

UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de abogado de
los Tribunales de Justicia y
Licenciado en Ciencias Políticas

Autor:

Diego Demetrio Orellana Tocto

CI: 010272035

Correo electrónico: diegoorellana2002@yahoo.es

Director:

Edy Daniel Calle Córdova

CI: 0300776861

Cuenca - Ecuador

17-enero-2023

RESUMEN:

El tema principia definiendo los conceptos esenciales que débense considerar para abordar un asunto acuciante del Derecho, como es el Daño Moral, enfocado en la legislación ecuatoriana que desde el año 1984 ha venido planteándose como un problema recurrente al que muchas personas invocan cuando sienten que su honra, su prestigio, su personalidad y su crédito han sido menoscabados por parte de terceros que atentan en contra del honor de los afectados. No se descuida en la investigación el dejar sentadas las dificultades para determinar si una persona ha sufrido o no un daño y en caso de ser así, en qué intensidad o medida se han determinado sus consecuencias pues la cualificación del daño y sobre todo su cuantificación son problemas de difícil precisión para los juzgadores, sobre todo en un medio en donde esta figura jurídica ha sido abusada por parte de personajes públicos que al reclamar daño moral pretenden perseguir al libre pensamiento de sus contradictores olvidando que hállanse sujetos al escrutinio público.

El daño moral se perfecciona cuando se violan una serie de derechos protegidos y que precautelan la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del alma, el derecho a la privacidad, las libertades individuales, la integridad física afecciones tales como: el honor, la honra, entre otros. Se abordan consideraciones específicas sobre la naturaleza jurídica del daño moral junto a una diferenciación de lo que es una persona natural y una persona jurídica y la forma como éstas pueden reclamar daño moral en la sociedad. No hay equivalencia entre estas dos clases de personas pero resulta una interesante discusión el afirmar que el ente jurídico puede sufrir un daño moral, el mismo que afecta su personalidad de modo íntegro, sobre todo en cuanto a la fama y al crédito que tienen las empresas o instituciones, ya sean con fines de lucro o benéficas y altruistas.

Finalmente se debate sobre la reparación del daño moral y se toman ejemplos de la jurisprudencia ecuatoriana e internacional para demostrar que en el Ecuador el daño moral es siempre motivo de problematización para los juzgadores.

Palabras clave: Daño Moral. Honor. Dignidad. Persona natural. Persona jurídica. Reputación. Acción. Cuantificación. Cualificación. Legislación. Reparación.

ABSTRACT

The matter begins with some essential definitions about the moral damage in the context of an analysis of a question very important in our country since 1984 because many people are appealing to this juridical recourse to save their honor. We are analyzing the difficulties to determinate the moral damage in our legislation because frequently it is complicated to have a real estimation to know if a person has suffered moral damage and over all the consequences to define the qualification and the quantification of the moral damage in every case, especially because many people in the public gestion use the moral damage as a mechanism of persecution against the freedom of thought in people who are their contradictors.

The moral damage perfectionates when many protected rights are violated in relation with the personal security, the right of the privacy, the tranquility of the spirit, the freedom of liberties, the physical integrity and other topics as the honor, the public accreditation, the fame and many others. We are analyzing specific considerations about the juridical nature of the moral damage with the idea of the difference between a natural person and the juridical person and the way in which these people can reclama moral damage in our society. There is not equivalence between these two kind of people but in the investigation we propose an interesting debate to state that the juridical person can suffer moral damage affecting its personality in relation with the accreditation and the fame of these juridical persons or institutions in all the cases if they are companies of trade or honorific institutions.

Finally, we propose a debate about the reparation of the moral damage and we are taking examples of the ecuadorian law and the international law to demonstrate that in the country the moral damage is always cause of problem for the judges.

Keywords: Moral damage. Honor. Dignity. Natural person. Juridical person. Reputation. Action. Quantification. Qualification. Legislation. Reparation.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
ÍNDICE.....	4
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL.....	6
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	7
DEDICATORIA.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO 1	
1. EL DAÑO MORAL.....	13
1.1. DEFINICIÓN DE DAÑO.....	13
1.2. REPARACIÓN DEL DA.....	17
1.3. CRITERIOS DOCTRINALES DEL DAÑO MORAL.....	25
CAPÍTULO II.....	31
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO MORAL.....	31
2.1. CONFIGURACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	34
2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	37
2.3. CIRCUNSTANCIAS PARA QUE PROCEDA EL DAÑO MORAL.....	39
2.4. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.....	40
2.5. LEGITIMADOS ACTIVOS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL.....	42
2.5.1. PERSONAS NATURALES.....	45
2.5.2. PERSONAS JURÍDICAS.....	46

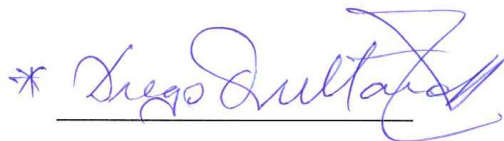
2.6. DIFERENCIACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS VULNERADOS DE ACUERDO CON LA NATURALEZA DE LOS LEGITIMADOS ACTIVOS DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL.....	48
2.7. LA PERSONALIDAD FÍSICA Y LA PERSONALIDAD MORAL.....	49
2.8. HONOR Y REPUTACIÓN COMERCIAL	57
2.9. DERECHO AL HONOR EN LA PERSONA FÍSICA.....	58
2.10. RECONOCIMIENTO DEL HONOR EN PERSONAS JURÍDICAS.....	59
CAPÍTULO III.....	63
3. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	63
3.1. LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	69
3.2. RÉGIMEN APLICABLE A LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL.....	73
3.3. EL PROBLEMA DE LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL.....	75
3.4. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	77
3.5. HONOR Y REPUTACIÓN COMERCIAL.....	78
3.6. DERECHO AL HONOR EN LA PERSONA FÍSICA.....	79
3.7. REFERENCIAS AL DAÑO MORAL EN LA MATERIA CIVIL.....	80
3.8. DAÑO MORAL POR LOS HECHOS QUE AFECTAN A LA PERSONA JURÍDICA EN EL CASO REPUTACIÓN DE LA SOCIEDAD.....	83
3.9. PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA EN LA CUALIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL.....	86
3.10. CERTIDUMBRE DEL DAÑO MORAL Y SU ESTIMACIÓN.....	90
3.11. REFERENCIAS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	95
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	98

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Diego Demetrio Orellana Tocto, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación «EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA», de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Santa Ana de los Ríos de Cuenca, enero 17 del año 2023



Diego Demetrio Orellana Tocto

C.I: 0102720356

Cláusula de Propiedad Intelectual

Diego Demetrio Orellana Tocto, autor del trabajo de titulación «EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA», certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Santa Ana de los Ríos de Cuenca, 17 de enero de 2023



Diego Demetrio Orellana Tocto
CI: 0102720356

DEDICATORIA

A los honestos profesionales del Derecho que,
con su accionar, luchan por la Justicia y dignifican a la profesión haciendo de ella una
oportunidad para servir y no servirse de la ley.

EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

INTRODUCCIÓN

In vita societatis o *en la vida de la sociedad*, uno de los asuntos más entrañablemente debatidos en el país, en las últimas décadas, ha sido el Daño Moral puesto que trátase de un tema de estudio con múltiples aristas para su análisis en amplios y profundos debates que giran en torno a lo que débese considerar como la honra y el honor de las personas y la dificultad harto frecuente para tipificar taxativamente un delito de esta naturaleza que más que cuantificable es cualificable, desde un punto de vista subjetivo, y que al rebasar la esfera de la objetividad no siempre encuentra las certezas plenas con las cuales mirar el daño moral como absolutamente determinado y taxativo en el momento de reivindicar la honra de quien siéntese afectado por el descrédito y el deshonor.

El daño moral es el agravio que cométese al violar alguno de los derechos personalísimos que protegen como bien jurídico las «*facultades*» o «*presupuestos*» de la personalidad de un individuo, la tranquilidad del espíritu y la paz interior: la vida íntima de la gente o el derecho de privacidad que tenemos todos, la libertad individual, la integridad física, el honor, el crédito público, la honra de la persona, etc. En otras palabras, aquello que contribuye a poseer per se lo que San Agustín llamaba la «*tranquilitas in ordinis*» o la «*tranquilidad en el orden*».

Es un deber imperativo conceptualizar al hombre como un individuo de la especie humana cuya integridad es intangible y todo daño sufrido en esa esfera debe ser reparado ya que los ultrajes operados en contra de la integridad moral atentan a su esencia. Diariamente las personas viven experiencias traumáticas que aféctanlas en su personalidad como pueden ser

las angustias y pesares, los dolores físicos o morales, las amenazas y agresiones a la integridad física de la gente, a su psiquis, a su espíritu.

Por esta razón, hay que respetar el derecho de preservar nuestra integridad espiritual y material frente a los hechos o actos de otras personas que pueden justamente con sus acciones ocasionarnos un daño a nuestra integridad física y moral.

El daño moral, por lo tanto, constituye un apasionado tema de estudio cuyas incidencias amplifican con gran resonancia en el contexto jurídico del mundo. En América Latina, por ejemplo, a lo largo de los tiempos, ha desarrolládose un amplio debate sobre esta temática, el cual sigue siendo motivo de estudio para tratadistas, legisladores y estudiosos mientras su aplicación no pocas veces ha incurrido en abusos por parte de quienes a fuer de sentirse ofendidos o degradados han utilizado el recurso como mecanismo de intimidación o persecución, sobre todo cuando trátase de figuras públicas cuestionadas y temerosas al escrutinio ciudadano al que están sujetos en un Estado social de derechos en donde garantizase la libertad de expresión como un derecho humano que no puédesse conculcar, así como el derecho de los ciudadanos para cuestionar a sus autoridades. Y en este devaneo de cosas hay quienes escáldanse ante el escrutinio ciudadano interponiendo injustamente demandas de daño moral a gentes libertarias de libérrimo espíritu y de ánimo levantisco que alzan la voz ante la prepotencia, la autocracia y el abuso de cuestionadas autoridades. Por ello, muchas de las demandas de daño moral son forjadas abusivamente llegando a los paroxísticos límites del infamante abuso con absurdos argumentos esgrimidos con violencia y vesania con tal de perseguir al libre pensamiento de gentes que, *ad libitum*, ejercen sus derechos a la libertad de expresión.

El daño moral, no obstante, cuando es legítimo y está bien fundamentado constituye un mecanismo de defensa del honor mancillado o de la honra ultrajada por irresponsables seres que con sus acciones afectan la vida espiritual de las personas. Esta es la razón por la cual,

en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, consideróse de trascendental importancia legislar sobre el daño moral. De esta forma, inténtase reparar pecuniariamente el honor supuestamente mancillado, de quien siéntese víctima de seres que afectan a su buen nombre con vileza o ruindad. Este desagravio, por así llamarlo con más exactitud, llévase a cabo, generalmente, a través de la indemnización.

Sin embargo, en la legislación ecuatoriana, si bien el daño moral encuéntrase perfectamente definido, su medición o cuantificación vuélvese muy difícil o complicada de determinar, por lo que la aplicación de esta figura jurídica en la vida práctica es un problema que ha causado, en ocasiones, algunas injusticias cuando la tipificación del daño moral no ha sido lo suficientemente explícita como para demostrar que existió de veras y que fue cuantificado apropiadamente *in via iustitiae*.

Y es que no es necesario tan solo la determinación de la culpa que da lugar a la responsabilidad subjetiva del agente que causa el daño, para verificar su traslación a la responsabilidad objetiva, en cuanto a que es la producción del daño el determinante de la culpa misma que debe ser imputable, para que sea posible su reparación.

Esta aclaración no pretende desvirtuar el elemento culpa, que encuéntrase presente en la legislación nacional, ya que la fuente de las obligaciones emanadas del hecho ilícito (trátese de responsabilidad civil contractual o extracontractual), sigue siendo la misma; es en la determinación misma de la existencia del daño moral en donde existen graves problemas en el contexto ecuatoriano siempre proclive al escaldamiento de personajes que créense intocables y que han pretendido utilizar la figura jurídica del daño moral como mecanismo de persecución o sistema de amilanamiento contra quienes derecho tienen de expresar libremente sus ideas *pro populo beneficio*.

En conclusión, el presente trabajo pretende mostrar taxativamente la figura jurídica del daño moral para visualizar ciertos problemas que inciden en su real cuantificación dentro de la legislación ecuatoriana procurando conceptos claros pues cuando las ideas no son precisas, los juicios son erróneos, las acciones no prosperan y la gente se confunde quedando la verdad al margen de la objetividad que su imperio reclama *in via claritatis* o *en el camino de la claridad*.

CAPÍTULO I

1. EL DAÑO MORAL

1.1. DEFINICIÓN DE DAÑO

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Castellana (2014) define al daño como «*el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien*». *Lato sensu*, el término refiérese a toda suerte de mal material o espiritual. Por eso, el daño puede ser físico o moral. Cuando tratase del segundo, nos referimos al dolor o a una aflicción que la persona experimenta con respecto de sus facultades espirituales o sentimientos.

Daño es entonces aquel mal o perjuicio producido o perpetrado en una persona o bien. El elemento moral del daño aparece cuando ven afectados varios elementos psíquicos y espirituales que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo de una persona.

El daño puede provenir del dolo, culpa, o caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan solo indemnización, y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia.

Rafael Piña Varo, en su Diccionario de Derecho (1989), define al daño como: «*la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación*». Esta definición débese la entender en el sentido de daño material. Mas el daño también puede ser moral.

También defínese como el mal, el perjuicio o el deterioro causado a una persona por otra u otras. De este modo, el artículo 2214 del Código Civil vigente dice: *«El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito».*

En el mismo Código Civil el artículo 2215 señala que, respecto a la petición de indemnización: *«Puede pedir esta indemnización, no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño, o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella, pero sólo en ausencia del dueño».*

Desde esta perspectiva, entiéndese daño moral como aquella especie de agravio implicado con la violación de alguno de los derechos personalísimos, o sea de los derechos subjetivos que protegen como bien jurídico las *«facultades»* o *«presupuestos»* de la personalidad, la paz, la tranquilidad de espíritu, la vida íntima o el derecho de privacidad, la libertad individual, la integridad física, el honor, la honra de la persona, etc.

Es de índole netamente subjetiva y su fundamento encuéntrase en la propia naturaleza efectiva del ser humano, de tal modo que puédesse decir que tal daño prodúzcase siempre en un hecho externo que afecta a la integridad física y moral del individuo y, por lo tanto, la apreciación pecuniaria de éste debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado.

El daño moral afecta a la psiquis que exteriorízase en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente; es la doctrina del *doloris pretium* o *precio del dolor*. Consiste en el dolo, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o en los afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos.

Sólo puédelo reclamar exclusivamente la víctima o su representante legal. Dícese que es procedente el daño moral a una persona ideal, cuando háyasela perjudicado directamente por un hecho inicuo y esto es evidente, pues todo acto o hecho que sea contrario a la ley dañará gravemente a toda entidad al margen de la faz económica, ora en el buen nombre o en la confianza del público ora en el crédito que goza *in vita communitatis* o *en la vida de la comunidad*.

Dígase, a la vez, que la persona jurídica es un sujeto pasivo del daño moral, pues si bien ella no puede vivir de sentimientos de dicha y bienestar puede poseer otros bienes extra patrimoniales.

Así entonces, dícese que los ataques al crédito y el prestigio de una empresa equipárase al honor de los seres humanos en adecuado parangón cuando ha de considerarse que las personas jurídicas son poseedoras también de derechos cuya omisión puede acarrear injusticias cuando trátase de validar su prestigio o su nombre.

No dejemos de considerar en estas reflexiones que el daño moral es autónomo del daño patrimonio, así como el daño moral puédesse configurar sin que acaeciera desmedro económico alguno. Así mismo, la sola circunstancia de un daño patrimonial no apareja una lesión a las afecciones legítimas de las personas, puesto que la afección a un hecho cualquiera puede producir daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa.

El hombre es un ser íntegro por derecho propio y todo daño debe ser reparado porque los ultrajes recibidos atentan en contra de su esencia; por eso es importantísimo el derecho de preservar su integridad espiritual y material frente a los hechos o actos de otros individuos de la especie humana que afectan la vida espiritual o anímica de quienes vuélvense víctimas propiciatorias de una ofensa muchas veces premeditada con aviesa actitud y ataque de vileza.

No débese dejar de esgrimir que en la contingencia de nuestra vida nos enfrentamos diariamente con muchas cosas que aféctannos *de profundis* como los pesares, los dolores, las angustias y las amenazas a nuestra integridad física, a las facultades psíquicas o al espíritu y siendo los miembros de la gran familia humana personajes íntegros, todo daño moral débese reparar en tanto afecta a la esencia del ser humano. Por ello exígese desde siempre el respeto al derecho de preservar nuestra integridad espiritual y material frente a los hechos o actos de otros sujetos.

En nuestro medio, *diem per diem*, la figura del daño moral amplificase en los debates sobre el tema con gran resonancia en el contexto jurídico de los países latinoamericanos.

Así, para varios autores, el daño moral constituye un aspecto complicado debido al hecho de que para cuantificarlo aparecen en la praxis del Derecho situaciones complejas en donde vuélvese seriamente difícil determinar económicamente en monto de dinero el daño ocasionado en cuanto a las afectaciones psíquicas y emocionales.

Surge así, consecuentemente, la necesidad imperativa de trazar interrogantes relacionadas con la determinación del daño moral de una persona, sea ésta natural o jurídica, pues

débense considerar cuáles fueron las situaciones o las circunstancias por las cuales el juez tomó la decisión al identificar la existencia de un daño y la cuantificación del mismo.

1.2 REPARACIÓN DEL DAÑO

Las discusiones que sobre la reparación material de los daños morales han producido entre los juristas modernos son exuberantes. Quienes incurren en los debates de este género terminan planteándose la misma inquietud frente a la cuantificación taxativa del daño. Y en el foro ecuatoriano es acuciante la reflexión surgida en torno a esta materia tan significativa. Por ello inquiere *de momento ad momentum* que ¿acaso es menester la existencia de una sentencia ejecutoriada en materia penal para poder iniciar las reclamaciones por daños morales? La cosa llévanos así a engolfarnos ante un caso de prejudicialidad penal. Si bien en el país no existe tanta doctrina propia sobre el asunto intentaremos anteponer nuestras opiniones de la materia.

Post factum, dígase que no todo perjuicio económico tradúcese en daño espiritual o moral, pues pensar así equivaldría a considerar absurdamente que la víctima de algún daño patrimonial podría quizás reclamar siempre la reparación de un daño moral. Sin embargo, el alma humana inclínase siempre a las cosas terrestres y por ello dígase que la subjetividad del hombre hállese en cierta forma proyectada a sus bienes materiales, de modo que toda lesión de éstos provocará casi siempre una desolación, un disturbio y alteración anímica, pero si no hay interés moral previo y claramente diferenciable del económico en lo que atañe a lo que el sujeto sienta por la destrucción, privación o deterioro de la cosa no podráse hablar de daño moral propiamente dicho.

Por las consideraciones mencionadas en líneas precedentes existen dificultades de establecer si un sujeto ha sufrido o no dolor y en su caso en qué medida o intensidad como

consecuencia del hecho dañoso. Esto ha ocasionado que muchos abusen de la figura de daño moral al reclamarlo injustamente y con frecuencia, por parte de políticos que exigen reparación de daño moral para perseguir a sus contradictores, lo cual adiciónase más para configurar la dificultad de la tipificación del daño moral en casos específicos en los que éste es reclamado por quienes pretenden amilanar o perseguir a sus opositores.

Al respecto debemos hacer notar que en estos casos los que aducen la existencia de daño moral suelen interponer argumentos con truculencia ante ciertos escritos en los que desnúdase su accionar como funcionarios públicos. Al no ser entonces aseveraciones enjundiosas los textos de marras que invócanse con trampas sino mas bien expresiones que no llevan implícitas injuria alguna, ni calumniosa grave ni calumniosa no grave es pertinente determinar que en el Derecho Penal es de fundamental importancia que una ofensa o injuria sea proferida mediante el uso de aseveraciones concretas, directas y taxativamente determinadas y acusativas hacia una persona en particular; y, bajo una clara actitud dolosa, esto es bajo la intención positiva de causar daño. *Ergo*, así entonces, por ejemplo, jamás una pregunta interrogativa puede causar ofensa a ningún ciudadano del mundo y menos cuando ha sido formulada por su condición de servidor público, por lo que hay una patraña que debémosla desentrañar *in via claritatis* cuando ciertos funcionarios públicos pretenden acusar de daño moral a cosas que, a veces, de manera interrogativa han formuládose para cuestionar sus actuaciones.

Por ello es que los juzgadores no deben ser sorprendidos con peticiones que claman justicia a base de un denso contexto de falsía como cuando el lobo disfrázase de cordero con *animus necandi* o *intención de hacer daño*. Supérstite, el accionante, aparece mas bien claramente con *ánimus* de perjudicar, al trastocar los hechos que intenta criminalizar.

Por otro lado, es importante determinar que la libertad de expresión es una de las cosas que débense considerar cuando se analiza un caso de daño moral en funcionarios públicos que

aducen ser víctimas de éste al no aceptar que son sujetos del escrutinio público. «*La libertad de expresión es un derecho de toda persona natural, en condiciones de igualdad y sin discriminación*». Así formúlalo la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13, que no consagra distinciones a este respecto. Cualquier persona, independientemente de toda otra consideración, es titular del derecho a la libertad de expresión y puede, por tanto, ejercerlo. Del mismo modo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo IV proclama: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio*». Además, el derecho a la libertad de expresión conságrase en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 19 cuando señala: «1. *Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones*». 2. «*Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección*».

Por supuesto que el derecho a la libertad de expresión tiene límites y débese siempre asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19 también ampara este derecho cuando dice ***a verbis ad verbera***: «*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*». La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13 dice también ***in scriptis***: «1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión...* 2. *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*».

Es imperativo decir *hic et nunc* que la libertad de expresión es una condición *sine qua non* para la existencia y el funcionamiento de un sistema democrático, porque este no podría consolidarse sin que las personas tengan la plena libertad de expresar sus propias ideas y opiniones, circular la información disponible, deliberar abierta y vigorosamente sobre los asuntos públicos, ejercer control ciudadano sobre la gestión de lo público, impedir la instauración del autoritarismo, denunciar la injusticia o la arbitrariedad, consolidar una opinión pública informada y activa y permitir la realización y autodeterminación personal y colectiva del sujeto político. Por lo mismo, ha sido calificada como «*un derecho internacional fundamental y componente básico de la sociedad civil basada en los principios democráticos*» (Fuente: Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas – ONU, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa – OSCE, y Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos – OEA (2009).

Esto cobra más sentido cuando tratase de un funcionario público que es digno de ser cuestionado pues el derecho a la libertad de expresión tiene dos dimensiones: una individual y una colectiva. La primera faculta a cada uno de nosotros para expresar nuestros pensamientos, ideas, opiniones, informaciones o mensajes; la segunda faculta a la sociedad a buscar y recibir tales pensamientos, ideas, opiniones, informaciones y mensajes. El hecho cobra más protagonismo cuando las personas son hombres o mujeres de pluma porque con sus opiniones forman la conciencia crítica de la comunidad a la que se sirve pues al orientar las conciencias hácese muy bien en visibilizar coram populo las faltas que cometen los servidores públicos que deben estar siempre al vaivén del escrutinio ciudadano crítico, objetivo y veraz *ante omnia et super omnia*.

Pero como el ejercicio de la libertad de expresión no debe afectar la honra ciudadana es pertinente hacemos la siguiente reflexión: el alcance como el contenido de los deberes y las

responsabilidades siempre van a depender, *prima facie*, del contexto y las circunstancias de cada caso concreto, pues hay que mirar, dice la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el contenido de la expresión, el medio utilizado para difundirla, y la audiencia o receptor al que está destinada.

Pero veamos algunos casos interesantes de la Jurisprudencia Interamericana de vinculante ejercicio para el Ecuador. *Ad exemplum*, en México acaeció un caso singular donde la Corte Suprema de Justicia, ante una demanda de funcionarios públicos por unas expresiones que consideraban ofensivas por parte de una alumna universitaria no admitida en un programa de Postgrado de la Universidad de México. La corte, ante la muchacha que protestó indignada por lo que consideraba una injusticia (caso 3123/ 2013. Ref: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=156633>), declaró en su dictamen que: «según la *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, las expresiones críticas sobre funcionarios públicos tienen un nivel especial de protección. En este sentido, los funcionarios deberán ser más tolerantes frente al escrutinio público de sus actividades. Asimismo, señaló que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la diferencia en el umbral de protección “no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan sus actividades o actuaciones»* [p. 34]. En este sentido, la Corte reiteró que la libertad de expresión también protege expresiones que puedan «ofender, chocar, perturbar, molestar, inquietar o disgustar» [p. 51-52] y no solo las expresiones favorables o inofensivas. Igualmente, precisó que las expresiones «absolutamente vejatorias» no están protegidas constitucionalmente, esto es: expresiones «ofensivas u oprobiosas, según el contexto e impertinentes para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado» [p. 52]. Para la Suprema Corte, cualquier límite a las expresiones críticas sobre funcionarios públicos debe estar consagrado de manera expresa y clara en una ley. Asimismo, señaló que es indispensable que se demuestre que la persona que se expresó actuó con «malicia efectiva», esto es que la expresión fue emitida «con la intención de causar ese daño, con conocimiento de que se estaban difundiendo hechos falsos, o con

clara negligencia en el control de su veracidad» [p. 35]. A su juicio, es indispensable acreditar el daño causado y, en todo caso, la ***exceptio veritatis*** será una causal suficiente de exculpación de cualquier responsabilidad. La Suprema Corte señaló que en el presente caso la demandante no pudo demostrar la malicia efectiva. La Corte precisó que las expresiones difundidas no eran ofensivas o impertinentes y que si bien las afirmaciones pudieron generar una afectación de sus derechos al «*honor, reputación y prestigio*», la demandante estaba obligada a soportarlas debido a que «efectivamente constituyen una crítica directa a su desempeño como funcionaria pública» [p. 50]. La Suprema Corte señaló que a partir del «*contexto de la controversia*» no se probó que la información divulgada fuese expuesta con una «***intención subjetiva de dañar***», ni que contuviera «*expresiones insultantes ni vejaciones impertinentes*» [p. 51], es decir «*que fueran innecesarias por no tener relación con lo manifestado*» [p. 52].

Volviendo a enfocarnos ***ex professo*** en el Daño Moral dígame que para los efectos de la reparación considérase como daño emergente el detrimento, menoscabo o destrucción material de bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El daño emergente, la pérdida de sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, tradúcese en una disminución de su patrimonio.

En el amplio campo del Derecho Civil, cuando un hecho causa daños y perjuicios a una persona y la ley impone al autor de este hecho o a otra persona distinta la obligación de reparar esos daños y perjuicios, hay responsabilidad civil. Así entonces, los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley, pueden provenir de un hecho ilícito.

Ahora bien, el autor de un hecho ilícito está obligado por la ley a reparar los daños y perjuicios que con tal hecho causara a otra persona, a menos que demuestre que el daño o el perjuicio produjese como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Los daños y perjuicios cuya reparación impone la ley pueden provenir de un hecho ilícito. El autor de un hecho ilícito debe reparar los daños y perjuicios que con tal hecho cause a otra persona, a menos que demuestre que el daño o el perjuicio prodújose como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Esta responsabilidad puede ser a cargo de una persona que no sea la autora del hecho ilícito, en los casos en que así lo disponga la ley.

Lo que es notorio es que en materia de responsabilidad civil, el daño encuéntrase generalmente relacionado con el concepto de perjuicio, que resulta ser la categoría opuesta del daño emergente.

Por lo tanto, el perjuicio o lucro cesante configúrase principalmente, por la privación de aumento patrimonial por la supresión de la ganancia esperable.

El daño moral tiene sus orígenes en la doctrina francesa, donde fue denominada por los jurisconsultos franceses como: «*Damages Morales*». Para los juristas galos el daño moral consistía en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y en general los padecimientos inflingidos a la víctima por el evento dañoso.

El daño moral considérase una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que tradúcese en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que hallábase antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

El Daño Moral, en conclusión, entiéndese como aquél perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, la transgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

Por otra parte, el daño moral es subjetivo y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello la apreciación económica es discrecional del juzgador mientras la tipificación del daño es asunto harto complicado si considéranse estas incidencias particulares en la vida de cada persona.

Los derechos que protégense al implementarse la figura del daño moral son aquellos que precautelan la paz, la integridad, la honorabilidad y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquier persona podrá interponer una demanda por daño moral; por esta razón el daño moral tiene una especificidad peculiar y solo podrán impetrarlo las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales.

Si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto puede interponer dicho proceso. Igualmente, las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados y justipreciando si de veras existe un daño moral en las circunstancias en las que

invócase, así como el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, tanto como las demás circunstancias del caso.

1.3 CRITERIOS DOCTRINALES DEL DAÑO MORAL

Veamos algunos valiosos criterios doctrinales sobre el daño moral: La Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix Editor, Tomo VI, página 218, al tratar sobre los Daños y Perjuicios expresa: *«Deberán ser considerados como indemnizables los daños causados en las personas, bien en su libertad, en su salud, su honra, etc?. Esta es la debatida cuestión de la reparación del daño moral: los tratadistas han polemizado, quizá con exceso sobre la "pecunia doloris"; pero parece ser que en la moderna doctrina se ha llegado a una distinción particularmente exacta. Se ha distinguido entre aquellos daños morales que representan en definitiva un interés económico y los daños morales stricto sensu. Sobre los primeros no hay problema; la doctrina general entiende que deben ser resarcibles El verdadero problema surge en aquellos casos que no producen repercusión económica inmediata». «La tesis que sostiene que estos daños son indemnizables (continúa la Enciclopedia) considera que “si la ley ordena el resarcimiento de los daños causados en el patrimonio, no debe exceptuar los causados al patrimonio más sagrado, que es el patrimonio moral».*

La Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, página 604 y sig. al tratar del agravio moral indica: *«El Derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considerara impotente para proteger valores de afección, bienes inmateriales por la sola circunstancia de no tener cotización monetaria. Correlativamente con esta concepción, quedó configurada la figura del agravio moral. El desmedro de los bienes materiales ocasiona daño patrimonial. El ataque a los bienes inmateriales configura agravio moral».*

Bien sábase que una honra afectada, un dolor moral no serán del todo resarcibles por una indemnización, pero nadie podrá negar el gran valor que tiene el hecho de reivindicar el honor, el ponerle su mayor valor, como reafirmación de los derechos y como sanción contra el culpable.

En el Código Civil polaco existe una sugestión de destinar la indemnización a establecimientos de beneficencia o utilidad social y la idea que trasunta en esta sugestión es justamente una idea de darle nobleza al hecho de que el valor de la honra, atribuido por el juez, sea dedicado para una labor benéfica, de servicio social.

En la praxis, esta modalidad suele ser invocada por parte de funcionarios públicos que demandan daño moral injustamente para así disfrazar sus pretensiones inicuas de perseguir a sus contradictores. Sobre todo, ha vístose aquello en casos en los cuales la ironía de un escritor suele pretenderse criminalizarla por parte de estos aviesos sujetos que créense intocables y que en tal condición incóanse por escritos veraces en los cuales, a fuer de la ironía dícense crudas verdades que molestan a quienes con ellas cuestionánse en sus funciones públicas. Aquí es pertinente señalar que una de las dificultades para el juzgador al momento de tipificar el daño moral es la calibración de la ironía cuando ésta es utilizada como medio de cuestionamiento a las acciones de los servidores públicos.

Dígase con ataraxia y firmeza que la ironía es un estilo literario y esta particularidad débese considerar al momento de analizar una expresión ante la cual invócase la existencia del daño moral pues la ironía, manejada con estilo, nunca podrá ser causa de daño moral si con ella ha pretendídose develar el mal comportamiento de un funcionario público. No considerar esta circunstancia engolfaría al juzgador para criminalizar a la ironía, lo cual *in stricta veritas*, sería un despropósito. Díganse entonces algunas interrogaciones a base de

las cuales pretendemos hacer notar que la ironía es un recurso que muy bien derecho tienen de usarlo quienes a través de ella pretenden ilustrar a la comunidad a la que se sirve desde la pluma sobre las inicuas acciones de un servidor público: ¿Desde cuándo la ironía debería criminalizarse? ¿No será la ironía un estilo literario que no puede manejarse por cualquiera que honre a la lengua de Castilla? Si esto fuera cierto entonces ¿Calderón de la Barca, Francisco de Quevedo, Miguel de Cervantes, Lope de Vega, Luis de Góngora, Juan Montalvo, Fray Vicente Solano, Manuel J. Calle, Enrique Jardiel Poncela, supremos maestros de la ironía *inter nos*, deberían haber terminado en las cárceles por haber sido irónicos en la pluma? Entonces, ¿Quevedo debería haber sido criminalizado por la osadía de escribir al autocrático conde duque de Olivares, su famosa e irónica «*Epístola moral a Fabio*»? Así, dígame pues que ¿acaso el conde duque de Olivares habría dicho que Fabio es una injuria que le desacredita, que le deshonra, que le ultraja y que debía ser castigada por la ley penal?

Por otro lado, Guillermo Ospina Fernández (2005), en su obra «*Régimen General de las obligaciones*», al tratar sobre la indemnización de perjuicios indica *in scriptis* que: «*la doctrina, al estudiar la teoría de la responsabilidad, la divide en dos aspectos diferentes sometidos, supuestamente a un régimen jurídico también diverso. Ellos son el de la "responsabilidad extracontractual o aquiliana y de la responsabilidad contractual" ...La responsabilidad extracontractual se deduce a consecuencia de una conducta ilícita, dolosa o culposa sin que el agente esté vinculado a la víctima del daño por una obligación concreta. Esta conducta ocasiona perjuicios que, en definitiva, son perjuicios morales*».

Pero Ospina (2005), en la página 130 de su obra, acota: «*En punto de la responsabilidad extracontractual por el hecho ilícito, es axioma en la doctrina que el agente del hecho debe indemnizar tanto los perjuicios materiales como los morales que le haya irrogado a la víctima*». Y en la cita de pie de página agrega: «*Actualmente la doctrina de la Corte ha decidido que la fijación del monto de la indemnización de los PERJUICIOS MORALES*

corresponde a los jueces DE INSTANCIA con prescindencia del artículo 95 del CODIGO PENAL y, aún de la prueba pericial, por no tratarse de cuestión técnica ni científica - Cas., 27 de septiembre de 1974 GJ t. XLVIII pl 251). Esta jurisprudencia colombiana determina con absoluta claridad que la reparación de daños morales es totalmente independiente de la aplicación de la ley penal».

Es interesante la disertación que sobre el tema hace este autor y así hemos de ver que luego enfatiza que: *«la equidad reclama con igual vigor la indemnización del perjuicio moral en el campo extracontractual y en el contractual. La víctima de un hecho ilícito siempre tiene derecho a que se le reparen todos los daños que se le hayan causado y este máximo postulado de justicia no admite distingos porque ese hecho ilícito consista en la violación de un contrato o en el quebranto de deberes emanados de otras fuentes. . . Verdad es que la cabal y perfecta reparación del daño moral no es factible, porque el dinero no puede borrar el dolor moral. Pero es que jurídicamente lo que se pretende con la indemnización pecuniaria es UNA EQUIVALENCIA DE VALORES y no una SUSTITUCION MATERIAL DE BIENES: así como el dinero no reemplaza el edificio destruido (daños materiales-digo yo-) tampoco elimina el dolor sufrido ...pero sí produce una satisfacción que, en todo caso, es preferible a nada. También es cierto que la evaluación del daño de que se trata es bien difícil, mas esta circunstancia tampoco justifica el que se cohoneste la impunidad de su autor en detrimento de la víctima».*

En el «Diccionario de Jurisprudencia Chilena» Elena Caffarena de Jules (2004) dice: *«el daño moral, no definido por nuestro Código, es indudablemente el que se causa al espíritu del individuo ya sea por dolores físicos o morales, por herir sentimientos de afección o de familia, por malas condiciones de salud a consecuencia de pesadumbres que le han sido ocasionadas, por la privación de un apoyo o de una dirección, etc».*

Weinstein, citado por Ricardo Noboa Bejarano en un artículo cibernético sobre el daño moral, defínelo así: *«daño moral podría definirse diciendo que es una lesión o perjuicio causado en la persona moral del individuo (psíquico) y que, en consecuencia, es de índole subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza de la psicología afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre que un hecho externo afecte a la integridad física o moral de un individuo o de aquellos que se encuentran ligados por los lazos de la sangre que crean un conjunto de afectos recíprocos».*

Guiados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (2014) dígame que *«daño es el mal, perjuicio, aflicción, privación de bien»* y moral, dentro de una de sus diversas acepciones, debe entenderse como *«el conjunto de facultades del espíritu por contraposición al físico»*; de donde colúmbrase que el daño moral existe cuando se causa a una persona un mal, un perjuicio, una aflicción o una privación del bien en lo relativo a sus facultades espirituales.

Dicho de otro modo, el daño moral opera cuando infiéresele a una persona un dolor o aflicción en sus sentimientos afectivos, cuando réstansele las posibilidades de que disfrutaba para alcanzar una mayor cultura o preparación intelectual, o cuando se le priva del goce de circunstancias que le proporcionaban complacencia o gozos espirituales.

En el Manual de Derecho Civil, Tomo II, Le Fort, citado por MEZA BARROS (2003), expresa bajo el subtítulo «Competencia de los Tribunales» que: *«ante el Juez Civil deberá necesariamente deducirse la acción cuando el delito o cuasidelito revisten un carácter puramente civil. Del mismo modo, deberá interponerse la acción ante el Juez Civil cuando la acción penal se haya extinguido, por ejemplo, por muerte del autor. Pero si el delito o cuasidelito es civil y penal a la vez, en principio, puede el actor elegir entre la justicia civil y la justicia criminal».*

CAPÍTULO II

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DAÑO MORAL

In aeternum, desde tiempos inmemoriales, el ser humano, la naturaleza humana y la vida social han obligado al legislador a regular de manera sucinta, los deberes, derechos y obligaciones de los cuales son titulares los ciudadanos de un Estado.

Para Legaz y Lacambra (2008) «*la existencia implica, pues, constitutivamente, metafísicamente, la libertad, y la libertad es el signo del espíritu. Así, el espíritu es la posibilidad radical de la existencia. No es que la existencia sea solo espíritu, sino que sin el espíritu no hay existencia posible. Y como la forma del espíritu es necesariamente personal, como la persona es la forma necesaria del espíritu, resulta que persona y existencia no son términos del todo idénticos – porque no toda persona, ni toda la persona es la existencia-, pero toda existencia es existencia personal; es decir, en toda existencia se da la dimensión ontológica que es propia de la persona*».

La sociabilidad tiene como componente filosófico la libertad, pues ésta adquiere forma cuando vuélvese compatible con la sociabilidad. Por eso, una de las formas a través de las cuales la libertad vuélvese aplicable en el ámbito social es el Derecho.

El ejercicio de la libertad está estrechamente ligado con el libre albedrío, el cual considérase como la habilidad única que pueden poseer los seres racionales considerados como agentes para ejercer sobre su conducta un género de control necesario para que exista responsabilidad por las acciones que puedan emprender. Tendría libre albedrío todo individuo que dispusiese del poder necesario para ser el creador y sostenedor último de sus propios fines y propósitos.

El «*ser racional*» es una condición o circunstancia por la que la conducta propia es gobernada por razones que influyen sobre las elecciones que realizan las personas. Las acciones constituyen el resultado de un proceso que parte de decisiones que generan intenciones que deberían traducirse en tales acciones. Sin embargo, cada etapa del proceso de razonamiento implica deliberaciones independientes que deberían generar los factores conducentes a la etapa sucesiva.

El libre albedrío constitúyese así en un antecedente de la responsabilidad, en cuanto su ejercicio requiere también de la posibilidad de la irracionalidad, con esto, quien es libre de ejecutar cualquier acción, enfrenta un «conjunto de posibilidades alternativas» ante las que tiene la libertad de elegir.

Planiol y Ripert (1991) fundan esta potestad autorreguladora de los particulares en la regla de derecho según la cual «*todo lo que la ley no prohíbe está permitido*».

Pinto Rogers (1972) afirma que, en virtud de este principio, las personas pueden crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, en la forma, contenido y extensión que les plazca, dentro del marco de la ley.

Gil Barragán Romero (1984), en su obra «*Elementos del Daño Moral*», señala que:

«Hay un principio de responsabilidad que rige en cualquier ámbito soberano, entre nosotros, es el que se encuentra en el artículo 13 del Código Civil, según el cual todas las personas, sin excepción, están sujetas al derecho. Dice esta disposición: ‘La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros, y su ignorancia no excusa a persona alguna’».

Entonces, resulta necesario incorporar en las regulaciones que hace el ordenamiento jurídico sobre la conducta humana, el concepto de responsabilidad, el cual *-como veremos más adelante-* está estrechamente relacionado con el daño.

La responsabilidad lleva consigo varios actos que tienen como consecuencia un resultado que con el tiempo perennízase. En el caso que nos ocupa, el resultado lo constituye el daño.

Diez Picazo (2002), citando a Claus Wilhelm Canaris, afirma que *«el problema fundamental de todo derecho delictual consiste en la relación de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad de actuación»*.

Según José García Falconí (2005), la responsabilidad puede tener dos fuentes: *«el incumplimiento contractual que arrastra tras de sí una responsabilidad contractual; o bien el incumplir un deber genérico de no dañar que cumpliera una responsabilidad extracontractual o contractual»*.

Para varios autores, el daño moral es la consecuencia de una lesión a un interés extrapatrimonial. La justificación para la existencia de la responsabilidad encuentra su resultado en la necesidad que existe de reparar el perjuicio causado con el acto del cual se responsabiliza a una determinada persona.

La esencia de la reparación o indemnización del daño es intentar que quien ha sido víctima del acto dañoso y ha visto vulnerado uno o más de sus derechos, vuelva a la situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Este concepto, de cualquier manera, se

vuelve ideal en los casos en los cuales el bien jurídico protegido ha desaparecido o es imposible repararlo; es entonces cuando se procura atenuar el daño mediante la indemnización, de cualquier naturaleza del perjuicio causado.

Para Díez Picazo (2002) *«decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otros, porque si quien inicialmente lo sufrió recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquél que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes»*.

El daño causado deberá entonces ser atribuido a una persona distinta de la que lo sufre, puesto que, de haber actuado como debía aquél, el daño no habría ocurrido.

Mas Díaz Picasso (2002) concluye: *«La pretensión por daños se encamina siempre a fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño»*.

2.1. CONFIGURACIÓN DEL DAÑO MORAL

Han aparecido varias definiciones y concepciones de lo que encierra como tal el daño moral. Muchos autores tienden a considerarlo como una vulneración o lesión a intereses de carácter estrictamente no patrimonial o morales por exclusión, los cuales generalmente asóciense con los derechos personalísimos o derechos de la personalidad.

Para Ramón Pizarro (1998) *«el daño moral importa pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor*

precisión, una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial».

Asimismo, señala que este tipo de daño *«tiene que ser la consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, por lo que ambos componentes tienen que aparecer necesariamente amalgamados, a punto que la ausencia de cualquiera de ellos impide que se configure».*

Según Jorge Mosset Iturraspe el daño moral se toma como el resultado que se produce cuando se causa una afectación de la homeostasis. La salud corporal, puede traducirse muchas veces en un estado ideal del ser, lo cual está estrechamente relacionado con lo espiritual. La homeostasis consiste en el equilibrio y preservación del ser; es contra este equilibrio buscado perpetrarse el daño que debe ser sancionado y reparado.

Según Gil Barragán (1984): *«Hay quienes hallan el origen doctrinario más remoto del fundamento para la reparación del daño moral puro, en el pensamiento filosófico de Santo Tomás de Aquino, quien a su vez se habría inspirado en una fuente más antigua. Aristóteles. Mosset cita una opinión aristotélica, transcrita en la Summa Teológica de Santo Tomás, en la cual se mencionan bienes indemnizatorios del perjuicio afectivo: las cosas que restablecen la normalidad corporal y, por otra parte, proporcionan deleite o al menos distracción, con qué suavizar las asperezas del dolor».*

Dice Fernando Fueyo (1989): *«el daño extrapatrimonial o moral es aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato, o la frustración de la relación en su etapa precontractual, en que se afecte a la persona o se*

vulnere a un bien o un derecho de la personalidad o de un derecho de familia propiamente tal».

El daño moral entiéndese como la turbación, vulneración o privación de bienes que tienen un determinado valor en el hombre, que no puede ser cuantificado con precisión o cuya naturaleza está íntimamente relacionada con la libertad, la paz o la integridad, en general, con valores espirituales que componen el patrimonio moral.

En el plano económico, el patrimonio está constituido por el total de los bienes (activos y pasivos) que posee una persona y sobre los que tiene el derecho de libre disposición. En base a estas consideraciones resulta oportuno tomar en cuenta dos ideas que presenta la doctrina con relación a la naturaleza jurídica del daño moral, lo cual establece una clara diferencia del mismo con el daño material.

Para ubicar estas dos ideas que permiten diferenciar el daño moral del daño material, proponemos la opinión de Gil Barragán (1984), quien señala: *«...el principio para singularizarlo, en el cual coinciden, es su diferencia con el daño material: si las consecuencias de un obrar antijurídico ocasionan un desmedro en el patrimonio, sea como daño actual o como daño futuro, cualquiera sea la naturaleza del derecho lesionado, el daño es material; si el hecho ilícito no afecta al patrimonio pero ocasiona un sufrimiento a la persona en sus afecciones o en los derechos inherentes a la personalidad, hay daño moral y no material; por este motivo se lo llama también extrapatrimonial».*

Zanoni (2005), por su lado, indica que la distinción entre daño patrimonial o material y daño moral no radica en el *«distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho»*. Pizarro (1998), recogiendo la idea de Zanoni, acota que: *«un mismo derecho puede tener como presupuesto intereses de distinta índole*

(patrimoniales o extrapatrimoniales), es esto último lo que debería computarse a la hora de determinar si el daño asume uno u otro carácter».

La Corte Suprema de Justicia, dentro del caso «*Comité Pro Mejoras Barrio 'Delfina Torres vda. de Concha' contra Petroecuador, Petrocomercial y sus filiales*», pronúnciase indicando que, «*en la mayoría de casos, el hecho ilícito, antecedente del perjuicio, ocasiona dos tipos de daños, patrimoniales y morales*».

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Para autores como Orgaz y Mosset Iturraspe (2007): «*el daño moral afecta la psiquis, lo cual causa una angustia o ruptura del estado normal produciéndose sentimientos de dolor y pesar en la víctima y en sus parientes cercanos, como efecto de un hecho dañoso*».

En un primer momento, el bien jurídico protegido por el daño fue el patrimonio y posteriormente aparece el daño moral que se relaciona con características y valores espirituales que forman parte del ser humano.

Para una parte de la doctrina, la valoración del daño moral es, por esencia, subjetiva y directamente proporcional a la parte afectiva del ser humano, ya que depende de las reacciones y emociones que tenga cada persona y, en base a este estado psicológico, podrá determinarse cuál ha sido el daño real producido y el sujeto afectado, de modo que el legislador establezca a su discreción la indemnización correspondiente.

Principalmente el daño moral protege los derechos y características conectadas con la paz, integridad, honorabilidad, salud mental y espiritual. Todos estos bienes forman parte del patrimonio moral de cada individuo.

Varios textos constitucionales consagran los llamados «*Derechos de la Personalidad Jurídica*» que, en su mayoría, incluyen valores esenciales. Así, el artículo 66 de la Constitución enumera varios derechos protegidos que conforman la personalidad de los ciudadanos. Entre los más importantes están el derecho a la igualdad, la inviolabilidad de la vida, integridad personal, libertad personal, el honor, intimidad personal y familiar.

Así también, el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, establece: «*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*».

La personalidad jurídica tiene su base en la dignidad humana y en todos los derechos que le son inherentes. Cuando estos derechos no son respetados, configúrase el daño propiamente dicho.

En cuanto a la existencia de los derechos mencionados, la doctrina encuéntrase dividida; algunos autores han establecido que únicamente las personas naturales son titulares o poseen personalidad jurídica y, por ende, derechos que se le atribuyen a la misma, ya que las personas jurídicas no son susceptibles de distinguir una acción afectiva ni son capaces de padecer dolor o sufrimiento. Otro grupo de autores señala que, aunque los entes ideales (personas jurídicas) no tienen sentimientos puede decirse que sí poseen algunas características como la respetabilidad y el prestigio, que sí podrían afectar su personalidad jurídica y que, si bien no son los mismos que aprécianse en una persona natural, podría considerárseles como equivalentes, lo cual hace que las personas jurídicas también puedan verse afectadas por actos que configuran el daño moral.

2.3 CIRCUNSTANCIAS PARA QUE PROCEDA EL DAÑO MORAL

Para Alfonso Reyes Echandía (1985), los perjuicios pueden considerarse desde dos perspectivas: una netamente económica, en base a la posibilidad de utilizar esta opción para el resarcimiento, y otra, aquella que busca adecuar el resarcimiento de acuerdo a las características de un bien que no es objeto de valoración pecuniaria.

Así, los perjuicios pueden ser:

1. OBJETIVADOS. Que producen consecuencias que son susceptibles de valoración económica o pecuniaria.
2. SUBJETIVADOS. Que afectan directamente al «*patrimonio moral*» (vulneran sentimientos o convicciones, relacionándose especialmente con la parte espiritual o afectiva).

La causa u origen del daño moral está en un acto antijurídico (delito o cuasidelito), que se haya perpetrado o que aún constituyendo únicamente tentativa provoque sufrimientos físicos o morales.

El artículo 2214 del Código Civil señala:

«Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito, que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito».

La regulación de la figura del daño en el ordenamiento jurídico tiene implícita la idea general de reparación del mismo. En el caso del daño moral aparecen como primordiales los derechos inherentes a la personalidad de un individuo que ha sido víctima de un daño.

En síntesis, puede decirse que la figura del daño moral configúrese cuando los elementos constitutivos del patrimonio moral de un ser humano véanse afectados por una causa determinada.

Una perturbación en el ánimo, cualquier dolor, humillación, sufrimiento, aflicción o tormento (considerados todos como hechos ilícitos), que ofenda intereses de carácter extrapatrimonial como la salud, el equilibrio mental, la integridad personal o el honor, puede hacer que configúrese la vía que abre la posibilidad para encaminar la acción civil de daño moral.

2.4 LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Para María Paz Sánchez González (2013) *«los daños morales se someten a un régimen de prueba distinto de los daños materiales... Las dificultades conceptuales existentes en torno al daño moral tienen, también, de una cierta dificultad, la cuestión planteada en el presente epígrafe. En principio y en lo que se refiere a la necesidad de prueba de tales daños, las opciones jurisprudenciales oscilan desde la afirmación indubitada de tal exigencia, hasta la total exención de la misma, pasando por opciones intermedias, como son aquellas que*

estiman que, dependiendo del concreto supuesto, la prueba del daño funcionará (o no) como condición para la concesión de la indemnización reclamada».

La autora hace referencia a la doctrina difundida por los tribunales españoles, en la cual aparecen los llamados «*daños materiales notorios o evidentes*» que son aquellos que no necesitan ninguna prueba del daño en sí; sin embargo, a criterio de la autora, estos daños sí pueden requerir prueba de la causa inmediata que genera los sentimientos de dolor o frustración por los cuales sanciónase a quien los causó.

Un aporte importante relacionado con este punto es el conocer que, entendiendo el daño moral como el perjuicio de carácter psicológico, emocional o afectivo que resulta de la vulneración o amenaza a un bien extrapatrimonial, aún cuando sea necesario probar la causa que ha generádolo, esta prueba no podría ser totalmente directa ni objetiva, por la misma naturaleza inmaterial del daño moral en cuestión, por lo que sería suficiente, la aprobación de un principio probatorio general.

La jurisprudencia ecuatoriana recoge una serie de ideas y criterios utilizados para diferentes consideraciones sobre daño moral. Aunque si bien es cierto, la Teoría General de la Prueba resulta aplicable en los casos de daño moral, sí presenta ciertas particularidades que dependen de la consideración que hágase del mismo el juez o tribunal, en cada caso particular, ya que en realidad han presentádose en la práctica diversas situaciones de daño moral.

Esto hace que muchas veces los fallos emitidos por los tribunales de justicia que pronúncianse sobre estos casos no sean uniformes, puesto que en algunos, la ausencia de prueba no fue razón suficiente para rechazar el daño moral; así también ha ocurrido que el juez, a pesar de no encontrar dependencia entre el daño moral que reclámase y las pruebas

presentadas, ratificó la existencia del mismo, por lo que la liviandad y la ligereza para juzgar el daño moral son comunes en el medio.

Han presentádose también casos en los que el juez requirió que el desarrollo de la etapa de prueba sea extremadamente minuciosa, negando en su pronunciamiento la existencia del daño moral cuando las pruebas presentadas no han sido suficientes, lo cual es más responsable frente a la tipificación de un daño que per se es muy dificultoso de cuantificar a fin de emitir un dictamen justo.

Al entender el fenómeno alrededor del cual créanse diferentes circunstancias que impiden la uniformidad de valoración del daño, se resalta la necesidad de fijar pautas que ayuden a establecer los criterios de valoración de la prueba en cuanto al daño moral, lo cual crearía una verdadera cultura jurisprudencial, de fácil aplicación en casos posteriores, hecho que, a su vez, proporcionará mayor certeza y seguridad jurídica a quienes acuden en busca de justicia.

2.5 LEGITIMADOS ACTIVOS EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL

Autores como José García Falconí y Gil Barragán coinciden en que, según lo establecido en nuestra legislación, el daño moral solo podrá ser reclamado por la víctima del mismo o por su representante legal.

Considérase pues víctima a aquella persona que, individual o colectivamente, ha sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de

discapacidad física, psíquica y/o sensorial, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales.

Entiéndese entonces que la acción de daño moral corresponde a aquella persona que ha sido perjudicada o que ha sufrido consecuencias dañinas, producto de un acto antijurídico, nacido de cualquiera de las fuentes de las obligaciones. Esta legitimación para el ejercicio de la acción límitase a la víctima o afectado directo del daño que preténdese sancionar.

2.5.1 PERSONAS NATURALES

Los atributos inherentes a la persona natural, entendiéndose como tal al ser humano, hállanse ligados tradicionalmente a la existencia de la persona como tal y vincúlense con su desarrollo normal.

Según lo que ha expuéstose precedentemente, al señalar la naturaleza jurídica del daño moral y el bien jurídico protegido por la acción de resarcimiento del mismo es preciso determinar la forma en la que las personas naturales conviértense en legitimados de la acción propiamente dicha.

El daño moral está directamente relacionado con afecciones y sentimientos, que son características propias de los individuos y que pueden variar de persona a persona pues lo que a uno oféndele a otro podría no incoarlo o lo que a alguien puede hacerlo sufrir para otro podría mas bien ser causa de hilaridad o simplemente de indiferencia. Por ello, la personalidad de quien siéntese afectado es una de las cosas a considerar pues en un caso de esta naturaleza no podríanse esperar personalidades uniformes u homogéneas.

La jurisprudencia argentina dice que el daño moral es la privación de los bienes que tienen un valor preciado, muchas veces incuantificable, en la vida del hombre (persona natural), que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y la integridad individual, que constituyen parte importante de su personalidad.

En cuanto a las características protegidas por la acción de daño moral que, como ya ha mencionándose, son de naturaleza síquica o emocional, contéplase que pueden existir variantes que colaboran a que su existencia perdure a través del tiempo, facilitando la interposición de una acción de daño moral, incluso con posterioridad a la muerte un individuo, sin dejar de lado que el hecho jurídico muerte, puede constituir el daño *per se*.

En el caso de las personas naturales incorpórase, dentro del campo de la responsabilidad contractual, el concepto de «*Responsabilidad a favor de los sucesores de las partes*», propuesto por Perret (2008), quien señala: «*Es igualmente contractual la responsabilidad por el daño que el incumplimiento del contrato imputable a una de las partes ocasiona a los herederos de la otra, siempre que éstos invoquen su calidad de tales, los herederos representan a la persona del difunto para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles*».

Este concepto de responsabilidad es también aplicable a quien sucede a título singular (cesionario o legatario), siempre y cuando el daño sea resultado de un contrato incumplido que, a decir de Arturo Alessandri (2002), es «*de donde emana el derecho en que la víctima es sucesora*».

En este punto incorporase la posibilidad de que el cónyuge o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad puedan encontrarse legitimados para la interposición de la acción. Así, *«la acción civil es transmisible y podrán también intentarla los herederos del ofendido o perjudicado o, en todo caso, aquel que acredite detentar legítimamente la acción civil»*.

En el caso de que el daño haya provocado la muerte de la víctima, la acción de resarcimiento por daño moral podríanla interponer sus «derechohabientes». Al tratarse del fin de la existencia de una persona, entiéndese que la persona desaparece y, por ende, desaparece cualquiera de las características que, aún siendo considerada como un atributo personal, podrían tener algún tipo de valoración subjetiva.

De cualquier modo, la persona que desaparece, al no existir un damnificado directo, da paso a la posibilidad de facultar a sus legitimarios o herederos forzosos para que conviértanse, aún cuando sea indirectamente, en afectados de forma inmediata.

Por la misma naturaleza de los bienes protegidos por la acción de daño moral que conéctanse con características sensitivas *in extremis* del ser humano, debería entenderse que únicamente aquellos parientes cercanos a la víctima estarían legitimados para reclamar indemnización por daño moral.

Por todo lo dicho es entonces menester que demárquense los límites que denotan la existencia de un interés legítimo por parte de quien interpone o pretende interponer la acción de daño moral, mientras es del todo pertinente que para cuantificar el daño los medios probatorios de su existencia débense manejar con suma perspicuidad.

2.5.2 PERSONAS JURÍDICAS

Tomando en consideración de que tanto una persona natural o física cuanto una persona jurídica pueden ser titulares de la acción de daño moral y equiparando las características que conviértelas en tales, podemos decir que procede la acción de daño moral, en el caso de un ente ideal, cuando la persona jurídica ha sido afectada en forma directa por un acto antijurídico, de naturaleza civil, penal o contractual.

Para establecer la titularidad de una sociedad sobre la acción de daño moral, la doctrina generalmente trae a colación la apreciación que debe hacerse desde el punto de vista económico, que está conectado en forma directa con el buen nombre, crédito o confianza por parte del público de la que goza una sociedad.

Si bien la persona jurídica no puede tener sentimientos de bienestar, felicidad o sufrimiento, sí posee otras características que constituyen bienes de carácter extrapatrimonial.

Autores como García Falconí (2005) señalan que: «Los ataques al crédito y prestigio de una empresa se equiparan al honor de los humanos; pero también debo dejar constancia que las personas jurídicas no tienen honor subjetivo, no son objeto de calumnia, por carecer de capacidad penal, pero tales entidades adquieren buena o mala reputación en sentido genérico y como un reflejo de cualidades humanas de quienes la dirigen o del papel que realizan en la comunidad».

Por otro lado, Julio César Rivera (2002) asevera: *«Si concluyéramos que la sociedad tiene un honor y que el daño a él causado es daño moral podría ser de aplicación el criterio que autoriza a presumir la existencia de tal perjurio moral y a diferir en los jueces la facultad de estimar el monto de dinero con que ha de ser reparado. En cambio, si de lo que se trata*

es de invocar un daño material debe al menos -en principio- ser probada su existencia y su cuantía».

Sin embargo, para este último autor no es conveniente equiparar al honor de una persona natural las características que posee una persona jurídica y que están relacionadas con su buen nombre y aceptación comercial, ya que el honor es propio de los individuos.

El buen nombre, el prestigio y la confianza del público consumidor tienen un valor económico que se obtiene como resultado del cumplimiento del fin que persigue la sociedad.

En consecuencia, toda conducta que afecte estos componentes de la persona jurídica está vulnerando directamente al más valioso elemento de la sociedad que, en primera instancia, y tratándose de una sociedad comercial sería la clientela.

Si esta conducta dañina puede atribuirse a alguno de los factores que determina la ley para establecer una indemnización, la acción de daño moral podría ser procedente. Y desde esta perspectiva dígase pues que Julio César Rivera (2002) concluye: *«En la práctica, la diferencia entre calificar la consecuencia dañosa de un hecho ilícito que afecta la reputación de la sociedad, como daño moral o material, no tiene mayor relevancia. Lo significativo es determinar si la afectación de la reputación causa un daño jurídico; si la respuesta es afirmativa, ese daño –sea material o moral- debe ser reparado en su integridad».*

A modo de conclusión, las personas jurídicas sí soportan perjuicios morales, ya que su reputación y buen nombre tienen su base en aquellos valores que la ubican y califican comercial o industrialmente.

En tanto las personas jurídicas son ficciones del Derecho, en ellas distínguense claramente elementos que, si bien no son los mismos que en las personas naturales, contéplanse afectados mediante el hecho dañoso que preténdese reparar con la acción de daño moral, y son elementos que configuran la personalidad jurídica de las personas morales, lo cual hace que el daño causado en ellas pueda ser resarcido por medio de la acción de daño moral.

2.6 DIFERENCIACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS VULNERADOS DE ACUERDO CON LA NATURALEZA DE LOS LEGITIMADOS ACTIVOS DE LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL

Una vez que se ha expuesto, de manera general, algunas de las características que distinguen a las personas naturales de las personas jurídicas, es preciso ubicar en dos categorías diferentes a los legitimados activos de la acción de daño moral. Por ello, es necesario analizar y diferenciar los componentes que determinan las características de la personalidad jurídica.

Aunque no resulte completamente equivalente el tratamiento que se da a las personas naturales y a las personas jurídicas, créase un pertinente debate al afirmar que el ente jurídico puede sufrir un daño moral, el mismo que afecta su personalidad de modo íntegro.

Generalmente, las personas naturales pueden ser sujetos pasivos de daño moral, pues gozan de nombre, honor, perfil ideológico, entre otros, cuya afectación tradúcese en un dolor, sufrimiento, aflicción, indignación, irritación, rabia y otros sentimientos análogos.

Otra parte de la doctrina sostiene que las personas jurídicas no poseen soporte biológico, psíquico y espiritual, sino que tienen únicamente atributos extrapatrimoniales. Para quienes sostienen esta última tesis, no es necesario distinguir entre las personas jurídicas que tienen fines de lucro y las que, en su lugar, tienen fines altruistas. Intentan demostrar que no es posible que una persona jurídica sufra daño moral, sin importar los fines que persiga.

2.7 LA PERSONALIDAD FÍSICA Y LA PERSONALIDAD MORAL

Guiados del Código Civil digamos que son personas *«todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones»*.

Es sabido con certeza que las personas caracterízanse por sus atributos. Para Juan Carlos Juárez Martínez (2009) llámense atributos de la persona *«aquellos rasgos característicos que la definen como sujeto de derechos y obligaciones»*.

De esta manera, considéranse como atributos de la persona: el nombre, la nacionalidad, el domicilio, la residencia, el estado civil, la capacidad y el patrimonio.

Por lo tanto, el nombre, para las personas naturales o físicas, es una palabra con la cual identificámoslas y diferenciámoslas del resto de individuos.

En cambio, en las personas jurídicas, el nombre, de acuerdo a lo señalado en la Ley de Compañías, puede consistir en una denominación objetiva, una razón social o un nombre de fantasía que, de igual manera, permite atribuirle una forma peculiar de identificación.

El domicilio, según el artículo 45 del Código Civil, «*consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella*». A través del domicilio determinan las leyes bajo las cuales debe regirse una persona, así como las autoridades que son competentes para el conocimiento de diferentes situaciones jurídicas.

El domicilio de las personas jurídicas encuéntrase definido por el lugar donde ellas establécense, de acuerdo a las leyes del mismo

La nacionalidad entiéndese como el conjunto de elementos que conectan a un individuo con el Estado al que pertenece. En base a ella determinase la jurisdicción aplicable que regirá las acciones de las personas.

El estado civil es un calificativo que se da a las personas, según sus derechos y obligaciones. Adquiérese y modifícase por medio de diferentes actos jurídicos como son: el matrimonio, el reconocimiento, el cumplimiento de la mayoría de edad, etc.

Para Alessandri (1993) «*es la posición permanente que un individuo ocupa en la sociedad, en orden a sus relaciones de familia, en cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles*».

En el caso de las personas naturales puede definirse, con precisión, el estado civil de las mismas; sin embargo, cuando tratase de personas jurídicas no puede hablarse, en ellas, de la existencia de este atributo. Es en este punto donde comienzan a encontrarse diferencias entre los atributos propios de la personalidad física y jurídica.

La capacidad está dada por la posibilidad del ejercicio de algunos derechos. El Código Civil establece, en el artículo 1461, que: *«La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra»*.

Existen ciertas personas que encuéntrase privadas, por diferentes razones, de prerrogativas de la personalidad, como en el caso de los incapaces absolutos o relativos, como lo establece el mismo Código en los artículos 1462 y 1463.

Es menester señalar un aspecto fundamental en este punto: la diferencia existente entre la capacidad de goce y ejercicio. La primera es la aptitud relacionada con la titularidad de derechos únicamente por el hecho de ser persona. La capacidad de ejercicio, por el contrario, viene dada por la naturaleza del derecho que preténdese ejercer o la obligación que quiérese contraer.

Juan Carlos Juárez (2009) dice que: *«La incapacidad de ejercicio, lejos de ser un atentando a la personalidad del individuo representa su confirmación y protección, esta incapacidad no impide de ninguna manera, al que está sujeto a ella, participar en la vida jurídica, solamente que el interesado no obra sino por intermediación de un representante, como el tutor, curador (...). De esta manera, el interesado es puesto al abrigo de los peligros que la edad o la enfermedad pudieran hacerle correr, bajo el aspecto de actos jurídicos»*.

Sin embargo, para vincular las características de la persona con la acción de daño moral, es importante analizar el último atributo de la personalidad señalado, que es el patrimonio.

Para José García (2008) inclúyense dentro del patrimonio:

1. *Las cosas del mundo exterior que tienen calidad jurídica de bienes, los respectivos derechos y acciones reales que garantizan su disfrute y los derechos personales y acciones correspondientes.*
2. *Los bienes personalísimos consistentes en aptitudes, atributos o propiedades inherentes al sujeto, susceptibles de valoración económica. Ejemplo: derechos de autor.*
3. *Ciertas entidades de hecho que importan relaciones de otras personas o cosas con el sujeto. Eje: la clientela.*

Para Bonnecase (2003), «*por el solo hecho de existir, el ser humano es una persona, un sujeto de derecho*». Este autor señala que, aunque el concepto de persona estuvo durante muchos años limitado únicamente para un determinado grupo, titular de ciertos derechos; esta definición sí ha perdurado en el tiempo, desde que varias legislaciones adoptáronla como parte primordial de su normativa.

El reconocimiento de la personalidad física, a la cual son inherentes una serie de derechos, está considerado principalmente desde dos puntos: el nacimiento y la muerte. De acuerdo con los artículos 60 y 64 de nuestro Código Civil, el nacimiento marca el inicio de la vida jurídica de una persona y la muerte, la terminación de la misma, por ende, el fin de la persona.

La existencia o la duración de la personalidad física jurídicamente sobrepasa los límites materiales y aparentes entre los cuales desarróllase la vida humana: el nacimiento y la muerte, más exactamente, en algunas hipótesis, la personalidad es enteramente independiente de la vida humana, ésta existirá sin que la personalidad aparezca o, por el contrario, a pesar de que aún no haya vida humana, la noción de la personalidad desempeñará su misión por cuenta de seres eventuales.

El artículo 41 del Código Civil, refiriéndose a las personas naturales, señala que *«son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros»*.

Ahora bien, en un pertinente análisis del daño moral es conveniente tomar en cuenta que una persona natural puede expresar sentimientos, emociones y sensaciones. Una de las más importantes y que está directamente relacionada con la acción de daño moral es el «sufrimiento». El daño moral relaciónase directamente con el honor, la reputación, el buen nombre, el bienestar, la felicidad y los sentimientos de la persona. Cuando uno de estos atributos se ve violentado por un acto antijurídico es preciso encontrar un modo de reestablecer la «tranquilidad» de quien ha sufrido el perjuicio, mediante un mecanismo jurisdiccional, que, si bien no podría enmendar en su totalidad el daño causado, lo que hará es establecer una compensación que mitigue el dolor o sufrimiento causado por el acto que se pretende sancionar. Es así cómo el daño moral, en el caso de las personas físicas, está relacionado, en la mayoría de los casos, con injurias, lesiones, atentados contra el pudor, pérdida de una vida, sufrimientos físicos o psíquicos.

En principio, se vio a la persona jurídica como un mecanismo que permitía que las agrupaciones gocen de privilegios o se beneficien con ventajas de la personalidad física. La

personalidad moral nace de un interés colectivo que, aunque incluye varias voluntades individuales es diferente de las mismas. Concebíase a la personalidad moral, como ficción del Derecho, y creósele como un mecanismo para que los colectivos humanos se beneficien o logren aprovechar las ventajas de la personalidad física, pero relacionando éstas con fines grupales.

Sobre el interés colectivo e individual opina José García (2008): *«En todas partes surgen, en efecto, intereses colectivos que se caracterizan por una fisonomía claramente distinta de la de los intereses individuales; ambos intereses son, por igual título, la expresión cierta de las aspiraciones humanas a la acción, en su infinita variedad, siempre por el mismo título postulan la personificación»*.

Autores como Barthélemy y Ducrocq desarrollan explícitamente la teoría de la personalidad moral. Para este último, toda persona moral es una ficción y dentro de las personas morales se incluye también al Estado.

A continuación, cítese textualmente a Ducrocq (1994), pues es de veras importante la precisión con la que, basándose en la teoría de la ficción, recoge las generalidades que permiten ubicar las características más importantes de la persona moral o jurídica.

«La personalidad civil se basa necesariamente en una ficción legal. Si las personas físicas se revelan a los sentidos y se imponen en cierta forma a la atención del legislador, ocurre de distinta manera con las personas civiles. Éstas no pertenecen al mundo de las realidades. Ha sido necesario recurrir a la abstracción para aislar el interés colectivo de los intereses particulares de los individuos asociados, o para asignar a la obra una existencia distinta de la de los fundadores. Esta actitud del espíritu constituye la ficción. Solo por ficción se puede decir que estas entidades metafísicas existen, que nacen, que obran o que mueren. Igualmente, por una ficción, estos seres, producto de la razón, pueden

asimilarse a las personas naturales, desde el punto de vista de sus intereses o derechos. La personalidad civil es meramente artificial y ficticia. La asimilación, por racional que sea, no es la consecuencia necesaria de los hechos, sino el resultado de una operación del pensamiento. Las personas civiles son personas ficticias porque escapan a la apreciación de nuestros sentidos, porque su existencia está confinada en el dominio del derecho, porque son sujetos artificiales, abstracciones personificadas. Pero, por otra parte, la ficción estaría desprovista de todo efecto jurídico. La abstracción permanecería en estado de pura hipótesis, si la ley no interviniese para reconocerla y sancionarla. Si todos podemos imaginarnos una ficción solo el legislador puede introducirlas al dominio del derecho positivo y hacer de ellas personas civiles, capaces de constituir sujetos de derecho, a semejanza de las personas reales. La personificación no solamente tiene como consecuencia prestarles vida a seres desprovistos de existencia física, sino que les confiere, además, ciertos atributos que los individuos reciben de la naturaleza o de la ley, de los cuales, solo el poder público tiene la facultad de disponer en su favor. Desde el punto de vista racional, la concesión de la personalidad jurídica no puede, pues, resultar más que de la ley».

Savigny, por su lado, propone la existencia de los entes colectivos pero paralela a la de los seres humanos, estableciendo que, entre ellos, existen diferencias sustanciales (unas tienen existencia natural y otras artificial). La existencia de las personas morales depende de una voluntad común, mediante la cual se unen recursos a los cuales se les asigna un fin determinado, que beneficiará a todas las voluntades concurrentes.

Al contrario de Ducrocq, para Savigny no resulta verdad que las personas jurídicas son entes ficticios, por el contrario, él afirma que son «realidades jurídicas» a las que incorporan diferentes aspectos de la vida humana.

Ad concludendi, podemos afirmar finalmente que, si bien existen varios caracteres que establecen marcadas diferencias entre las personas morales o físicas, al momento de referirnos a cualquiera de ellas como sujetos de derechos, es inevitable la existencia de una conexión entre ambos elementos, puesto que un derecho no puede existir sin un titular que lo ostente.

Adicionalmente, puede verse que los atributos que entréganse a la persona moral provienen o derivan de los atributos de la persona física. Varios individuos pueden conformar una persona moral; así también, varias personas morales pueden integrar una nueva y diferente persona moral. Opina José García (2008): «*En la jerarquía de las nociones, a semejanza de la regla de derecho con relación a la institución jurídica, la persona física representa respecto de la persona moral lo que lo simple es a lo compuesto*».

En cuanto a la comparación del poder de acción de las personas físicas y las personas morales, Barthélemy (1933) señala que es importante tomar en cuenta que «*desde el momento en que la ley reconoce la existencia de una persona civil, ésta tiene, en principio, la capacidad de una persona física. Solamente se exceptúan los derechos que, según su naturaleza o fundamento, no pueden pertenecer sino a una persona física o los derechos que un texto expreso les niegue*».

Las personas jurídicas, en varios casos, requieren de una autorización administrativa para la ejecución de determinados actos, de la misma manera en la que una persona física necesita actuar por medio de su representante para subsanar su incapacidad.

2.8 HONOR Y REPUTACIÓN COMERCIAL

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, en relación con la palabra honor señala que ésta viene del Latín, por **honor, -ōris** y defínela así: «1. m. *Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo. 2. m. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea...*».

Entendido así, el honor es el resultado de la suma de muchas virtudes, el comportarse de forma moral y cumplir lo éticamente correcto con el prójimo, así como también con uno mismo, en todo tiempo. Esto da al individuo un reconocimiento por parte de los demás, es decir: la colectividad lo justiprecia como una persona digna de crédito y estimación.

Para Lucrecio Delgado (1996), «*el honor es la buena fama o reputación que una persona merece al conjunto social*».

Algunos tratadistas señalan que el honor está directamente relacionado con la opinión que los demás tienen sobre una persona; es por ello que varios de ellos hacen una distinción entre honor subjetivo y objetivo. Así, Novoa Montreal (1989) manifiesta que «*todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo (honor subjetivo) y que espera de los demás (honor objetivo)*».

Sobre este punto, Delgado (1999) considera que, «*independientemente de la concepción de honor, debe tomarse en cuenta que más que un derecho que se tiene, el honor es un*

elemento que forma parte del concepto global de la dignidad humana, junto con todas aquellas otras características que son inherentes a la persona en su calidad de tal».

Antiguamente, el concepto de honor estaba ligado con la clase social y el prestigio personal. Los aristócratas incluían esta característica dentro de las propiedades de la persona, lo cual, según Delgado (1999), justifica que se atribuya el origen del honor a la idea de patrimonialidad o pertenencia de la persona.

Junto con otros derechos, el honor ha sido parte de un fenómeno de generalización social, que permite que todos los seres humanos, por la calidad de tales, sean titulares de estos derechos; de esta manera, todo individuo es titular del honor y tiene derecho a él por el solo hecho de ser persona. Así, este derecho se configura como «la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad».

El derecho al honor caracterizase entonces por ser innato e igual, irrenunciable, intransmisible. Toda persona está dotada de honor y éste es una característica a la que no puede renunciar porque le es inherente.

2.9 DERECHO AL HONOR EN LA PERSONA FÍSICA

Como dijose anteriormente, el derecho al honor ya no está limitado únicamente a un grupo privilegiado de personas, sino que les corresponde a todos los individuos de la especie humana.

Dentro del grupo de las personas físicas, el derecho al honor puede concebirse de diferentes maneras. Es importante diferenciar la existencia de personas físicas que desempeñan sus actividades en el ámbito público y otras que se desenvuelven en el ámbito privado.

Para los personajes públicos, en el ejercicio de su función o profesión, pueden existir una serie de circunstancias que limiten este derecho, por el mismo hecho de que estas personas son conocidas por un número significativo de congéneres, que muchas veces en el ejercicio de su función, podrían emitir criterios que atraviesan la esfera de protección del derecho al honor. Sin embargo, sí debe dejarse en claro que estas personas, fuera del ámbito público y en cuanto a lo relacionado con su vida personal y familiar, gozarán de los mismos derechos que tiene cualquier otro individuo; es decir, el derecho al honor no debería verse limitado de ningún modo. Y es en este punto en donde es pertinente mirar que el estar sujeto al escrutinio ciudadano concede a un funcionario público la condición de ser observado con criterios incluso atiborrados de acritud, lo cual puede ocasionar que se traspase la esfera de la protección al honor. No obstante, tales criterios surgidos desde la condición de figura pública deben ser emitidos a fuer de tal condición, ciertamente, y no deben transgredir aquél plano personalísimo e íntimo del personaje.

2.10 RECONOCIMIENTO DEL HONOR EN LAS PERSONAS JURÍDICAS

Analizando legislación comparada, encontramos que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establecía que *«los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en tanto y en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas»*.

Tanto la doctrina, la jurisprudencia y la legislación divídense en este punto, no obstante. Una parte afirma taxativamente la imposibilidad de atribuir el derecho al honor a las

personas jurídicas, mientras que, para otros, no existe impedimento alguno para que las personas físicas sean sujetos de derechos fundamentales.

Para efectos de la atribución del derecho al honor en las personas jurídicas, Lucrecio Delgado (1999) acota que *«es preciso diferenciar entre las personas jurídicas públicas y las privadas. Las personas jurídicas privadas tienen legitimidad, prestigio o autoridad moral, pero no honor»*. Establece también que las personas jurídicas privadas deben dividirse, para el efecto de encontrar si existe en ellas o no el honor, en personas jurídicas patrimoniales o con fines de lucro y personas jurídicas sin fines de lucro (en nuestra legislación el primer grupo lo constituirían las compañías mercantiles y el segundo las corporaciones y fundaciones). A las primeras, según el autor, deberíaseles negar el derecho al honor, en cambio, a las segundas sí sería posible atribuírseles el mismo. En este punto coincide Jaime Fernández Madero, al afirmar que, en las entidades sin fines de lucro sí se ataca a su honra y honor, por lo que en este caso sí resulta factible la reparación del daño extrapatrimonial frente a ellas.

Para José Fernández Madero (2002): *«Las sociedades que se constituyen con fines de lucro, no tienen bienes ni fines extrapatrimoniales y, por lo tanto, no pueden ser dañadas más que en su patrimonio, lo cual es el objeto y destino de su actividad. En tanto que las asociaciones y fundaciones con fines altruistas pueden ser dañadas en la honra o en el buen nombre, pues desde su origen tienen ese bien y en cuanto a su finalidad, su quehacer se encuentra alejado de la idea patrimonial. Por consiguiente, al verse vulnerado cualquiera de sus atributos, esta persona jurídica puede ejercer acción de daños y perjuicios por daño moral en sede civil, configurándose el hecho en una cuestión reparable. Ello siempre y cuando dicho perjuicio asuma objetiva y razonablemente el carácter de descrédito social»*.

Aún cuando para la mayoría de los autores no puede atribuirse el derecho al honor a las personas jurídicas de carácter mercantil, su naturaleza misma abre la puerta para que se pueda tomar en cuenta un elemento importante, la reputación comercial, relacionada directamente con el curso del negocio de la sociedad y su clientela.

Según la última división de las personas jurídicas hecha por Delgado, las compañías mercantiles no serían susceptibles de protección del derecho al honor, por cuanto no lo tienen. Sobre este supuesto resulta interesante iniciar una discusión, ya que al hablar de personas jurídicas de carácter mercantil, no podría hablarse de honor; no obstante, frente al derecho al honor que tienen las personas físicas, en las personas jurídicas encuéntrase un elemento que podría considerarse como una extensión del derecho al honor y éste es la reputación comercial.

Los tribunales ingleses han desarrollado e incluido en su jurisprudencia la doctrina de la *trading reputation*; en ella establece que las sociedades no tienen honor, por esta razón no pueden solicitar que se repare un daño, en cuanto no poseen esta característica. Desde el pronunciamiento en la causa «South Hetton Coal Co. Ltd. Versus North Eastern News Association LTD», del año 1994, generalizase en la jurisprudencia inglesa el criterio que instituye la idea de que una compañía de carácter mercantil tiene una reputación comercial y puede entonces iniciar una acción respecto de cualquier acto que afecte su negocio o actividad comercial en este sentido.

A modo de conclusión, débese entender que la reputación comercial no es un equivalente al honor de las personas físicas. El honor tiene una doble dimensión: interna y externa, como dijese *ut supra*; por el contrario, la reputación comercial posee únicamente una dimensión externa; es decir, que el daño configúrase solamente cuando existe pérdida de la estima en los demás, en el caso de las compañías mercantiles, cuando el daño se ve reflejado o afecta directamente al modo en el que los consumidores o clientes ven a la sociedad,

provocándose entonces un decrecimiento o perjuicio en la actividad comercial, que es su fin último.

CAPÍTULO III

3. EL DAÑO MORAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En nuestro Derecho Positivo el Daño Moral fue incluido como figura jurídica cuando el 27 de febrero de 1984 el entonces diputado, doctor Gil Barragán Romero, envió al presidente del Congreso Nacional el proyecto de «*Ley sobre la reparación de daños morales*». Hasta ese instante había una amplia discusión de juristas en el país sobre lo que esta figura significa y la necesidad de implementarla en nuestro ordenamiento jurídico.

Es interesante fijarse en la exposición de motivos con los que el doctor Barragán fundamentaba su proyecto de ley: «*Toda indemnización de perjuicios considera la existencia de daños materiales que se hubieren producido... Sin embargo, numerosas situaciones de la vida provocan daños morales que, conforme a nuestra legislación QUEDAN SIN POSIBILIDAD EFECTIVA DE REPARACIÓN*». Aquí podemos inferir que en nuestra legislación, hasta aquél entonces, los daños morales que podían sufrir las personas no tenían cómo repararse legalmente.

«Puede causarse daño a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad, como el dolor o sufrimiento de un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad; como su desprestigio por difamación o menosprecio; como el atentado a sus creencias; su detención o prisión injustificadas o su procesamiento en igual caso...». En este punto infiérese los considerandos por los cuales débese definir el daño moral como un ultraje a esa esencia espiritual de las personas, la cual no puede quedar inerme o indefensa ante quienes atentan contra ella.

«Las legislaciones, cada vez más, consideran la reparación sobre daños morales. La indemnización no representa en estos casos equivalencia sino COMPENSACION O SATISFACCION... Pero no puede quedar sin sanción un hecho ilícito que ha inferido una MOLESTIA O DOLOR a otro y que es irremediable, cuando consiste en algo que no puede rehacerse, como cuando se mata a una persona, se le hace perder un brazo, se destruye una obra de arte». Interesante reflexión que ahonda profundamente en la naturaleza misma de lo que es el daño moral y la imperativa necesidad de legislarlo.

Es evidente que para la época en la que el doctor Barragán proponía incluir el daño moral en nuestra legislación su intención era, guiados de una interpretación teleológica o histórica, llenar un vacío legal mediante la incorporación de nuevas normas que amplíen el radio de acción de las indemnizaciones, circunscritas hasta aquél entonces a reparar los daños materiales (daño emergente y lucro cesante) y el daño moral en los casos en que existieren lesiones contra la honra o el crédito de una persona.

Puede verse que hasta el año 1984 sí existía en el país la posibilidad de reclamar indemnización por daños morales, PERO SE ENCONTRABA UNICAMENTE LIMITADA A LA REPARACIÓN DE LA HONRA. Así pues, Barragán definía como daño moral a todo aquello que fuera capaz de producir «*sufrimientos físicos, angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas semejantes*» a la víctima.

El doctor Barragán, como paladín de esta importante iniciativa, provocó que los legisladores de aquél entonces tuviesen un necesario adoctrinamiento sobre la materia y pusieran sobre el tapete de la mesa, por así decirlo, un tema sobre el cual no podía el Ecuador quedarse rezagado cuando ya muchas legislaciones de diversas naciones en el mundo habían legislado sobre la materia.

El Congreso Nacional acogió la iniciativa del doctor Barragán y la aprobó expidiendo la Ley 171, la cual fue sancionada por el Ejecutivo el 13 de junio de 1984 y promulgada en el Registro Oficial el 4 de julio del mismo año, reformándose el Código Civil de la siguiente manera:

a) Se estableció claramente que, aparte de la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, estaban obligados a la reparación quienes causaren «daños morales».

b) El juez debía valorar la indemnización una vez justificada la «gravedad particular» del perjuicio sufrido y de la falta cometida.

c) Se determinó quiénes podían demandar la reparación particularizándose que las instituciones también podían ser afectadas, actuando en tal caso sus representantes legales. Con esto se aceptó la teoría ya internacionalizada por varios estudiosos del daño moral en el sentido de que las personas jurídicas también pueden ser víctimas de daño moral si su prestigio, su nombre, su respeto fueren afectados por alguna persona en claro intento de desacreditación.

d) Se aclaró que las indemnizaciones por daño moral eran independientes de las que regulan otras leyes por muerte, incapacidad para el trabajo u otras causas semejantes.

Cabe indicar que los considerandos de la Ley 171 indican que la reforma al Código Civil vuélvese necesaria porque *«innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales jurídicamente protegidos, sin embargo de lo cual en virtud de las actuales normas, pueden quedar sin reparación alguna»*, siendo necesario *«llenar este vacío legal incorporando*

preceptos acordes con las corrientes jurídicas actuales de las que el Ecuador se halla al margen en este ámbito».

En consecuencia, fueron cuatro los artículos que diseñaron la institución del daño moral, en nuestra legislación, y la reparación a que están obligados quienes lo ocasionan.

Nuestro Código Civil contempla varias disposiciones legales a partir del artículo 2431 sobre la reparación y responsabilidad por el daño resultante de delitos y cuasidelitos. En cuanto a las normas que regulan la indemnización por daño moral, fueron introducidas en el Código mediante la Ley No. 171 publicada en el Registro Oficial No. 779 del 4 de julio de 1984 que introdujo varios artículos innumerados en el Título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil luego del artículo 2258 del Código Civil.

El proyecto de la mencionada ley fue presentado por Gil Barragán Romero, cuando ostentaba la dignidad de diputado de la República. Entre los puntos más importantes señalados en la exposición de motivos señalase que hasta antes de que inclúyanse estos artículos, nuestra ley solamente tendía a hacer desaparecer el daño, compensando devolviendo al patrimonio de la víctima lo que los disminuyó o fue sustraído, dejando sin sanción un hecho ilícito que ha causado una molestia o dolor a otro y que es por su naturaleza irremediable, pues no se puede reemplazar

En la propuesta de estas reformas al Código Civil se enumeran tres importantes modificaciones:

a) La incorporación de la ilicitud en las acciones u omisiones como elemento determinante de la fuente de origen de las obligaciones por daños morales;

b) La limitante del derecho de los menores para el reclamo de las indemnizaciones, únicamente para el caso que el hecho ilícito hubiera producido la muerte de la víctima; y,

c) La extensión del derecho de reclamo cuando la afectada fuere una persona jurídica.

Anteriormente las disposiciones en cuanto a indemnizaciones que contemplaba nuestro Código hablaban solamente de daños materiales ocasionados a las personas. Es así como en razón de que una gran cantidad de ilícitos lesionan bienes morales se llenó el vacío legal existente con la incorporación al Código Civil de las normas señaladas en la Ley No. 171.

Con respecto a los atributos de la persona jurídica que como ha visto se ven afectados por los actos de competencia desleal, principalmente el honor que en las personas jurídicas equipárase con la reputación comercial, la opinión en el derecho comparado no es uniforme.

Así podemos determinar que en derecho comparado existe la misma idea general contemplada por nuestro Código Civil, con las siguientes distinciones:

a. El Derecho inglés mantiene una postura contraria, pues en casos de difamación se ha resuelto que la reparación cabe únicamente cuando trae consigo una incidencia en la situación económica de la persona jurídica y no solamente cuando afecta su reputación.

b. En Estados Unidos admítase que una persona jurídica pueda ser objeto de difamación como tort civil, en cuanto afecte su crédito, eficiencia u otras características relacionadas con su actividad comercial, e incluso reconocen que una persona jurídica sin fines de lucro pueda ser objeto de una acción por daño moral, pues esta situación podría afectar directamente a las contribuciones o ayuda económica que ésta recibe ocasional o periódicamente.

c. En el Derecho Español hay quienes sostienen que es complejo establecer una diferencia clara entre el daño moral y el daño patrimonial indirecto, que es el que resulta de la lesión al crédito comercial. Por su lado, la jurisprudencia de este país sostiene que el honor es un atributo de las personas naturales por lo que el prestigio o reputación de las personas jurídicas no se puede asimilar con el mismo.

d. En Francia ha reconocídose la protección de atributos de la personalidad de las personas jurídicas, en consecuencia se les reconoce también la titularidad de acciones por daño moral teniendo en cuenta que los atributos de la personalidad en estos entes del derecho ya no es una mera ficción.

e. En el Derecho Argentino existe disparidad de criterios entre la doctrina y la jurisprudencia. La primera señala que nada opónese a que ciertos atentados contra intereses no patrimoniales de la persona jurídica puedan originar daño moral.

f. En Chile igualmente la doctrina civil acepta el daño moral en las personas jurídicas y la jurisprudencia ha resuelto que una sociedad comercial puede obtener reparación del desprestigio que le han provocado, a más del daño patrimonial que éste traiga consigo.

3.1 LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Resulta curioso poder contemplar algo de legislación comparada frente a este tema de acuciante preocupación a nivel internacional pues los debates que el Daño Moral acarrea son de veras trepidantes y abordan, a la manera de un caleidoscopio, múltiples aspectos que, analizados al momento de justipreciar la honra, el honor, el crédito de una persona, terminan en infinitas cavilaciones que vale la pena catalizar *in via veritatis* o *en el camino de la verdad*. Veamos algunos ejemplos:

México: el artículo 1916 del Código Civil Mexicano indica que *«por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma se tienen los demás»*.

Definida así la cosa, el Código Civil de México proporciona una tutela jurídica de los derechos personales. El daño repárase mediante una suma de dinero determinada por el juez al tomar en cuenta *«los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la víctima, así como las demás circunstancias del caso»*.

Alela Pérez Duarte en el documento *«Reformas Legislativas 1982-1983»* refiérese así a la legislación mexicana sobre el tema: *«Sostengo que un daño de tipo moral no es susceptible de reparación mediante una indemnización en dinero por mucho que el juez establezca un monto alto. Una calumnia, (hecho ilícito), puede provocar una desavenencia conyugal tal que, mientras se averigüe su certeza o falsedad, degenera en divorcio. Magro consuelo será para el cónyuge calumniado la indemnización prudentemente fijada por el juez y la publicación del extracto de la sentencia en los términos del párrafo quinto, cuando por ese*

*hecho perdió a su cónyuge y su estabilidad afectiva, la misma que no retornará fácilmente, aunque hubiere una reconciliación». Por su parte, el jurista mexicano, Ignacio Galindo Garfias, contradiciendo a lo afirmado por Pérez Duarte, dice **in scriptis**: «Sostengo la opinión que conforme a la interpretación sistemática de los artículos 1.910, 1.916 y 2.116 del Código Civil el daño moral causado directamente comprende la responsabilidad civil del autor, aunque no se haya producido daño material alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el primero de los preceptos legales citados. En este punto, parece claro que tratándose de un daño moral, por su naturaleza no patrimonial (lesiones a la dignidad de la persona, a sus sentimientos de afición o de estimación, a su reputación y buen nombre, al uso de su propia imagen, etcétera), no son susceptibles de restitución ni de reparación en el sentido estricto del vocablo, porque el daño causado no incide en el patrimonio económico de la víctima (o por lo menos no lesiona directamente ese patrimonio), sino en un valor de naturaleza inmaterial no equivalente en dinero. Pero también parece claro que el concepto de responsabilidad civil -que tiene un sentido ético innegable- no excluye, sino que admite la posibilidad de compensar mediante el pago de una suma de dinero, no sólo el menoscabo patrimonial, sino aquellos valores que la víctima ya no puede obtener en especie como consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso. En resumen, si de la naturaleza no dineraria del daño moral se quisiera concluir que quien ha causado ese daño no es responsable frente a la víctima, se llega al absurdo de hacer recaer la consecuencia dañosa en quien ha sufrido la ofensa, el perjuicio, y se excluye de responder a quien obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres causa un daño a otro en bienes incorpóreos, que en una sociedad jurídicamente organizada tienen o deben tener un rango superior a los bienes económicos o materiales».*

Argentina. El tratadista Eduardo A. Zanoni (1985) opina lo siguiente acerca de la legislación que hállese en vigencia en Argentina acerca de la reparación del daño moral: «Dos grandes líneas de pensamiento han dividido, y dividen aún hoy a la doctrina. Por una parte, están los que consideran que la reparación del daño moral constituye UNA PENA, es decir, una sanción al ofensor... Por otra parte, la mayoría de los autores prefiere

considerar que la reparación constituye un auténtico RESARCIMIENTO. La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción (pena) al ofensor parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal, INSUSCEPTIBLE DE VALORACIÓN PECUNIARIA Y POR ELLO no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima sino el castigo del autor».

No obstante, la tendencia mundial es considerar a la reparación pecuniaria del daño no patrimonial como RESARCITORIA y no punitoria. Este enfrentamiento o confrontación de las tesis resarcitoria y punitoria fue el contexto de los proyectos de reforma al Código Civil en la Argentina, donde el artículo 1078 en su texto original disponía que si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona.

Analizando los febricitantes debates acaecidos en torno al asunto mirase que hubo tres criterios. El primero apostaba que la reparación solo procedería cuando el agente hubiese obrado con dolo y siempre que el acto ilícito civil constituyese además delito penal. El segundo criterio proponía que el daño moral era resarcible tanto en los actos como en los hechos ilícitos civiles, siempre que hubiese condena penal por delito del derecho criminal. Este criterio prevaleció en la jurisprudencia y parte de la doctrina y, la verdad sea dicha, es la opinión mayoritaria en muchas naciones de Occidente que terminan por plantear que el daño moral debe formularse una vez que existiera una sanción penal extendiendo la reparación aún a los hechos ilícitos culposos en caso de constituir delitos para el Código Penal. Finalmente, fue el tercer criterio el que resultó beneficiario del apoyo de la mayoría para determinar que el resarcimiento del daño moral era procedente tanto en los actos como en los hechos ilícitos sean o no fueren delitos del Derecho Penal.

Puédese ver, al contemplar esta última concepción, que la reparación del daño moral tiene un carácter meramente resarcitorio, en tanto para las dos precedentes posturas la reparación es de naturaleza punitiva. La reforma del Código Civil argentino dióse en el año 1968 y finiquitó el debate acogiendo la tercera de las tesis señaladas. Así pues, el artículo 1078 del Código Civil argentino dispone *de iure*: «*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, sin sujeción a que el acto constituya delito del derecho criminal*».

Chile. Y veamos también el caso chileno, muy paralelo a nuestra realidad ecuatoriana en su Código Civil, a lo largo de la historia. Justamente, el Art. 2331 del Código Civil chileno dice *in scriptis*: «*Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación*». El artículo 14 del Código Penal chileno independiza totalmente la posibilidad de seguir una acción civil separada de la penal, al disponer: «*Art.14 Extinguida la acción civil no se entiende extinguida por el mismo hecho la acción penal que nace del delito. La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido para el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente cuando se trate de delitos que deban perseguirse de oficio*».

La jurisprudencia chilena recoge la doctrina que conceptúa el daño moral como la lesión, pérdida o menoscabo de un bien puramente personal, no susceptible de valuación o tráfico económico. No obstante, en la legislación chilena el daño moral es indemnizable, ya que los artículos 2314 y 2329 del Código Civil obligan a la reparación de todo daño. En materia de prejudiciabilidad los tratadistas chilenos piensan que «*la responsabilidad civil se impone*

sin perjuicio de la pena que corresponde al criminal y la responsabilidad penal trae consigo la acción para obtener la reparación o indemnización debida a la víctima».

En lo que respecta al monto de la indemnización, los jueces están facultados para regularla prudencialmente tomando en cuenta el modo como se produjo el delito o cuasidelito y todas las circunstancias que influyen en la intensidad del dolor o sufrimiento. En realidad, hoy en día casi la totalidad de las legislaciones recogen la institución del daño moral, habiéndose en este análisis tan solo citado tres de las latinoamericanas.

3.2 RÉGIMEN APLICABLE A LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL

En nuestra legislación, por la naturaleza misma del daño moral y por la forma en la que conságraselo, puede ser ubicado únicamente dentro de la responsabilidad extracontractual; es decir, aquella de la cual proviene un daño aún cuando no exista un vínculo jurídico entre las partes. Al respecto, es necesario recordar el origen de las disposiciones aplicables:

La institución del daño moral introdujose en nuestro sistema legal en el año 1984. El Código regula exclusivamente la responsabilidad extracontractual derivada de delitos y cuasidelitos civiles como fuentes de obligaciones, la denominada responsabilidad aquiliana.

La responsabilidad contractual está regulada por las disposiciones del Título XII del Libro IV del mismo código, relacionado con los efectos de las obligaciones.

De la lectura de las disposiciones del Código Civil sobre la materia, infiérese que el daño moral es un menoscabo producido a los derechos de la personalidad como el honor, la

honra, la reputación, el equilibrio emocional y que tienen como causa la comisión de un delito o cuasidelito. En principio, el contrato nace para la protección de derechos no relacionados con la personalidad del individuo sino con su patrimonio no moral.

Gil Barragán Romero en su ya citada obra «*Elementos del daño moral*» sostiene que la causa eficiente del daño moral es un delito o un cuasidelito y que le son aplicables, por tanto, los principios sobre la responsabilidad delictual y cuasidelictual en general, con las diferencias propias de su naturaleza.

Juan Larrea Holguín, en el tomo XV de su Tratado de Derecho Civil del Ecuador, ubica expresamente al daño moral dentro de esta categoría de las obligaciones extracontractuales. El autor señala, entre otras causas de daño moral, los daños biológicos, existenciales, ambientales, difusos, entre otros.

Existen fallos de triple reiteración de las Salas de lo Civil de la antes llamada Corte Suprema de Justicia, en donde *-basándose en las disposiciones legales pertinentes-* establecen la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Entre los fallos más relevantes tenemos:

- EXPEDIENTE NO. 187-2000, PRIMERA SALA, R.O. 83, 23-V-2000: «... *OCTAVO.- (...) Nuestro ordenamiento legal contempla la responsabilidad civil contractual que es la que proviene de un contrato, esto es, la que supone una obligación anterior y que se produce entre personas ligadas por un vínculo legal preexistente, cuya violación sirve de sanción. Contempla también la responsabilidad civil, delictual o cuasidelictual que supone la ausencia de obligación, porque se produce entre personas extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que se deriva y es el hecho ilícito el que crea la obligación de reparar el daño; puesto que, con anterioridad, no existía entre las partes ninguna obligación con la*

cual se relacione el hecho que la genera. Estas dos clases de responsabilidades son distintas; de ahí que las responsabilidades contractuales estén reguladas en el Título XII, del Libro Cuarto del Código Civil, mientras que las responsabilidades delictuales y cuasidelictuales están reguladas en el Título XXXIII del mismo Libro Cuarto del Código Civil...».

- RESOLUCIÓN NO. 390-2000, PRIMERA SALA, R.O. 205, 16-XI-2000: «...PRIMERO.- Nuestro ordenamiento legal contempla la responsabilidad civil que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a otra. Esta responsabilidad se divide en contractual y extracontractual. La primera, dimana o tiene su fuente en un contrato o convención y está regulada por el Título XII, 'Efecto de las Obligaciones', del Libro Cuarto del Código Civil. La responsabilidad extracontractual dimana o tiene su fuente en los delitos y cuasidelitos y está regulada por el Título XXXIII, 'De los Delitos y Cuasidelitos', del mismo Libro Cuarto del Código Civil...».

3.3 EL PROBLEMA DE LA CUANTIFICACION DEL DAÑO MORAL

La valoración del daño consiste en determinar cuál es el perjuicio y qué intensidad reviste, a fin de poder determinar su posterior cuantificación en dinero.

Cuando tratase de los daños patrimoniales la cuestión no presenta mayores dificultades, pero el avalúo, si cabe el término, de los daños morales ha sido permanentemente objeto de discusión y como consecuencia, de variadas soluciones.

El daño extrapatrimonial, en principio, decídese sin ningún elemento o parámetro que permita calcular el equivalente en dinero porque no hay una correlación entre un mal espiritual y un bien económico. Por lo tanto, no puede nunca concederse una reparación

exacta. Esta imposibilidad no significa que no deba concederse ninguna reparación, ni tampoco que se pueda otorgar cualquiera.

Ante la dificultad que presenta la valoración del daño moral se han elaborado algunos criterios que permiten, de una manera relativa, cuantificar el daño moral:

Es pertinente analizar los más importantes considerandos al respecto:

- Libre arbitrio judicial: Según esta postura la cuantificación indemnizatoria está condicionada exclusivamente al parecer del magistrado en cada caso concreto.
- Tabulaciones: En esta tesis lo que acaece es que plantéase la creación de tablas legales obligatorias que tarifan las indemnizaciones y que servirían como guía para cuantificar toda clase de daño moral. Así, podríase estimar el monto que cada afectación moral requiere, según fuere el caso. Quienes plantean esta cuestión creen que se pueden fijar topes máximos y mínimos; de esta forma permítase ahorrar costos y exigencias probatorias, posibilitando la prontitud del resarcimiento. Algunos criterios en contrario, determinan, por su parte, que este sistema tiene una falencia, pues desinterésase de la realidad de los daños y de su plenitud indemnizatoria.
- Regulaciones legales indicativas: De acuerdo con esta postura, el legislador es quien fija lineamientos no imperativos para resarcir el daño moral, buscando aproximaciones indemnizatorias entre perjuicios con alguna similitud.
- Técnicas judiciales coherentes: Hay quienes plantean que, partir de las mismas sentencias propúgnase una coherencia indemnizatoria entre soluciones jurisdiccionales en conjuntos.

- Métodos científicos: Existen otros estudiosos del Derecho que han planteado la necesidad de elaborar pautas científicas que justifiquen las indemnizaciones de daños morales. Para ello, pueden instrumentarse diversos elementos de medición, entre los que cabe citar: porcentuales comparativos, unidades de medida, montos para los daños típicos y las combinaciones de estos elementos.

Todos estos criterios pueden permitir una aproximación más o menos objetiva; sin embargo, en todos los casos, siempre queda librada, de manera definitiva, la fijación de la reparación a la prudencia del juzgador que habrá de tener en cuenta las circunstancias del hecho.

3.4 LEGITIMACIÓN ACTIVA

Nuestro Código Civil introduce limitaciones a la titularidad de la acción por daño moral. Como regla, únicamente puede accionar el damnificado directo, es decir, la víctima inmediata del hecho.

Si del suceso ha resultado la muerte de la víctima están legitimados para actuar los herederos forzosos (ascendientes, descendientes y el cónyuge).

3.5. HONOR Y REPUTACIÓN COMERCIAL

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define el honor como la *«cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo»*. También, otra de las acepciones que la academia considera es definir al honor como la *«gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea»*.

El honor es entonces el resultado de una suma de virtudes, lo cual prodiga a la persona un reconocimiento por parte de los demás; es decir, el reconocimiento colectivo como un ser honrado o de prestancia.

Desde el campo doctrinario, para Lucrecio Delgado (1999): *«el honor es la buena fama o reputación que una persona merece al conjunto social»*. El honor está entonces relacionado con la prestancia que uno adquiere vistas sus actuaciones a través de la opinión que los demás tienen de nosotros. Esto permítenos considerar sobre la existencia de un honor subjetivo y objetivo. Por ejemplo, Novoa Montreal (1989) manifiesta que *«todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo (honor subjetivo) y que espera de los demás (honor objetivo)»*.

Antiguamente, el concepto de honor estaba ligado con la clase social y el prestigio personal. Los aristócratas incluían esta característica dentro de las propiedades de la persona, lo cual según Delgado justifica que atribúyase el origen del honor a la idea de *«patrimonialidad o pertenencia de la persona»*.

El honor ha formado parte de un fenómeno de generalización social que permite que todos los seres humanos, por su condición de personas, sean titulares de estos derechos pues todo individuo es titular del honor y tiene derecho a él. Así entonces, este derecho configúrase como *«la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad»*.

3.6 DERECHO AL HONOR EN LA PERSONA FÍSICA

El derecho al honor es prerrogativa de todos los individuos de la especie humana y puede concebirse de diversos modos. Pero las personas físicas pueden desempeñar sus actividades en el ámbito público o en el ámbito privado.

De esta manera, para los personajes públicos *-en el ejercicio de su función o profesión-* pueden existir una serie de circunstancias que limiten este derecho, tanto porque estas personas son conocidas por un número significativo de personas cuanto porque encuéntrase sujetas al escrutinio público, por lo que sus criterios atraviesan la esfera de protección del derecho al honor. Este particular es de suma importancia al momento de justipreciar el daño moral puesto que son, ciertamente, este tipo de personajes los que suelen invocarlo en no pocas ocasiones con ánimo de perseguir al libre pensamiento o de evitar que la ciudadanía pueda ejercer un rol de crítica ante las acciones públicas por ellos realizadas.

No obstante; estas personas, fuera del ámbito público, gozan de los mismos derechos que tiene cualquier otro individuo; por eso, el derecho al honor no puede limitarse de ningún modo pero no puede tampoco confundirse al momento de reclamarlo cuando hállese de por medio el trasfondo de las actuaciones públicas de un personaje de servicio público.

En nuestro ordenamiento jurídico, en la Carta Magna y la legislación ecuatoriana establécense principios generales de protección para estos derechos (honor, intimidad, privacidad).

Los personajes públicos, en el ejercicio de sus funciones, ven coartado el derecho a la intimidad, pues cada una de sus actuaciones está sujeta al escrutinio ciudadano. No queremos decir con esto que el derecho a la intimidad en estas personas encuentre disminuido o minusvalorizado; lo que sucede es que el ámbito de su vigencia está más limitado y frente al mismo el escrutinio ciudadano no puede eximir a una autoridad de servicio público a que no sea cuestionada.

Es pertinente, por lo mismo, definir hasta qué punto las acciones de un personaje público podrían ser objeto de conocimiento general, cuando trátase de asuntos fuera del ámbito de las funciones que les conceden el atributo de personajes públicos.

3.7 REFERENCIAS AL DAÑO MORAL EN LA MATERIA CIVIL

En nuestra legislación, debido a la naturaleza misma del daño moral y por la forma en que conságraselo podemos ubicarlo únicamente dentro de la responsabilidad extracontractual, es decir, aquella de la cual proviene un daño aún cuando no existía un vínculo jurídico entre las partes. Al respecto es necesario recordar el origen de las disposiciones aplicables:

La institución del daño moral, introdujose en nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto Legislativo No. 171 de 13 de junio de 1984 cuando se incluyó la institución del daño moral al ordenamiento jurídico ecuatoriano disponiendo la incorporación de varios artículos innumerados dentro del Título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil. Esta sección del Código regula exclusivamente la responsabilidad extracontractual derivada de

delitos y cuasidelitos civiles como fuentes de obligaciones, la denominada responsabilidad aquiliana.

La responsabilidad contractual está regulada por las disposiciones del Título XII del Libro IV del mismo código, relacionado con los efectos de las obligaciones.

De la lectura de las disposiciones del Código Civil sobre la cuestión, infiérese que el daño moral es un daño producido a derechos de la personalidad como el honor, la honra, la reputación, el equilibrio emocional y que tienen como causa la comisión de un delito o cuasidelito. En principio, el contrato nace para la protección de derechos no relacionados con la personalidad del individuo sino con su patrimonio no moral.

Gil Barragán Romero impulsó una reforma al Código Civil en la materia; es así como en su ya citada obra «*Elementos del daño moral*» sostiene que la causa eficiente del daño moral es un delito o un cuasidelito y que le son aplicables, por tanto, los principios sobre la responsabilidad delictual y cuasidelictual en general, con las diferencias propias de su naturaleza.

Juan Larrea Holguín en el tomo XV de su Tratado de Derecho Civil del Ecuador cataloga *ex professo* al daño moral dentro de esta categoría de las obligaciones extracontractuales. El autor señala, entre otras causas de daño moral, los daños biológicos, existenciales, ambientales, difusos, entre otros.

Existen fallos de triple reiteración de las Salas de lo Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, en donde basándose en las disposiciones legales pertinentes establécense la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Entre los fallos más relevantes tenemos:

- EXPEDIENTE NO. 187-2000, PRIMERA SALA, R.O. 83, 23-V-2000: «... OCTAVO.- (...) Nuestro ordenamiento legal contempla la responsabilidad civil contractual que es la que proviene de un contrato, esto es, la que supone una obligación anterior y que se produce entre personas ligadas por un vínculo legal preexistente, cuya violación sirve de sanción. Contempla también la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual, que supone la ausencia de obligación porque se produce entre personas extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que se deriva, y es el hecho ilícito el que crea la obligación de reparar el daño; puesto que con anterioridad no existía entre las partes ninguna obligación con la cual se relacione el hecho que la genera. Estas dos clases de responsabilidades son distintas; de ahí que las responsabilidades contractuales estén reguladas en el Título XII, del Libro Cuarto del Código Civil, mientras que las responsabilidades delictuales y cuasidelictuales están reguladas en el Título XXXIII del mismo Libro Cuarto del Código Civil...».

- RESOLUCIÓN NO. 390-2000, PRIMERA SALA, R.O. 205, 16-XI-2000: «...PRIMERO.- Nuestro ordenamiento legal contempla la responsabilidad civil que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios ocasionados a otra. Esta responsabilidad se divide en contractual y extracontractual. La primera, dimana o tiene su fuente en un contrato o convención y está regulada por el Título XII, 'Efecto de las Obligaciones', del Libro Cuarto del Código Civil. La responsabilidad extracontractual dimana o tiene su fuente en los delitos y cuasidelitos, y está regulada por el Título XXXIII, 'De los Delitos y Cuasidelitos', del mismo Libro Cuarto del Código Civil...».

3.8. DAÑO MORAL POR LOS HECHOS QUE AFECTAN A LA PERSONA JURÍDICA EN EL CASO REPUTACIÓN DE LA SOCIEDAD.

Al tratar de daño moral en la persona jurídica debemos tomar en cuenta que la principal actividad que ellas ejercen está relacionada con el ámbito comercial. La discusión aparece cuando derechos como el buen nombre, la fama y el honor atribúyense a los entes ideales, ya que la opinión es divergente en cuanto a si puede o no reconocerse la acción de resarcimiento de estos bienes personalísimos, cuando éstos se relacionan con personas jurídicas.

Juristas como Brebbia (1950), tomando en cuenta la doctrina de exigencia de una lesión a un derecho subjetivo, aceptan que la persona jurídica sea capaz de reclamar daño moral. Por otro lado, algunos tratadistas, apoyando la idea de la extrapatrimonialidad y el resultado del acto, indican que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de este daño.

Fundamentalmente, dígase que el negarle a una persona jurídica la facultad para iniciar una acción de daño moral tiene su base en la idea general de que un ente ideal no puede tener aspectos espirituales, pues ellos son propios de la persona física y sostener lo contrario, sería a criterio de Fernández Madero (2002), una apreciación errónea de la realidad.

Por regla general, el daño moral recae en el ultraje de bienes espirituales que hállanse relacionados con la psiquis humana y que vulneran *ex professo* derechos personalísimos como el honor, el crédito, la estimación.

Desde la jurisprudencia ecuatoriana puédesse también contemplar que en la Gaceta Judicial del Año LXXXVIII. Serie XV. No. 2. Pág. 397(Quito, 5 de mayo de 1988) se dicen algunas

cosas interesantes sobre esta materia. Leámoslo: *«El daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima que queda intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que la indemnización que lo repare se la denomine pretium doloris; el daño moral ha dicho una sentencia chilena, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Una persona jurídica puede experimentar daño moral cuando su patrimonio moral es lesionado, pues en tal caso se presenta un daño de idénticas características al que se produce cuando es atacado el patrimonio moral de un individuo de existencia visible. Su admisión depende de circunstancias de hecho que deben ser apreciadas por el juez considerando que para que el rubro sea viable deben existir perjuicios materiales tales como el desmérito de su nombre o de sus atributos como persona jurídica».*

Para Fernández Madero (2002) el fallo citado incurre en un yerro, ya que éste no compatibilizase con la opinión que considera viable la resarcibilidad del daño para la persona jurídica al producirse descrédito en su nombre, tomando en cuenta que trátase de un valor de carácter patrimonial. Los atributos que pertenecen a las personas jurídicas con fines de lucro representan para ellas un valor patrimonial. La vulneración de estos atributos no causa una afección espiritual al ente ideal, sino que gravita sobre el objeto patrimonial. En este ejemplo, para una parte de la doctrina la acción adecuada sería el reclamo de lucro cesante, por un daño material, en lugar de la acción de daño moral.

Pizarro (1996) alega que *«tanto las personas jurídicas con fines de lucro, como aquellas que no lo persiguen, carecen de subjetividad y por ende, son insusceptibles de ser dañadas*

*moralmente. Un problema diferente, tanto de **lege lata** cuanto de **lege ferenda**, es el relativo al perjuicio experimentado por damnificados indirectos vgr. Socios o demás integrantes de la persona jurídica u otros terceros perjudicados. El daño eventual que puedan sufrir estos damnificados indirectos, no es resarcible en nuestro sistema» (PIZARRO, Ramón, «Daño moral: prevención, reparación punición», Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 49).*

Para Aillón (2010) «si bien la postura adoptada por la mayoría de autores relaciona el daño moral con la indemnización de una ofensa de carácter espiritual, el criterio traído a colación por la Corte Argentina, es aplicable en tanto en cuanto en base a las características de la persona jurídica, como ente de existencia paralela a la persona física, debe hallarse un modo semejante de atribuirle derechos que protejan la personalidad que el derecho le atribuye, aun cuando estos derechos encuentren un modo de existencia diferente, por el hecho de que la persona jurídica si bien carece de sentimientos, si puede ver afectado el conjunto de bienes que la integran y le dan valor, por hechos que deben ser sancionados y daños que deben repararse».

No obstante, para Zanoni (1995) «*queda excluido el ataque a bienes jurídicos extramatrimoniales que presuponen la subjetividad del individuo físico y existencial*», pero acepta que por estar las personas jurídicas dotadas de «subjetividad jurídica» poseen ciertos atributos o derechos que de alguna manera pueden estar sujetos a la valoración extramatrimonial según el medio en el que actúan. En la misma línea hállase la jurisprudencia argentina sobre el tema. Leamos un concepto extraído de la jurisprudencia argentina justamente: «*El daño moral no se mide sólo ni fundamentalmente por la manifestación estricta del perjuicio, sino por el menosprecio que la actividad dañosa en sí misma provocó en la persona física o jurídica en razón de la entidad del interés no patrimonial lesionado*» (Corte Nacional Civil Argentina, sala G, “Papasodaro, Carlos A c/ Monsa y otro”, publicado en La Ley, Tomo 1994-E, Pág. 379).

Pizarro y Roitman (1996) señalan que *«la valoración y cuantificación del daño causado a una persona jurídica exigen criterios flexibles, en los que la prudencia del juzgador y las presunciones desempeñan un rol protagónico»*.

Los precedentes tratadistas proponen que, una vez probado el hecho que posee una consecuencia dañosa, el juzgador tiene que aceptar que realmente existe y establecer un *quantum*, aunque sobre este hecho no se haya desarrollado una prueba plena.

3.9 PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA EN LA CUALIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL

La jurisprudencia ecuatoriana recoge una serie de ideas y criterios utilizados para diferentes consideraciones sobre daño moral, las que prueban los problemas de cuantificación del daño moral.

Esto hace que no en raras ocasiones los fallos emitidos por los tribunales de justicia que pronuncianse sobre estos casos no sean uniformes, ya que en algunos casos, la ausencia de prueba no fue razón suficiente para rechazar el daño moral; así también ha ocurrido que el juez a pesar de no encontrar dependencia entre el daño moral que reclamase y las pruebas presentadas, ratificó la existencia del mismo o, lo que es peor, camufló la existencia del supuesto daño moral imponiendo una multa al supuesto infractor a causa de haber irrogado algún epíteto fuerte a quien reclama daño moral. Esto es más común en funcionarios de servicio público que nieganse a ser cuestionados por la vindicata pública.

Han presentádose también casos en que el juez requirió que el desarrollo de la etapa de prueba sea extremadamente minuciosa, negando en su pronunciamiento la existencia del daño moral cuando las pruebas presentadas no han sido insuficientes. Pero todas estas experiencias prueban justamente la dificultad de cuantificar cuánto afecta moralmente a una persona cualquiera el daño moral que reclama.

Al comprender el fenómeno alrededor del cual créanse diferentes circunstancias que impiden la uniformidad de valoración del daño resáltase la necesidad de fijar pautas que ayuden a establecer los criterios de valoración de la prueba en cuanto al daño moral, lo cual crearía una verdadera cultura jurisprudencial, de fácil aplicación en casos posteriores, lo cual a su vez proporcionará mayor certeza y seguridad jurídica a quienes acuden en busca de justicia. Podemos entonces considerar algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia ecuatoriana al respecto:

Daño moral y la ilicitud.- Gaceta Judicial No. 11 de la Serie XVII, página 3505: *«La indemnización reparatoria del daño moral, como todos los casos de culpa aquiliana, tiene como fundamento un delito o cuasi delito, según sea que el agente haya obrado con dolo o con culpa, siendo necesario para configurarla que ese acto injusto haya ocasionado un perjuicio, de lo que nace la obligación de reparar el daño causado; pero en el caso sub júdice, no aparece que el demandado haya realizado un acto injusto, y menos aún, que haya sido realizado con el específico propósito de ocasionar una lesión en el honor y buen nombre de los actos como estos afirman. No son los sufrimientos psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, sensación de humillación u otros sentimientos negativos los que por sí mismos originan el deber indemnizatorio, sino la ilicitud de la acción o la omisión del agente; por lo tanto, si no se acredita la ilicitud en el actuar de una persona, no procede condenarle a que repare los daños patrimoniales o morales que pueda haber sufrido un tercero».*

Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial No. 589 de 13 de mayo de 2009. Resolución No. 267-2007: «*El artículo innumerado (actual Art. 2232) agregado a continuación del artículo 2258 del Código Civil es de este tenor: 'Art...En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.*

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente ligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procedimientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, o humillaciones u ofensas semejantes...' Ciertamente, que en el inciso primero del artículo transcrito se establece que para que exista indemnización pecuniaria, a título de reparación, por daño moral, se requiere que el daño y el perjuicio tengan una gravedad particular; pero en el inciso segundo de tal artículo se señalan varios ejemplos típicos que reúnen tales requisitos, entre los que se hallan los que manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación. Entonces, quien reclama aquella indemnización tiene la carga de justificar los hechos que configuran manchas a la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación...».

El doctor Gil Barragán Romero (1984), quien es el autor del proyecto de las reformas al título XXXIII del Código Civil. De los delitos y cuasidelitos, acogidas por el Congreso Nacional y expedidas como ley No. 171, publicada en el R.O. 779 de 4 de julio de 1984, al comentar sobre el tema de la prueba, dice: «*La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su*

intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa...La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable.’ (Elementos del Daño Moral, Segunda Edición, Editorial EDINO, Quito, Ecuador, págs. 195 y 196) (el énfasis es de esta Sala), de lo cual se deduce que corresponde a quien alega el daño moral, el probar los hechos ilícitos, constituyan estos delitos o cuasidelitos (Guillermo Ospina Fernández, Régimen General de las Obligaciones, Ed. Temis, 6ª ed., Bogotá, 1998, pág. 41), que configuren la mancha de la reputación o los sufrimientos físicos o síquicos.- En la especie, el actor no ha probado de manera alguna que el incumplimiento contractual que alega, y en base al cual demanda la resolución del contrato de compraventa, pueda constituir un hecho ilícito que configure un delito o un cuasidelito (fuentes de responsabilidad extracontractual) que le haya provocado daños meramente morales como manchas a la reputación o sufrimientos psíquicos o físicos cuya existencia también debía ser demostrada».

Corte Suprema, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Recurso de Casación, noviembre 20 de 2002, Resolución N° 250-2002, Juicio N° 323-2001, R.O. N° 28 de 24 de febrero de 2003, Juicio ordinario por daño moral seguido por Efraín Ramírez y otro contra Fabián Alarcón Rivera, César Verduga Vélez y otros. La Corte niega la existencia de daño moral: «La indemnización reparatoria de daño moral, como todos los casos de culpa extracontractual, tiene como fundamento un delito o cuasi delito; y para que se dé, es

necesario que ese acto injusto haya ocasionado un perjuicio, de lo que nace la obligación de reparar el daño causado; por ello si en esta clase de procesos no se prueba la ilicitud en el actuar de una persona, no procede condenarle a que repare los daños patrimoniales o morales que pueda haber sufrido un tercero», «...No cabe reclamar indemnización por daño moral si no se ha comprobado que el demandado actuó ilícitamente».

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Recurso de Casación, marzo 19 de 2003, Resolución N° 79-2003, Juicio N° 43-2002. R.O. N° 87 de 22 de mayo de 2003, Juicio de indemnización que por daño moral siguió Wagner Viñá contra el colegio de Médicos de Imbabura y otros.- La Corte se pronunció en el siguiente sentido: *«Según la doctrina acogida por esta sala el daño moral no requiere de una prueba específica, porque la afección de los sentimientos se guarda en la intimidad del ser humano. Su existencia y extensión no son, pues susceptibles de demostración objetiva; por eso, el actor damnificado debe concretarse a demostrar las circunstancias conocidas que rodearon al hecho ilícito, de las cuales el juzgador pueda inducir la existencia de los sufrimientos psíquicos nocivos como angustia, ansiedad, perturbaciones, incertidumbres, etc. que pudo haber sufrido el damnificado. Es decir, el juzgado realiza un juicio lógico en virtud del cual se considera ciertas o probables tales afecciones sentimentales, con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican como es el modo en que se suceden las cosas y los hechos».*

3.10 CERTIDUMBRE DEL DAÑO MORAL Y SU ESTIMACIÓN

Este es un tema de por sí complejo, ya que un daño, para ser indemnizable, debe ser siempre real y cierto. En tal sentido, la indemnización del daño moral tórnase una tarea compleja, ya que al tratarse de un daño impalpable, su determinación resulta difícil, y más aún, su cuantificación.

Para explicar mejor este asunto, utilizaremos un ejemplo real y el razonamiento que llevó a la Corte de Apelaciones de Valparaíso a condenar al demandado al pago de la suma de \$80.000.000 por concepto de daño moral.

a) Los hechos

En horas de la madrugada del 9 de marzo de 1997 hubo un accidente de tránsito en donde el conductor de un vehículo, quien estaba en estado de ebriedad, impactó a otro vehículo, causando la muerte de su conductor. La víctima era un joven de 28 años, casado y con tres hijos. La sucesión de este señor dedujo una demanda de indemnización de perjuicios por \$400.000.000 por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral. En primera instancia se condenó al encausado (en terminología de la época) como autor de cuasidelito de homicidio y al pago de una indemnización de perjuicios ascendiente a \$120.000.000, sólo por concepto de daño moral a favor de los demandantes, ya que en lo demás se rechazó la demanda.

b) Decisión de la Corte de Apelaciones

La Corte estima en primer lugar la edad de la víctima, que al tener sólo 28 años al momento del accidente, tratábase de un joven que tenía varios años de expectativas de vida que se vieron destruidas por el actuar irresponsable de quien conducía un vehículo en estado de ebriedad, infringiendo, además, normas del tránsito al efectuar un viraje en lugar prohibido y sin respetar el derecho preferente de paso de otro automóvil. En este punto para la Corte resulta claro que existe un daño imputable a la culpa del demandado, es decir, que concurre

el primer elemento que debe acreditarse para la procedencia de la indemnización por responsabilidad extracontractual.

Se acreditó, asimismo, que el occiso era casado y tenía tres hijos menores, de ocho, cinco y dos años a la época del accidente. En atención a la edad en que los niños perdieron a su joven padre, no cabía duda que tal hecho tiene que haber provocado un dolor al verse privados, de forma violenta e imprevista, de la figura paterna. Constaba también, por otro lado, el daño psicológico experimentado por la cónyuge sobreviviente y los propios vástagos del difunto. En este punto, la Corte da por acreditado el daño moral que efectivamente sufrieron los hijos de la víctima y su cónyuge sobreviviente.

Finalmente, ya que tiénese la existencia de un daño imputable a dolo o culpa -es esta última la que concurre en este caso- y además se ha acreditado el sufrimiento y daño psicológico -o daño moral si se quiere- que los demandantes experimentaron, la Corte debe avocarse a la tarea de estimar a cuánto debe ascender la indemnización por este concepto. En tal sentido, la Corte señala que el daño moral *«aún siendo de difícil cuantificación, debe evaluarse prudencialmente por los tribunales, considerando el daño causado, así como también los antecedentes de que se dispone en autos acerca de los ingresos, bienes y actividades que realiza el demandado»*.

Una vez que se acreditó que el demandado percibía un ingreso de \$1.200.000, que era dueño del vehículo que conducía y propietario de un bien raíz en Viña del Mar, se determinó que *«no se trata de un persona carente de recursos que no pueda afrontar el pago de una indemnización»* y, por tanto, lo condenó al pago de ésta, en los términos señalados, por un monto de \$80.000.000. [Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17 de abril de 2002].

Entonces, los presupuestos que han de considerarse para cuantificar el daño moral hacen prever que éste revístese de naturaleza resarcitoria persiguiendo la reparación de los padecimientos anímicos y espirituales sufridos en ocasión de un determinado acontecimiento, no pudiéndose considerar identificable con el daño psíquico o psicológico. Como daño inferido a la persona ha de apreciarse en lo que representa como alteración de la salud, no limitada al aspecto físico».

No corresponde indemnizar el daño moral si no ha demostrádose que se han sufrido perjuicios de carácter extrapatrimonial suficientes para justificar el reclamo, sin que sea óbice a ello la circunstancia que la única prueba aportada para justificarlo sea la testimonial, aunque debería probar el daño moral a través de la producción de algún medio probatorio específico -tal vez la prueba pericial psiquiátrica o psicológica del afectado- pues la certeza de la existencia del daño es de fundamental importancia a la hora de determinarlo y cuantificarlo. No obstante, una prueba psicológica no hállese contemplada en nuestro ordenamiento legal (artículo 375 Código Procesal y artículo 1078 Cód. Civil).

Dígase también que las innegables y dolorosas proyecciones que en el ánimo suscítanse por la muerte de un familiar chocan, infructuosamente, con la rotunda negativa de nuestro derecho positivo. Producida la muerte de la víctima únicamente tendrán legitimación para reclamar el daño moral los herederos forzosos, pues así surge de la clara redacción del art. 1078 del Código Civil.

Los hermanos de la víctima, *ad exemplum*, no son herederos forzosos; por ello carecen del beneficio del daño presunto y por lo tanto deben demostrar que la muerte de su hermano les ocasionó un perjuicio concreto y actual como si hubieran vivido en casa de él y a costa suya para tener derecho a percibir la indemnización por ese rubro (cfr. artículo 1079 del Código Civil).

Cuando al abordar la tarificación del daño moral y del menoscabo a la aptitud vital pondérase -como en el caso- el agravio espiritual y psicológico que la contaminación ambiental provoca en los actores, así como los angostamientos y limitaciones patrimoniales que ella proyecta o ha de proyectar en su actividad laboral y en su vida de relación toda, no es procedente una indemnización independiente por daño psíquico, por cuanto, sin perjuicio de reconocer la diferencia conceptual del daño psíquico, ello significaría incurrir en una injusta doble indemnización.

Por otra parte, nada impide que habiéndose reclamado el daño moral y el daño psicológico en forma separada -artículo 330 C.P.C.C.- cuantifíquese este último también separadamente para una mejor determinación moral, pero no como daño independiente. Si enfócaselo como daño extrapatrimonial *-tal cual han hécholo en algunas ocasiones-* como una modificación disvaliosa del espíritu, cabe el resarcimiento a título de daño moral. No se trata de un *tertius genus* ni su admisión implica una doble imposición al responsable por la misma causa.

El daño moral, encuéntrase tipificado por los dolores, angustias y padecimientos soportados por las lesiones sufridas, peligro corrido por la intervención quirúrgica y posoperatorio, internación en terapia intensiva, sometimiento a tratamiento psicológico, etc.

Pero hablamos de una lesión estética, en virtud de su ubicación o extensión, cuando altera la armonía del aspecto habitual que tenía la persona antes del hecho que ocasionó el daño moral. Entonces débesela tratar como un tercer género independiente cuando así solícitase, ya que en definitiva encuadraríase dentro de las previsiones del daño directo (a la persona o a sus derechos o facultades) que efectúa el artículo 1068 del Código Civil; debiendo despejarse, para fijar su cuantía, toda incidencia de orden psicológico, moral o

laboral pues si bien el perjuicio es material o patrimonial preséntase en forma autónoma al daño extrapatrimonial y a la incapacidad sobreviniente. El daño estético es independiente del daño moral, al que acumúlase sin confundirse, justificándose la reparación en los términos del artículo 1086 del Código Civil.

No procede integrar en un mismo rubro el daño moral y el daño psicológico atento a la diferencia existente entre ellos, puesto que el daño moral afecta los sentimientos en cuanto al dolor que experimenta la víctima o los familiares de ésta como consecuencia de un agravio; mientras que el daño psíquico es susceptible de ser apreciado científicamente por sus síntomas que exteriorízanse mediante diferentes formas evidenciando siempre una situación traumática.

3.11 REFERENCIAS DEL DAÑO MORAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

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

La jurisprudencia argentina ha dictaminado que daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, como pueden ser, *verbi gratia*, la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

En el caso colombiano, la jurisprudencia de este país, ha considerado que daño moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente llámase patrimonio moral de una persona.

Para la jurisprudencia mexicana, *exempli gratia*, el daño moral es cualquier inquietud o perturbación al ánimo, originados en un mero perjuicio patrimonial, como la simple invocación de molestias, aflicciones, fatigas, etc., y no justifica la reparación de un daño moral.

No obstante, enriquecese más el asunto del daño moral con la jurisprudencia española que determina que la fijación del monto por daño moral es de difícil fijación ya que no hállese sujeto a cánones objetivos ni a procedimiento matemático alguno de cariz taxativo, por cuanto corresponde atenerse a un criterio fluido que permita computar todas las circunstancias del caso a fin de fijar el monto de una reparación justa por daño moral.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo se han presentádose algunas consideraciones sobre lo que es y representa el daño moral en la legislación ecuatoriana, señalando los aspectos más importantes que débense tener en cuenta al momento de abordar un análisis de un apasionante tema que desde 1984 está legislado en el país.

Demuéstrase la naturaleza jurídica del daño moral y las cosas que tiénense que considerar en aras de determinar la configuración del daño moral, la prueba del daño moral, los legitimados activos en el ejercicio de la acción, tanto como el honor de las personas físicas y las personas naturales.

Analízase el daño moral como un asunto de acuciante actualidad dentro de la legislación ecuatoriana y demuéstranse las dificultades existentes para que sea medible o cuantificado taxativamente dejando clara noción de que el daño moral es de veras toda alteración negativa en la esfera jurídica (derechos subjetivos, principalmente garantías) de la persona, la cual por ser imputable a otra es susceptible de reparación, ya sea en el hecho de restituir la situación previamente existente, o pecuniariamente, por acontecer estados inexorablemente posteriores a su producción.

ARTÍCULO 2051.- Daño moral. - El daño puede ser también de carácter moral, cuando el hecho ilícito que lo produzca afecte a una persona en sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de ella misma tienen los demás.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, en: «De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno». Editorial Jurídica, Chile, Santiago. 2005.
- ALESSANDRI, Arturo, en: «Tratado de Derecho Civil». Partes Preliminar y General, Editorial Jurídica Chile, Santiago, 2005
- BARRAGÁN ROMERO, Gil, «Elementos del daño moral». Editorial Edino, Guayaquil 1995
- BARTHÉLEMY, Joseph, «Droit Constitutionnel», Tomo II. Librairie Dalloz. Paris, 1933
- BONNECASE, Julien, en: «Tratado Elemental de Derecho Civil». Editorial Harla, México 1993.
- BUERES, «El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general», Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1992, Segunda edición
- BREBBIA, Roberto H, «El daño moral», Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950
- DIEZ PICAZO, Luis, «Derecho de Daños». Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- DUCROCQ, «Tratado Elemental de Derecho Administrativo», Paris, 1930
- FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, «Derecho de Daños, nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales». Editorial La Ley, Argentina, 2002.
- FUEYO, Fernando, «El daño extramatrimonial y su indemnización especial mente en materia contractual», Santiago de Chile, 1966.
- GARCÍA FALCONÍ, José, «Parte práctica del juicio por la acción de daño moral y forma de cuantificar su reparación». Ediciones Rodin, Primera Edición, 2005.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. ,«Tratado de Derecho Civil Ecuatoriano», Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2004
- LARREA HOLGUÍN, Juan. «Repertorio de Jurisprudencia» Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito s/f, varios tomos.
- LEGAZ, Luís y LACAMBRA, «Horizontes del pensamiento jurídico». Barcelona, Editorial Bosch, 1947

LÓPEZ CASTRO, Roberto Antonio, «La dignidad humana como fundamento de los Derechos Humanos», Revista virtual de la Universidad Católica de Occidente, Santa Ana, El Salvador, Segunda publicación, Julio-Septiembre 2007.

NOVOA MONTREAL, E, «Derecho a la vida privada y la libertad de información», SXXI, Madrid 1989.

PÉREZ, Gisella «Daño moral en las personas jurídicas, una reflexión en el Derecho Mexicano». Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, número 12, septiembre-diciembre del año 2005

PINTO ROGERS, Humberto, «Curso Básico de Derecho Civil», Derecho Privado I, Tomo III, Editorial Andrés Bello, 1972

PIZARRO, Daniel y ROITMAN, Horacio, «El daño moral y la persona jurídica en Revista de Derecho Privado y Comunitario»

PIZARRO, Ramón, «Daño moral, prevención, reparación, punición». Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, Pág. 49

PIZARRO, Ramón Daniel, «El daño moral en las diversas ramas del Derecho». Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

PLANIOL Marcel y RIPERT George, «Tratado Elemental de Derecho Civil», Tomo I, Segunda edición, F. Cárdenas Uribe, Editorial México, 1991

RIVERA, Julio César, en: «La prueba del daño sufrido por las sociedades por la agresión a su reputación comercial», en Revista de Derecho de Daños. La Prueba del Daño I, Rubinzal Culzoni Editores. Argentina

STIGLITZ, Gabriel y ECHEVESTI Carlos, «El daño moral en responsabilidad civil». Editorial Hammurabi, Buenos Aires 1992.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde , «Resarcimiento de daños, Daños a las personas. Integridad sicofísica», vol. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 1990;

ZANONI, Eduardo, «El daño en la responsabilidad civil». Segunda edición, 1985

FUENTES EN LA RED

CINACCI, Javier, «Qué es el honor». [http:// www.estudiargratis.com.ar](http://www.estudiargratis.com.ar)

DELGADO, Lucrecio «Derechos Fundamentales y Protección de Datos»
www.estudiargratis.com.ar

JUÁREZ MARTÍNEZ, Juan Carlos, en: «Persona física y persona jurídica»,
<http://aslegalcr.com/blog/wp-content/uploads/2007/09/persona-fisica-y-persona-juridica.doc>

<http://ciam.ucol.mx/directorios/5790/derecho/CONCEPTO%20JURIDICO%20DE%20PERSONA.ppt>

TOBIÁS, José W. en: «Hacia un replanteo del concepto (o el contenido) del daño moral». La Ley 1993-E, 1227

<http://www.elangelo.com.ar/DERECHO/TPs/Ignacio%20Meydac/Da%F1o%20moral.doc>

FUENTES LEGALES

- Constitución del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008
- Código Civil Ecuatoriano , R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Código Penal Ecuatoriano, R.O. 147 de 22 de enero de 1971
- Ley de Propiedad Intelectual, R.O. Suplemento 426, 28 de diciembre de 2006