



**FACULTAD DERECHO**

**Tema:** “ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL DAÑO MORAL DENTRO DEL MARCO JURISDICCIONAL ECUATORIANO”.

**Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Licenciatura en Derecho**

**Presentada por:**

**MARÍA VERÓNICA TOCAÍN ZAPATA**

**Tutor:**

**DR. GABRIEL GALAN**

**Quito, junio de 2021**

## **RESUMEN**

Este trabajo de investigación está enfocado en estudiar la institución jurídica del daño desde un análisis estructural del daño de tipo moral dentro del marco jurisdiccional ecuatoriano. Tiene como objetivo general la realización de un análisis estructural sobre las generalidades y la parte adjetiva del daño moral en el Ecuador y como objetivos específicos: analizar históricamente el tratamiento al daño moral, analizar el tratamiento jurídico legal y doctrinal de este daño en el Ecuador y desglosar la parte procesal al respecto. Para lograr su cumplimiento se estudia la figura de la responsabilidad civil, desde su origen histórico, definición y sus clases, específicamente, la responsabilidad civil de naturaleza objetiva y subjetiva. De igual manera, se examina el daño desde sus cuestiones generales como definición, posiciones doctrinales al respecto. Se hace énfasis en el daño emergente, la determinación del lucro cesante y el daño de naturaleza extrapatrimonial. Igualmente se estudia lo concerniente al daño moral, desde sus generalidades que incluye, evolución, concepto, sus particularidades esenciales, la regulación jurídica en la Constitución, en el Código Civil y en el COGEP. Unido a ello, se revisan categorías como la moral, el buen nombre, honor, honra y los derechos considerados personalísimos. También se trata su reparación, desde un enfoque constitucional y la reparación integral. Además, se toca lo referente al tratamiento histórico que se le ha dado a la institución objeto de estudio y su situación actual en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

Palabras clave: daño, daño moral, responsabilidad, responsabilidad civil y reparación.

## **DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS**

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Nombres y apellidos: Maria Verónica Tocaín Zapata

CC: 1715039564

## **DEDICATORIA**

Este viaje ha sido largo, pero cada kilómetro ha sido recorrido con fuerza y con coraje, no muchos acompañaron mi caminar. Sin embargo, otros han compartido conmigo el significado del verdadero valor del tiempo y esfuerzo, sin duda mi familia, una pieza indispensable en este viaje. Ellos han sido la gasolina para el alma, pero no sería nada, sin mi compañero de fórmula, Dios. Por eso quiero dedicar mi título a mis padres, por haberme forjado como la persona que soy. Mis logros y este son suyos, y sin duda a mi hijo Joaquín Romero, que ha sido la bendición que recibo día a día para no desmayar y continuar. Finalmente, a la prestigiosa Universidad de los Hemisferios, en especial, a la Facultad de Jurisprudencia, por acogerme en sus aulas, entregándome a los mejores profesores y junto a mi profesor Dr. Gabriel Galán.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

|  |    |
|--|----|
| RESUMEN .....  | 6  |
| ABSTRACT .....                                       | 6  |
| INTRODUCCIÓN .....                                   | 8  |
| RESPONSABILIDAD CIVIL.....                           | 10 |
| 1.1. Nociones sobre la responsabilidad civil.....    | 10 |
| 1.2. Responsabilidad civil objetiva.....             | 12 |
| 1.3. Responsabilidad civil subjetiva .....           | 13 |
| EL DAÑO.....   | 16 |
| 2.1. Cuestiones generales acerca del daño .....      | 16 |
| 2.2. Daño emergente .....                            | 18 |
| 2.3. Lucro cesante .....                             | 19 |
| 2.4. Daño extra-patrimonial .....                    | 20 |
| DAÑO MORAL .....                                     | 22 |
| 3.1. Generalidades sobre el daño moral .....         | 22 |
| 3.2. La moral .....                                  | 24 |
| 3.3. Incidencia en los derechos personalísimos ..... | 26 |
| 3.4. Buen nombre.....                                | 27 |
| 3.5. Honor .....                                     | 28 |
| 3.6. Honra .....                                     | 30 |
| 3.7. Tratamiento histórico del daño moral .....      | 31 |
| 3.8. Tratamiento actual del daño moral .....         | 33 |
| 3.9. Reparación del daño moral .....                 | 36 |
| 3.10. Reparación a nivel constitucional .....        | 38 |
| 3.11. Reparación integral .....                      | 40 |
| CONCLUSIONES.....                                    | 44 |
| RECOMENDACIONES .....                                | 46 |
| BIBLIOGRAFIA .....                                   | 47 |

**TITULO:** ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL DAÑO MORAL DENTRO DEL MARCO JURISDICCIONAL ECUATORIANO

**Autor:** Maria Verónica Tocaín Zapata

**Correo electrónico:** fero.vero@hotmail.com

**RESUMEN**

Este trabajo de investigación está enfocado en estudiar la institución jurídica del daño desde un análisis estructural del daño de tipo moral dentro del marco jurisdiccional ecuatoriano. Tiene como objetivo general la realización de un análisis estructural sobre las generalidades y la parte adjetiva del daño moral en el Ecuador y como objetivos específicos: analizar históricamente el tratamiento al daño moral, analizar el tratamiento jurídico legal y doctrinal de este daño en el Ecuador y desglosar la parte procesal al respecto. Para lograr su cumplimiento se estudia la figura de la responsabilidad civil, desde su origen histórico, definición y sus clases, específicamente, la responsabilidad civil de naturaleza objetiva y subjetiva. De igual manera, se examina el daño desde sus cuestiones generales como definición, posiciones doctrinales al respecto. Se hace énfasis en el daño emergente, la determinación del lucro cesante y el daño de naturaleza extrapatrimonial. Igualmente se estudia lo concerniente al daño moral, desde sus generalidades que incluye, evolución, concepto, sus particularidades esenciales, la regulación jurídica en la Constitución, en el Código Civil y en el COGEP. Unido a ello, se revisan categorías como la moral, el buen nombre, honor, honra y los derechos considerados personalísimos. También se trata su reparación, desde un enfoque constitucional y la reparación integral. Además, se toca lo referente al tratamiento histórico que se le ha dado a la institución objeto de estudio y su situación actual en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

Palabras clave: daño, daño moral, responsabilidad, responsabilidad civil y reparación.

**ABSTRACT**

This research work is focused on studying the legal institution of damage from a structural analysis of moral damage within the Ecuadorian jurisdictional framework. Its general objective is to carry out a structural analysis on the generalities and the adjective part of moral damage in Ecuador and as specific objectives: historically analyze the treatment of moral

damage, analyze the legal, legal and doctrinal treatment of this damage in Ecuador and break down the procedural part in this regard. To achieve its compliance, the figure of civil liability is studied, from its historical origin, definition and its classes, specifically, civil liability of an objective and subjective nature. In the same way, the damage is examined from its general questions such as definition, doctrinal positions in this regard. Emphasis is placed on consequential damage, the determination of lost profits and non-pecuniary damage. Likewise, matters concerning moral damage are studied, from its generalities that includes, evolution, concept, its essential particularities, the legal regulation in the Constitution, in the Civil Code and in the COGEP. Together with this, categories such as morality, good name, honor, honor and rights considered highly personal are reviewed. Reparation is also discussed, from a constitutional approach and comprehensive reparation. In addition, it deals with the historical treatment that has been given to the institution under study and its current situation in the Ecuadorian legal system.

Keywords: damage, non-pecuniary damage, liability, civil liability and reparation.

## INTRODUCCIÓN

La figura del daño moral trasciende el ámbito material, afecta directamente a la persona en su integridad, la honra y el buen nombre. Esta ha sido tratada por la doctrina, la jurisprudencia y se regula en el Ecuador en el ámbito civil. Ante esta clase de daños se manifiesta la necesidad de repararlo, estas cuestiones constituyen la base del estudio del tema vinculado al análisis estructural del daño moral dentro del marco jurisdiccional ecuatoriano.

En ese sentido, la presente investigación realiza un estudio teórico de la institución jurídica del daño. Para ello se ha trazado como objetivo general: realizar un análisis estructural sobre las generalidades y la parte adjetiva del daño moral en el Ecuador y para ello se han determinado como objetivos específicos analizar históricamente el tratamiento al daño moral, analizar el tratamiento jurídico legal y doctrinal de este daño en el Ecuador y desglosar la parte procesal al respecto.

La presente investigación está estructurada en tres capítulos. El primero realiza un estudio de la responsabilidad en el ámbito civil. Se inicia por las nociones generales de esta figura desde su evolución histórica, definición para luego entrar en sus tipos. Se revisa la responsabilidad de carácter civil objetiva y subjetiva, para determinarlas y distinguirlas una de la otra.

El segundo capítulo está dirigido a estudiar la institución jurídica del daño haciendo énfasis en sus tipos: daño emergente, cesante y extrapatrimonial desde sus definiciones y particularidades. El tercer capítulo está enfocado en examinar el daño moral, como cuestión esencial de la investigación. Para ello se parte de revisar las categorías que inciden en el desde una revisión doctrinal, entre ellas: la moral, el buen nombre, el honor, la honra y los derechos personalísimos.

Siguiendo con la estructura, el tercer y último capítulo, trata el tema del tratamiento que históricamente se le ha dado al daño moral, el asunto de la reparación en el orden constitucional y la reparación integral. Igualmente, se revisa la regulación en el Código Civil de la figura del daño, al igual que en el plano procesal, desde el procedimiento ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, mediante el que se tramita la figura de estudio en el país.

La presente investigación es de carácter cualitativo soportado en la lógica y se enlaza con el Derecho Civil, Procesal y Constitucional. Esta se desarrolla de lo general a lo particular partiendo del estudio de la responsabilidad, el daño y su reparación. Igualmente aplica la técnica bibliográfica documental al tener un sustento eminentemente teórico. De igual forma, aplica métodos como el analítico sintético, inductivo y exegético jurídico. Este último, al revisar las normativas que inciden en el tema y que forman parte del ordenamiento jurídico nacional.

## **RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **1.1. Nociones sobre la responsabilidad civil**

Las nociones de responsabilidad se remontan al Código de Hammurabi en el cual la responsabilidad civil y la penal se encontraban fusionadas y se confundían la una con la otra. El mencionado código constituye un claro antecedente histórico de las tablas y baremos que existen en la actualidad. El Código de Hammurabi estableció la Ley del Talión, pero, además, también dispuso la posibilidad de la compensación en dinero por los daños diferentes a los atentados contra la persona, pues tradicionalmente el daño a la persona se consideró imposible de resarcir (Nanclares & Gómez, 2017).

En el derecho hebreo, y según Nanclares y Gómez (2017), el libro del Éxodo contiene, además del conocido Decálogo, leyes que muestran cómo se reparaban los daños para la época. En cuanto a los daños a las personas, se determinaron los presupuestos comunes que generaban perjuicios, donde se establecía la obligación de indemnizar mediante penas corporales y pecuniarias en el caso de la responsabilidad penal (Nanclares & Gómez, 2017).

En el Derecho Romano se llegaron a confundir los conceptos de pena y de reparación, dado porque a pesar de existir acciones que tenían como fin principal la reparación, y otras con un propósito esencialmente penal, esa distinción se tornó difusa cuando posteriormente se adoptaron las acciones mixtas que buscaban tanto la imposición de una pena como la indemnización. Los romanos aplicaban el Derecho casuísticamente, nunca se ocuparon por darle un fundamento a la responsabilidad, y los fueron resolviendo caso a caso sin disponer una regla general para su aplicación.

Fue evolucionando la reparación, con matices peculiares en varias legislaciones y ordenamientos, y se puede decir que el Código Civil francés de 1804, a pesar de no instituir un capítulo dedicado a la responsabilidad, sí consagró el principio general de la responsabilidad civil enunciado en su artículo 1382, y vinculó la reparación del daño al valor del perjuicio sufrido, es decir, cuantificó la medida de la responsabilidad en función de la medida del perjuicio.

Actualmente y desde los inicios del Siglo XX, el seguro de responsabilidad civil incide considerablemente en la reparación de las víctimas. Por ello la categoría de daños reparables se amplió considerablemente, cuestión que lo acercó a la reparación de carácter integral. Ello

muestra como desde su génesis se ha visto como resultado de la responsabilidad en plano civil y penal, que, desde el Código de Hammurabi, estuvo fusionada. Es por tal razón que las primeras expresiones se encuentran en la Ley del Talión, luego pasan por la compensación de los daños diferentes a la persona, posteriormente comprenden penas corporales y pecuniarias, para finalmente reflejarse en un principio general (Nanclares & Gómez, 2017).

En la actualidad proliferan en la doctrina opiniones diversas encaminadas a determinar el término adecuado para hacer referencia a la figura de la responsabilidad, vista en sentido genérico. Determinados autores afirman que el término “reparación” resulta más clarificador que el de “responsabilidad”, mientras que otros esgrimen que “responder” es el que debería emplearse; en una tercera corriente se encuentran los que abogan como más apropiado el de “derecho de daños” en el entendido de que garantiza la reparación de los intereses de carácter colectivo (Garrido, 1993).

Ahora bien, según Viney (2001), la expresión “responsabilidad civil” tiene un significado en el lenguaje técnico-jurídico contemporáneo que la define como el conjunto de reglas que obligan al autor de un daño que ha sido causado a otro sujeto, a reparar tal perjuicio a través de ofrecerle una compensación a la víctima.

Sin dudas es un tema básico y necesario el de la responsabilidad civil, del que Fernández (2017) ha planteado que muy poco se ha hablado o escrito, a pesar de que está presente en todas las ramas del Derecho y del ámbito jurídico del Estado. Enfatiza en la tendencia creciente de casos relacionados con la responsabilidad civil a resolver y las escasas herramientas que se poseen para ello. Lo anterior provoca que en su mayoría las resoluciones sobre este tema padezcan de poca profundidad y fundamentación, con el consabido costo que ello representa para la sociedad.

Por eso es muy gráfico el planteamiento de Jonas (2008) cuando expresa que solo quien ostenta una responsabilidad puede actuar de manera irresponsable, y que ser responsable tiene, además de la implicancia moral, un fundamento legal, siendo este último el principal, pues si la ley no dispone la exigencia de ese tipo de responsabilidad, que rebase a la estrictamente moral, no habrá sustento para la reparación del daño, dado que es la ley la única que puede obligar a ello.

## 1.2. Responsabilidad civil objetiva

A la hora de definir la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil se ha debatido mucho, en ese sentido la idea de distinguir dos tipos de responsabilidad civil: la objetiva y la subjetiva, ha generado igualmente grandes controversias. No obstante, es útil y necesario poder diferenciarlas para su mejor comprensión y estudio.

Cuando nos referimos a la responsabilidad objetiva debemos tener presente que su fundamento difiere respecto al de la responsabilidad subjetiva. Autores como Borja (2004) han identificado en su día a la responsabilidad objetiva con la responsabilidad por riesgo creado, sosteniendo tal criterio en que dicha responsabilidad está basada en un elemento que es ajeno a la conducta, de carácter objetivo, siendo el empleo de un objeto que por sus características o debido a la celeridad en que se maneja, se torna peligroso o genera un riesgo para la colectividad.

La distinción, pues, con la responsabilidad civil subjetiva, estaría dada por la noción de culpa en esta última, esto significa que los daños son causados producto de una conducta culpable, cosa diferente ocurre con la responsabilidad objetiva, al ser una conducta inculpable relativa al aprovechamiento de un objeto peligroso que genera riesgos de daños, basado propiamente en el elemento externo, que lo constituye ese riesgo provocado (Campos, 2000).

Por su parte, Hernández (1988) entiende que el concepto de responsabilidad objetiva debe su existencia a que la responsabilidad subjetiva no resulta suficiente para solucionar determinados casos en el ámbito de la justicia. En similar postura, Rojina (1998) llama la atención sobre lo ineficaz que resulta la teoría de la responsabilidad subjetiva y se basa para ello en que si bien la misma maneja presunciones de culpa, el aseguramiento de la indemnización de las víctimas en determinados casos donde se estime su necesidad, se considera suficiente y propiciadora del surgimiento de la responsabilidad objetiva como figura novedosa, pues no sería ya indispensable la culpa para que exista responsabilidad y se admitiría que todo riesgo que sea generado correrá a cuenta de la actividad que lo creó.

Un elemento importante para comprender la concepción de responsabilidad objetiva, es reconocer que existen determinados roles las personas cumplen en el escenario de sus interacciones sociales. De esta manera la víctima, el presunto autor, e inclusive terceras personas, podrían faltar a su papel o ejecutarlo de modo deficiente mientras desarrollan una

actividad de carácter lícito, originando la materialización de un daño, toda vez que la referida actividad posee como característica distintiva su peligrosidad y potencialidad para generar un daño.

Y si bien en la responsabilidad objetiva está comprendida también la reparación del daño moral, se han extendido criterios esgrimidos por los estudiosos del tema, mediante los cuales se puede hablar de exclusión de la imputación objetiva dependiendo de causas anteriores que se deben dar atendiendo a circunstancias determinadas (Medina, 2003):

- Prohibición de regreso: plantea la imposibilidad de imputar un resultado de daño si le sobrevienen a la conducta del agente que puso en marcha la cadena causal otras conductas dotadas de dolo o que eran de imprudencia grave proveniente de terceros.
- Fin de la protección de la norma: afirma la imposibilidad de imputar un resultado de daño que no esté comprendido en la finalidad protectora de una norma jurídica que persiga argumentar la responsabilidad del demandado.
- Competencia de la víctima: se descarta la responsabilidad del agente que provoca el daño si la conducta de la víctima incidió en su causación o si produjo su propio daño. Tal conducta deberá haber tenido una incidencia causal determinante para la provocación del daño.

Otro elemento a tener en cuenta en este análisis de exclusión de la responsabilidad por el daño ocasionado tiene que ver con que no se impute un resultado dañoso a quien ejerció una autoría mediata en aquellos casos en que la víctima sea la que ejerce el control de la situación y su postura y conducta sean inadecuadas, unido a que esta efectúe actos constitutivos en causas eficientes de modo que se pueda verificar el resultado acaecido.

### **1.3. Responsabilidad civil subjetiva**

Corresponde revisar la responsabilidad civil subjetiva, cuya característica principal está dada en que se enfoca en la conducta, pues lo determinante para imputar responsabilidad es la culpa del autor. De ahí que sea importante analizar en cada caso la acción u omisión así como

el grado de culpa del sujeto comisor, cuestiones cardinales para llegar a la determinación de la responsabilidad (Fernández, 2017).

La denominación de “subjetiva” está dada por generarse a partir de la conducta humana, o sea, de las acciones o las omisiones que realizamos en la cotidianidad y que puedan generar un daño. Por tales cuestiones se hace muy compleja su interpretación, ya que lo subjetivo es inherente a la consciencia de las personas, la voluntad para accionar constituye una cuestión tan interna del ser humano que complejiza sobremanera determinar su intención. Se conduce este tema en un terreno de gran ambigüedad, escasa claridad, y esto a veces se conjuga con la insuficiente preparación de los operadores del Derecho Penal, lo que hace que las decisiones judiciales que se adopten carezcan de científicidad (Fernández, 2017).

La teoría clásica de la responsabilidad precisa que la obligación de indemnizar exige que el daño injusto producido a la víctima haya sido generado por un hecho doloso o culpable de su autor, tanto a título de acción como de omisión. Será por acción cuando se ejecute un hecho (*culpa comitendo*), mientras que la omisión se consistirá en la no ejecución de un hecho (*culpa omitendo*). Se plantea que hay negligencia cuando la persona se abstiene en la acción, lo que se traduce en descuido y también omisión, cuando no se toman las medidas que exige el momento. Si es la ley la que ordena esta precaución basta con que se produzca la omisión para entender que hay culpa en contra de la legalidad.

Cuando se presentan estos casos la víctima debe arrostrar la carga de la prueba, a los efectos de probar que quien le provocó el daño actuó dolosa o negligentemente. Para efectuar la imputación subjetiva que existe entre el hecho que provocó el daño y su autor, se corroborará un juicio de valor sobre cuál sería la conducta que debería adoptarse en medio de una determinada situación riesgosa o cuando existe un peligro para ciertos derechos y/o bienes jurídicos, analizando y probando entonces la conducta que en ese caso desplegó el autor (Díez-Picazo, 2000).

Llegados a este punto es menester precisar uno de los escasos signos distintivos de relevancia existentes entre los ámbitos contractual y extracontractual, pues para el extracontractual se entiende que resarcir un daño se realiza independientemente del grado o de la forma de culpa denotada por el sujeto. Caso contrario, en el plano de lo contractual la

gradación de la culpa ofrece una precisión acerca de si la contraparte tuvo un nivel de diligencia superior o inferior en virtud de lo que a este efecto se le exige (Díez-Picazo, 2000).

Continuando con el análisis de la responsabilidad subjetiva y analizándolo ya en el ámbito nacional, debe apuntarse que en Ecuador se le ha otorgado un especial tratamiento a aquellos casos en que se manifiesta una responsabilidad motivada por actividades riesgosas, revirtiéndose la carga de la prueba, y se exige que el agente que provocó el daño demuestre que observó los cuidados y la precaución indispensables para evitar el siniestro, siendo producido el mismo producto de una fuerza mayor o de un caso fortuito (Medardo Luna vs. AECA, 2004).

Siendo consecuente con la anterior postura, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador mantiene una postura uniforme en los casos donde concurren determinadas actividades que generan riesgo, en el propósito de no colocar a los damnificados en estado de indefensión, asumiendo *iuris tantum* la presunción de culpa respecto al provocador del daño, con lo cual hace recaer sobre este la carga de la prueba, pues le resulta más sencillo demostrar que el daño fue producto de un caso fortuito o fuerza mayor, previo a que el damnificado demuestre que el autor del daño incurrió en dolo o negligencia (Comité Pro Mejoras Delfina Torres viuda de Concha vs. Petrocomercial y otros, 2003).

A modo de resumen de esta primera parte, se debe plantear que la responsabilidad ha ido evolucionando a la par de la humanidad y la sociedad en general al igual que ha estado reconocida desde las normas jurídicas más antiguas hasta la actualidad y ha respondido a cada una de las condiciones u necesidades hasta la actualidad. Esta se divide en la responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. La primero, es un tipo de responsabilidad civil que tiene lugar al margen de toda culpa imputable al sujeto responsable. Por otro lado, la responsabilidad subjetiva tiene su aparición únicamente ante la culpa del sujeto que generó el daño.

## EL DAÑO

### 2.1. Cuestiones generales acerca del daño

El daño se ha definido primaria y esencialmente como perjuicio o menoscabo sufrido por la víctima. Este tiene dos variantes o tipologías: puede ser patrimonial (afectación) o personal. Lo anterior implica una de las exigencias del daño: que la víctima deba y pueda probarlo. De igual manera, debe verificarse que exista un nexo causal que vincule al hecho culposo y al daño causado; si por el contrario, no se pudiera probar la existencia de dicho nexo, el juzgador podrá inadmitir las pretensiones que le han sido solicitadas a consecuencia de una determinada responsabilidad civil, tanto proveniente del ámbito contractual como del extracontractual (Sarmiento, Medina, & Plazas, 2017).

Otra definición de daño lo asocia con un perjuicio, o sea, disminución o variación de una situación favorable (De Cupis, 1975). De igual modo, se ha definido como lesión de un derecho ajeno que consiste en el quebranto económico infligido, en una merma del patrimonio que sufre la víctima, a lo que se adiciona el sufrimiento moral (Hinestrosa, 1967).

Entretanto, Tamayo (2007) entiende por daño civil indemnizable al detrimento de las facultades jurídicas ostentadas por una persona en aras del disfrute de un bien inmaterial o patrimonial. Este daño sería susceptible de indemnización cuando ilícitamente se causa por una persona que no es la víctima.

Por su parte, para Escobar (1989) significa todo menoscabo, detrimento o perjuicio que a partir de un determinado acontecimiento sufra un individuo en sus bienes corporales, espirituales o patrimoniales, independientemente de si es causado por la acción humana, infligido por la víctima o por un tercero, o incluso que la causa sea un hecho natural.

Para arribar a un concepto técnico sobre el daño o lesión, que se encuentre correlacionado con la responsabilidad civil, es preciso comprender que debe tratarse de un perjuicio evaluable desde el punto de vista patrimonial, que no deben concurrir causas de justificación de carácter civil, no referido esto en su comisión, sino en su producción en relación al titular del patrimonio, y, por último, se habla de que sea posible imputar el mismo a una

tercera persona. Con todo ello, la *conditio sine que non* para impulsar la reparación es que el daño revele un carácter antijurídico, calificativo que se podría obtener constatando que el ordenamiento jurídico no impuso a la víctima el deber de soportarlo (García & Fernández, 1993).

Precisamente García y Fernández (1993) han advertido sobre la necesidad de precisar la distinción entre lo que se denomina perjuicio justo y la variante de perjuicio injusto, en dependencia de que concurren causas de justificación de carácter civil en la acción personal del sujeto que es exigido por haber causado el perjuicio. Esta alegada causa de justificación deberá ser concreta y expresa, y siempre habrá que considerarla como un título legitimador del perjuicio contemplado: el cumplimiento de un contrato, la exacción de un impuesto, determinada ejecución administrativa o de carácter procesal, entre otras. Aparte de ello, debe considerarse que siempre que se verifique un perjuicio o detrimento patrimonial y que el mismo se pueda imputar a un individuo, se estará en presencia indubitada de una lesión, y también de un perjuicio injusto (García & Fernández, 1993).

Sarmiento, Medina y Plazas (2017) definen que el daño es consistente, en primer orden, de una acción, un hecho, y en caso del perjuicio, este deviene en menoscabo patrimonial de una persona natural o jurídica. Esto significa que el patrimonio no se daña propiamente, sino que recibe un perjuicio. Una vez sustanciados estos aspectos se puede entender que el daño que denominamos antijurídico es aquel que la víctima no arrostra el deber de soportar, ello pudiera hacer interpretar que existen determinados daños que al no calificarse como antijurídicos no resultarían en consecuencia indemnizables.

Se documentan disímiles clasificaciones del daño en base a criterios también divergentes, siendo dichas clasificaciones meras cuestiones dialécticas, y esto se puede afirmar en base a que realmente en muchas ocasiones se constatan casos en que los daños podrían calificar al unísono en varias sub-clasificaciones, o lo que es lo mismo, un mismo hecho es susceptible de provocar varias tipologías de daños.

A esta tendencia a la multiplicación de los daños se ha contrapuesto la doctrina, aceptando que solo se escinda el daño en dos tipologías: el daño patrimonial y el extra-patrimonial. Reafirma esta idea Galdós (2005) cuando expresa las lesiones a la estética, la psiquis, al proyecto de vida, y a la persona en general, si bien se les podría considerar con

autonomía conceptual, no poseen una emancipación resarcitoria diferente ni adicional de la reconocida al daño patrimonial y extra-patrimonial.

En el caso específico del daño patrimonial, debe comentarse que está vinculado a la noción de lesión, menoscabo o agravio al concepto de patrimonio entendido como atributo clásico de la personalidad (Zannoni, 1993). De acuerdo con Barragán (1995) el daño material o patrimonial consiste en un menoscabo que la víctima sufre de manera injusta en su patrimonio, y se contrapone al daño moral, también conocido como inmaterial, porque este que tiene que ver más con afectaciones a sus derechos inherentes a la personalidad. En consecuencia, y a modo de síntesis, el daño patrimonial viene dado por la lesión, detrimento o menoscabo de aquellos bienes pertenecientes a la persona dañada, y sobre los que se pueden realizar estimaciones económicas, tratándose de un hecho que pauta una distinción entre el estatus patrimonial de la víctima previo a la ocurrencia del hecho dañoso y otro que difiere relacionado causalmente por la ocurrencia del suceso provocador del daño, a lo que se le denomina o se sustenta en la llamada teoría de la diferencia (Portillo G. , 1992). El daño patrimonial tradicionalmente se ha dividido en dos clases de perjuicios: el daño emergente y el lucro cesante.

## **2.2. Daño emergente**

Como parte del daño, está el de carácter emergente, para definirlo Mariño (1999) define lo considera como toda erogación o gasto que tuviera que ser sufragado en una relación de causa-efecto, provocado por un hecho causante de un daño a determinada persona, que sería en este caso la víctima. Con ello señala a aquellas sumas de dinero así como los bienes y servicios apreciables en el mismo que debieron ser extraídos del patrimonio de una persona producto del perjuicio que se le causó. Incluye además al menoscabo patrimonial que se padece como consecuencia directa de la acción que causó dicho daño.

Según el propio autor, se determina el daño emergente una vez que el bien o servicio se separó o se separará del patrimonio de la víctima producto del hecho que originó dicho desprendimiento; ello señala que no se debería identificar con perjuicios ocurridos en el pasado, toda vez que se limitaría a tiempos pretéritos, o sea, a aquellas erogaciones ya realizadas, que excluirían el daño emergente a producirse en el futuro, que no sería otra cosa que los gastos futuros que indefectiblemente abandonarían el patrimonio de la víctima (Mariño, 1999).

Habrá daño emergente, entonces, cuando el evento nocivo suprima del patrimonio de la víctima entidades o cosas que ya poseía. En otras palabras, es el valor de reposición de un bien que ha sufrido un perjuicio o el valor de la pérdida sufrida. Se trata de un concepto cuya existencia tendrá que ser probada y comprobada, a su vez, se trata de algo cuantificable.

Es importante agregar que el daño emergente no solo abarca los daños inmediatos que se produzcan, sino también los futuros. Esto significa que involucra tanto los costos de reparación en un momento actual determinado como los que ocurran más adelante como consecuencia del hecho. Incluso, se plantea que pueden engrosar también el daño emergente otras pérdidas relacionadas que acontezcan con posterioridad, algunas de las cuales, por principio, serían imprevisibles, pero en otros casos existirá alguna posibilidad de ser previstas.

### **2.3. Lucro cesante**

Para revisar el lucro cesante, es conveniente, seguir con Mariño (1999), quien lo entiende como aquellos montos de dinero que para la fecha del hecho que generó el daño no habían ingresado al acervo patrimonial de la víctima, pero cuya recaudación era esperada, puesto que las devengaba sistemáticamente o de manera ocasional con la labor o actividad de carácter económico en la que la persona se desempeñaba, en concordancia con sus estudios, el nivel de capacitación, la experiencia profesional, entre otros aspectos; también habría que analizar, caso contrario, si se encontraba en un periodo de improductividad de carácter transitorio, y entonces habría que valorar aquellos ingresos que hubiera podido percibir cuando alcanzara la capacidad productiva normal.

Por su parte, Tamayo (2007) también ha incursionado y profundizado en el tema del lucro cesante. Para este autor es importante comprender que nos encontramos en presencia de esta situación cuando se ha verificado que un bien económico destinado a ingresar a un patrimonio durante el curso normal de los sucesos cotidianos, ni ingresó ni ingresará a dicho acervo patrimonial.

De Cupis (1975) desarrolla su explicación sobre el lucro cesante a través de la siguiente ejemplificación: el conductor de un vehículo que atropella a un peatón, no solo le provoca a la víctima un perjuicio en materia de gastos hospitalarios y quirúrgicos (lo cual calificaría como daño emergente), sino que además cargará a la persona atropellada con otro perjuicio

relacionado con aquellos ingresos que en un futuro debió adquirir por la permanencia inalterada de su integridad física pero al romperse su estado de sanidad ya no podrá ingresar a su peculio (esto sería entonces el lucro cesante). En otras palabras, aquellos montos de dinero que el atropellado debió erogar para atenderse producto del accidente de que fue víctima ya le pertenecían previo al siniestro, y, por ende, ese daño que corresponde al mismo es un daño emergente; por su parte, aquellas ganancias profesionales que la persona hubiera indefectiblemente obtenido de no haberse producido el accidente devienen en una entidad futura, que solo puede conducir a un daño, pero en este caso por lucro cesante.

En aras de abundar un poco más sobre este tema, Goyas (2015) apunta que la distinción entre daño emergente y lucro cesante más bien se trata de la certidumbre o no del daño, de aquello que se ha perdido o de lo que se ha dejado de obtener, pero no se ha perdido, porque en el momento de que se ocasionó el daño ello no era cierto. De esta manera, se puede afirmar que esta clase de daño esta conformado por pérdidas las pérdidas que se sufren, la afectación que realmente se ocasiona al patrimonio del perjudicado; mientras que el lucro cesante se integra por los beneficios dejados de percibir.

Podría definirse al lucro cesante, resumiendo, como la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor a causa del perjuicio causado por otro. En otras palabras, el lucro cesante se tiene en cuenta en aquellos casos en que el dueño del bien se ve imposibilitado de ingresar dinero a causa del daño infligido a dicho bien por la persona protagonista del hecho. Se trata concretamente de daños en bienes como origen del lucro cesante, el que se traducirá en determinada cantidad de dinero en carácter de indemnización, que será percibida por el legítimo propietario del bien dañado, dado que este no pudo ganar el dinero previsto durante el tiempo en que su bien estuvo inutilizado producto del daño. En este aspecto radica precisamente la diferencia del lucro cesante con el daño emergente, puesto que este conduce a un empobrecimiento, mientras que en el lucro cesante lo que ocurre es un impedimento del enriquecimiento, que se parece, sin embargo, no surte el mismo efecto.

#### **2.4. Daño extra-patrimonial**

El daño extra-patrimonial, de acuerdo con Macías (2004), es aquel que sufre el perjudicado puede tener dos modalidades en sentido general, puede ser de carácter patrimonial

si perjudica los bienes materiales de la persona de manera directa, o extra-patrimonial si con la acción dañosa se disminuye el llamado patrimonio moral del sujeto afectado.

En este punto, adquiere un rol de insoslayable relevancia la institución del daño moral, que según Galdos (2005) se entiende como todo perjuicio a la subjetividad del individuo, que se puede manifestar en alteración psicológica dolor, padecimiento, humillación, y de forma general, mengua el estado de ánimo con posterioridad a la ocurrencia del acto ilícito que le da origen. El daño extra patrimonial por excelencia es el daño moral, aunque se manejan otros tipos de daños igualmente de esas características, como los daños corporales, fisiológicos, biológicos, estéticos, psíquicos, y al proyecto de vida.

A modo de conclusiones, es importante decir que el daño en el plano jurídico constituye un detrimento, un perjuicio que se causa a otra persona ya sea, en su patrimonio, por ello estos se pueden calcular de forma directa en valor monetario y también se pueden causar a la persona. Específicamente el daño patrimonial se puede separar en emergente y lucro cesante. El primero es de carácter material y genera una afectación a un bien que forma parte del patrimonio del afectado. Por su lado, el lucro cesante se manifiesta en una afectación económica, el dinero que se ha dejado de percibir ante la existencia de un daño causado a un bien patrimonial.

## DAÑO MORAL

### 3.1. Generalidades sobre el daño moral

Luego de revisada la responsabilidad civil y el daño en sus diferentes modalidades enfocadas en el patrimonio, corresponde revisar el daño moral. La conceptualización de este es sumamente controvertida por buena parte de la doctrina, por lo que no se ha logrado consensuar qué debe entenderse como tal. Esto viene dado por causa de las divergentes posturas doctrinales que se han ocupado del tema en cuestión se afincan en perspectivas contrapuestas a la hora de encaminarse a ofrecer sus respectivas conceptualizaciones. Como explica Moreno (2016) los posicionamientos principales se pueden agrupar en dos grandes grupos: las concepciones que adoptan formulaciones positivas y aquellas que asumen formulaciones negativas.

- Concepciones que asumen formulaciones negativas:

La doctrina tradicionalista distinguió entre las distintas clases de daños a los patrimoniales y los no patrimoniales. Los patrimoniales se relacionaban con la afectación a intereses obviamente patrimoniales del sujeto perjudicado y en consecuencia, se pueden valorar económicamente. En cuanto a los daños no patrimoniales, estos generan afectaciones a intereses que ya resultan más difíciles de valorar económicamente y no permiten acceder a criterios más adecuados a la hora de valorar los montos dinerarios. Por esa razón varios autores optan por una definición negativa del daño moral en contraposición al daño patrimonial.

- Concepciones que adoptan formulaciones positivas:

Otro grupo de posicionamientos doctrinales asumen una concepción positiva del daño moral, aunque son divergentes los pronunciamientos al respecto, dado que provienen de diversas miradas configurativas de este concepto. En opinión de Moreno (2016), la postura más idónea sería la de asumir una noción de daño moral más estricta, restringida a la afectación psicológica que se deriva del daño a un bien de la personalidad.

En contraposición, la noción amplia de daño moral que extiende tal concepto a los padecimientos de índole psíquica que experimente un sujeto cualquiera que sea la naturaleza del bien lesionado, puede llevar a la completa deformación del concepto.

Los daños no pecuniarios o morales como sostiene Junco (2016) comprenden los hechos inmateriales los cuales no son posibles de percibir con nuestros sentidos estos son de tipo

espiritual, anímicos, intelectuales y morales sufridos por la víctima, o sus familiares y en lo posible todos aquellos que tengan una relación cercana con la víctima como resultado del hecho ilícito. Comprende los daños que no se pueden apreciar económicamente, sino que se debe considerar todo el daño causado a nivel personal e íntimo ya que el sufrimiento y el dolor causado no tienen un precio definido. Esta acción de indemnización se dirige a reparar los perjuicios económicamente evaluables a la víctima o sus familiares que sean consecuencia de una infracción penal, todo esto bajo criterio del juez.

Por su lado, según Sandoval (2013), el objetivo de la reparación integral está directamente relacionado con la apreciación concreta y precisa que se pueda llegar a efectuar de los perjuicios ocasionados al afectado, y con su traducción directa en un equivalente monetario que refleje, a ciencia cierta, la real magnitud de las consecuencias del hecho dañoso. Este simple punto de vista plantea una rotunda inclinación hacia los daños materiales en virtud de los cuales se puede llegar a indemnizar las disminuciones presentadas por las víctimas, alcanzando en muchos casos una reparación *in natura*.

Asimismo, concreto, según analiza Sandoval (2013) la regla de reparación integral es de una aplicación relativamente fácil en los llamados daños materiales, cuyo carácter objetivo elimina de manera afortunada aquellas incertidumbres que pudiesen llegar a surgir, por ejemplo, de un criterio equitativo. La evaluación de los efectos y la extensión de la responsabilidad estará detallada en operaciones aritméticas detalladas de los efectos nocivos del hecho sin que se encuentren inconvenientes en su tasación, siendo solo cuestionados en oportunidades por el examen que se efectúe de certeza y necesidad probatoria, que una vez superados, cumplirán de forma plena con la indemnización o por lo menos en un punto muy cercano a ella. Sin embargo, cosa contraria se da en la valoración de los daños no patrimoniales (Sandoval, 2013).

De Ángel (1995) ofrece sus criterios sobre la dicotomía planteada, al manifestar lo siguiente:

Es evidente que el equilibrio entre perjuicio y reparación es problemático en los daños que recaen sobre bienes de la personalidad de suyo inestimables que excluyen la aplicación de procedimientos matemáticos para el cálculo del importe a cargo del responsable. Por ello, estando alejados de un patrón de referencia o paralelo, la estimación de su cuantía quedará sujeta a una aproximación judicial subjetiva como paliativo o compensación por los daños sufridos. Esto lleva a que se afirme que en las más recientes manifestaciones doctrinales se ha abandonado del todo el principio de

‘reparación íntegra’ cuando se trata de daño a la persona en sentido estricto, esto es, al margen de sus consecuencias económicas, fenómeno que sin duda responde a la evidencia de que hablar de ‘completa reparación’ es en este caso una entelequia (p.58).

Como se aprecia de la cita anterior la cuantificación del daño moral no está sustentado en fórmulas matemáticas, porque afecta a la persona de manera directa en su moral e integridad, sin embargo, la solicitud de los mecanismos de reparación aplicables para ello deben ser razonables y proporcionales a la afectación causada, cuestión que se abordará más adelante en este estudio.

### **3.2. La moral**

Se debe estudiar por su relación con el tema del daño, lo concerniente a la moral, cuya palabra tiene su origen para Strawson (1995) en el latín *mos, mōris*, cuya etimología es dudosa, aunque podría provenir de la raíz *ma-*, medida, en el entendido de que apunta a determinadas reglas de vida, que miden o guían; de dicho vocablo proviene precisamente manera, que puede asociarse con otras palabras como uso, costumbre, etcétera . A partir de ello aparece el término *mōrālis*, el cual está referido a los modales. A su vez de allí proviene también el adverbio *mōrālīter*, el cual significa de modo particular, característico.

No obstante a lo anterior, se ha aseverado por Ortiz (2016) que el origen etimológico de cualquier palabra no necesariamente fija su significado, pues un sinnúmero de palabras poseen a día de hoy significados divergentes, o inclusive contrapuestos a aquellos que poseían las palabras de las cuales proceden desde el punto de vista etimológico, lo que en modo alguno significa que sería menester modificar el actual significado para hacer que coincida con su fuente

El contenido de lo moral constituye el marco básico, compuesto según Strawson (1995) por una serie de reglas, que propicia una vida social de cooperación y benéfica en sentido mutuo, y que a su vez provee los ideales individuales para la vida. Se considera a la moral una condición posible para cualquier sociedad. A su vez la moral, ofrece reglas a partir de las cuales medimos y proyectamos nuestras acciones y son sustentadoras de un grupo de exigencias sancionadas socialmente que cualquier individuo está en condiciones de dirigir a otro con autoridad; se trata además de un sistema de demandas reconocidamente recíprocas que nos vamos haciendo los unos a los otros en honor a la membresía de comunidades humanas, o como como condiciones para la interacción humana, la que no se podría materializar o al menos no podrían exhibir los

caracteres que muestran en la actualidad si no existieran estos sistemas de recíproca exigencia. Incluso en una misma sociedad es posible verificar una multi-variedad de micro-sociedades, que asumen normas de carácter moral muy específicas, y en todos los casos calificarían como moralidades sociales.

En el abordaje de la moral ha sido un punto de obligado detenimiento su distinción con respecto a la ética. En tal sentido Ortiz (2016) plantea que la ética se equipara a un ideal que está presente en cada persona presente y que lo lleva a autogobernar su vida, a actuar de conformidad con su conciencia, y cuyo objetivo es proyectarse como un individuo auténtico, integro. Se trata de una forma de autorrealización personal. Por otro lado, según este autor, la moral se sustenta en un sistema de normas que son impuestas por la sociedad acerca de como actuar de forma correcta o incorrecta o que es bueno o malo. Sobre ella Schweitzer (1984) considera es la denominación dada a la buena conducta que se encamina en considerar no solo el bienestar particular, sino el de los demás y la sociedad en general.

En esa dirección Ortiz (2016) concluye que no nos han sido impuestas formas de comprender lo que significan los términos ética y moral por parte de la etimología, ni de las tradiciones filosóficas. Más bien podría afirmarse que opera en ese caso una distinción de carácter estipulativo, la cual ha variado de acuerdo a los cambiantes usos que han hecho de los mismos los filósofos, sobre todo los de la contemporaneidad. Agrega que como tradición esa distinción terminológica se ha asociado paralelamente a la diferenciación entre los términos persona y sociedad, lo cual descarta, pues ello lo único que consigue es redundar en una distinción que ya existe, introduciéndole un elemento importante de ambigüedad (Ortiz, 2016).

Por otra parte, estos términos, por sí solos están limitados para ofrecer una justificación con mayor amplitud que declare la preponderancia de la moral sobre la ética o viceversa, lo que se traduciría en que sea más conveniente asumir un comportamiento más ajustado a la ética que a la moral, o al revés. Dependen esos términos para ello de una teoría normativa para poder materializar esta disyuntiva y clarificarla. En consecuencia, se cuestiona el autor el hecho de que se insista en decretar un uso determinado para la ética y la moral. Termina aseverando que al margen de la teoría que se enrola en tales distinciones, la discusión terminológica no resuelve absolutamente nada, ni el campo de lo ético ni en el campo de lo moral (Ortiz, 2016).

### **3.3. Incidencia en los derechos personalísimos**

En el contexto del denominado derecho de la persona se presenta usualmente como una de sus problemáticas dogmáticas más reiteradas el cómo fundamentar adecuadamente la relación que existe entre las categorías derechos fundamentales y derechos de la personalidad. Las dificultades para su distinción como indica de Verda (2017). tienen que ver con el diferente origen de las mismas, toda vez que los derechos fundamentales son concebidos como derechos a proteger de forma directa a la persona con una connotación, normalmente constitucional y que son intocables por parte del poder público; mientras que los derechos de la personalidad, más asociados al Derecho Civil, por ello se contraponen a cualquier acción ilegítima de los sujetos del Derecho Privado en aspectos de la vida personal, ya sea física o psíquica de las personas, lo que por demás justifica su tutela con el objetivo de detener cualquier intromisión hacia ello y también incluye la tutela resarcitoria que se dirige a reparar el daño moral.

En esa línea, no constituye un problema en el ámbito doctrinal reconocer por parte de García y Jiménez (1986) que la materialización normativa de los derechos fundamentales en el movimiento constitucionalista se dirige a delimitar el ámbito de actuación de los poderes públicos, en el objetivo superior de garantizar los derechos de las personas frente al Estado. De tal modo, aunque se conoce lo anterior, en ocasiones se obvia que la inclusión de los derechos fundamentales y su plasmación positiva en las Declaraciones y Constituciones que emergieron en las postrimerías del siglo XVIII y que se mantienen como constante en las Cartas Magnas más modernas, están sustentadas en el principio de que a los ciudadanos se les debe garantizar su inmunidad personal frente a los actos de injerencia que sobre este ámbito pretenda efectuar el Estado.

Por otro lado, si se dirige la mirada hacia la doctrina continental en Europa, en la que tiene un origen latino específicamente, se podrá apreciar la perfilada garantía a estos derechos, que, por ejemplo, reconoce ya el derecho a la propia imagen en el marco de los que llama derechos del individuo como tal, concernientes a su individualidad física. Perrau (1911) sostiene que la jurisprudencia debió complementar esta protección a la personalidad física en un momento histórico en que se produjeron invenciones como la fotografía, el cinematógrafo, las cuales se desarrollaron vertiginosamente y dejaron a las leyes de la época fuera de contexto, por lo que la forma más justa de llenar tales lagunas fue resolviendo aspectos dilemáticos en los

fallos judiciales. Así, por ejemplo, se decidieron asuntos como la prohibición de reproducir rasgos fisonómicos de un individuo sin que este lo autorizase.

En ese orden, Perrau, (1911) considera el derecho al honor como parte de los derechos relativos a la individualidad moral, como también del derecho a la intimidad, ponderando someramente la libertad de la persona para organizar y dirigir su vida privada. De manera general, dotó a los derechos relativos a la personalidad de dos elementos primordiales: su oponibilidad *erga omnes* y ser inestimabilidad en el ámbito dinerario, aunque dejó abierta la posibilidad de esa modalidad de reparación para con la víctima; no obstante, a partir de ese segundo rasgo proclamó que estos derechos tienen como características esenciales su inalienabilidad, imprescriptibilidad, intransmisibilidad a título de herencia y la imposibilidad de ejercitarlos a través de representante (Perrau, 1911). De ahí que se consideren personalísimos y como tal ameritan la protección correspondiente.

### **3.4. Buen nombre**

Este es un término que se asocia de manera estrecha al de honra, el cual será objeto de análisis en un acápite posterior. Como quiera que su estudio viene de la mano de la honra, no es posible referirnos a este sin aludir a dicho vocablo.

Se ha expresado que la honra y el buen nombre, constituye un derecho inherente a la calidad del ser humano, que tiene un carácter progresivo. De esta manera, está consagrado en instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos en la Declaración Universal (1948) de esta materia que establece en el artículo 12 que:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, la su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques (p.2).

Dicho derecho progresivo, deberá poseer un mecanismo apropiado encargado de proteger eficazmente el referido bien jurídico, o sea, debe ostentar una tutela judicial efectiva. En Ecuador, dicho mecanismo de tutela, para su protección, se materializa a través del aparato judicial y jurisdiccional estructurado en el ordenamiento jurídico nacional. En este, la Constitución (2008) como norma superior del ordenamiento jurídico nacional, consagrada en el artículo 424, reconoce a (la honra y) el buen nombre de las personas, en el artículo 66 numeral

18 que dispone que se debe garantizar este derecho, al igual que la imagen y la voz de las personas individualmente. Dicho derecho se puede ejercitar por los ciudadanos por medio del Juicio de Daño Moral, establecido en el Código Civil Ecuatoriano (Mayorga & Tapia, 2017).

### 3.5. Honor

La idea del honor permanece intrínsecamente vinculada a la noción de honra; sin embargo, al ser imprecisas las fronteras del espacio conceptual que ocupan estos vocablos se han provocado ciertas indefiniciones que no logran resolverse y de la que no se desprenden muchos de los que se han dedicado al estudio de estos temas. Ello ha generado más de un desencuentro en base a las ambigüedades propias del concepto.

El honor se ha entendido históricamente según indica Domínguez (2016) como un valor cardinal de los seres humanos, por lo que adquiere una enorme estimación. Toda persona que esté desprovista de derechos se considera no honorable, tal como en su momento ocurría con los esclavos, así como con algunas castas, como la de los parias (intocables) en la India (que, por cierto, a pesar de que el sistema de castas se abolió, aun persisten discriminaciones y relegaciones de sus derechos).

En la Antigua Grecia el honor se entendía como *conditio sine qua non* para alcanzar la felicidad, siempre que cada persona hiciera gala de una adecuada práctica de la virtud. Para Domínguez (2016), era criterio de que la autenticidad de la vida debería avalarse en base a la virtud y sostenerse en una conducta intachable, donde el deber y el honor se relacionen estrechamente. El orden social de esa civilización estaba basado en la honra, en el respeto prodigado entre las personas. Carecer de honor era considerado algo trágico y un gran mal para el alma de los griegos.

En Roma, como explica Baeza (2003) donde se estableció socialmente una distinción entre los patricios y los plebeyos, los patricios, al descender de los fundadores, se adjudicaron el honor y exigían que como tal se les honrara, por lo que contaban además con el goce y disfrute de un grupo exclusivo de prerrogativas. Independientemente de esta división de clases, era ponderado de tal manera el honor que se veneró un Dios nombrado *Hónor*, al que se le construyó incluso un templo, y contiguo al mismo se levantó otro en idolatría a una diosa cuyo nombre era *Virtus*. Entendían los romanos que al fusionarse el honor con la virtud nacía la clemencia. Frases de célebres como Séneca dejaban claro que si se perdía el honor, ya no era posible tener más

pérdidas, era el fin, y Marco Aurelio era del criterio de que debía procurarse vivir honrosamente, con puridad e integridad, dedicando todos los actos a cumplir con el deber.

Ya en la Edad Media, expone Baeza (2003) se continuó considerando al honor como valor de elevada estima y al que no se podía renunciar, al punto de que, en aras de preservarlo, de ser imprescindible, se podía poner en juego incluso la vida. Se le otorgaba una importancia primordial a alcanzar en vida un elevado honor, y no perderlo, para legarlo a la posteridad una vez que la persona falleciera. En esa época en que proliferaron los caballeros, existió un férreo canon que fijaba una serie de valores considerados cardinales: el pundonor, los deberes hacia Dios y la sociedad, la valentía, y la fidelidad a los compromisos que libremente se contrajeran. Aunque es menester aclarar que no solo eran susceptibles de tener honor los caballeros, sino que también otras personas como las que se dedicaban al arte y eran reconocidos, así como quienes dirigían la construcción de las bellas catedrales que se levantaron en la época eran merecedores de un honor asociado al oficio que desempeñaban.

Siguiendo con Baeza (2003), en la Edad Moderna, el honor también mantuvo un valor supremo. Todos los conflictos que derivaran en conductas consideradas ofensivas eran dirimidos en enfrenamientos semejantes a los acaecidos en la Edad Media. Tiempos en que estas diatribas en materia de honor según criterio mayoritario debían lavarse con la sangre, aun cuando no triunfase en todos los casos aquel a quien le asistía la razón.

El Diccionario de la Real Academia Española (2014) define al honor, en sus diferentes acepciones, de la siguiente manera:

- Cualidad moral, que conlleva al cumplimiento de los deberes propios respecto del prójimo y de sí mismo.
- Buena reputación o gloria, que prosigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea.
- Honestidad y recato en las mujeres y buena opinión ganada con estas virtudes.

Serrano (1956) consideró, amparado precisamente en las definiciones y acepciones del Diccionario mencionado, que honor refiere a un sentimiento íntimo de la persona, afirmando que el honor clásico está interrelacionado con los actos externos, se constituye por el aprecio y el respeto que se adquiere de la sociedad por tales actos. A esto la autora le dio en llamar honra en su sentido puro y estricto, aunque a la honra le ponemos una pausa para analizarla en el

siguiente acápite, no obstante dejar por sentado que tanto el honor como la honra son prácticamente imposibles de analizar por separado, dada su indubitada conexión.

Pitt-Rivers (1992), por su parte, advierte, en un momento histórico más cercano, sobre las dificultades que entraña analizar al honor, por su doble condición, como sentimiento y como hecho social objetivo; un estado moral derivado de la imagen que toda persona posee de sí mismo, y que motiva las acciones más precipitadas o la reprobación a conducirse de un modo vergonzante, sin distinción de la tentación en el orden material que medie; y, a la vez, un modo de representación del valor moral de las personas: su prestigio, su rango, su virtud, y por ende, su derecho a la prelación.

Por lo antes expuesto se puede decir que, el honor, se concibe como principio esencial para obtener una posición que suministre el disfrute, ya sea efectivo o aparente, de determinados privilegios que comporten una distinción con respecto a la media de un grupo social, favorece una opción de interpretación que ha generado, en ocasiones, una formulación simplificada del concepto, que entiende que en su más preciso y estricto sentido, el honor demanda algo más que el simple acatamiento de las normas sociales imperantes. En consecuencia, una persona puede reputarse de honorable cuando gana por merecimiento propio tal calificativo a partir de sus méritos y su integridad, con lo cual además se le comienza a considerar una persona digna y goza de reputación.

### **3.6. Honra**

La honra y el honor son dos términos que no pueden verse separados uno de otro, sino que es preciso analizarlos en su justa conexión. La tenue diferenciación entre ambos no marca que la distancia semántica que les aleja haya sido apreciada estrictamente en el devenir histórico. Serrano (1956) corroboró en su momento que con la entrada al Siglo de Oro varios representantes de las letras provenientes de España y Francia identificaban el honor con la honra, y que precedentemente las dos expresiones empleadas en la literatura a veces eran confundidas, y se usaban de manera indistinta, por otra parte, en otros casos era individualizada su peculiaridad voluntariamente. Actualmente, un sinnúmero de estudios exhibidos por estudios de la historia y la antropología omiten, ya sea conscientemente o de manera inadvertida, la existencia real de esos visos, otorgándole a ambos vocablos contenidos semejantes.

La honra según la definición del Diccionario de la Real Academia Española (2014), comprende, al igual que en el caso del honor, varias acepciones:

- Respeto y estima de la dignidad propia.
- Favorable opinión y fama obtenidas por el ejercicio de la virtud y el mérito
- Manifestación de estima hecha respecto a alguien por su mérito y virtud.
- Honestidad, pudor, y recato en las mujeres.
- Oficio celebrado con solemnidad para celebrar por los difuntos, varios días posteriores a su inhumación y también con frecuencia anual.

La honra está configurada dependiendo de lo que las personas entienden como tal. Una interrogante interesante que es dable formular versa sobre a qué personas o entes se debe honrar. Existe bastante consenso en ese sentido con respecto a la necesidad de honrar a los padres y madres, a la familia en general, a la Patria, a Dios, y un etcétera ya más variable. Se plantea que una persona dejará de ser honorable si comete actos merecedores de repudio y censura. En esos casos la pérdida de la honra, traducida en la consideración que las personas tienen respecto a un individuo, cuando este se desacredita y ve reducida su fama o cualidad como hombre bueno. Se ha aseverado que no hay honra sin honor, basándose en que con el honor la persona nace, discurre por su vida y finalmente fallece, mientras que la honra se encuentra íntimamente ligada con la devoción y/o con la notoriedad.

Precisamente sobre este tema de la distinción entre el honor y la honra es menester destacar algunas diferencias según analizó Baeza (2003): el honor se tiene o no se tiene, se trata de un atributo consustancial al individuo, el cual, no obstante, se puede perder. La honra, por el contrario, se obtiene, se consigue y se otorga por otras personas, aunque de igual manera es posible perderla o ser inhibida. Al honor es posible asociarlo con una especie de dignidad correlacionada con el interior de la persona, con su fuero interno, mientras que la dignidad es su reflejo exterior.

### **3.7. Tratamiento histórico del daño moral**

El daño moral, de una u otra forma, ha estado presente desde tiempos inmemoriales en el desarrollo evolutivo de la humanidad. En la comunidad primitiva, como explica Oliveros (2019) al producirse un daño u ofensa, los perjuicios derivados del mismo se resarcían a través

de la venganza privada, de modo que no existía manera alguna para garantizar que hubiese cierta proporcionalidad entre el daño que se le causaba al perjudicado y el reproche o castigo que por tales hechos se le imponía al responsable del acto. Con posterioridad explica la mencionada autora, que se instauró la llamada Ley del Talión, con la célebre frase “ojo por ojo, diente por diente”, que la generalidad de las personas enseguida la asocian a la venganza, pero la realidad es bien distinta. De hecho, el vocablo “Talión” degenera de un término de origen latino, *talis-tale*, cuyo significado es “igual” o “semejante”, por lo que se asocia mucho más a la proporcionalidad que debe existir entre hecho delictivo cometido y el reproche que en forma de pena se impone a su responsable.

En el Derecho Romano, específicamente en la conocida Ley de las XII Tablas, también hizo acto de presencia como principio de aplicación normativo la Ley del Talión (Oliveros, 2019). Ello significa que muy poco se concebía en dicha sociedad en materia de reparación de daños, del tipo que fuere. No obstante, ya en el periodo de desarrollo del Derecho Romano clásico fue que se dieron pasos determinantes y cruciales aunque primigenios aun en esta materia de reparación de daños. Se empleó el vocablo *iniuria* para llamar a los actos carentes de derecho, aunque más bien el término hacía referencia o calificaba a los actos constitutivos de lesiones infligidas a la integridad personal, en el ámbito físico pero también en el moral, siempre que se cometieran contra las personas libres.

En cuanto al antiguo Derecho germánico, es preciso reseñar según indica, Benavente (2017), a la institución que se dio en llamar *Wergeld*, esto es “rescate de la sangre”, también “dinero del dolor”. Se denominaba así a un determinado monto de dinero (se aplicaba una tasa de multa fija) que el comisor responsable venía obligado a entregar a la víctima o a sus familiares por aquellas injurias que ejecutó contra esta.

Por su parte, en el Derecho español, que constituye un referente para la región latinoamericana, se pueden señalar los análisis concernientes a los derechos personales que aparecen incluidas en las Partidas de Alfonso X. Concretamente, explica Benavente (2017), en este cuerpo normativo se desarrollaban aspectos del derecho al bien jurídico honor. Por ejemplo, en la Ley 21 de la séptima Partida, específicamente en el título noveno, se establecía que quien fuera deshonrado puede demandar al otro de dos formas: con un pago por la deshonra y a través de una acusación, pidiendo que el quien le causó el daño reciba un escarmiento.

Durante los siglos XIX y XX, analiza Benavente (2017) que las dos grandes etapas de lo que se ha dado en llamar la época de la codificación, si bien en la primera tuvieron protagonismo las leyes provenientes del iusnaturalismo de los derechos innatos, ya en la segunda los códigos resolvieron y rebasaron lo que hasta ese momento había generado tanta confusión entre aquellos bienes considerados como parte de la personalidad de carácter civil, y los derechos inherentes al hombre y que ostentan caracteres político o constitucional.

Con el paso del tiempo se advierte y reconoce que casi todos los países de Europa introdujeron en sus normas jurídicas elementos tendentes a proteger a los derechos de la personalidad. En tal sentido merece un detenimiento especial el Código Civil francés de 1804 (denominado Código de Napoleón), pues el mismo se convirtió en el referente obligado para la implementación de aspectos similares en otros ordenamientos jurídicos. En ese sentido se ha afirmado que lo que en su día el Código napoleónico denominó *dommage moral* significaron los antecedentes inmediatos de lo que hoy se acuña como daños morales, concepción que lejos de variar se identificó de inmediato con lo que hoy se concibe como daños morales (Oliveros, 2019).

En Ecuador, el Proyecto de Código Civil (1851), considerado el precedente más relevante del Código Civil en la actualidad vigente, estableció en el artículo 1900 que quien ejecutara un acto donde interviniese algún grado de culpa o negligencia, aun sin ser considerado como falta o delito, se vería compelido por la ley a reparar todo el daño que le ocasionó a un tercero.

Por su parte, el Código Civil (1851) pautó en el artículo 1902, que quien por acción u omisión cause daño a otra persona, mediando culpa o negligencia, estará obligado a reparar tal daño provocado. Se trata de un precepto cardinal porque una vez que dispone genéricamente la obligación de reparar el daño causado, propicia que se reclamen los daños de carácter extracontractual.

### **3.8. Tratamiento actual del daño moral**

En la actualidad el daño moral tiene un tratamiento más acorde a sus características y formas de ocurrencia y reparación en los estados democráticos de derecho. Tanto, los instrumentos internacionales, entre ellos, la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos han ido expandiendo y abarcando cada vez más derechos e igualdades con un carácter

vinculante para los Estados firmantes y que ratifican todos estos instrumentos jurídicos universales. Por ende, se reconoce a la dignidad humana desde una concepción abarcadora, que va más allá de la cuestión relativa a no ser víctima de tratos crueles o degradantes, aglutinando también el ámbito de la moralidad. Esto significa que precisamente la dignidad humana se comprende como equivalente a un derecho de moralidad, de buen nombre y de respeto, el que toda persona tiene derecho a recibir de sus semejantes desde y el deber de respetar hacia todas la personas por ser también titulares del mismo.

Al hablar la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en el artículo 1 sobre la libertad que se obtiene al nacer, así como de la igualdad de las personas en cuanto a dignidad y derechos, dispone la no superioridad de los derechos de una persona por sobre los de sus semejantes, decretando el carácter imperativo de los derechos de igualdad. Esto es, cada persona por el solo hecho de erigirse como seres humanos le vienen dados una serie de derechos inherentes, profundizándose en el artículo 7 de dicho instrumento, que la cuestión relativa a la igualdad se acompaña de la ley, o sea, la conocida situación de igualdad ante la ley de todos y cada uno de los ciudadanos (igualdad formal). Este principio es determinante para hacer saber a todos que los derechos, no importa de quienes sean, son de igual modo justiciables, por lo que, si se vulnera un derecho al igual que el de otra persona, ambos deberán obtener similar tratamiento ante el aparato de justicia, por lo que serán susceptibles de aplicarles igual castigo o resarcimiento.

En el caso del Ecuador, el juicio ordinario de daño moral aparece en su normativa con el propósito de que los daños materiales e inmateriales se sancionen civilmente, o sea, que la sanción no implique internamiento en prisión; es por ello que la Ley No. 171 (1984), se ocupó de este tema (Falconí, 2004). A partir de ese momento y hasta el día de hoy la normativa civil ecuatoriana no se ha reformado en cuanto a esta cuestión del daño moral como tampoco en materia de los alcances y los efectos jurídicos del referido bien jurídico, el cual por varios factores no ha sido adecuadamente comprendido ni tratado en el país.

El juicio ordinario reviste importancia porque contribuye a aplicar la justicia que se pretende en el artículo 169 de la Constitución de la República (2008). Este procedimiento deviene en institución jurídica que propicia la obtención de la tutela judicial efectiva, con un propósito esencial que es arribar a una sanción civil en correspondencia con su ámbito de

aplicación, de modo que en el mecanismo preciso y legal que dispone el ordenamiento jurídico de Ecuador en el Título XXXIII del Libro IV del Código Civil (2005) se encuadran las acciones legales de carácter no penal necesarias para demandar por esa vía los daños, perjuicios y agravios invocados en el ámbito civil (Mayorga & Tapia, 2017).

Además del Código Civil (2005) ya mencionado, lo relativo al daño moral, la indemnización y la sanción pecuniaria, también encuentra un avanzado acogimiento en la Ley No. 171 (1984), la cual regula todo lo concerniente a la reparación por daño moral; como norma sustantiva civil (Código Civil) se encuentran enmarcados los delitos y cuasi delitos, en el caso de estos últimos se impondría una sanción pecuniaria o una sanción civil exclusivamente. El ordenamiento jurídico nacional contempla en esta norma sustantiva (2005) un mecanismo específico para la aplicación práctica del reconocimiento, la tutela y la defensa de los bienes extra-patrimoniales, los cuales son merecedores también de una protección y tutela por parte de todos los estamentos de un Estado constitucional, de derechos y justicia como sin dudas lo reconoce el texto constitucional (Mayorga & Tapia, 2017).

Cabe agregar que para el daño moral no existe en el orden procesal un procedimiento especial, sino que se tramita, en virtud del artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (2015), a través del procedimiento ordinario y se presenta ante el Juez de lo Civil del domicilio del demandado. La norma dispone que mediante este procedimiento se conocen las pretensiones que no cuentan para su sustanciación con un trámite especial.

A partir de la presentación de la demanda, que debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 142 del COGEP (2015), se califica y debe ser contestada por el demandado en el término treinta días contados a partir de la citación, en virtud del artículo 291 del COGEP (2015). En caso de que, al contestarla, se reconviene al demandante, el juez en los tres días siguientes debe notificarlo y conceder al actor un plazo de treinta días para su contestación. Tanto la demanda como la contestación, de manera previa al proceso, serán objeto de calificación por el juez.

Luego de acuerdo con el artículo 292 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) (2015) se convoca a una audiencia preliminar en el término de los tres días siguientes a los treinta días, antes expuestos y debe realizarse en un plazo no menor a diez, ni que sobrepase los veinte días. En esta se resuelven las excepciones y se fija fecha para la audiencia de juicio,

que según el artículo 297 del mencionado cuerpo legal, se realizará en un término no mayor a treinta días. Este procedimiento termina con la sentencia correspondiente, la que se puede recurrir en apelación que se resuelve en segunda instancia.

### **3.9. Reparación del daño moral**

Es preciso comprender, al menos de manera sucinta, cuál sería el objeto esencial de la reparación. Se considera por Rousset (2011) que reparar constituye una premisa de que se restablecerán las obligaciones, tanto de respeto como de garantías que permitan borrar o al menos mitigar el daño causado y prevenir su repetición. En tal caso queda claro que se trata de una ayuda ofrecida a los afectados que contribuya a mejorar su situación a los efectos de un mejor enfrentamiento de esta con respecto a los perniciosos efectos que le provoca la violencia, todo ello maximizando el reconocimiento de su dignidad como personas, así como sus derechos. De este modo la reparación deberá ser para las víctimas la materialización palpable de todos los esfuerzos que realiza el Estado para enmendar los daños sufridos. Así, actualmente como expone, (Falconí, 2004), se puede afirmar la existencia de una restitución *in integrum*, como principio del Estado ecuatoriano que ve en la reparación la ocasión para intentar una mayor integración de las víctimas con la sociedad, sin obviar el propósito también perseguido de contribuir a la prevención de otras acciones de similar naturaleza en el futuro.

Las normas jurídicas aplicables para la obtención de la reparación o indemnización por medio de una sanción civil impuesta a quien agrede la honra, la dignidad, el crédito y el buen nombre de las personas, se regulan y enmarcan en el denominado juicio de daño moral. Se trata este de un mecanismo e institución de carácter jurídico que traza lineamientos encuadrados en el derecho civil, no en el penal. De tal modo, al discurrir solamente por el cauce civil regirá el principio de especialidad de la norma, dado que las demás acciones por daño moral o por reparación de daños y perjuicios deberán canalizarse de acuerdo con las legislaciones en las que tenga regulación expresa y particular, dígase, por ejemplo, el Código Orgánico Integral Penal, el Código de Trabajo, etc.

El artículo 1572 del Código Civil (2005) dispone en cuanto a la indemnización de perjuicios que esta comprenderá al daño emergente y al lucro cesante, independientemente de si surgen una vez cumplida la obligación, o cumplida esta de manera imperfecta, o por haber ocurrido retraso en dicho cumplimiento. Se exceptúan aquellos supuestos en que la propia ley

está restringida al daño emergente. Es sencillo percatarse de que en dicha disposición normativa no aparece una definición exacta de lo debió entenderse daño emergente y lucro cesante, aunque por fortuna la doctrina, sí los define y distingue, tal como ya quedó debidamente explicitado en uno de los subtítulos precedentes del presente trabajo.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana (2008) reconoce a los derechos que proclama y aplica la Declaración Universal de Derechos Humanos, que resultan similares a los desplegados en el artículo 66, y que otorga una amplia gama de goce y reconocimiento a los derechos que se reconocen. Especial mención merecen el numeral 3 literal a) del mencionado artículo que contempla el derecho a la integridad tanto, física, psíquica como moral y sexual. Igualmente, el numeral 4 se refiere al derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación. En los mismos se recoge de manera similar lo contenido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Puede afirmarse, que la Constitución concede dichos derechos, especialmente el de la integridad moral vista como elemento insoslayable de la condición humana, reconociéndose a la misma en su condición de derecho justiciable, por lo que es posible que sea reparado y también sancionado.

El Código Civil ecuatoriano (2005) recoge taxativamente el daño moral, así como la forma de repararlo y a quienes les corresponde correr con dicha acción en los artículos 2232 y 2233. El artículo 2232 dispone que en los casos no previstos en las disposiciones que le preceden, será posible también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, toda persona que hubiera sufrido daños meramente morales, si dicha indemnización tuviera justificación en el particular carácter grave del perjuicio sufrido, así como de la falta.

Obviando el castigo a consecuencia de la comisión de delitos o cuasidelitos, están obligados especialmente a una reparación de la naturaleza de la expresada aquellas personas que en casos diferentes a los antes reseñados, mancillen la reputación de otro, empleando para ello cualquier variante de difamación; o aquellos que causen lesiones, incurran en violación, estupro o atentados al pudor, sean responsables de detenciones o arrestos arbitrarios o ilegales en sentido general, así como procesamientos sin justificación, y, en una visión más genérica, soporten actos en detrimento de su integridad física o síquica, humillaciones, ofensas equivalentes, ansiedad o angustia (Mayorga & Tapia, 2017).

La reparación por la provocación de daños morales procede si los daños se asocian al resultado inmediato de la acción u omisión ilícita del sujeto que lo provocó. Quedará a merced de que el juez sea prudente cómo determinar el valor de la indemnización de acuerdo a las circunstancias, desarrolladas en el primer inciso del reseñado artículo.

Por su parte, el Código Civil (2005) en el artículo 2233 plantea que la acción por daño moral es de exclusiva correspondencia de la víctima. No obstante, si desde el punto de vista físico le resultara imposible, sería ejercitable por parte de su representante legal, su cónyuge o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. Si el hecho ilícito hubiera causado la muerte de la víctima, sus derechohabientes estarán legitimados para intentar la mencionada acción, de acuerdo y en correspondencia con las regulaciones del propio Código. Si el daño moral es producido en contra de personas jurídicas o instituciones en sentido general, la acción de reparación corresponderá a sus representantes.

Es posible, del análisis de este articulado, afirmar que el legislador ecuatoriano entiende como suficientes a estas disposiciones a los efectos que funjan como fundamento legal para que quienes sufran un daño inmaterial puedan exigir la correspondiente reparación, entendiendo Mayorga & Tapia (2017) que ello no es adecuado, abogando por que el asunto tenga un mejor tratamiento, a través de disposiciones que con mayor precisión y taxatividad abarquen determinados aspectos que últimamente han creado situaciones irregulares e incluso algunas resoluciones conflictivas y polémicas, las cuales en lugar de erigirse como patrón de referencia para la colectividad, lamentablemente en definitiva han sido portadoras de decisiones injustas.

### **3.10. Reparación a nivel constitucional**

En la actualidad, aun cuando como ya se apuntó en el Código Civil, no se ha operado ninguna modificación o reforma relacionada con la figura de los daños y perjuicios, ha ocurrido que en la Constitución de la República, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y el Código Orgánico Integral Penal sí se han materializado tales cuestiones, o sea, el legislador ecuatoriano a partir de las normas que entraron en vigor desde el año 2008, ha incorporado dos disposiciones que coadyuvan a afirmar que actualmente, en materia constitucional y penal, la reparación de los daños y perjuicios está mejor regulada para beneficio de quienes sufren gravámenes, tal cual lo demostramos con la transcripción de las normas pertinentes (Loaiza, 2015).

A tales efectos, y enfatizando en el ámbito constitucional, el artículo 86 de la Constitución de la República (2008) deja por sentado que las garantías jurisdiccionales, las que según Pérez Luño (2018), tienen como fin asegurar la observancia de los derechos fundamentales, impedir su modificación y velar por la integridad de su sentido o función. Por lo que son herramientas constitucionales para evitar o reparar cualquier vulneración de sus derechos. Garberí (2009) las asocia al derecho a la tutela judicial para la garantía de los derechos e intereses de las personas y al derecho al debido proceso.

Las garantías jurisdiccionales como lo dispone la Constitución (2008) se regirán, por disposiciones generales que parten de que, una vez, presentada la acción, el juez debe de forma inmediata convocar a una audiencia pública, y en cualquier momento puede ordenar la práctica de pruebas o proceder a crear comisiones para que sean recabadas. Igualmente, que se presumen ciertos los argumentos que alegue el accionante cuando la entidad pública correspondiente no demuestre lo contrario o no aporte información.

En este sentido, el juez debe resolver la garantía a través de sentencia, y en caso de acreditarse la vulneración de derechos, debe declararla y disponer la reparación integral, ya sea material o inmaterial, además detallar y determinar las obligaciones de tipo positiva y negativa que debe cumplir el destinatario de la decisión al igual que las circunstancias en que debe cumplirlas. Las sentencias que se dicten en primera instancia pueden ser recurridas en apelación ante la corte provincial y los procesos de carácter judicial solo terminan con la ejecución de forma integral de la resolución que puso fin al proceso.

Actualmente no prima la perspectiva de que la responsabilidad se origina en la actuación de quien causa el daño, sino en todo caso, que su finalidad estriba en reparar íntegramente los derechos constitucionales que fueron menoscabados con la provocación del daño antijurídico.

De este modo, la responsabilidad comienza a relacionarse íntimamente con el texto de la Norma suprema, de tal manera que no se parte propiamente de un derecho de responsabilidad, sino de un derecho de daños. Es por ello, que la responsabilidad como institución jurídica abandona su asiento sobre las leyes civiles y se pasa a nuclear desde la Constitución, en sus respectivas garantías constitucionales.

### 3.11. Reparación integral

Previo a definir el significado de la reparación integral, es menester abundar en el concepto de la reparación en sentido general. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española (2014) la palabra reparación proviene del vocablo latín *reparatio, onis* que se define como “restablecimiento, renovación”, acción y efecto de reparar algo roto o dañado. Desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria. En consecuencia, reparar, proveniente del latín *reparāre*, significa arreglar algo que está roto o estropeado; enmendar, corregir o remediar; desagraviar, satisfacer al ofendido; remediar o precaver un daño o perjuicio.

En el ámbito de los derechos, se refiere a la satisfacción que persigue reemplazar, atenuar o mitigar los daños generados como consecuencia de la vulneración de esos derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010) indica que la reparación es un término de carácter general que incluye las distintas formas en que Estado puede hacer frente a su responsabilidad en el plano internacional en que ha incurrido mediante la *restitutio in integrum*, garantías de no repetición, indemnización, satisfacción, etcétera.

Se debe plantear que la reparación en su vinculación con el tema del daño inmaterial, obligatoriamente, debe comprender la compensación, que puede consistir en el pago de dinero o la entrega de bienes y servicios apreciables en dinero por el sufrimiento y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, 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, como está previsto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), (Cueva, 2015). El resarcimiento del daño inmaterial se debe aplicar a través de la afectación que perciba cada víctima en el momento del menoscabo del acto antijurídico el cual resulta muy difícil calcular.

Por su lado, Rojas (2012) estima que, para referirse a este tipo de reparación, es importante partir del daño moral y psíquico que enfrenta la víctima a consecuencia del agravio de sus derechos, en este sentido el daño moral adoptará una connotación de carácter general si se considera que estos daños pueden afectar a un grupo o una sociedad entera, en cuanto al daño psíquico comporta únicamente al impacto psicológico según la subjetividad de la víctima.

Ante la dificultad de medición del sufrimiento de cada caso en particular se establecen, según la autora, medidas simbólicas para cada caso en concreto, que expresen el reconocimiento y conmemoración del sufrimiento de las víctimas. Estas son:

- **Compensación:** se entiende como el pago de una suma de dinero, servicios o el otorgamiento de determinados beneficios que corresponden al reconocimiento del daño moral o el sufrimiento de las víctimas. Rebaso la determinación económica, e implica una especie de mensaje de reconocimiento hacia los aspectos psicosociales de las víctimas. Tanto la indemnización como la compensación conllevan el pago de un monto de dinero, y la diferencia estriba en la naturaleza de ambas, donde la indemnización procura resarcir los daños materiales mientras que la compensación da respuesta a los daños morales o lo que también se ha dado en llamar sufrimientos de la víctima.

- **Disculpas públicas:** se trata de una modalidad de reparación aplicada generalmente cuando la vulneración ha tenido una connotación social tal que en cierta medida deshonró o desacreditó a la víctima, entonces se hace necesario que la medida de reparación produzca efectos tanto sobre los afectados como también sobre su entorno social. Así, desde el punto de vista psicológico la víctima podría sentir que es revalorizada. El acto de disculpas públicas debe contar con un grado de solemnidad que demuestre una sincera voluntad de reconocimiento, lo cual será decisivo para dar satisfacción a la víctima, y además de significar una medida simbólica, producirá también un carácter educativo para toda la sociedad (Rojas, 2012). La referida naturaleza simbólica es de gran relevancia, dado que los actos de reconocimiento público de responsabilidad de los agresores o el Estado contribuirán a la dignificación de las víctimas. Al respecto Beristaín (2008) expresa que los actos de reconocimiento son medidas muy sensibles, dado que tienen un fuerte componente simbólico para reconocer la injusticia de los hechos y la dignidad de las víctimas y porque suponen compromisos públicos de Estado en la prevención de las violaciones.

- **Conmemoración de víctimas:** Con similar naturaleza simbólica aparecen otras medidas como la honra a la memoria de las víctimas, que se materializa con la creación de monumentos, designación de lugares con los nombres de las víctimas o la realización de ceremonia funeraria; la entrega de restos mortales que merecen las víctimas fallecidas o desaparecidas. Esta medida de reparación posee singular impacto psicosocial para los familiares, constituyendo una medida en función al derecho a la verdad que les corresponde,

como también resulta fundamental para llevar el duelo en paz con la debida sepultura al cuerpo de la víctima, pues la incertidumbre sobre el destino de esta significa graves perturbaciones y aflicciones para los familiares (Rojas, 2012).

- Obligación de investigar y sancionar: En cuanto a las medidas correctivas utilizadas por la CIDH según García (2003), establece primordialmente, la obligación de los Estados a investigar los hechos y determinar la responsabilidad de los sujetos con la finalidad de ofrecer la garantía del derecho a la verdad y el pronunciamiento de justicia, esta obligación del Estado además de implicar un compromiso internacional, tiene su fundamento en la responsabilidad que debe asumir en respuesta al poder que ejerce de naturaleza jurídica e institucional. La responsabilidad de poder, implica ser precursor del respeto a las leyes constitucionales y ordinarias. También en caso de vulneraciones enfrentar las consecuencias y asumirlas en virtud de las facilidades que posee para el acceso de información, como entidad de poder, situación que resulta determinante para el esclarecimiento de la verdad. En este sentido el dictamen de una sentencia que declara la culpabilidad de los agresores constituye una forma de reparación a través de una medida de satisfacción que significa para la víctima, quien ansía la verificación de los hechos, conocimiento público de la verdad, actos de desagravio y la sanción contra los perpetradores (Beristáin, 2008).

- Rehabilitación: Los daños morales producidos a las víctimas se manifiestan a través de crisis de salud tanto física como psicológica, estos menoscabos requieren procedimientos de rehabilitación como medidas de reparación integral; entre estas medidas se encuentran la atención médica y psicológica para las víctimas directas e indirectas (Rojas, 2012).

- Reparación al proyecto de vida: La reparación del daño al proyecto de vida implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*, como son las de carácter académico, laboral, etcétera (García S. , 2003).

De lo antes planteado se deriva que, aunque es notoria la evolución de la institución del daño moral, en muchos países sudamericanos y europeos, en Ecuador, no se ha fijado una postura determinada en materia de tratamiento a dicho perjuicio en casos relativos a obligaciones contractuales, esto provocado, fundamentalmente, por la ausencia de una norma

que recoja esto de manera taxativa, una problemática que, sin embargo, se considera perfectamente salvable.

Igualmente, en el país se manifiesta una situación legal, al no existir una norma, o requisitos que permita decidir a los jueces el monto de indemnización adecuado, actualmente depende de su discrecionalidad. Es importante destacar que la reparación pecuniaria que afecta la integridad de las personas ante el daño moral debe estar en concordancia con las normas y principios del debido proceso, específicamente con el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución (2008) que implica que la reparación se corresponda con el daño causado. Los órganos jurisdiccionales en el Ecuador, al resolver cuestiones acerca del daño moral se han extralimitado, ejemplo de ello ha sido el caso: Rafael Correa contra el Banco Pichincha (2008), en el que el accionante solicitó una indemnización por concepto de daño moral de cinco millones de dólares y así fue dispuesta por el juez de primera instancia.

En ese sentido, para Baquerizo (2011) una manera de aplicación en el plano judicial del daño moral y su debida reparación se sustenta en un adecuado razonamiento jurídico que aplique la ley de manera objetiva y de acuerdo con la magnitud del daño. Al respecto Prieto (2003) expone que el resultado efectivo de un ejercicio de ponderación en este marco es la armonización de ambas cuestiones de manera que se encuentre una solución intermedia que logre aliviar y reparar de manera efectiva el daño ocasionado. Por ello deben existir parámetros, al menos generales, que permita a los operadores de justicia cuantificar adecuadamente el daño ocasionado a las personas en este marco.

## CONCLUSIONES

Después de revisada la doctrina, la jurisprudencia y la regulación jurídica, se concluye:

Que, la estructura del daño moral en el país se sustenta tanto, en el orden normativo como judicial, en tres cuestiones fundamentales: la responsabilidad, el daño y la reparación. La responsabilidad es un término consustancial a la historia de la humanidad y ha estado presente en todas las etapas de evolución y de alguna manera también desde los primeros cuerpos normativos. Para su estudio se escinde en responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. La objetiva es un tipo de responsabilidad de carácter civil que se produce al margen de toda culpa imputable al sujeto responsable. Por su parte, la responsabilidad subjetiva se origina en exclusivo en la existencia de culpa por parte del sujeto.

Que, el daño en el ámbito jurídico es el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a otro en su patrimonio o en su persona. Los daños patrimoniales son los valorables en dinero de manera directa. El daño patrimonial tradicionalmente se ha dividido en dos clases de perjuicios: el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente es el tipo de perjuicio material que consiste en la pérdida efectiva (pasada, presente o futura) de un bien que se encontraba en el patrimonio de la víctima. El lucro cesante es aquel dinero que se ha dejado de percibir por el daño sufrido a algún bien del patrimonio.

Que el daño moral es de carácter inmaterial, se relaciona con la afectación a la honra , al buen nombre, afecta la reputación. Ante ello, aparece el dolor, la aflicción de tipo física y moral .No afecta el patrimonio. Este tipo de daño afecta el derecho constitucional a la integridad personal . Dicha figura ha discurrido por un proceso de permanente evolución, y como parte de esta, en una primera etapa no fue considerado como un perjuicio susceptible de ser indemnizado, una postura que en la actualidad ya está superada.

Que, en el Ecuador la Constitución consagra el derecho al honor y el buen nombre y se reconoce constitucionalmente la reparación integral a que tienen derecho las personas ante cualquier daño, entre ellos el moral. Esta clase de daños está regulada en el Código Civil y en el orden procesal se desglosa partiendo de que se resuelve mediante un juicio de dicha materia que se tramita mediante procedimiento ordinario de conformidad con el COGEP. Se debe

señalar que, en el país, en los últimos años, no se ha realizado ninguna modificación a la institución de los daños y perjuicios en el orden sustantivo.

Aunque es notoria la evolución de la institución del daño moral en muchos países sudamericanos y europeos, en Ecuador no se ha fijado una postura meridiana en la jurisprudencia en materia de tratamiento a dicho perjuicio desde la cuantificación. Lo antes planteado, es provocado, fundamentalmente, por la ausencia de una norma que recoja esto de manera taxativa, una problemática que, sin embargo, se puede solucionar a través de una disposición que puede determinar, al menos parámetros generales para ello, teniendo en cuenta que cuantificar el daño adecuadamente permite la protección del derecho al honor y el buen nombre, respetar el principio constitucional de proporcionalidad y reparar integralmente al afectado.

## **RECOMENDACIONES**

Se recomienda con base a las conclusiones planteadas:

Sugerir al Colegio de Abogados que convoque a los profesionales del derecho para realizar un estudio integral de la figura del daño moral, partiendo de estudios doctrinales, de la jurisprudencia y la regulación de esta figura al igual que de su evolución. A los efectos de que exista un dominio acerca de la estructura de esta figura en el marco jurisdiccional ecuatoriano y se intercambie acerca de la necesidad de que existan parámetros generales para cuantificarlo, de manera que su reparación sea proporcional a la afectación y ajustada a derecho.

Convocar por parte del Consejo de la Judicatura a los operadores de justicia, a los efectos de revisar, lo concerniente a los parámetros que puedan tenerse en cuenta para cuantificar el daño moral de manera adecuada, y de proceder, presentar una propuesta al respecto.

## BIBLIOGRAFIA

- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Montecristi: Registro Oficial No 449 de 20 de marzo de 2008.
- Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de derechos Humanos*. Nueva York: ONU.
- Asamblea Nacional . (1851). *Proyecto de Código Civil* . Quito: Asamblea Nacional .
- Asamblea Nacional . (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.
- Baeza, S. (2003). *El derecho al honor*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Baquerizo, J. &. (2011). *Sobre Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*. Guayaquil: Edilexa editores.
- Barragán, G. (1995). *Elementos del daño moral*. Quito: Edino.
- Benavente, H. (2017). *Daño moral en el sistema acusatorio*. Madrid: Flores editor y distribuidor.
- Beristáin, C. M. (2008). *Diálogos sobre la reparación. Experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Agencia Sueca de cooperación internacional para el desarrollo.
- Borja, M. (2004). *Teoría General de las Obligaciones*. México D.F.: Porrúa.
- Campos, M. (2000). *La responsabilidad civil por daños al amedio ambiente. El caso del agua en México*. México D.F.: Universidad .
- Caso Rafael Correa contra el Banco Pichincha, 2007-0023 (Juzgado primero de lo Civil de Pichincha 29 de octubre de 2008).
- Comité Pro Mejoras Delfina Torres viuda de Concha vs. Petrocomercial y otros, Comité Pro Mejoras Delfina Torres viuda de Concha vs. Petrocomercial y otros (Corte Suprema de Justicia 19 de marzo de 2003).
- Congreso Nacional . (1984). *Ley 171 Reparación por Daño Moral*. Quito: Congreso Nacional .
- Congreso Nacional . (2005). *Código Civil* . Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos . (2010). *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988- 2007)*. Santiago de Chile: CIDH.
- Cueva, L. (2015). *Reparación inetgral y daño al proyecto de vida*. Quito: Cámara Ecuatoriana del Libro.
- De Ángel, R. (1995). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Madrid: Civitas.
- De Cupis, A. (1975). *El daño*. Barcelona: Bosch.
- De Verda, J. R. (2017). Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria. *Revista Boliviana de Derecho*(23), 54-111.
- Díez-Picaso, L. (2000). *Dewrecho de Daños*. Madrid: Civitas.
- Domínguez, C. (2016). *El daño moral, Tomo I. Segunda edición* . Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Escobar, R. (1989). *Responsabilidad contractual de la Administración Pública*. Bogotá: Temis.
- Falconí, J. G. (2004). *Análisis jurídico a la Ley No. 171 que regula la Reparación por Daño Moral en el Código Civil Ecuatoriano*. Rodin: Quito.
- Fernández, A. (2017). La responsabilidad civil subjetiva. En A. G. Adame, *Homenaje al doctor Othón Pérez del Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM*. México D.F.: Universidad Autónoma de México.
- Galdos, J. (2005). *Nuevos daños a la persona en la sociedad de riesgo en Edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Buenos Aires: Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- García, D. S. (2003). Responsabilidad política y jurídica de los gobernantes. En AA.VV., *Retos de la judicialización en el proceso de verdad, justicia, reparación y reconciliación*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.
- García, E., & Fernández, T. (1993). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- García, J., & Jiménez, A. (1986). *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas.
- García, S. (2003). Las reparaciones en el sistema interamericano de protección a derechos humanos. En CIDH, *El sistema Interamericano de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. San José.

- Garrido, L. (1993). *Los daños colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Universidad.
- Goyas, L. (2015). El concepto de daño indemnizable en el derecho contractual cubano. *Tlamelaua*, 8(37).
- Hernández, A. (1988). *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Espasa Calpe.
- Hinestrosa, F. (1967). *Derecho de Obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jonas, H. (2008). *El principio de responsabilidad*. Barcelona: Herder.
- Junco, M. G. (2016). *El mecanismo de reparación integral y su aplicación en la legislación ecuatoriana. Tesis para la obtención del grado de Magíster en Derecho Procesal*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Loaiza, A. C. (2015). *El derecho de daños: normativa actualmente aplicable y resarcimiento según el ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Macías, A. (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*. Madrid: La Ley.
- Mariño, L. E. (1999). *Manual práctico de indemnización de perjuicios*. Bogotá: Editorial Librería del Profesional.
- Mayorga, N., & Tapia, P. (2017). *El juicio ordinario de daño moral y la sanción pecuniaria*. Ambato: Universidad Técnica de Ambato.
- Medardo Luna vs. AECA, 290-2003 (Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. 1 de septiembre de 2004).
- Medina, M. (2003). *La culpa de la víctima en la producción del daño extra contractual*. Madrid: Dykinson.
- Moreno, M. D. (2016). *El daño moral causado a las personas jurídicas. Tesis Doctoral*. Córdoba: UCOPress, Universidad de Córdoba.
- Nanclares, J., & Gómez, A. (2017). La Reparación: una aproximación a su historia, presente y perspectivas. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), 59-80. doi:<http://dx.doi.org/10.22518/16578953.899>
- Oliveros, J. (2019). *Daño Moral*. Madrid: Tirant lo blanch.
- Ortiz, G. (2016). Sobre la distinción entre ética y moral. *Isonomía*(45), 113-139.
- Perrau, E. (1911). Des droits de la personnalité. *RTDC*, 505-507.
- Pitt-Rivers, J. (1992). La enfermedad del honor. En M. Gautheron, *El Honor*. Madrid: Cátedra.
- Portillo, G. (1992). *Elementos del daño moral*. Rosario: Juris.
- Prieto, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Constitucionales*. Madrid: Trotta.

- Real Academia Española . (2014). *Diccionario de la Real Academia Española* . Madrid: Espasa S.A.
- Rojas, V. (2012). *La reparación integral. Un estudio desde su aplicación en acciones de protección en el Ecuador. Tesis de Maestría en Derecho Constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Rojina, R. (1998). *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*. México D.F.: Porrúa.
- Rousset, A. (2011). El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1(1), 59-78.
- Sandoval, D. A. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*(25), 235-271.
- Sarmiento, D. R., Medina, S., & Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *VIeI*, 101-115.
- Schweitzer, A. (1984). *Ética de la Reverencia por la Vida*. Berlín: Cousins.
- Serrano, E. (1956). «Honneur» y «Honor»: su significación a través de las literaturas francesa y española (Desde los orígenes hasta el siglo XVI. Murcia: Universidad de Murcia.
- Strawson, P. F. (1995). *Moralidad social e ideal individual*. Barcelona: Paidós.
- Tamayo, E. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis S.A.
- Viney, G., & Jourdain, P. (2001). *Traite de Droit Civil. Le effects de la responsabilite*. París: Librairie Generales de Droit et de Jurisprudence.
- Zannoni, E. (1993). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.