del correo analizado; en efecto esta página se abre y verifica que el contenido del sitio se refiere a EL FRENTE POPULAR ECUADOR- El contenido del menú de navegación del sitio tienen los siguientes ocho vehículos: Principal, Principios, Directiva, Plat. Lucha Fotos, Boletines, Manifiestos e información.- Existe un menú de navegación adicional que tiene seis vínculos: Posición. Conflicto de Pueblos Arabes, Globalización, Corrupción, Plan Colombia y ALCA. En el vínculo "Directiva" se verifica que aparece una foto y al pie de esta se lee: Luis Villacís Maldonado, Presidente del FRENTE POPULAR"; y más adelante, y bajo el No. 11 expresa: "En resumen y de acuerdo con la información encontrada y analizando la misma, se concluye. 11.1. La dirección de internet facilitada por el usuario con el nombre de "Luis Villacís Maldonado" a María Rosario Mero Reyes, www.geocoties.com/frentepopularec, es la misma con la que, en la diligencia previa del 3 de mayo del 2002 se encontró la página de "Corrupción" y que consta a fs. 140 a 157 del juicio ordinario, signado con el número 716-2002-D.-11.2.- La dirección www.geocities.com/frentepopularec también es la misma con la que se encontró la página de "Corrupción" impresa en Berlín, que consta a fs. 50 a 68 del juicio...". Y bajo el número 15 expresa: "Después de haber navegado en la página web y haber confirmado el contenido de los quince anexos obtenidos en presencia de su señoría (folios 161 a 175), el usuario "Luis Villacís Maldonado" es responsable de la dirección electrónica frentepopular@hotmail.com. y del sitio www.geocoties.com/frentepopularec. Además, la dirección que consta en ANEXO 3, Ascázubi 271 y 10 de agosto, consta como contenido en el sentido en el sitio antes definido"; c) A fs. 50 a 68 de los autos consta agregada la declaración formulada, bajo la gravedad del juramento, en la ciudad de Berlín, República Federal Alemana, el 17 de octubre del 2002, ante el Dr. Patricio Troya Suárez, encargado de los asuntos consulares, por el señor José Eduardo Troya Armijos en el sentido de que la "documentación adjunta ha sido obtenido de la página web del Frente Popular (geocities.com/frentepopularec/posición/corrupción) con fecha quince de octubre del año en curso...", la misma que por no haber sido impugnada en su legitimidad y redargüido de falso dentro del término señalado en el numeral 4o. del Art. 194 del Código de Procedimiento Civil hace tanta fe como un instrumento público.- El documento a que hace referencia la declaración citada, obra de fs. 51 a 68 de los autos y en la página 54 se lee lo siguiente: "... Sigamos entonces hablando ahora de BANCOS, BANQUEROS, BANCARROTAS, BANCO ESTAFAS.- El saldo de la lucha contra la corrupción bancaria es desalentador.- De 51...administradores de bancos y

financieras, sindicatos y con órdenes de prisión, prófugos. Todos están involucrados en 21 juicios penales que se hincaron... Guayaquil pero solo CUATRO están presos: los banqueros Aspiazu y Peña, financistas Alberto Lituma y Gerardo Ruiz Navas, este último hermano de Mario Ruiz Navas, Presidente de la Conferencia Episcopal Ecuatoriana.- Ruiz había sido denunciado años atrás como lavador de narcodólares, aunque una de las razones por las que está detenido es por haber estafado a decenas de colegios, a muchas comunidades religiosas".- La Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos publicada en el R. O. 557-S del 17-IV-2002, señala, en el Art. 2 señala que "los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos. Su eficacia, valoración y efectos se someterán al cumplimiento de lo establecido en esta Ley y su Reglamento; y, concordante con ello, el Art. 52 de la misma Ley señala que "los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación serán considerados medios de prueba.- Para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil", datos que gozan de presunción legal, correspondiendo a la "parte que niegue la validez de un mensaje de datos" la prueba de los vicios que lo invalidan. En la especie, el demandado no demostró que los datos constantes en la documentación aludida contenían vicios que lo invalidaba; d) Por otro lado, el demandado, al proponer la excepción de prescripción de la acción, reconoció la existencia de los hechos expuestos en la demanda y que pretendió enervar con la excepción. Por consecuencia, el demandado está obligado a la indemnización, a título de reparación, demandada por Gerardo Antonio Ruiz Navas.

SEPTIMO: La Constitución Política de la República señala que el Ecuador es un "Estado Social de Derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico" que tiene como uno de los deberes primordiales asegurar la vigencia de los derechos humanos que serán directa e inmediatamente aplicados ante y por cualquier Juez, tribunal o autoridad, siempre hacia la realización de las efectivas garantías.- Y entre esos derechos, como se ha expresado, está el respeto a honra, el buen nombre y buena fama de las personas, respecto que debe ser cumplido sin excepción alguna.- Nadie, absolutamente nadie, y esto lo conoce perfectamente el demandado dada su trascendental vida pública en la que ha ejercido funciones de educador y de Legislador, está autorizado para atentar contra esa garantía, sin recibir, en caso de violación, las sanciones establecidos por el Estado para garantizar el orden público y la seguridad jurídica.

OCTAVO: En cuanto a la reconvencción deducida por el demandado Luis Villacís Maldonado María se hacen las siguientes consideraciones: 1ro.- El Art. 105 del Código de Procedimiento Civil se concede al demandado el derecho de reconvenir al demandante por los derechos que contra este tuviere.- La norma dice: "En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra este tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer u otro juicio".- Reconvenir es, según el Diccionario de la Real Academia, entre otras acepciones, "pedir uno contra el mismo que lo demandó en justicia". Concordante, la Enciclopedia Jurídica Omeba- T- XXIV-pp. 94-95 expresa: La reconvencción es un acto procesal de petición mediante el cual el demandado deduce oportunamente contra el actor una acción propia, independiente o conexas con la acción que es materia de la demanda, a fin de que ambas sean substanciadas y decididas simultáneamente en el mismo proceso.- La reconvencción es una demanda que dentro de un juicio ya iniciado dirige el demandado contra el actor del mismo. Por eso es que también se la denomina contra-demanda o demanda reconvenccional.- La reconvencción es un caso particular de acumulación objetiva de acciones... El demandado al reconvenir incorpora al debate y decisión del juicio en que lo hace, una pretensión principal, propia y autónoma.- Pretensión principal es aquella sobre la cual debe recaer el contenido decisorio de la sentencia definitiva del juicio en que lo hace, una pretensión principal, propia y autónoma.- Pretensión principal es aquella sobre la cual debe recaer el contenido principal, propia y autónoma.- Pretensión principal es aquella sobre la cual debe recaer el contenido decisorio de la sentencia definitiva del juicio.- En principio, la sentencia sólo puede versar sobre la admisión o rechazo de la demanda, en forma total o parcial; pero si se dedujo reconvencción, esta también constituye materia fundamental de la decisión final que debe dictarse en el juicio, de tal modo que la sentencia definitiva se irrita sino considera ni decide la reconvencción deducida por el demandado. Y todo ello porque la reconvencción es una demanda que espera la respuesta que el juzgador debe dar en la sentencia definitiva en razón de su ineludible deber de administrar justicia...". El sentido de la Jurisprudencia Nacional es igual conforme consta del fallo de casación publicado en el R. O. 1005-7-VII-96 en el que, entre otras cosas, se expresa: "La Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil incurre no solo en una gran confusión de concepto sino también en una inexcusable contradicción, al expresar en el considerando segundo de la sentencia recurrida que "la reconvencción es una contra demanda e implica una aleación o reclamación subsidiaria que se aspira proceda de no surtir oposición principal contenida en las

excepciones". La reconvencción, en los casos que procede, es una verdadera demanda, sujeta a los requisitos establecidos en la ley para el libelo inicial, dirigida por el demandado contra su demandante, ejerciendo alguna acción que contra este le compete.- Se la conoce también como mutua acción o contra demanda, porque ambas partes, actor y demandado, se demandan mutua o recíprocamente, en el mismo juicio, asumiendo y reuniendo en cada uno de ellos, el doble carácter o calidad de demandante y demandado... No es pues la reconvencción o contra demanda una simple alegación o reclamación subsidiaria condicionada a que sea considerada ante el infortunio o adversidad del resultado de la demanda inicial...". 5o. La demanda reconvenccional para que sea jurídica, como instrumento idóneo para ejercitar la acción y formular la petición de que se decida favorablemente su pretensión, en su formulación no está sujeta al arbitrio del proponente, sino que está debidamente reglamentada por la ley que señala, con precisión los requisitos para su admisión al trámite por el Juez, requisitos que se encuentran señalados en los 67 y 68 del Código de Procedimiento Civil y sin cuyo cumplimiento de esas formalidades.- En la especie, se observa que "la reconvencción" presentada por el demandado indicado, no cumple con los requisitos mencionados puesto que se limita a señalar como fundamento de su acción los daños y perjuicios originados como consecuencia de la comparecencia del actor ante el órgano jurisdiccional respectivo en ejercicio de su derecho consagrado en el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador que dice: "Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión...". Por lo tanto no procede la reconvencción.-

NOVENO: Habiéndose establecido el derecho del accionante para ser indemnizado por el demandado, el Tribunal, en uso de la facultad que le concede el inciso 3ro. del Art. 2232 determina el valor de la indemnización en la suma de CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA. Por lo expuesto esta Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia impugnada y declara con lugar la demanda disponiendo que el demandado Luis Alfredo Villacís Maldonado pague al actor Gerardo Antonio Ruiz Navas la suma de CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA por concepto de indemnización, a título de reparación por el daño causado.- Sin costas ni honorarios que regular.

Fdo.) Dres. Mauro Terán Cevallos, Héctor Cabrera Suárez, Viterbo Cevallos Alcívar, Magistrados.- Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

Razón: Es fiel copia de su original.

Certifico.

Quito, 13 de diciembre del 2007.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora de la Primera Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema.

ACLARACIÓN 339-07

Dentro del juicio ordinario No. 168-2007 que por daño moral sigue Gerardo Antonio Ruiz Navas en contra de Luis Alfredo Villacís Maldonado, se ha dictado lo que sigue:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, 28 de enero del 2008; a las 15h25.

VISTOS: Luis Villacís Maldonado solicita ampliación de la sentencia dictada por esta Sala el 11 de diciembre del 2007, las 15h30. El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, señala que: "La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere obscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos intereses o costas". En la especie, el escrito presentado por el peticionario no determina qué punto de la litis no ha sido resuelto para que proceda la ampliación. Anotándose que, la afirmación de peticionario de que la Sala ha incumplido con el deber impuesto por el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución es incorrecta, ya que en el considerando segundo del fallo se realiza un exhaustivo análisis de las causas que motivaron a casar la sentencia y a que el Tribunal de Casación adopte las funciones de Tribunal de instancia y dicte la sentencia que corresponde, al tenor de lo que dispone el artículo 16 de la Ley de Casación. En consecuencia, se rechaza la petición de ampliación presentada por improcedente. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Viterbo Zeballos Alcívar, Mauro Terán Cevallos, Magistrados y Juan Montalvo Malo, Conjuez Permanente.

Certifico.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora.

Razón: Es fiel copia de su original.

Certifico.

Quito, 28 de enero del 2008.

f.) Dra. Isabel Garrido Cisneros, Secretaria Relatora de la Primera Sala Civil y Mercantil, Corte Suprema.

Fuente: LEXIS FINDER