



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**TÍTULO:**

**COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE  
DERECHOS EXTRAPATRIMONIALES**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO  
PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES  
DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.**

**NOMBRE DEL ESTUDIANTE:**

**DANIELA ALEXANDRA BURAYE AGUIRRE**

**NOMBRE DEL TUTOR:**

**ABG. ALEXANDRA RUANO SÁNCHEZ**

**SAMBORONDÓN, 2014**

### **Resumen**

El objetivo principal de este trabajo es señalar lo importante que es poder comprobar la existencia del daño moral por lesiones a derechos intangibles. En virtud de considerarse indudable y a la vez dificultoso la presencia de elementos probatorios, y más aún cuando se llega al punto de materializar económicamente los daños, llevó este trabajo a una discusión y confrontación de ideas cuestionadas por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, al ser un problema que no ha sido debidamente tratado en nuestro sistema legal, se le debió atribuir una mayor consideración al momento de ser estudiado. El propósito de este trabajo trata de demostrar el dilema de probar el daño moral cuando se trate de violación a derechos de la personalidad, que son difíciles de medir numéricamente por su naturaleza inmaterial, sin salirse del marco legal que rige el procedimiento ordinario que exigen estas acciones propuestas por daño moral.

***Palabras claves:*** Daño moral, Elementos probatorios, Violación de derechos, Derechos extra patrimoniales, responsabilidad civil.

### **Abstract**

The main objective of this paper is to point out how important is to prove the existence of moral damages for injuries to intangible rights. Under considered undoubtedly and difficult the evidence presence, and even more recognizing the level of economic damages, this work led to a discussion and brainstorming questioned by doctrine and jurisprudence. However, being a problem with no properly attendance in our legal system must be set a huge consideration while it is analyzed. The purpose of this paper is to demonstrate the dilemma to prove moral damages in case of personality

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

rights violation, which are difficult to measure numerically by their intangible nature; without departing from legal framework that governs the ordinary procedure required by these proposals actions for moral damages.

***Keywords:*** Moral damages, Supporting evidence, Violation of rights, Extra Economic Rights, Civil Liability.

## **I. Introducción**

Las personas en la sociedad deben defenderse y protegerse de todo lo que pueda causar un daño, es decir frente a cualquier hecho que amenace el orden en la convivencia humana previamente establecida. La doctrina ha sostenido durante el tiempo que no puede existir un daño sin crear una responsabilidad, por lo que se considera que el daño es requisito elemental de la responsabilidad civil. Por este precepto, los legisladores se han encargado de diferenciar los conceptos de la responsabilidad civil, la responsabilidad moral y la responsabilidad penal.

Se sostiene que la moral busca controlar la sociedad sin preocuparse por determinar si hay un resultado, ya que la responsabilidad nace de la conciencia del individuo; el derecho penal en cambio llega a un punto no tan lejano, ya que para que exista responsabilidad es necesario que el pensamiento se exteriorice, que exista un principio de ejecución del acto y que a la vez dicho acto se culmine; mientras que por responsabilidad civil no puede exigirse más que la reparación económica por un perjuicio causado por un daño material o moral (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1957).

El daño sufrido según la situación de cada persona y como el daño se haya ejercido, puede perjudicar ya sea de manera pecuniaria al sujeto, es decir crear una disminución a su patrimonio; como también llevar a sufrir una afectación extra pecuniaria o extra patrimonial, como cuando se ve perjudicado el honor del individuo.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Así mismo, el tratadista Galeas (2011) ha clasificado al daño moral como la consternación de una esfera intangible e inmaterial, como lo son los sentimientos de una persona o su personalidad. Esta idea no es contemporánea, sino que tiene su origen en el derecho romano, puesto que en dicha época se reconocía a un miembro de la sociedad romana cuando sufrían cualquier tipo de afecto, inclusive cuando se veía afectada toda la familia, lo que hoy se reconoce como el buen nombre; cuando se lesionaba las aptitudes de trabajo, la dignidad o inclusive a la religión (Arguello, 1976).

Si los hechos ilícitos contra una persona no afectan al patrimonio, pero de lo contrario causan lesiones o violan sus derechos extra patrimoniales, como lo es la personalidad, el nombre o los sentimientos, derechos propios que son inherentes al ser humano, como la vida, se dice que existirá daño moral. Sin embargo, existe la postura, de la cual hablaremos en el transcurso de este trabajo, que rechaza la reparación del daño moral, y por ende surgen una serie de preguntas que debaten sobre la prueba y la reparación del daño moral. En virtud de exigirse el resarcimiento de elementos inmateriales, y que ante los ojos de los demás no tendrían el mismo valor económico, se forma la duda y nace el cuestionamiento de los parámetros que se debe de utilizar para llegar a la comprobación del daño moral.

### **II. La responsabilidad en la sociedad**

Al hablar respecto a la responsabilidad en la sociedad, es esencial referirse como la obligación y deber, que todo individuo dentro de un grupo social posee, hacia los demás individuos que conforman dicho grupo, con la finalidad de mantener un equilibrio y armonía en la convivencia social. En el ámbito ético - social, se puede mencionar como primera clasificación, que existen dos tipos de responsabilidades, la

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

positiva y la negativa. Se entiende como positiva todo tipo de actos obligatorios que tiene que realizar el individuo; mientras que se considera como negativa a aquellas abstenciones que el individuo debe considerar ante ciertas situaciones (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1957).

### *II. a.- El daño y la responsabilidad civil*

El Diccionario de lengua española define la palabra “dañar” como la acción causante de un perjuicio, menoscabo, dolor o molestia hacia otra persona; además, el mismo diccionario puntualiza la palabra “daño” como el efecto o consecuencia producto de la acción de dañar, inclusive se refiere a la destrucción total o parcial de bienes (Real Academia Española, 2014).

En términos legales, el jurista Cabanellas de Torres (2008) precisa al daño como lo proveniente del dolo, culpa o caso fortuito, según la malicia o negligencia por quien lo comete hacia la otra persona; a la vez, el mismo autor define al daño moral propiamente como la lesión que padece un sujeto con relación a su honor, buen nombre, sentimientos, o ya sea por haber sido víctima de un acto doloso o culposo.

Por otro lado, el daño y la reparación surgen de la idea de que en la sociedad se debe respetar la dignidad humana y que la violación de ésta debe poder ser resarcible, brindando así esa seguridad que merecen los derechos de cada individuo, dentro de un sistema legal, en donde encontrarán la posibilidad de poder reclamar la reparación por vulneraciones. Así mismo, se habla de resarcimiento económico cuando una persona debe satisfacer a otra por el cometimiento del daño, ya sea por orden judicial o por acuerdo contractual, por haber violado un derecho o incumplido una obligación (Andrade, 2006).

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Según el tratadista Barragán (1995), existen dos tipos de elementos que son comunes y básicos para la comprobación de daños y aceptación de un resarcimiento, los cuales son: el obrar antijurídico que lo induce, y la lesión o detrimento al interés impropio. El mismo tratadista menciona que se entiende como antijuridicidad al acto típico contrario al derecho, y que causa un perjuicio a otro; mientras que se toma a la lesión como la base proporcional que deberá ser resarcido por el daño causado.

Como requisitos para que opere el resarcimiento, Barragán (1995) sostiene que es necesaria la existencia de un interés propio por quien reclama la reparación; y que el daño debe fundarse en el menoscabo de un bien personal, patrimonial o moral; adicional, se deberá contar con la seguridad de la existencia de un daño. Por otra parte, el mismo autor sostiene que el perjuicio deberá ser subsistente, es decir que la persona no haya reparado la afectación provocada antes de que el afectado exija la reparación, por lo que es elemental que el daño sea susceptible de una evaluación pecuniaria, y finalmente pasar por un proceso judicial que refleje los hechos y circunstancias que alega quien sea idóneo de una indemnización.

### *II. b.- La responsabilidad penal en la sociedad*

Una vez explicado el daño resarcible, es menester mencionar que dicho acto se retribuye a la pérdida o destrucción de un bien jurídicamente protegido. El daño puede ser a nivel colectivo cuando exista un interés general, o puede ser a nivel individual como hacia ciertas personas determinadas. En el primer caso se estaría hablando de derecho penal puesto que conlleva a un interés público, mientras que en el segundo caso se estaría hablando de derecho civil, por lo que la reparación deberá ser en sentido económico (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1957).

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

La responsabilidad penal se diferencia de la civil en virtud de que la intención de la primera no es el resarcimiento del afectado, sino la imposición de una pena, buscando el interés general de la sociedad. Mientras que en la responsabilidad civil si existe el interés individual, ya que lo que se busca es un resarcimiento económico que satisfaga los intereses lesionados de la víctima (Mazeaud, Mazeaud, & Tunc, 1957).

### **III. El daño moral y su naturaleza**

Si bien es cierto, previamente se explicó que pueden existir varios tipos de daños, y que básicamente se encuentran los daños materiales y los que son meramente morales. El tratadista Barragán (1995), sostiene que los daños materiales son las lesiones dirigidas al patrimonio o bienes físicos de una persona; mientras que se habla de daño moral al existir lesiones que vulneren los derechos extra patrimoniales como la vida, la salud, la reputación, la personalidad, es decir, todo aquello que afecta al patrimonio moral de la persona; por lo que nos lleva a enfocar en distintas maneras la complejidad que tienen ciertos daños para ser reparados.

Con relación a los conceptos antes mencionados, se puede decir, que la diferencia entre daños materiales y morales está en que los primeros provocan una disminución económica al patrimonio de una persona, pero que es fácil de reparar económicamente; mientras que los segundos, provocan una disminución a las aptitudes del individuo, que difícilmente el dinero puede reparar, como lo es la muerte de un familiar. Se deduce a la vez que el daño moral se produce por los detrimentos que sufre la esfera personal que cada individuo posee, ya sea por el actuar doloso o culposo de un tercero, o por el incumplimiento de una obligación.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

A la vez, la doctrina se ha tomado la molestia de crear una postura llamada “teoría funcional”, la misma que es utilizada para separar los daños que son resarcibles, sin prestar atención si provienen de una lesión material o inmaterial, en la que se dice que se encuentra la esfera psicológica y física del individuo, y el lucro cesante respecto a las pérdidas a futuro (Gonzalez, 2003). En cuanto al daño moral, se lo ha encasillado como la lesión que lleva a una afección y vulneración hacia el sentimiento del ser humano, por atentar contra la psiquis de la persona, y que culmina en una angustia o sufrimiento mental (Morán, 2008).

Respecto a la naturaleza del daño moral, se la considera subjetiva, en virtud de que el grado de afectación del individuo, depende de la alteración psicológica que llegare a provocar en éste; es decir, el daño que una persona sufre por efectos de actos ilícitos de otra persona, provocando una alteración en su tranquilidad, paz, integridad, ánimo, y entre otros afectos que forman parte de su índole personal (Gómez, 2009).

El daño moral tiene varias características; la primera, es que por ser extra patrimonial, la lesión va dirigida a la personalidad jurídica de la persona; la segunda, es que posee un fondo espiritual, por enfrascarse en el sufrimiento, malestar, consternación, o angustia de la víctima, causado por el daño a aquellos bienes que poseen un significado sentimental en la vida del ser humano, como la tranquilidad o estabilidad emocional; la tercera, es que deberá tener un carácter indemnizatorio que pueda probarse de manere concreta la existencia del daño; y por último, que sea exigible mediante acción judicial y satisfaga intereses (Barragán, 1995).

Además de los requisitos expuestos anteriormente, es necesario para la procedencia de una acción civil, la existencia de: el hecho dañino, la persona atribuible

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

al daño, un ofendido, y consecuencias para el afectado. El tratadista Morán Sarmiento (2008), brinda un ejemplo en donde se produce un daño moral, y es cuando un acreedor en un proceso declara bajo juramento que desconoce el domicilio de su deudor, por lo que procede la citación por medio de la prensa, cuando en realidad si era de su conocimiento el domicilio de su deudor, causándole a éste último un perjuicio a su reputación, ya que su intención era manchar su buen nombre.

### *III. a.- Causas que producen daño moral*

Para hablar sobre las causas del daño moral, es importante previamente explicar en qué momento nace este tipo de daño. A esto, el Dr. José García Falconí (2005), menciona que mientras el bien afectado pueda ser reemplazo, ya sea en dinero o especie, no se produce un daño moral, en virtud de que no se estaría violentando la reputación o la personalidad de un individuo.

Retrocediendo un poco en la historia, en el año de 1984, el ex Congreso Nacional, al ver que en nuestro sistema jurídico no contaba con un régimen legal estricto que trate explícitamente los actos que violentan los bienes morales protegidos jurídicamente, dictó en su momento la Ley 171 (1984), que regulaba al daño moral, reformando en su efecto al Código Civil de aquella época.

La Ley 171 (1984), resalta claramente en su artículo 2 las causas que conllevan al daño moral, siendo estas las siguientes: a) Cuando se manche la reputación por difamación; b) Las lesiones; c) Violaciones, estupro o atentados contra el pudor; d) Detenciones o arrestos arbitrarios; e) Procesos judiciales sin justa causa; y, f) Provocación de angustia, sufrimiento, humillación u ofensas a terceros. Actualmente dicha reforma se encuentra contemplada en el artículo 2232 del Código Civil (2005).

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Es interesante además señalar, que el artículo 2232 del Código Civil (2005), reconoce la existencia de daño moral por denuncias maliciosas y temerarias, imputaciones injuriosas con ánimos de afectar la honra de una persona; y a la vez, el mismo cuerpo legal, en su artículo 2233, permite demandar indemnizaciones para reparar a quienes hayan sufrido daños de carácter netamente moral, con la condición de que dichos hechos se encuentren debidamente evidenciados y dentro de un procedimiento ordinario en la vía civil de nuestro sistema jurídico.

Adicional a las causas antes indicadas, el Código Civil (2005) en su artículo 2214, señala que la ejecución de delitos o cuasidelitos traen consigo la obligación de indemnizar a quienes los haya sufrido. En cualquier situación, estos actos son ilícitos por contravenir a la ley o al orden público, por ser una conducta impropia que refleja consecuencias negativas para terceros. Por otro lado, Cabanellas (2008) hace una diferencia y menciona al delito como la conducta ilícita realizada con la intención de perjudicar a otro.

Así mismo, el artículo 29 del Código Civil (2005) menciona que para que el dolo constituya un delito civil, debe existir en primer lugar el deseo de injuriar a una persona o a su propiedad. Mientras que, el mismo cuerpo legal (Código Civil, 2005), encuadra al cuasidelito como una culpa grave o como incumplimientos extra contractuales en materia de obligaciones; para mejor entendimiento, un ejemplo de cuasidelito es el que consagra el artículo 2226 del Código Civil (2005), diciendo que los dueños de los animales que causaren daño en propiedad ajena, son los únicos responsables por dichos actos.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Con relación a lo último, el Código Civil (2005), en varios de sus artículos (del 2220 al 2228), menciona que las personas no solo son responsables por sus directos actos, sino también por los actos de las personas o inclusive animales, que estén bajo su cuidado o dependencia; también reconoce la posibilidad de hacer responsable a los dueños de las cosas que provoquen un detrimento o daño contra el patrimonio de otro. Un ejemplo de lo dicho es cuando los padres son responsables por los actos dañinos que cometen sus hijos no emancipados; otro es cuando los jefes son responsables por los actos de sus subordinados.

Es importante considerar que desde su creación, nuestro Código Civil tiene una fuerte influencia del Código Napoleón, el mismo que no contenía normado el daño moral en sí; sin embargo, los legisladores de dicha época, se preocuparon en su momento por buscar una forma que sirva de pena para los responsables de dichos actos, y un resarcimiento para las víctimas (Barragán, 1995).

### **IV. La prueba en el daño moral**

Una vez explicado con claridad el daño moral y sus causas, es necesario establecer lo dificultoso que puede ser en ocasiones probar la existencia de este tipo de daño, ya que si bien es cierto, son lesiones que afectan a bienes inmateriales, que no son susceptibles de medir económicamente los perjuicios causados, haciendo arduo el trabajo del órgano jurisdiccional al analizar en derecho la existencia de algún daño por quien alega haberlo padecido; por lo que solo por medio de la prueba se podrá inducir al juez y demostrar que su exigencia tiene validez.

En virtud de tratarse de daños patrimoniales, y que por ende serán económicamente acreditables, la probidad de la existencia de una lesión es objetiva y

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

sobretudo dependiente de una cuantificación, cargando consigo ya las dificultades que arrastra la prueba para inducir al juez de la causa por daños y perjuicios. Sin embargo, Morán Sarmiento (2008) menciona que para el daño moral es mucho más dificultoso probar la existencia de perjuicios extra patrimoniales y aún más cuando se busca resarcir dichos perjuicios, justamente por contar con una naturaleza subjetiva e intangible.

Como se ha dicho antes, al momento de probar la existencia del daño moral, surge la siguiente inquietud que justamente plantea este trabajo, la misma que es: ¿cuál es la correcta forma de evidenciar la lesión? Para contestar dicho planteamiento, se ha encontrado que la doctrina se manifiesta de formas opuestas y formulando diversos argumentos.

El tratadista Oyarzún (2002) sostiene que por una parte existe la postura que niega que un daño moral pueda ser probado, en virtud de los factores que comprende la carga de la prueba; y que por otro lado, existe la postura de la necesidad de exonerar la probidad del daño moral justamente por su naturaleza subjetiva por afectar bienes inmateriales.

Otro punto a tratar respecto a la comprobación de daños extrapatrimoniales, es que probablemente en nuestra normativa (Código Civil, 2005), aún no se le da al daño moral el tratamiento adecuado que merece, ni la protección estricta hacia los bienes extrapatrimoniales de la persona, ya que la acción civil para demandar daño moral, no es correctamente definida o individualizada en el marco legal, haciendo esto un régimen probatorio débil y por ende más difícil el trabajo del juzgador al momento de analizar las pruebas en un proceso civil.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Dicho de otra manera, estas posturas concluyen a la afirmación de que lamentablemente el daño moral debe de ajustarse a la normativa probatoria que rige en sí al daño, establecidas en la Ley y la jurisprudencia del sistema jurídico que lo trate. Es decir, aun cuando el actor del proceso exija un valor pecuniario en calidad de indemnización por sufrir detrimentos en sus bienes intangibles y personales, y aunque éste sea evidente, deberá regirse bajo las mismas reglas probatorias de cualquier proceso civil (Oyarzún, 2002).

Todas estas dudas que se producen al momento de reconocer un daño moral dentro de un proceso, simplemente conllevan al órgano jurisdiccional a discernir e individualizar en primer lugar cuales son los elementos de convicción, que le ayudarán a dictar una resolución en derecho.

Hay que tener en cuenta que la doctrina (Domínguez, 2000), discrepa bastante en cuanto a la justificación del daño moral, ya que nos brinda dos teorías cuando se trata de comprobar las lesiones; la primera es la teoría del daño moral evidente, y la segunda es la teoría de comprobar la existencia del daño, las cuales se analizarán a continuación.

Con relación a la teoría del daño moral evidente, Domínguez (2000) nos dice básicamente que el daño moral no necesita ser demostrado dentro de un proceso judicial para poder comprobar el grado de responsabilidad civil que tiene el titular del acto mal intencionado, ya que al parecer es suficiente que exista dicho hecho indebido para que el juzgador se jacte de la procedencia de un reclamo; es decir, que ésta teoría parte de un hecho objetivo que representa el sufrimiento que ha causado en la persona afectada, convenciendo al juzgador por ser fácil de apreciar.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Sin perjuicio a lo antes expuesto, Morán Sarmiento (2008) hace referencia que es innegable que, pese a que la teoría del daño evidente exime ciertas pruebas por su naturaleza, de igual forma quien haga las veces de juzgador en un proceso, deberá analizar y valorar los elementos que dieron paso al acto ilícito, así como también los derechos extra patrimoniales violentados, puesto que además de existir una congruencia entre ambos, deberán ser lo suficientemente acreditables para justificar una indemnización por tal escenario.

En pocas palabras, esta teoría nos dice que el daño extra patrimonial se comprueba simplemente por el acto u omisión que dio origen a la violación o lesión de derechos, ya sea contra bienes materiales o inmateriales; es decir que, si bien es cierto debe existir una prueba en materia procesal, ésta no será nada menos que el efecto contiguo que surge posterior al acontecimiento.

También, se dice que la prueba del daño moral se valora bajo el principio de “in re ipsa”, es decir “que habla por sí sola”, o por simplemente existir un hecho ilícito y un responsable de su ejecución (Mosset, 1996). Sin embargo probablemente no es lo aconsejable en virtud de que se observa la suficiencia del hecho, más no su repercusión. Esta misma teoría a la vez da importancia a las consecuencias notorias por la ejecución de actos u omisiones dañinos, más aún cuando dichas acciones se cometen de manera directa hacia la persona o en presencia de ésta, como por ejemplo cuando se produce la muerte de una persona (Stiglitz & Gandolfo de Stiglitz, 1999). Estos actos definitivamente son libres de poder ser probados por acarrear una naturaleza evidente.

Existe a la vez la confrontación a la teoría del daño moral evidente, la misma que afirma que dicha postura no es del todo dominante. Además, se dice también que

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

pueden encontrarse varios escenarios en donde el actor del hecho logre librarse de su responsabilidad civil (Pizarro, 2000). Esta nueva teoría es válida siempre que cuente con un elemento que le faculte deslindarse de haber ejecutado un acto ilícito, convenciendo al juzgador que existieron factores extraños que provocaron cometer esas acciones.

No obstante, la segunda postura que se mencionó anteriormente en cuanto a la justificación del daño moral, es la teoría de evidenciar la existencia del daño, la cual se contrapone al enunciado del daño moral evidente. Este postulado exige la consagración del daño para poder indemnizar al afectado, y a la vez deberá éste último probar la existencia de dichos actos u omisiones dañinas (Zavala de González, 1996).

Cabe mencionar que en nuestro sistema se realza la importancia de probar los hechos que forman parte de la pretensión que se desea alcanzar en un proceso judicial, si lo que se busca es el resarcimiento de daños netamente morales. A esto, es importante señalar que el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil (2005), menciona que la carga de la prueba recae directamente por quien alegue los hechos, es decir, el actor, siempre que el demandado los haya negado al momento de su contestación.

Como se dijo anteriormente, para que opere el delito o cuasidelito civil, es fundamental que exista culpa o dolo en la acción u omisión; sin embargo, quien alega haber sido víctima de unos de estos actos u omisiones, tiene la obligación de probar la presencia de los elementos que constituyeron el acto, incluso desde la existencia del hecho, hasta el perjuicio económico que le ha causado, ya que sin hechos generadores no procede una demanda (Alessandri, 1983).

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

En efecto, corresponde al actor demostrar el daño moral, como el efecto negativo que este ha provocado; esta obligación la tiene el demandante desde que inicia una acción, puesto que deberá fundamentar su demanda con los hechos que justifiquen su accionar, ya que en su defecto, deberá probar tales hechos en el término probatorio dentro del procedimiento judicial; y es justamente donde se deberá aplicar el principio jurídico de “onus probandi”, aforismo sobre la carga de la prueba, el cual establecerá dentro del proceso a que parte le corresponderá asumir las cargas probatorias (Barbería, 2006).

El tratadista Barbería (2006) menciona que según el principio “onus probando”, le corresponde al actor probar los hechos en que fundamenta su pretensión, para que de esa manera, quien haga de juzgador, pueda llegar a una decisión justa al momento de resolver. A la vez, este principio no solo se basa en la obligación de aducir hechos, sino también de la posibilidad de poder exponer las pruebas (Abel & Pico i Junoy, 2007).

Si procedemos a utilizar este principio en materia de daño moral, y según el análisis de este principio, podríamos decir que es a la parte actora a quien le compete probar la presencia del acto u omisión y del perjuicio moral, puesto que ésta parte procesal se encuentra en una mejor posición de demostrar lo que alega en virtud de la naturaleza de los daños extrapatrimoniales, que no se aprecian a simple vista por ser inmateriales.

A esto, el tratadista Corral (2003) menciona que para la procedencia de una acción por daño moral, es necesario que se acredite legalmente la existencia del daño. Para que proceda la indemnización no basta que simplemente el acto haya ocurrido,

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

sino que también se lo acreditar como tal. Dentro de un proceso civil toda prueba es elemental y necesaria, ya que en su defecto, el órgano jurisdiccional rechazará de oficio la demanda presentada por falta de probidad. El actor no solo debe probar sus fundamentos sino que a la vez necesita justificarlos y demostrar el menoscabo que ha sufrido, y que a la vez puede ser reparado económicamente.

Por otro lado, el tratadista Fueyo (1991), menciona que no cabe la idea de que los daños morales sean evidentes, puesto que tienen una naturaleza excepcional, haciendo su aplicabilidad de forma restrictiva, sin dejar de mencionar que deben ser probados pese a ser inmaterial el detrimento, por lo tanto es difícil llegar a acreditar el acto. Así mismo, el mismo autor menciona que sin distinguir el daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, este deberá ser probado, y que la diferencia radica en que probablemente el método o forma de comprobación, será diferente según el tipo de daño que sea.

Uno de los factores que constituye el problema del tratamiento de la prueba del daño moral, son los elementos necesarios para su acreditación, y es que justamente es ahí donde las normas adjetivas del proceso que trata a los daños extra patrimoniales, inducen al juzgador a decidir sobre la materia, ya que esas normas son las que permiten el paso a su acreditación.

El tratadista Morán Sarmiento (2008) destaca que en el Ecuador, el procedimiento en materia de daño moral es particularmente un proceso dispositivo, por lo que no es concebible que las pruebas que serán utilizadas por el juzgador para resolver, sean obtenidas por medio de un proceso inquisitivo, es decir que el juez realice una investigación para obtener los hechos, ya que en nuestro sistema el juez tiene la

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

posición de analizar las pruebas que presentan las partes y aplicar debidamente la ley dentro del procedimiento y al momento de resolver.

Entonces, queda una vez más comprobado que la teoría del daño moral evidente no cabe en nuestro sistema jurídico, en virtud de que el juzgador no puede basarse en una mera suposición de la derivación de los hechos para comprobar la existencia de daños extra patrimoniales. Sin embargo, con este análisis no se pretende desfavorecer las funciones que tiene los jueces para ponderar y valorar la prueba, sino más bien destacar que para el análisis del daño moral falta aún reglar la actuación del juzgador para llegar a su determinación, puesto que no debería ser tratado de igual forma que un daño material, en donde es más evidente comprobarlo.

En definitiva, es notable que nuestro sistema procesal necesite brindar mayor atención a la prueba en materia de daño moral, puesto que su metodología debe tener congruencia con los principios fundamentales que rigen la normativa dentro del sistema dispositivo, en donde son las partes procesales quienes tienen la obligación de probar los hechos que argumentan.

### *IV. a.- La valoración de la prueba*

Luego de discutir respecto a la prueba del daño moral, se concluye que solamente es la primera parte del proceso judicial, puesto que una vez que el actor haya congregado todas las pruebas posibles que puedan ayudar al juzgador ha comprobado los hechos, éstos deberán ser valorados en virtud de reparar tales perjuicios. Si bien es cierto, los daños morales no son fáciles de determinar económicamente por tener un carácter incontable, por lo que surge en ciertas ocasiones conflictos para los jueces al momento de valorar los elementos probatorios. No solo se crea una dificultad, sino

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

también se crea una inseguridad jurídica para quienes se someten a la toma de decisiones en la justicia.

Los parámetros para la valoración de los daños extra patrimoniales, se basan en el padecimiento que la persona ha sufrido, y que éstos en su lógica hayan sido provocados o agravados por hechos ilícitos o mal intencionados. Siendo de esta forma el cuestionamiento que motiva este trabajo la pregunta de ¿Cuál es el correcto tratamiento que se le debe otorgar a las pruebas que buscan demostrar un padecimiento emocional o/y espiritual?

Como se ha dicho anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico (Código Civil, 2005), nos dice que el daño moral es el que afecta la reputación de una persona, ya sea por difamaciones, angustias, ofensas, falta a la privacidad, salud o por violaciones contra los derechos de la personalidad, etc., y que su reclamo busca más la reparación que la sanción por quien comete el daño, por lo que el detrimento que sufre la víctima deberá poder ser mensurado económicamente.

Morán Sarmiento (2008) menciona que en el ámbito jurídico no consta un sistema económico que sirva de medición para determinar exactamente el valor del menoscabo sufrido por daño moral, por lo que éste precepto de resarcimiento no es más que un subjetivismo proporcional que persigue la reivindicación del sujeto. Si bien es cierto, el daño material se basa en el daño emergente y lucro cesante, respecto al daño inmaterial es más difícil usar estos parámetros para la valoración de la prueba.

Por razón de ese subjetivismo proporcional que interviene para la reparación, se vuelve más complicado obtener de los elementos probatorios, una valoración justa para la determinación económica, y más aún cuando el tercer inciso del artículo 2232

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

de nuestro Código Civil (2005), menciona que será decisión del juzgador el fijar el monto resarcitorio que satisfaga a la víctima, por lo que basándonos en dicho artículo, la valoración de la prueba radica entonces en la sana crítica del juez.

Por otro lado, Barragán (1995) reconoce que el análisis a la prueba, es la idea central sobre la cual se basa la reparación de los derechos. A la vez, el mismo tratadista dice que el objeto principal de esta institución ha sido el poder reparar los perjuicios causados por el daño, pese haber vencido ciertos obstáculos, que impidieron entender la valoración de los elementos fácticos; y que a pesar de que algunos doctrinarios defienden la postura de que estos perjuicios por derivarse de cuestiones religiosas o morales, no forman parte del derecho, no es menos cierto que el propósito del ordenamiento jurídico es justamente mantener un orden moral en la sociedad.

Es importante señalar que también existen opositores a esta institución que dicen que es inconcebible pensar en una valoración de las pruebas para este tipo de sufrimientos. Los tratadistas Mazeaud y Tunc (1957), cuestionan en su obra si los jueces pueden medir el sufrimiento que padecen las personas, por ejemplo, ¿cómo saber el dolor que padece un padre por la muerte de su hijo?, pues es un sentimiento que solo el mismo padre puede sentirlo; y en razón del mismo ejemplo, también se cuestionaría si el dinero puede calmar el dolor de ese padre; por lo que, estos tratadistas mencionan que comprobar el menoscabo que sufre el patrimonio moral es complejo.

Como dato histórico, en el año de 1984, cuando el ex Congreso Nacional debatía en el Ecuador respecto a la reforma del Código Civil por medio de la Ley 171, el filósofo Espinoza (1984), mencionó en un artículo que si bien es cierto el daño moral no es tangible, no se puede negar que existe, y aunque la idea de analizar y pagar por

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

el dolor o sufrimiento espiritual producto de un daño puede ser mal visto en la sociedad, no es injusto pensar que dichos valores dinerarios servirán para compensar un bienestar y como medida correctiva para el ejecutor del daño.

Por otro lado, existen juristas como Borda (1981) que mencionan que si bien es cierto al inicio de la historia en materia de daño moral, el objeto de la acción civil era marcar una diferencia en la sociedad, para que sirva de ejemplo y no se repercuten tales actos; los actuales juristas mencionados a lo largo de este trabajo, sostienen que actualmente el objetivo principal de la acción civil en materia de daño moral es el de resarcir a la víctima.

Sin perjuicio a lo antes dicho, hay que destacar que el gran inconveniente es el de analizar los elementos probatorios que comprueben la existencia del daño moral. Evidentemente existe una diferencia entre la valoración de daños materiales y los de carácter moral, puesto que los primeros deberán ser apreciados de manera proporcional al daño, mientras que los segundos por su naturaleza, son casi imposible de ser determinados, puesto que también pueden existir lesiones que duren para toda la vida.

La realidad nos enseña que existen varios factores que servirán como elementos de medición para llegar a una adecuada apreciación de la prueba, tales como la jurisprudencia, la seriedad de la lesión, el estatus económico del agraviado, la personalidad de la víctima, entre otros. Sin embargo, en nuestro sistema, y en virtud de lo dispuesto en nuestro Código Civil (2005), queda a la sana crítica del juez el fijar un monto adecuado que será analizado en virtud de las pruebas que se han de reproducir en un juicio.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

El tratadista Gil Barragán (1995) sugiere que en primer lugar, el juez debe valorar la prueba en virtud de la cuantía exigida por la parte actora del proceso, y en segundo lugar, deberá hacer su análisis en base a los hechos fácticos que pudiesen ser debidamente probados en el proceso, así como también las circunstancias que llevaron a realizarlos.

Por lo antes expuesto, es importante señalar que actualmente en nuestra Asamblea Nacional, se encuentra en segundo debate el Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley 171 de Daño Moral (Asamblea Nacional, Asamblea Nacional, 2008), misma Ley que en su momento fue anexada el 04 de julio de 1984 a continuación del artículo 2258 del Código Civil, y que se la explicó al inicio de este trabajo.

Al parecer, según consta en la exposición de los motivos que fundamentan dicha reforma (Asamblea Nacional, 2008), es que el tercer inciso del artículo 2232 del Código Civil (2005), al momento de dejar la valoración de la prueba a la prudencia del juez, ha llevado a que el juzgador determine valores estrafalarios, ínfimos o incluso enormes en ciertos casos, causando un gran malestar por parte de quienes se someten a la justicia. Por lo que, con esta nueva reforma se espera que se implemente un mejor control en el marco normativo y así traiga consigo una correcta forma de apreciar los daños morales y a la vez la manera idónea en que deba ser valorada la prueba.

### **V. Conclusión**

Como resultado de este trabajo, y por el análisis que se ha realizado de la legislación tratada, podemos concluir que en nuestro sistema jurídico efectivamente existe una inexactitud al momento de resolver acerca del daño moral, ya que por tratarse de afectaciones o sugerencias personales y de carácter intangible, no es posible

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

que la apreciación de las pruebas y la valoración económica quede al arbitrio y crítica de quien haga de juzgador o que lleve el mismo tratamiento que los daños materiales.

Con relación al procedimiento que nuestra legislación otorga al daño moral, justamente por existir esa discrepancia al momento de comprobar la existencia del daño moral, se establece que no existe distinción alguna cuando se trate de la metodología de las pruebas, puesto que en principio tampoco existe diferencia en esta fase procesal cuando se trate de probar la existencia de un daño moral o un daño material, más aún cuando se trata como un tipo más de daños al daño moral.

En efecto, se concluye que es menester probar la existencia del acto u omisión que llevaron a producir un daño moral, puesto que dicha comprobación de los elementos fácticos, son los que van a atribuir a la determinación de la procedencia de la acción civil, además de facilitar el trabajo del juzgador al momento de resolver la causa, prevaleciendo así el principio de tutela efectiva.

Pese haberse expuesto dos teorías con relación a la prueba del daño moral, es decir la teoría del daño moral evidente y la teoría de la necesidad de probar, se concluye que en nuestro sistema no se puede aplicar la primera, ya que según nuestro sistema judicial y el procedimiento que lleva las acciones por daño moral, existe la obligatoriedad de probar los fundamentos de hecho de la pretensión.

Para finalizar, cabe mencionar que este trabajo no busca decir que las sentencias dictadas dentro de juicios de daño moral no llevan una correcta aplicación de la ley, sino más bien, tiene como finalidad proponer la creación de una normativa especial que regule debidamente el procedimiento que se debe seguir para tratar a estos tipos de

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

daños, puesto que con la normativa actual resulta ser inadecuado dejar en su totalidad a la sana crítica del juez, respecto a la valoración de las pruebas por daño moral.

**VI. Referencias bibliográficas**

Abel, X., & Pico i Junoy, J. (2007). *Objeto y carga de la prueba civil*. Barcelona: J.

M. Bosch.

Alessandri, A. (1983). *La Responsabilidad Extracontractual en el Derecho*. Santiago:

Ediar - Cono Sur.

Andrade, F. (2006). *Diccionario y guía índice del Código Civil y Procedimiento Civil*

*Volumen I*. Cuenca: Fondo de cultura ecuatoriana.

Arguello, L. R. (1976). *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea.

Asamblea Nacional. (2008). *Asamblea Nacional*. Recuperado el 30 de octubre de

2014, de <http://www.asambleanacional.gob.ec/module-proceso-de-ley>

Barbería, M. E. (2006). *Diccionario de latín jurídico*. Buenos Aires: Valletta

Ediciones.

Barragán, G. (1995). *Elementos del daño moral*. Guayaquil: Edino.

Borda, G. (1981). *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Perrot.

Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires:

Heliasta.

Corral, H. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extraco*. Santiago: Jurídica de

Chile.

Domínguez, C. (2000). *El daño moral, tomo I*. Santiago: Jurídica de Chile.

Espinoza, S. (15 de mayo de 1984). Dinero y sufrimiento. *Diario Hoy*.

Falconí, J. G. (24 de noviembre de 2005). *derechoecuador.com*. Recuperado el 28 de

octubre de 2014, de

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoci>

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

vil/2005/11/24/la-prueba-del-daño-moral-y-somo-se-fija-el-monto-de-la-indemnizacion

Fueyo, F. (1991). *Instituciones del Derecho Civil Moderno*. Santiago: Jurídica de Chile.

Galeas, L. H. (2011). *El daño moral y su reparación en el derecho positivo*.

Riobamba: Jurídica del Ecuador.

Gómez, R. M. (05 de octubre de 2009). *Ramón Maciá Gómez*. Recuperado el 27 de octubre de 2014, de <http://www.ramonmacia.com/el-dano-moral-concepto-elementos-y-valoracion/>

Gonzalez, Z. d. (2003). *Resarcimiento de daños I*. Buenos Aires: Hammurabi.

Larrea, J. (2006). *Diccionario del derecho civil*. Quito: Corporación de estudios y publicaciones.

Mazeaud, H., Mazeaud, L., & Tunc, A. (1957). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. París: Ediciones jurídicas Europa - América.

Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.

Morán Sarmiento, R. (2008). *Derecho procesal civil práctico tomo II*. Guayaquil: Edilex S.A.

Mosset, J. (1996). *Derecho de daños, la prueba en el proceso de daños*. Buenos Aires: La Roca.

Oyartzún, F. (2002). *Reparación integral del daño: Daño moral*. Barcelona: BAYER HERMANOS Y COMPAÑIA S.A.

## COMPROBACIÓN DEL DAÑO MORAL POR LA VIOLACIÓN DE...

Pizarro, R. (2000). *Daño moral, prevención, reparación, punición*. Buenos Aires:

Hammurabi.

Real Academia Española. (2014). *Real Academia Española*. Recuperado el 24 de

septiembre de 2014, de <http://www.rae.es/>

Rioseco, E. (2002). *La Prueba ante la jurisprudencia*. Santiago: Jurídica de Chile.

Stiglitz, G., & Gandolfo de Stiglitz, A. (1999). *Resarcimiento del Daño Moral: Civil,*

*Comercial y Laboral*. Rosario: Juris.

Zavala de González, M. (1996). *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi.

**VII. Legislación y jurisprudencia**

Asamblea Nacional. (2012). *Proyecto de Ley Reformatoria a la Ley 171 de Daño*

*Moral, que se anexó a continuación del artículo 2258 del Código Civil.* Quito.

Código Civil. (24 de junio de 2005). Ecuador: Editoriales legales.

Código de Procediminto Civil. (12 de julio de 2005). Ecuador: Editoriales Legales.

Corte Nacional de Justicia, (Resolución No. 451-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 02 de septiembre del 2009).

Corte Nacional de Justicia, (Resolución No. 466-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 22 de septiembre del 2009).

Corte Nacional de Justicia, (Resolución No. 468-2009, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 22 de septiembre del 2009)

Ley 171. (04 de julio de 1984). Registro Oficial No. 779. Ecuador: Congreso Nacional.