

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

**LÍMITES DE LA CUANTIFICACIÓN JUDICIAL DEL DAÑO
MORAL EN EL ECUADOR**

SOFÍA MACARENA GUERRERO GONZÁLEZ

**TESIS DE GRADO PRESENTADA COMO REQUISITO PARA LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO**

QUITO

MAYO 21, 2009

© Derechos de autor (Copyright)

Sofía Macarena Guerrero González
2009

Resumen

El daño moral es un daño inmaterial, que a pesar de su difícil determinación, debe ser reparado. En el Ecuador, se acepta que este tipo de daño, aunque no es susceptible de apreciación patrimonial, sea reparado con dinero. Los jueces tienen la facultad para cuantificar el daño moral, así, el artículo 2232 del Código Civil indica que la determinación del valor de la indemnización de daño moral queda a prudencia del juez. Los jueces confunden a la prudencia con mera discrecionalidad o libertad para cuantificar la reparación de daño moral. Al confundir lo dicho, se cree que no existen limitaciones para cuantificar el daño moral. Yo considero que sí existen limitaciones para realizar esta cuantificación judicialmente. Planteo que los límites para realizar esta cuantificación son: la motivación de la sentencia donde se cuantifica el daño moral en sí, el concepto de prudencia que encontramos en el Código Civil, y por último los criterios judiciales de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que en ocasiones, pueden ser precedentes obligatorios. A lo largo de la presente tesina, demostraré la existencia de estos límites.

Abstract

Actually, it is very difficult to make a judicial quantification of pain and suffering damages. In Ecuador's legislation, the monetary reparation of this kind of damages is currently accepted. The judges have the faculty of quantifying the pain and suffering. The article 2232 of the Civil Code, says that judges have to calculate the indemnity of this kind of damages with "prudence". Judges usually confuse the word prudence with discretionality to quantify. As they do this, judges think they don't have limitations to quantify the pain and suffering. I think there are real limitations to quantify this kind of damage, those limitations are: the sentence's motivation, the real concept of prudence in the Civil Code, and the obligatory precedents of Ecuador's National Court of Justice. Along this thesis, I will explain the existence of these limits in the Ecuadorian legislation.

*A mi familia por su apoyo incondicional,
A mi padre y a mi abuelo Oswaldo por su ejemplo.*

Agradecimientos a:

Alejandro Ponce y a Fabián Andrade

Tabla de Contenido

Introducción	10
1. Nociones Generales de la Reparación del Daño Moral	15
1.1. ¿Qué es el daño moral?	15
1.1.1. Daño y Perjuicio: Aclaración terminológica	15
1.1.2. Concepto	16
1.2. ¿Cómo se repara el daño moral?	19
1.2.1. Diferenciación de conceptos: indemnización, resarcimiento y reparación	19
1.2.2. Formas de Reparación	21
1.2.3. Teorías sobre la reparación del daño moral	21
1.2.3.1. La reparación del daño moral tiene carácter punitivo	22
1.2.3.2. La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio	24
1.2.3.3. La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio y punitivo	25
1.2.3.4. La reparación del daño moral bajo la teoría del turismo vacacional	25
1.3. Alcance de la cuantificación pecuniaria del daño	26
1.3.1. Principios que priman para la cuantificación pecuniaria del daño	26
1.3.2. Criterios para la determinación judicial del daño moral	30
1.3.3. Métodos para evaluar el daño y su reparación	32
1.3.3.1. Método judicial	32
1.3.3.2. Método legal	33
1.3.3.3. Método convencional	33
2. La Motivación	35
2.1. ¿Qué es la motivación?	35
2.1.1. Concepto doctrinario de motivación	35
2.1.1.1. Requisitos de la motivación	36
2.2. La motivación y el principio de legalidad	38
2.2.1. En concepto del principio de legalidad	38
2.2.2. La motivación como parte del principio de legalidad	39
2.3. La motivación y las garantías del debido proceso	40
2.3.1. El concepto de las garantías del debido proceso	40
2.3.2. La motivación como parte de las garantías del debido proceso	42
2.4. La motivación en el Ecuador	43
2.4.1. La motivación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	43
2.4.1.1. El concepto de motivación en la Constitución	43
2.4.1.2. La motivación en leyes, reglamentos y jurisprudencia	44
2.4.2. La motivación como límite para realizar la cuantificación judicial	

del daño moral	47
3. La Prudencia	52
3.1. ¿Qué es la prudencia?	52
3.1.1. Concepto	52
3.2. La prudencia desde un enfoque jurídico	55
3.2.1. La prudencia y la política	55
3.2.2. La prudencia y el derecho	57
3.2.3. La prudencia y la justicia	58
3.2.4. La prudencia y el juez	59
3.2.5. La prudencia en la jurisprudencia	62
3.3. La prudencia en el Ecuador	65
3.3.1. La prudencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	65
3.3.2. La prudencia como límite de la cuantificación judicial del daño moral en el Ecuador	66
4. Criterios Establecidos por Diferentes Cortes	71
4.1. Generalidades	71
4.2. La reparación del daño moral en Ecuador	72
4.2.1. Situación actual	73
4.2.2. Criterios y jurisprudencia ecuatoriana sobre la cuantificación judicial del daño moral	74
4.2.2.1. Caso Rafael Vicente Correa contra Banco Pichincha	74
4.2.2.2. Caso Florencio Andrade Medina contra CONELEC	76
4.3. La reparación del daño moral en Colombia	80
4.3.1. Situación actual	80
4.3.2. Criterios y jurisprudencia colombiana sobre la cuantificación del daño moral	84
4.4. Reparación del daño moral en Argentina	86
4.4.1. Situación actual	86
4.4.2. Criterios y jurisprudencia argentina sobre la cuantificación del daño moral	88
4.5. La reparación del daño moral en Estados Unidos	92
4.5.1. Situación actual	92
4.5.2. Criterios y jurisprudencia estadounidense sobre la cuantificación del daño moral	97
4.5.2.1. Caso Miller vs. National Broadcasting Co.	97
4.5.2.2. Caso Philip Morris vs. Williams	97
4.5.2.3. Caso Gore vs. BMW	98
4.5.2.4. Caso State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell	101
4.6. La reparación de daño moral según la Corte Interamericana de Derechos Humanos	103

4.6.1. Criterios y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	103
4.6.2. Casos de Corte Interamericana contra el Estado Ecuatoriano	105
4.6.2.1. Caso Tibi contra Ecuador	105
4.6.2.2. Caso Albán Cornejo contra Ecuador	109
Conclusiones	111
Bibliografía	114
Resoluciones nacionales	120

INTRODUCCIÓN

El daño moral, a lo largo de las últimas décadas, ha sido objeto de gran debate. En primer lugar la discusión se centraba en el concepto del daño moral y su alcance. La mayor parte de legislaciones aceptó la existencia del daño moral, y, en definitiva se dice que el daño moral es todo daño que no es del tipo material. El siguiente problema con respecto al daño moral, es si este es o no objeto de reparación. Debido a la naturaleza del daño moral, se puede decir que la reparación integral del mismo no se puede dar. Cuando un daño moral se ha producido, las cosas no pueden volver al estado anterior al daño, que es lo que se trata de hacer con el daño material. A pesar de esto, la mayor parte de legislaciones ha aceptado que se realice la reparación del daño moral, de tal manera que esta reparación satisfaga a la víctima. Normalmente, se ha aceptado que una forma de satisfacer a la víctima es pecuniariamente, ya que el dinero es un bien útil aceptado universalmente y cualquier persona puede hacer uso de él para su bienestar. Aunque este modo de reparación no es el único, es el más utilizado en especial cuando el daño moral es exigido judicialmente. A partir de este punto, surge el mayor problema respecto del daño moral, cómo cuantificarlo judicialmente. La inquietud es, cómo los

jueces calculan la cantidad dineraria que será otorgada al demandante por concepto de reparación de daño moral en nuestro país.

La Constitución Política del Ecuador indica en su artículo 76, inciso l), referente a las garantías del debido proceso, lo siguiente:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables sancionados.

La motivación de la actuación de la administración va de la mano con la legalidad de lo actuado. Si no hay motivación, no hay legalidad. La motivación legal de los jueces, para determinar la cuantía de la reparación por daño moral se encuentra en nuestra legislación en el Código Civil. Este código se refiere respecto a las reparaciones por daños en general, en su artículo 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.

Y respecto a la reparación de daño moral en específico, el Código Civil indica en su artículo 2232:

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

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

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

Puedo afirmar que este artículo deja un margen amplio de interpretación ya que afirma que queda a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización. ¿A qué se refiere con prudencia? ¿Qué criterios se usan o se deberían usar para la determinación de ese valor? El daño moral no puede ser reparado como tal, lo que se trata es de satisfacer a la persona. ¿En qué se podría basar un juez si cada caso es diferente? ¿Hay la posibilidad de establecer criterios y límites para realizar esta valoración?

En el Ecuador, en la mayoría de sentencias que contienen indemnizaciones de daño moral, observamos una falta de uniformidad entre ellas. Su cuantificación queda a prudencia de los jueces, pero si no sabemos qué significa esto no se puede llegar a una óptima solución. Es trascendental aclarar si esta prudencia judicial es mera discrecionalidad, o tiene un significado más a fondo. Habría que determinar límites y conocer el significado de cada uno de ellos, de esta manera, el juez podría conceder una cuantía adecuada por concepto de reparación de daños morales.

Considero que las limitaciones a las que está sujeto el juez para cuantificar el daño moral son: la motivación de la sentencia donde se cuantifique el daño moral en sí, al concepto de prudencia que encontramos en el Código Civil y por último a los criterios judiciales de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que en ocasiones son precedentes obligatorios.

Mi hipótesis parte desde el supuesto que el daño moral ya ha sido debidamente probado en el proceso, así como la responsabilidad del demandado. Los requisitos de prueba y nexo de causalidad ya han sido satisfechos. Partiendo desde este punto del proceso sólo hace falta la cuantificación, por parte del juez, de la reparación del daño moral. Aquí las nociones generales sobre la reparación del daño moral son una herramienta útil para el juez, de esta manera, puede comprender mejor sobre el tema realizando estudios sobre lo que indica la doctrina.

Para empezar con el estudio de mi tesina, en el primer capítulo me remitiré a estas nociones generales del daño moral. Para poder determinar una cuantía debida, por concepto de daño moral, es necesario conocer este tipo de daño. Voy a tratar de

definir al daño moral, incluyendo su alcance y la determinación de su naturaleza. A su vez, es necesario revisar las distintas teorías sobre la reparación del daño moral. Ver desde una perspectiva amplia el tipo de daño con el que los jueces deben tratar.

En el segundo capítulo de mi tesina, veremos el primer límite de la cuantificación judicial del daño moral: la motivación. Es necesario comprender por qué la motivación, constituye un límite para los jueces al momento de realizar la cuantificación del daño moral. Los jueces, deben motivar la sentencia en la que se determine una cantidad dineraria, a modo de reparación del daño moral. Caso contrario, esta sentencia podría ser impugnada ya que no cumpliría con uno de los requisitos primordiales de una resolución de cualquier poder del Estado.

En el tercer capítulo, explicaré a la prudencia como límite de la cuantificación judicial del daño moral. La prudencia es una virtud que rige la reparación de los daños morales. Los jueces deben basarse en la prudencia para poder realizar la mejor y más justa reparación a la víctima. La prudencia, a su vez, va de la mano de otros principios que también ayudan a determinar una reparación. Siendo la prudencia la más importante virtud y la que guía todos los otros principios, es trascendental para el tema de una cuantificación de daño moral. Considero que la prudencia va más allá de ser un simple concepto que está puesto por casualidad en el Código Civil; y, a falta de prudencia, una sentencia de reparación de daño moral podría ser impugnada.

En el cuarto y último capítulo, analizaré criterios establecidos por las cortes de justicia. Las cortes de casación establecen precedentes obligatorios, que en teoría deben ser acogidos por los jueces, caso contrario se podría impugnar la sentencia. En los diferentes países, las cortes han determinado criterios que pueden servir de guía para cuantificar el daño moral. Obviamente, los jueces ecuatorianos no van a seguir al pie de la letra lo dicho por jueces argentinos, por ejemplo. Pero, conocer estos criterios puede ayudar a que la jurisprudencia se unifique y a que las reparaciones sean más equitativas para todas las víctimas en casos similares. He tomado como referencia, para el estudio de estos criterios a la jurisprudencia de Colombia, ya que este país tiene un sistema similar al ecuatoriano. A su vez considero necesario revisar lo dicho en Argentina, ya que es un país que tiene muy buena jurisprudencia respecto del tema. Mencionaré

también, lo dicho en Estados Unidos, ya que este país tiene una manera peculiar de determinar reparaciones que podrían ser consideradas muy excesivas. Por último, considero trascendental lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en varias ocasiones a sancionado a nuestro país por violaciones a los derechos humanos, y por daño moral.

De esta manera, a lo largo de mi tesina, trataré de demostrar que sí existen límites para cuantificar el daño moral. A pesar que este tipo de daño es un daño intangible, que no es objeto de valoración económica, considero que sí hay formas de cuantificarlo de manera más equitativa y uniforme; siguiendo claro, los límites que propongo en esta tesina.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

1.1. ¿Qué es el daño moral?

1.1.1. Daño y Perjuicio: Aclaración terminológica

Para poder responder a la pregunta sobre qué es el daño moral, es transcendental dejar en claro ciertos términos que pueden crear confusión. La doctrina, como la legislación ecuatoriana, utiliza los términos daños y perjuicios al referirse a la reparación de daños. Podríamos pensar que estas dos palabras tienen diferente significado. Para aclarar estos términos debo remitirme al derecho romano, en este se consideraba que dentro de la indemnización de daños y perjuicios habían dos componentes: el daño emergente y el lucro cesante. Al daño se lo relacionaba con el daño emergente, en cambio al perjuicio se lo relacionaba con el lucro cesante. Daño emergente como la pérdida del objeto propio de la obligación, y lucro cesante como la utilidad o ganancia no obtenida debido al incumplimiento, mora o cumplimiento parcial del objeto de la obligación.¹

¹ Cfr. C. MEDELLÍN, *Lecciones de Derecho Romano*, Bogotá, Temis, 1997, p. 18

La jurisprudencia colombiana, del Consejo de Estado, ha dicho que “la palabra daño equivale exactamente a perjuicio”.² Así, a diferencia de esta, la Corte Suprema de Justicia colombiana, dijo en una sentencia con mayor análisis:

El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o patrimonio, mientras que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó.³

La jurisprudencia⁴ ecuatoriana ha dicho que es herencia del derecho romano que se tome a estas palabras con significados diferentes. Según esta sentencia, la palabra daño se utilizaba como la reparación, indemnización o resarcimiento por un perjuicio. Por eso se justifica que nuestro Código Civil utilice estas dos palabras como si tuvieran significados disímiles. En la actualidad, la doctrina al hablar de estos conceptos, los toma como si fueran sinónimos. El daño viene a ser lo mismo que el perjuicio, una injuria a un interés jurídico protegido; se utiliza estos términos indistintamente.⁵ Para efectos de mi tesina voy a remitirme al uso de la palabra daño.

1.1.2. Concepto

Después de haber realizado una aclaración respecto a los términos daño y perjuicio, debo analizar el concepto de daño moral. No cualquier preocupación o cambio en el ánimo involucra daño moral. La jurisprudencia ecuatoriana ha dicho al respecto:

En cuanto al daño moral se define como el dolor sico-físico que lesiona de este orden y hace sufrir la víctima. La amplitud de su concepto es inconmensurable. Los daños morales afectan a la personalidad física o moral del hombre o a ambas

² Consejo de Estado Col, 31 de Julio de 1958, extracto visible en las pp. 167 – 168 de los Anales del Consejo de Estado, T. LVI, p. 167, citado por: JC HENAO, *El Daño*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, p.76.

³ Corte Suprema de Justicia Col, SNG, 13 de diciembre de 1943, M.P: Dr. Cardozo Gaitán, citado por: *Ibíd.*, p..77.

⁴ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, de 29 octubre 2002, en el caso No 31-2002, *Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros*, publicado en Registro Oficial 43 de fecha 19 de marzo 2003.

⁵Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, de 29 octubre 2002, op cit.(supra n.2)

a la vez; a la integridad de las facultades físicas; a las sensaciones y sentimientos del alma humana.⁶

El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones íntimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el “patrimonio moral” del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años. Hay una vertiente doctrinaria que caracteriza al daño moral o extra patrimonial partiendo de una definición por exclusión; es decir, el que no puede ser comprendido en el daño patrimonial es el daño moral.⁷

Precisa en este fallo la cita doctrinal sobre el daño moral, para cuyo efecto en este considerando se menciona parcialmente la doctrina expuesta por el profesor chileno Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra *De la Responsabilidad Extra-Contracutal en el Derecho Chileno*, segunda edición, páginas 220 y siguientes: el daño moral consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico; no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria al patrimonio de la víctima está intacto, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos; de ahí que da indemnización que lo repare se la denomine pretium doloris; el daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño.⁸

La Jurisprudencia Argentina⁹ ha determinado ciertas características que deben existir para concretarse el daño moral:

- a. Normalmente una de las primeras manifestaciones para la existencia del daño moral es el sufrimiento, aunque no es indispensable su existencia, pero normalmente siempre se manifiesta.

⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2001, de 31 de mayo 2001, en el caso No 229-2001, *Simón Adolfo Lucero Rosero contra María Cecilia Perugachi Ubidia*, publicado en Registro Oficial 386 de fecha 19 de agosto de 2001.

⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, de 29 octubre 2002, op. cit.(supra n.3)

⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), *Gloria Seminario Medina de Loedel contra Filanbanco S.A.*, Gaceta Judicial. Año LXXXVIII. Serie XV. No 2. Pág. 397, de Mayo 5 de 1988.

⁹ Cfr. N. REY ROSA Y A.J. RINESSI, “La Cuantificación del daño. Sus implicaciones”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, p. 36.

- b. El daño moral siempre influye en la capacidad de pensamiento, en los sentimientos, y en el lado afectivo también.
- c. Valores fundamentales de la vida de la persona son afectados cuando hay daño moral, por ejemplo la libertad a la persona, la integridad, la honra, a la tranquilidad y a la paz, etc.
- d. La persona que tiene daño moral padece de afecciones y angustias.
- e. El daño moral tiene que estar separado del daño material y del daño físico de la persona, pero a su vez este está constituido normalmente por una lesión al derecho de integridad física y mental de la persona, que también afecta al derecho a la personalidad.

El daño moral es autónomo e independiente respecto del daño material, pero a su vez no es excluyente; es decir puede existir daño moral y daño material al tiempo. En la mayor parte de casos esto es lo que sucede. Para que el daño moral sea objeto de reparación, este debe ser cierto. Para que se determine la responsabilidad, y por ende para que exista su reparación, estos daños deben ser jurídicos; esto quiere decir que ya estén comprobados. Por este motivo me voy a limitar a lo largo de mi tesina, a hablar solamente sobre los daños ciertos, ya efectivamente probados, así como la responsabilidad del actor. En el Ecuador para que el daño esté probado, se debe probar en efecto el acto u omisión ilícita que lo causó; con excepción de la responsabilidad objetiva donde la carga de la prueba se revierte; y por ende; el demandado tendrá que probar lo contrario.

En el derecho anglosajón el sistema de derecho de daños es llamado "tort law", donde los daños se clasifican en "punitive damages", "compensatory damages" y en daños provenientes de "pain and suffering" o "emotional distress".

El daño punitivo es un daño en escala aumentada que se asigna al demandante por encima de lo que simplemente lo compensaría por una pérdida de propiedad, cuando el daño a él inferido ha sido agravado por circunstancias de violencia o presión, malicia, fraude, o una conducta errada de extremo atrevimiento y maldad por parte del demandado, y que tiene por objeto calmar o confortar al demandante por su angustia mental, sus sentimientos heridos, su vergüenza, degradación u otras agravaciones del daño original, o castigar al demandado por su mala conducta o hacer de él un ejemplo, razón por la cuál se llaman "punitivos" o "vindicativos". A diferencia de los daños compensatorios, aquellos están basados en una consideración de política pública, cual es la de castigar al demandado para hacer de él un ejemplo para los infractores similares, como se ha mencionado. Valga anotar que este tipo de daño es diferente del pain and

suffering que es indemnizable con las sumas necesarias para compensar el daño personal por injurias intangibles tales como la pena emocional, los dolores y sufrimientos o las pérdidas de reputación.¹⁰

Es trascendental hacer esta diferencia entre los distintos daños en el derecho anglosajón, las demandas de daños por dolor y sufrimiento y el daño compensatorio tratan de reparar el daño en sí; mientras que el daño punitivo es a modo de castigo, por lo que estas cuantías son mucho mayores.

1.2. ¿Cómo se repara el daño moral?

1.2.1. Diferenciación de conceptos: indemnización, resarcimiento y reparación

Para entender cómo se repara el daño moral debo referirme, en primer lugar, a los conceptos de reparación, indemnización y resarcimiento. Hay que saber si estos vienen o no a ser sinónimos, habrá que precisar cuál es la diferencia exacta entre estos conceptos. El Diccionario de la Lengua Española, indica que indemnizar¹¹ significa resarcir de un daño o un perjuicio. Resarcir¹² según el mismo diccionario, significa indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio. Reparar¹³, en cambio, significa desagraviar, satisfacer al ofendido; remediar o precaver un daño o un perjuicio. Podemos concluir que estos tres conceptos vienen a ser sinónimos gramaticalmente, pero no son sinónimos en el sentido jurídico ya que son utilizados de diferente manera tanto por la doctrina y la jurisprudencia.

Recurriendo a la doctrina, se puede afirmar que la indemnización es una compensación pecuniaria para realizar el resarcimiento o la reparación por un daño o perjuicio. La diferencia básica entre el resarcimiento y la reparación, según algunos autores, es que el concepto resarcimiento sirve para referirse a daños materiales. En cambio, se justifica así que exista el concepto reparación, ya que este sirve para contemplar a los daños morales. No existen verdaderas disconformidades entre los distintos autores respecto a este tema. La diferencia entre resarcimiento y reparación puede ser mínima pero a su vez no hay uniformidad en cuál es la verdadera diferencia. Podría ser que en la práctica se aplique la primera para efectos de daños patrimoniales o materiales y la segunda para daños morales, pero no son estos criterios

¹⁰ J. C. HENAO, *El Daño*, op. cit., p. 46.

¹¹ RAE, “Indemnización”, en *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa, Tomo 2, Madrid, 2001, p.1266.

¹² RAE, “Resarcir” en *Diccionario...*, op. cit., p. 1954.

¹³ RAE, “Reparar” en *Diccionario...*, op. cit., p. 1946.

exclusivos.¹⁴ Durante el estudio de mi tesina, utilizaré el término reparación ya que se utiliza mayormente en lo que corresponde al daño moral así como en el derecho internacional. La utilización de la palabra reparación, de esta manera, se ha aceptado en especial cuando se trata de víctimas de violaciones de derechos humanos, que gran parte del daño producido es moral.¹⁵ La obligación de reparar se encuentra en algunos tratados internacionales como en la Convención Americana de Derechos Humanos, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos se mencionó al respecto indicando que la obligación de reparar “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los pilares fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta corte y la jurisprudencia de otros tribunales.”¹⁶

A su vez, hay que aclarar que el término reparación proviene del derecho romano, *in integrum restitutio*. Si una persona resultaba lesionada por la realización de un acto antijurídico o que vaya en contra de uno de los principios del derecho, podía solicitar al pretor este *in integrum resitutio*. Era una acción que trataba de otorgar al demandante una reparación completa por los daños, así también, se permitía al heredero interponer la acción. La *in integrum resitutio*, admitía también, satisfacer al demandante cuando el perjuicio resultare en un daño de tal naturaleza que no pueda restablecerse a las cosas a su estado anterior, esto se refiere al daño moral.¹⁷ Así, esta acción se convirtió en lo que conocemos hoy como el principio de reparación integral de daños, este indica que todo daño causado debe ser reparado por su responsable con el fin de restablecer el equilibrio destruido.¹⁸

1.2.2. Formas de reparación

Existen varias formas de reparación del daño. En primer lugar mencionaré a la reparación in natura o específica, este modo de reparación trata de volver las cosas al estado anterior de que

¹⁴ Cfr. T, CHIOSSONE, MÉLICH ORSINI, GERT KUMMEROW, E.MADURO LUYANDO, FRANCISCO. NAVA, ALEJANDRO J. PIETRI, RENÉ DE SOLA Y LUIS LATORRE, *Indemnización de daños y perjuicios*, Caracas, Ed. Jurídica Bolivariana, 1998, p. 364.

¹⁵ Cfr *Derechos a la Verdad, a la Justicia y a la reparación integral en casos de graves violaciones a los derechos Humanos*, p. 4. disponible:

<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf>

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboete y otros Reparaciones*, sentencia de 10 de septiembre de 1993.

¹⁷ Cfr. E. PETITE, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México DF, Editorial Porrúa SA, 1993, p. 692.

¹⁸ Cfr. J M DÍAZ – GRANADOS ORTIZ, “Aspectos Generales del Daño Corporal y su Valoración”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 2005. p. 336.

se produjera el daño; como si nunca hubiese ocurrido el daño. Este tipo de reparación no cabe para el daño moral ya que cuando este se produce, no es posible regresar al estado anterior al mismo. Una vez sufrido el dolor, no es posible evitarlo, tan solo habría la posibilidad de amortiguarlo, reducirlo.¹⁹

Un segundo modo de reparación del daño es la reparación por equivalente, es cuando se compensa el daño otorgando una cantidad monetaria. Se explica que mediante este modo de reparación, se restaura el equilibrio patrimonial de la víctima tomando en cuenta que el daño representa un valor. La reparación por equivalente cabe para daños materiales como para daños morales. En el primer caso, el valor de la reparación será exacto al valor del daño producido. Para los daños morales, en cambio, el valor de la reparación será el adecuado para compensar el daño sufrido por la víctima.²⁰

1.2.3. Teorías sobre la reparación del daño moral

Sobre la reparación del daño moral en concreto, existen varias teorías que cabe mencionar; algunas de ellas empiezan a partir de la determinación de la naturaleza de la reparación de este daño moral. Existe una posición minoritaria que indica que el carácter de la reparación del daño moral es meramente punitivo. Tenemos una posición mayoritaria que indica que la reparación de daño moral es de carácter resarcitoria, por lo que todo daño moral debe ser reparado. A su vez, hay también una posición que se puede denominar intermedia que explica que la reparación de daños tiene carácter resarcitorio y al mismo tiempo sancionatorio o punitivo. Para responder la pregunta de cómo debe ser reparado el daño moral, también es pertinente remitirse a una teoría que considera que la reparación no debe ser pecuniaria y esta se denomina el turismo vacacional.

1.2.3.1 La reparación del daño moral tiene carácter punitivo

La primera teoría indica que el dolor no puede ser reparado ya que este no se puede cuantificar. Justifica la existencia de la indemnización de daños y perjuicios en base a la sanción que se debe dar al actor del ilícito; mas no debido al daño moral producido en la víctima. Según esta teoría lo que se busca es restablecer el orden social roto imponiendo una sanción al actor del

¹⁹ Cfr. *Ibíd*em, p. 338.

²⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, de 29 octubre 2002, op. cit.(supra n.4)

ilícito. El responsable del ilícito tendrá una sanción civil al pagar la indemnización de daño moral. La sociedad busca reprobación a la falta realizada por el actor, por lo que la reparación constituye una pena privada para el sujeto. Esta teoría indica que no es moral dar dinero a cambio del dolor. El daño, el dolor y los sentimientos involucrados no tienen precio. La reparación solamente busca castigar una conducta reprochable, de esta manera también busca la prevención de futuros actos similares, se trata de que los otros miembros de la sociedad se priven de realizar faltas por evitar la sanción.²¹

Partiendo de esta teoría, se puede concluir, que el monto de la reparación del daño moral tiene relación directa con la gravedad del ilícito. Entonces puedo afirmar, según esta tesis, que si no existe ilícito el daño moral no va a ser reparado. El ilícito se convierte en una condición expresa para la reparación del daño moral. Si no se prueba el ilícito no se indemniza por lo tanto el daño moral. A su vez, se afirmaría, según esta tesis que la acción de reparación se extinguiría con la muerte del actor y que esta no podría seguirse contra sus herederos ya que la sanción es personal. Si el autor fallece antes de ser condenado, no habría a quién sancionar y no existiría reparación alguna para la víctima.²²

Siguiendo esta teoría, los criterios que establezcan los jueces al momento de determinar la cuantía de la reparación deben tener en cuenta no solamente las circunstancias que rodean al ilícito sino también las circunstancias que rodean al autor como persona. Esto incluye personalidad y situaciones particulares del autor. Se debe analizar la situación socioeconómica de la persona, así como las circunstancias que llevaron al agresor a cometer el ilícito. En este caso hay un enfoque en el agresor, y no en la víctima ni en el daño en sí, para determinar la cuantía de la indemnización.

El mejor ejemplo de esta teoría, son los ya mencionados daños punitivos, que existen en el derecho anglosajón. Para que existan los daños punitivos, entonces, se requieren la intención o malicia de causar un perjuicio por parte del demandado. Se dice que los daños punitivos se demandan cuando hay agresión física, conducta temeraria o una difamación. La víctima quedará indemnizada con cuantías a las compensaciones materiales.²³ En el Ecuador no existe esta teoría como tal, aunque la jurisprudencia ecuatoriana mencionó al respecto:

²¹ Cfr. C. GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, p 115.

²² Cfr. C. GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*. p 116.

²³ Cfr. J. C. HENAO, *El Daño*, Bogotá, op. cit., p. 46.

Pero hay que considerar también, que habiéndose originado el daño en un acto ilícito, de alguna manera la fijación del monto de la indemnización asume un carácter sancionador; más todavía, cuando, como ocurre en este caso, se puede vislumbrar una situación de abuso del derecho, por cuanto se ha utilizado indebidamente una prerrogativa legal por parte de una entidad, un banco, que por cumplir una función de vital importancia en la vida social, está especialmente obligada a respetar los derechos de sus clientes y los procedimientos establecidos por la ley. Esta situación permite considerar que al fijarse el monto de la indemnización se atiende también una finalidad preventiva.²⁴

1.2.3.2. La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio

Esta segunda teoría indica que el dolor sí puede ser reparado, la reparación pecuniaria no trata de dar un precio a este dolor; el dinero no busca reemplazar el daño sino más bien se trata de buscar una manera de satisfacer a la víctima. Se puede afirmar que es una sustitución. Es lógico pensar que el daño moral no puede cuantificarse ni que se puede regresar al estado anterior al mismo. No se puede borrar el daño ni sus consecuencias. A su vez, es natural pensar que la víctima que ha sufrido el daño moral debe ser resarcida de alguna manera. ZANNONI indica al respecto: “Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y, más aun, que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca, no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria”.²⁵ La forma para reparar el daño producido debe ser de alguna manera satisfactoria para la persona que lo ha sufrido.

Se puede decir que la manifestación del dolor no es una condición para que el daño moral sea reparado. Se debe demostrar solamente el acto u omisión ilícita que causó el daño. En esta teoría, al buscar la satisfacción de la víctima, se toma en cuenta las circunstancias personales de la misma. Se analiza a la víctima antes y después del daño, en los aspectos que han cambiado de su vida. El enfoque al determinar la cuantía de la indemnización va de la mano con un estudio de la víctima y a su vez de su situación socioeconómica. La jurisprudencia ecuatoriana ha dicho respecto de esta teoría:

²⁴ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, de 14 de junio 2002, en el caso No 335-2001, *Felix Salame Arzubiaga contra Filanbanco S.A.*, publicado en Registro Oficial 630 de 31 de julio de 2002.

²⁵ E. ZANNONI, *El Daño en la Responsabilidad Civil*, 2da. ed., Buenos Aires, Astrea, 1993. p 305, citado por C. GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, op. cit., p. 104.

La misma ley considera que se trata de una indemnización reparatoria, aunque es claro que en muchos casos los daños causados no son rigurosamente reparables, pero aun en estos casos se trata de compensar económicamente los sufrimientos, la angustia, la ansiedad, las humillaciones padecidas por quien fue víctima del daño.²⁶

Siguiendo con esta teoría, se puede afirmar que la acción de reparación no se extingue con la muerte del actor ya que esta no es de carácter personal. La acción, dependiendo del caso, se podría proponer contra los sucesores de la persona responsable del daño. Para respaldar lo dicho, la jurisprudencia ecuatoriana se ha mencionado afirmando al respecto, ha dicho que si la entidad estatal condenada cambiare de nombre o de entidad en sí, los sucesores de la misma estarán obligados a cumplir con lo dispuesto en la sentencia.²⁷

1.2.3.3. La reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio y punitivo

Esta teoría de posición intermedia, indica que la reparación del daño moral es sancionatoria y al mismo tiempo resarcitoria. Se busca por un lado satisfacer y dar un alivio a la víctima del daño moral; y por otro lado, tiene una segunda función al ser ejemplar e imponer una sanción al actor del ilícito. Se explica, dentro de esta teoría, que la determinación de la reparación tiene relación especialmente con los sufrimientos de la víctima y no con respecto a los otros daños producidos. Esta teoría intenta rescatar lo mejor de cada una de las tesis ya anteriormente mencionadas. Llega a un punto medio pero a su vez no aclara la naturaleza a la reparación del daño moral.²⁸

1.2.3.4 La reparación del daño moral bajo la teoría del turismo vacacional

La teoría del turismo vacacional, tiene como base, que la finalidad de la reparación del daño moral es la satisfacción para la persona afectada. La satisfacción se puede producir dando

²⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, de 14 de junio 2002, op. cit. (supra n.2)

²⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 168-2007, de 11 de abril 2007, en el caso No 62-2005, *Florencio Antonio Andrade Medina contra CONELEC y otros*, publicado en Registro Oficial No. 339, de 17 mayo de 2008.

²⁸Cfr. C. GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, op. cit., p. 121.

placer a la persona y este puede lograrse a través de un elemento socioeconómico y cultural llamado el turismo vacacional.²⁹

La teoría indica que el daño moral produce un estado anímico negativo en la persona, y a su vez esto se traduce en una enfermedad psicológica o emocional. Para reparar el daño moral, es transcendental producir un estado de ánimo positivo en la persona y esto producirá satisfacción. Entonces el turismo vacacional busca el estado de ánimo positivo a partir de contradecir los sentimientos negativos del afectado generando alegría, placer emocional, etc. Se dice que hay que vencer y dominar sobre lo negativo y el dolor, lograr estabilidad en persona.³⁰

La teoría del turismo vacacional, solo con mencionar su nombre podemos descifrar que busca lograr un estado de ánimo positivo otorgando vacaciones a la persona afectada. Las vacaciones se convierten en descanso y el descanso genera placer. El descanso es una situación socioeconómica, jurídica y sanitaria que se necesita para que la persona pueda regresar a la vida social y económica que tenía antes de que se produjera el daño moral.³¹

Existen muchas maneras de lograr un descanso óptimo y satisfactorio para la persona. Son muchas las posibilidades pero hay que descifrar que es lo más conveniente para la persona. Los estudios para conseguir el descanso adecuado tienen relación con la condición social de la persona, esto determina un estilo de vida y nos indica la manera en que la víctima podría disfrutar de verdaderas vacaciones.³² No existe jurisprudencia respecto del tema, esta teoría planteada por GHERSI, no ha tenido utilidad práctica en Argentina.

1.3. Alcance de la cuantificación pecuniaria del daño

1.3.1. Principios que priman para la cuantificación pecuniaria del daño

Existen principios que rigen la determinación de la reparación pecuniaria de daño moral. Entre ellos tenemos el principio de reparación integral, el principio de justicia que va de la mano con la equidad, el principio de la seguridad jurídica entre otros.

Podemos empezar con el principio de reparación integral, que ya ha sido mencionado con anterioridad. ZANNONI expone que se produce una verdadera reparación integral cuando esta es

²⁹ Cfr. *Ibíd*em, p. 135.

³⁰ Cfr. C. GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, p. 136.

³¹ Cfr. *Ibíd*em, p. 140.

³² Cfr. *Ibíd*em, p. 141.

perfectamente compensatoria. Esto significa que con el monto de la reparación, el haber o no sufrido el daño se vuelve indiferente para la víctima.³³ La persona afectada llegaría a ser compensada por el dolor sufrido. Según el principio de reparación integral se debe reparar todo el daño pero no más allá de este. ALTERINI indica que “sólo tiene sentido hablar de reparación plena, entendiéndose por tal la que condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada ordenamiento jurídico atribuye al causante del daño.”³⁴ DÍAZ – GRANADOS ORTIZ indica que se debe colocar a la víctima en una situación como si nunca se hubiera producido el daño. Es un principio universal, que en Colombia, la ley 446 de 1998 lo indica expresamente en su artículo 16, dice que la valoración del daño debe hacerse en base a este principio de reparación integral.³⁵

Siguiendo con los principios que rigen a la reparación del daño moral puedo nombrar a la Justicia. Se puede afirmar que una de las metas que tiene el juez es llegar a la justa determinación de una indemnización para la víctima. Pero debemos saber qué es precisamente la Justicia. Es un término que ha tratado de ser definido por muchos autores a lo largo de los siglos, por ejemplo, podemos mencionar a HANS KELSEN. KELSEN afirma que la “Justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable: Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.”³⁶ El mismo autor asegura que la Justicia absoluta ha tratado de ser definida a lo largo de los siglos, y que este ha sido un esfuerzo en vano ya que esta no puede ser definida coherentemente. Simplificadamente se puede afirmar que Justicia es dar a cada uno lo suyo, según lo que le pertenece o lo que merece por sus logros o defectos o por sus actos de conducta, etc.³⁷

En cuanto a este concepto en relación al derecho, se solía decir que Justicia era simplemente aplicar la ley; había un límite en el solo cumplimiento de la ley.³⁸ En la actualidad, podemos fácilmente descartar este concepto ya que puedo afirmar que existen leyes injustas. La

³³ Cfr. E. ZANNONI, “Significado y alcance de la cuantificación del daño”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 8.

³⁴ A. ALTERINI *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot., 1997 citado por N. REY ROSA Y A.J. RINESSI, “La Cuantificación del daño. Sus implicaciones”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 55.

³⁵ Cfr. J M DÍAZ – GRANADOS ORTIZ, “Aspectos Generales del Daño Corporal y su Valoración”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 337.

³⁶ H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Ed, Universitaria, 1994, p 61.

³⁷ Cfr. BIBLIOTECA SALVAT DE GRANDES TEMAS, *Justicia y Derecho*, Barcelona, Ed. Salvat Editores, 1973, p. 24.

³⁸ Cfr. T, CASARES D, “La Justicia y el derecho”, Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot., 1997, p. 52.

tendencia isunaturalista era la que afirmaba que el Derecho es la herramienta para llegar a la Justicia, en cambio, los positivistas afirman que aunque una de las finalidades del Derecho es la Justicia, hay la posibilidad de que una norma jurídica sea injusta.³⁹

Para determinar una reparación de daño moral, en el Ecuador, no es posible remitirse a la ley. En algunos países, como Francia, el juez simplemente se sujeta a la ley para determinar la reparación ya que existen unas tablas llamadas baremos que indican el tipo de daño y la cuantía para el mismo. En el derecho anglosajón, en específico en los Estados Unidos, tampoco hay este sistema legal para determinar una cuantía respecto del daño moral, son los jurados conformados por los ciudadanos los que realizan este cálculo. Profundizaré respecto del tema en el capítulo cuarto. En el Ecuador, como mencioné anteriormente, el sistema legal no existe para la reparación de daño moral, por lo que es deber del juez determinar bajo su propia convicción la debida reparación; y esta reparación debe ser justa. Entonces el concepto de Justicia para un juez no debe limitarse a la simple aplicación de la ley, sino que esta va de la mano con la moralidad y las propias convicciones de cada juez; pero si los jueces determinan la cuantía pecuniaria de reparación de daño moral solamente siguiendo su propia convicción, la jurisprudencia no va ser uniforme. Habrá que llegar a un punto en el que se junten los principios utilizados por los jueces con los criterios jurisprudenciales sobre el tema, para llegar a una reparación justa.

Suele también decirse que Justicia es el derecho del otro, y esta igualdad se convierte en otro principio denominado equidad. Se dice que una buena Justicia consiste en equilibrar con el derecho, y normalmente, la equidad se ajusta al derecho. La equidad actúa dentro de los límites del derecho.⁴⁰ El principio de la equidad es importante para la determinación de la reparación del daño moral. Es pertinente ya que la equidad es una herramienta que tiene el juzgador que le ayuda a aplicar la ley al caso en concreto. Es verdad que el juez se puede guiar en la ley y en la jurisprudencia para determinar la cuantía de una reparación de daño moral. Pero el juez debe saber cómo aplicar esa ley para cada caso, ya que cada caso es diferente, yo considero que no es conveniente crear una tabla de valores para determinar una reparación de daño moral. Gracias a la equidad, el juez podrá fallar sin seguir el sentido literal de la ley sino ateniéndose a su espíritu, o sea ateniéndose a la intención del legislador al dictar la ley.⁴¹ Entonces, a su vez, gracias a la equidad el juez puede llegar a reconocer si una ley es injusta, de modo que no sea aplicada al caso en concreto.

³⁹ Cfr. BIBLIOTECA SALVAT DE GRANDES TEMAS, op. cit., p. 61.

⁴⁰ Cfr. J. LÓPEZ MORALES, *“Perjuicios Morales”*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 1997, p. 112.

⁴¹ Cfr. T, CASARES D, *“La Justicia y el derecho”*, op. cit., p. 52.

El principio de la seguridad jurídica, es otro principio que tiene que ver con la reparación y la cuantificación pecuniaria del daño moral. Es trascendental ya que en un Estado debe haber seguridad jurídica. El individuo, miembro de una sociedad, al que se le han violentado sus derechos y le han producido un daño, tiene derecho a una reparación por esos daños. El Estado debe asegurar al individuo que los daños producidos le van a ser efectivamente reparados. Muchas veces, entidades o funcionarios del Estado son los causantes de los daños, el Estado responderá por los mismos independientemente del derecho de repetición que tenga contra éstos.

Seguridad jurídica y justicia del caso concreto: dos valores enfrentados al valorar la vida o integridad física. Los ciudadanos tienen derecho a saber qué atenerse conforme a sus propios comportamientos, y tienen derecho a esperar de sus tribunales respuestas coherentes, claras, predecibles, y sobre todo similares para casos similares. Requieren seguridad. Pero además, en cada caso concreto, requieren que el juez pueda evaluar, analizar diversos factores respecto de la víctima (edad, sexo, estado civil, cargas de familia, salud, creencias, etc.) y del victimario (condición económica, factor de atribución de responsabilidad, grado de comprensión, etc.) Requieren justicia para el caso concreto. Coordinar ambos valores parece ser muy difícil de lograr cuando se trata del cuántum indemnizatorio.⁴²

Los principios jurídicos antes mencionados deben actuar coordinadamente para aplicar la ley a cada caso en concreto. De esta manera, el juez, utilizará principios jurídicos para analizar y llegar a una adecuada reparación por el daño moral de la víctima.

1.3.2. Criterios para la determinación judicial del daño moral

La doctrina y la jurisprudencia han tratado sobre temas relacionados a los criterios que utilizan los jueces para determinar la cuantía de la reparación pecuniaria de daño moral. Como mencioné con anterioridad, la posición mayoritaria sobre la naturaleza de la reparación de daño moral indica que esta es de carácter resarcitorio. La reparación pecuniaria trata de satisfacer a la víctima o sustituir su dolor. Hay que aclarar que esto no significa que se debe proporcionar los daños materiales con el daño moral, es más un juez debe tener en cuenta en primer lugar que la reparación del daño moral es totalmente independiente de la reparación de daño material.

⁴² M.J. TAVANO, “La Valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho” en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2001, p. 80.

Los jueces deben determinar la cuantía de la reparación, pero no está sujeta a estrictos cálculos matemáticos precisos ya que cada caso es diferente y es obligación del juez apreciar y valorar los daños morales.⁴³ La jurisprudencia, la doctrina y la ley concuerdan que los jueces deben fallar prudentemente para determinar esta cuantía:

... entre las normas agregadas a continuación del Art. 2258 del Código Civil, aparece la de indemnización pecuniaria, a título de reparación, a favor de quien hubiere sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta; que la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la *prudencia* del Juez la determinación del valor de la indemnización...⁴⁴

En un capítulo posterior explicaré con más detalle qué significa exactamente el término prudencia.

La doctrina indica que para determinar una cuantía de reparación de daño moral, se debe realizar un análisis dolor y sufrimiento desde tres perspectivas, la sociológica, la económica y la cultural.⁴⁵ Las condiciones personales de la víctima serán de utilidad para que el juez logre una adecuada cuantía como forma de reparación. El objeto de la reparación viene a ser la satisfacción de la víctima, por lo que hay que estudiar la situación del afectado para poder determinar como satisfacerle.

En primer lugar se puede hacer un análisis sobre las condiciones socioeconómicas de la víctima. La situación antes y después de que se produjo el daño moral. Determinar así, a qué clase social pertenece el individuo. El conocimiento de la clase social de la persona, nos puede decir mucho respecto de la reparación que la víctima espera. Este criterio es utilizado en especial para la teoría de la reparación mediante el turismo vacacional. Como mencioné anteriormente, esta teoría buscar dar descanso, pero para una persona de clase social alta, las vacaciones y el descanso no van a ser iguales que el de una persona de clase social baja.⁴⁶ Se debe realizar un análisis sobre el tipo de vacaciones que va a satisfacer a cada persona, de esta manera se podrá

⁴³Cfr. C GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, op.cit., p. 110.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No..., de fecha 5 de mayo de 1988, en el caso No, *Gloria Seminario Medina de Loedel contra Filanbanco S.A.*, publicado en Gaceta Judicial 2, Serie 15, de fecha 5 de mayo de 1988.

⁴⁵Cfr. JE, GANDOLLA, "La Ardua Tarea de Cuantificar los Daños", en *Revista de derecho de daños. Determinación del daño I*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 226.

⁴⁶Cfr. *Ibidem.*, p. 229.

determinar los gustos vacacionales conforme a un estilo de vida y clases sociales, relacionados con el poder adquisitivo y el nivel cultural de cada clase.⁴⁷

Puedo mencionar que la determinación de la edad o de los periodos de vida de la persona, ayuda a conocer el nivel psicológico de afectación que ha producido el daño moral. Comprobar el grado de afectación psicológica que ha tenido el daño moral y que va a afectar en sus años de vida posteriores. Obviamente para este tipo de análisis psicológico se deberá constar con la ayuda de peritos, expertos en el tema, que colaboren para establecer la verdadera condición del afectado.⁴⁸

1.3.3. Métodos para evaluar el daño y su reparación

Desde el derecho romano, se conoce que la reparación se podía fijar por medio de tres métodos o modos: el juez, la ley o las mismas partes. En la actualidad, los árbitros también pueden realizar esta determinación; los árbitros en derecho o en equidad, los amigables compondores, peritos árbitros, entre otros.⁴⁹ El estudio de la presente tesina va dirigido en específico a la determinación realizada por los jueces, esta es la fijación judicial.

1.3.3.1. Método judicial

En el derecho romano, el juez tenía la facultad para realizar la determinación del monto de la reparación si la ley o las partes no habían fijado previamente el método. El juez debía probar en primer lugar los daños y perjuicios, y fijaba una cuantía según su “prudente arbitrio”. Justiniano dispuso, que la cuantía no podía superar el doble del valor del objeto que se debía.⁵⁰

⁴⁷ Cfr. C. GHERSIA, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, op. cit., p. 150.

⁴⁸ Cfr. M.J. TAVANO, “La Valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho” en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, op. cit, 2001, p. 86.

⁴⁹Cfr. N. REY ROSA Y A.J. RINESSI, “La Cuantificación del daño. Sus implicaciones”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, op. cit., p. 60.

⁵⁰ Cfr. C. MEDELLÍN, *Lecciones de Derecho Romano*, op. cit., p. 181.

En la actualidad, al igual que en el derecho romano, los daños deben ser ciertos y deben estar legalmente comprobados. De esta manera, mediante una sentencia, el juez fijará la cuantía aunque no se justifique precisamente el monto de los mismos. En el método judicial, el juez tendrá un límite especial en la cuantía de la indemnización, este límite se encuentra en la pretensión de la demanda presentada por el afectado. El juez se pronuncia conforme a las pretensiones de la demanda, y por ende, no puede dar más de lo que se le pide. Esto sucede, especialmente, en casos donde la persona que demandó señaló una suma determinada inflexible de dinero, sin que el juez pueda aumentar la cuantía. En ciertos casos se podría aceptar que la cuantía aumente por un problema de devaluación de la moneda, este factor extrínseco del daño debe ser evaluado y justificado por el juez.⁵¹ En el Ecuador, este método judicial es el mayormente utilizado para resolver los conflictos de reparación de daño moral, y, establecer su cuantía.

1.3.3.2. Método legal

Este tipo de fijación de la reparación, se utilizaba en el derecho romano cuando se debía una cantidad dineraria y existía mora. Se llamaba interés legal moratorio y normalmente estaba establecido en un 12%.⁵²

En la actualidad, puede haber normas específicas que regulen un caso, así, se tarifa el monto de la reparación en el caso concreto de ciertas lesiones. En el Ecuador no hay tablas tarifadas para la reparación de daños en general, pero sí encontramos en el Código del Trabajo un capítulo sobre las indemnizaciones al trabajador. Existen en este código previsiones sobre el cálculo de indemnizaciones al trabajador no afiliado, indemnizaciones por accidente laboral; esto involucra incapacidades físicas y también muerte, etc. Se prevén salarios vitales, o pensiones vitalicias para la víctima, depende el caso. A su vez, existe una tabla para la valoración de la disminución de la capacidad laboral de los trabajadores. Por ejemplo, esta tabla sirve en caso de pérdidas de miembros del cuerpo o lesiones que afecten órganos o funciones del trabajador.

1.3.3.3. Método convencional

⁵¹Cfr. N. REY ROSA Y A.J. RINESSI, “La Cuantificación del daño. Sus implicaciones”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, op. cit., p. 61.

⁵²Cfr. C. MEDELLÍN, *Lecciones de Derecho Romano*, op. cit., p 182.

El método convencional también era usado por el derecho romano. Las partes podían convenir o pactar una determinada cantidad de dinero en caso de que alguna de las partes incumpla o el cumplimiento fuera tardío. La convención de esta reparación se llamaba *stipulatio poenae* y es lo que se conoce en la actualidad como la cláusula penal. Este método también se podía pactar para determinar la mora o el simple retardo. Para ejecutar la cláusula en caso de mora, se debía colocar al deudor en situación de mora. En el caso de que la cláusula cubra el incumplimiento absoluto de la obligación, esta se denominaba *cláusula penal compensatoria* e incluía el valor propio de la obligación más la utilidad perdida. Esto es daño emergente más lucro cesante. Si se ejecutaba la cláusula penal, no se podía pedir judicialmente la indemnización de daños y perjuicios; a menos que se demuestre que no se ha alcanzado a reparar todos los daños. En el derecho romano, la fijación convencional se dividía específicamente en dos, la cláusula penal compensatoria y cláusula moratoria. En estos casos, el acreedor no tenía la necesidad de demostrar perjuicio alguno, simplemente tenía que demostrar el incumplimiento.⁵³

Dentro del método convencional de evaluación del daño, se puede incluir también a la transacción. Las partes, para evitar un litigio judicial, pueden eventualmente transar la cantidad que se debe como reparación. Esto es convencional y por ende voluntario de las partes.⁵⁴ A su vez, las partes pueden renunciar expresamente a la jurisdicción ordinaria, y convenir una mediación o arbitraje en caso de controversia.

⁵³Cfr. C. MEDELLÍN, *Lecciones de Derecho Romano*, op. cit., p 183.

⁵⁴Cfr. N. REY ROSA Y A.J. RINESSI, “La Cuantificación del daño. Sus implicaciones”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, op. cit., p. 59.

CAPÍTULO IV

CRITERIOS ESTABLECIDOS POR DIFERENTES CORTES

4.1. Generalidades

En la actualidad, la mayor parte de legislaciones son congruentes al aceptar la existencia de la reparación de daño moral. Se dice que la reparación con dinero, del daño moral, no sería ética ya que no se puede reemplazar al dolor con una cuantía económica. Las legislaciones han optado por la reparación pecuniaria del daño moral ya que no se trata de reemplazar al dolor con dinero, sino se trata de respetar el principio de la reparación del daño. Todo daño que se ha producido debe ser reparado de una u otra manera, y, la mejor manera de hacerlo es mediante el dinero, bien útil universalmente. Las cortes de los diferentes países, han establecido criterios que resultan importantes para la cuantificación del daño moral y a su vez constituyen un límite para los jueces. Estos deben seguir los criterios de las cortes de sus respectivos países. A su vez, es necesario que los jueces se remitan al criterio de otras cortes para poder crear una verdadera jurisprudencia. Los fallos de triple reiteración, en nuestro país, constituyen precedente obligatorio para los jueces de instancia. Los criterios judiciales deben ser analizados por los jueces para lograr mayor uniformidad en la jurisprudencia. Para revisar criterios, voy a remitirme a Colombia, por su similitud con el sistema ecuatoriano, a Argentina que tiene un sistema diferente pero ha dejado valiosa jurisprudencia y por último a Estados Unidos que ha dejado jurisprudencia controversial por las altas cuantías de las reparaciones. Cabe también mencionar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta, siendo una corte internacional ha sentado útiles criterios que han sido en varias ocasiones mencionados por la jurisprudencia ecuatoriana.

4.2. La reparación del daño moral en Ecuador

La reparación del daño moral en nuestro país no existía hasta la reforma de 1984. En principio sólo se podía demandar por lucro cesante y daño emergente. El Código Civil contenía una norma que hablaba del valor espiritual y esto se refería a la injuria.⁵⁵ El artículo del Código Civil establecía:

Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona no dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que puedan apreciarse en

⁵⁵ Cfr. G. BARRAGÁN ROMERO, *Elementos del daño moral*, Quito, Ed. Edino, 2000, p. 117

dinero. Pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.⁵⁶

En 1970, se reforma ese artículo del Código Civil y se declara el derecho a demandar perjuicios morales sin necesidad de la existencia de este daño emergente o del lucro cesante. Juan Larrea Holguín fue el autor de esta reforma. Fue entonces, en 1984, cuando el Congreso completó la norma del Código Civil y el artículo quedó tal como lo conocemos hoy en día. A su vez, se afirmó que la acción por daño moral corresponde específicamente a la víctima o a su representante legal. También, se dijo que en caso de existir imposibilidad física por parte de la víctima, esta acción podrá ser ejercida por su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.⁵⁷

4.2.1. Situación actual

En la actualidad, la jurisprudencia respecto a la cuantificación judicial del daño moral, brilla por su falta de uniformidad. En determinados casos, los jueces imponen una cuantía enorme por un daño que en otras ocasiones ha sido reparado con cantidades infinitamente menores.

Al parecer, en el Ecuador, muy pocos jueces conocen los límites que tienen para realizar la cuantificación del daño moral. Límites como la motivación, como la prudencia, y como los criterios establecidos por ciertas cortes de justicia. Pudiendo basarse en criterios interpuestos, por ejemplo como los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son escasas las salas que hacen referencia a estos. A su vez, hay que recalcar que existen precedentes obligatorios en las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, que muchas veces no son tomados en cuenta por los diferentes jueces. A falta de aplicación de estos se podría impugnar la resolución, su violación constituye la causal primera para interponer recurso de casación. El problema radica en que no existe una verdadera recopilación de estos precedentes obligatorios. En lo que importa para la presente tesina, puedo afirmar que la obligación de los jueces de realizar un análisis a fondo sobre las circunstancias del daño, sus consecuencias, circunstancias personales del actor y de la víctima, podría ser considerada un precedente ya que ha sido reiterado en algunos fallos. Esto debe ser conocido de manera muy especial por los jueces

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 118.

⁵⁷ *Cfr. Ibíd.*, p. 120.

de instancia. Los fallos que mencionan respecto de la necesidad de realizar un análisis riguroso del caso, para cuantificar el daño moral, son:

- Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, de 22 de julio de 2003, en el caso No 114-2003, *George Rodamis contra Giuseppe Torri Olivar*, publicado en R.O. No. 189 de 14 de octubre de 2003.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, de 14 de junio 2002, en el caso No 335-2001, *Felix Salame Arzubiaga contra Filanbanco S.A.*, publicado en Registro Oficial 630 de 31 de julio de 2002.
- Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 168-2007, de 11 de abril 2007, en el caso No 62-2005, *Florencio Antonio Andrade Medina contra CONELEC y otros*, publicado en Registro Oficial No. 339 De 17 mayo de 2008.

Lastimosamente, no existe en nuestro país, una codificación sobre los precedentes obligatorios, lo cuál impide distinguirlos de simples criterios judiciales; y por ende, controlar su aplicación es difícil.

4.2.2. Criterios y jurisprudencia ecuatoriana sobre la cuantificación judicial del daño moral

Voy a remitirme a ciertos casos específicos para hacer un análisis respecto la cuantificación del daño moral en el Ecuador.

4.2.2.1. Caso Rafael Vicente Correa contra Banco Pichincha⁵⁸

En este caso, no se puede recoger criterio alguno para justificar la cuantía de la reparación del daño moral. Tengo que recalcar que esta es una sentencia de un juez de primera instancia, esta se encuentra en apelación, pero he considerado su importancia ya que resalta la falta de razonamiento de nuestros jueces al momento de dictar una sentencia de reparación de daño moral.

En primer lugar, puedo mencionar que el actor pide en su demanda, en la pretensión, una suma dineraria de no menor a cinco millones de dólares. El juez de primera instancia otorgó la

⁵⁸ Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, No. de Causa: 2007-0023, *Caso Rafael Vicente Correa contra Banco Pichincha*, de 29 octubre de 2008.

suma exacta de cinco millones de dólares por daño moral. La deducción del juez para determinar la cuantificación del daño moral en este caso, se basó explícitamente en la pretensión del actor. No analizó las circunstancias del caso ni las circunstancias personales del actor y víctima para cuantificar. Siguió al pie de la letra lo invocado por la víctima. La base de esta reparación, a pesar de tener motivaciones de hecho y derecho, ya que en efecto se produjo un daño moral en el demandante, esta reparación no tiene ni un poco de prudencia en su cuantificación. Se trata de actuar con mesura, de hacer un balance entre el daño moral y la cuantificación dineraria. No se realizó ningún análisis del daño moral, sus consecuencias y circunstancias de la víctima y del demandado, no se hizo ponderación de bienes jurídicos. Por esto, existe falta de prudencia en la resolución del caso. La reparación pecuniaria no debe ser enriquecedora, considero que en este caso sí lo es. Mientras las cortes de los diferentes países buscan unificar los criterios sobre la reparación de daño moral, las cortes en el Ecuador hacen lo contrario. Fallan, a mi modo de ver, arbitrariamente.

El juez no utiliza ningún criterio para la determinación del daño moral. Sigue lo dicho por el demandante en su pretensión. La pretensión del actor era de no menos de cinco millones de dólares y le dieron esa cantidad, es absurdo e irracional. Como era de esperarse, el fallo fue impugnado y se encuentra en apelación, esperamos que en próxima instancia se haga un análisis respecto de la cuantía de la reparación. La jurisprudencia ecuatoriana ha mencionado respecto del establecimiento de un monto mínimo de reparación:

¿es suficiente fijar un monto mínimo, a partir del cual el juez señalará el monto de la indemnización? o ¿es necesario también y fundamentalmente poner un tope máximo?; si se fija una cantidad como "tope mínimo" y al mismo tiempo se señala la misma cantidad como "cuantía de la pretensión", ¿no estamos más bien ante un tope máximo?⁵⁹

En el Ecuador el carácter de la reparación de daño moral es "netamente resarcitorio" según lo afirmó el propio juez de primera instancia. En materia de daño moral, el dinero tiene una función satisfactoria para la víctima. Una reparación de daño moral debe estar sujeta a discusión y análisis, así se cumple con el requisito de prudencia exigido al juez. Aparentemente el actor solo lanzó un número al azar y el juez sin prudencia ni criterio lo aceptó. El juez, al fallar de esta manera, este estaría contradiciendo así mismo, ya que tal cantidad de dinero a modo de

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, op. cit., (supra n.5)

indemnización viene a ser no solamente resarcitoria sino que se convierte en enriquecedora para el demandante.

Hay sistemas jurídicos en que el juez tiene una total libertad para la determinación del monto de la indemnización, lo que ha conducido a que se fijen cuantías exageradas, que han producido una tendencia a "mercantilizar" los daños morales, porque se despierta la codicia de alcanzar una reparación millonaria; ello ha conducido a que se propongan demandas por cualquier razón y la mayoría de las veces infundadas, lo cual ha creado inseguridad jurídica y, para remediar, en muchos países se ha debido señalar en la ley baremos (sic) dentro de los cuales el juez ha de determinar el monto de la reparación es. En nuestro sistema jurídico queda a la prudencia del juez el fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual significa que lo hará aplicando las reglas de la sana crítica, lo cual a su vez conduce a que estime que el monto máximo de la pretensión del actor, de la cual no puede exceder, es la que ha fijado en su demanda.⁶⁰

En ningún caso podrá mandarse a pagar al reclamante una cantidad mayor de la fijada por éste como cuantía del juicio.⁶¹

El actor autolimita su pretensión en la fijación de la cuantía de la demanda, de manera que si se le condena a que realice un pago por monto superior, se estaría resolviendo ultra petita.⁶²

Entonces, la pretensión del actor en su demanda viene a ser un tope máximo para el monto de la indemnización, no un tope mínimo. Este criterio judicial debió ser conocido por el juez de instancia. La pretensión del actor no puede ser considerada un criterio para determinar la cuantía del daño moral.

4.2.2.2. Caso Florencio Andrade Medina contra CONELEC

En este caso, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 4, dictó como reparación de daño moral, a favor del menor Juan Pablo Andrade Bailón, la suma de un millón de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. El CONELEC interpuso recurso de casación, por lo cual el caso fue llevado a la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, op. cit. (supra n.6)

⁶¹Ibídem (supra n.7)

⁶²Ibídem. (supra n.8)

Uno de los aspectos que el CONELEC alegaba era que no se distinguía en la indemnización qué corresponde por concepto de daño moral qué corresponde por daño material ya que el Tribunal se pronuncia indicando que la indemnización es por concepto de daño emergente, de lucro cesante y de intereses a percibirse desde el inicio de la obligación indemnizatoria. La apelación indica que en la resolución no se aprecian “los argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué corresponde a la indemnización por daños materiales, qué corresponde a la compensación por los perjuicios morales y cuál es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación enunciados en el valor de la condena.” A su vez que “no se establece de modo alguno la base jurídica para la distribución de las cargas económicas que supone la condena, de la manera en que se ha fijado en la sentencia: *“de manera conjunta y en partes iguales”.*”

El actor, que alega, pretende: “un resarcimiento compensatorio por los daños y perjuicios materiales y morales ocasionados por las fatales descargas eléctricas que tuvieron su causa directa en la patente deficiencia prestacional del servicio de fluido eléctrico, indemnización que solicito con la legitimación suficiente por ser el padre del menor incapacitado permanentemente.”

El demandado alega: “los perjuicios sufridos por el administrado fueron causados por su propia negligencia, impericia, culpa... no hubo una deficiente prestación del servicio; hubo una descarga debida al accionar de dos menores, cuya culpa en la generación del siniestro no puede originar indemnización”; “...porque si se supusiese que no hubo ese agente externo catalizador de todos estos eventos, la descarga se debió producir por caso fortuito o fuerza mayor”; “la demanda no reúne los requisitos previstos en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a la cosa, cantidad o hecho que se exige; y, que EMELMANABI es la única responsable por los efectos dañosos de su actividad, en su calidad de concesionario, por lo que no procede demandar a CONELEC”.-

La Sala determina la responsabilidad de CONELEC y de EMELMANABI e indica que esta debe pagar la indemnización, tanto por daños morales como materiales. Indica que la causa de los daños es:

- a. La conducta de menor, pero que no se puede exigir una conducta distinta a la que es propia de su edad.
- b. El tendido eléctrico que, por razones de costo-beneficio, mantiene cables sin aislantes. El sector eléctrico es una actividad de riesgo.
- c. El servicio eléctrico es deficiente.

Los daños materiales son comprobados según los gastos médicos, manutención y alojamiento ya que el niño se atendió en Guayaquil y ellos viven en Manabí. Parte de los daños materiales, también incluyen la imposibilidad que tiene el menor de proveerse los medios para su subsistencia por sí mismo. Esto fue calculado con un monto equivalente al valor de la canasta familiar vital, por cada mes y por el tiempo de esperanza de vida de un ecuatoriano varón. Los daños materiales ascienden a una suma de 235000USD.

Respecto a la cuantificación del daño moral la sala indicó:

De los efectos del suceso en el cuerpo del menor de edad, según queda señalado, se puede inferir razonablemente que Florencio Antonio Andrade Medina, como padre, y Juan Pablo Andrade Bailón como el sujeto directamente afectado, han sufrido un daño moral vinculado con el cambio trascendental en su forma de vida. Aunque los efectos psicológicos y anímicos, actuales, que el suceso ha provocado en los actores no constan acreditados a través de la práctica de ninguna diligencia probatoria, son fácilmente deducibles de los hechos probados.

De lo que la Sala ha dicho afirmo:

- El daño moral lo sufre la víctima directamente y sus familiares.
- Daño moral vinculado con el cambio de la forma de vida.
- Los efectos psicológicos y anímicos no han sido probados en sí, pero se deducen de los hechos probados.
- La Corte se pronuncia en varias ocasiones que el daño moral no necesita de prueba en sí, sino que la prueba se hace con los hechos que causan el daño.

La Sala se remite a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana para poder determinar una justa indemnización y así proceder a reparar e indemnizar el daño moral y el daño material:

Su naturaleza y monto, dice la referida Corte, dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores". (Caso Cantoral Benavides, Reparaciones, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras)

La Sala recalca que las indemnizaciones no tienen como propósito enriquecer a la víctima.
Añade:

Esta Sala entiende que no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales que ha sufrido Juan Pablo Andrade Bailón, por lo que, aclarando que el valor que ahora se fija como reparación de los perjuicios

morales sólo busca atenuar el efecto anímico y psicológico, basándose en equidad, condena solidariamente a EMELMANABI y a CONELEC al pago de OCHENTA MIL 00/100 dólares de los Estados Unidos de América, por este concepto.

El total de la indemnización por concepto de daño material y moral fue de 315312USD de los Estados Unidos de Norteamérica. Considero que, a pesar de ser una sentencia en la que se analiza la cuantificación del daño moral, la cuantía a la que llega la sala es mucho menor al daño moral en sí. El niño va a sufrir el daño moral todos los días de su vida. La cuantía del daño moral, en este caso, considero debe ser mayor a la cuantía por concepto de daño material. En la mayor parte de los casos, el daño moral asciende al daño material. Esto debería ser tomado en cuenta por la sala que falla respecto del daño moral.

Habiendo analizado estos casos, puedo afirmar que en el Ecuador son pocos los jueces que analizan realmente los casos para determinar una cuantía por concepto de reparación del daño moral. Las cuantías, necesariamente deben ser semejantes en casos similares. A su vez, es inaceptable que existan desigualdades tan grandes al cuantificar el daño, cuando por ejemplo, está clarísimo que el daño moral en el caso contra CONELEC es infinitamente superior al daño moral existente en el caso contra Banco Pichincha.

Para concluir sobre este punto, puedo recalcar algunos criterios que la jurisprudencia ecuatoriana ha dejado respecto de la reparación de daño moral:

- La reparación in nature resulta de imposible aplicación en el ámbito del daño moral.⁶³
- El carácter de la reparación por daño moral es resarcitorio. Se busca satisfacer a la víctima.
- No se necesita de prueba del daño moral, solo con probar el hecho generador.
- Al determinar una cuantía por concepto de una reparación de daños, “no hay que olvidar el peligro de un enriquecimiento sin causa por la percepción de un resarcimiento económicamente excesivo”.⁶⁴
- Una denuncia penal produce daño moral, solamente cuando esta fuere previamente calificada como maliciosa o temeraria.⁶⁵

⁶³ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, op. cit. (supra n.6)

⁶⁴ *Ibíd*em, (supra n.7).

- La acción para la reparación por daños morales, corresponde a la víctima o a su representante legal, cónyuge o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, contra los responsables.⁶⁶
- La pretensión del actor al determinar la cuantía del juicio de daño moral, se convierte en un tope máximo para la cuantificación.⁶⁷

4.3. La reparación del daño moral en Colombia

4.3.1. Situación actual

En Colombia, los daños morales son llamados comúnmente perjuicios morales. En este país, los perjuicios morales están clasificados en dos a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia; los llamados perjuicios morales objetivados y los perjuicios morales subjetivos.⁶⁸

Hay en torno del daño moral dos géneros de perjuicios: los que emanan de aquel en forma concreta, determinada o determinable, que pudieran llamarse perjuicios morales objetivados; y otros que son indeterminados o indeterminables, inasibles y abstractos, perjuicios morales no susceptibles de objetivación. El daño moral es la lesión del patrimonio moral propiamente dicho o del patrimonio afectivo; de “la parte social del patrimonio moral”, en los que atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; de la parte afectiva, en los que hieren los sentimientos de amor en la familia. La injuria al honor o al sentimiento del amor filial puede ocasionar perjuicios morales inestimables por su naturaleza y repercusiones objetivas del daño moral.⁶⁹

Los perjuicios morales objetivados son los daños emocionales, afectivos, sentimentales, que no solo tienen impacto en la vida interna del sujeto, sino también tiene repercusiones en el ámbito económico. Un ejemplo de estos perjuicios morales es el padre de familia que pierde a su esposa y a sus hijos en un accidente de tránsito. A raíz de esta tragedia, el padre se dedica a la

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 46-2003, de 21 de febrero 2003, en el caso No 339-2001, *Armando Antonio Peñafiel Navarrete contra Banco Central del Ecuador.*, publicado en Registro Oficial 63 de 16 de abril de 2003.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2001, op. cit. (supra n.2)

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2001, op. cit. (supra n.9)

⁶⁸ Cfr. J SANTOS BALLESTEROS, “Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 2005, p. 376.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Col, Sentencia 23 de abril de 1941, citada por: J SANTOS BALLESTEROS, “Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 376.

bebida; por ende el padre suspende sus negocios durante este lapso de tiempo hasta que retome su vida normal. Esta suspensión de los negocios, le produce al padre una pérdida económica. Estos son los perjuicios morales objetivados que, según algunos doctrinarios, forman parte del lucro cesante, pero ya que son originados por el dolor y las afectaciones, en Colombia se los toma de esta manera. Este tipo de daño es indemnizable y puede ser evaluado por peritos, su cuantificación parte de las manifestaciones económicas producidas, por lo que su tasación es más sencilla.⁷⁰

Los perjuicios morales subjetivos, en cambio, son los llamados *pretium doloris* y son aquellos que lesionan aspectos sentimentales, afectivos o emocionales, producen angustias, problemas psicológicos e internos. Los dolores físicos se encuentran incluidos dentro de esta clasificación. Se puede afirmar que los perjuicios morales son todos los que afectan bienes, derechos o intereses diferentes de los patrimoniales o económicos. Por este concepto, se acepta que dentro de los perjuicios morales se incluya la humillación de quién ha sido injuriado, el dolor de soportar un daño estético, el sufrimiento por la muerte de un ser querido, la afectación de derechos subjetivos como la libertad que te hayan sido privados, etc. La interpretación de los perjuicios morales se debe hacer de forma amplia y extensiva.⁷¹ Este tipo de perjuicios morales son los que importan para el presente estudio debido a su difícil evaluación.⁷²

Los perjuicios morales no aparecen expresamente mencionados ni en el Código Civil ni en el Código de Procedimiento Civil colombianos, tampoco en las leyes que regulan la responsabilidad contractual y extracontractual. El hecho que no haya legislación expresa respecto a estos, ha llevado a pensar que este tipo de perjuicios no son indemnizables. Después, tomando en cuenta que las normas civiles se refieren a “la indemnización de todos los daños ocasionados”, se aprovechó la frase “todos los daños”, que se incluía en el Código, para incluir a los perjuicios morales.⁷³ Los perjuicios morales en Colombia, son indemnizables siempre, ya sea en un ámbito extracontractual o en el contractual. Es necesario conocer el bien jurídico afectado.⁷⁴

⁷⁰ Cfr. G MARTÍNEZ Y CATALINA MARTÍNEZ, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá, Ed. Temis, 2003, pp. 266 – 267.

⁷¹ Cfr. G MARTÍNEZ Y CATALINA MARTÍNEZ, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, op. cit., pp. 269 – 270.

⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 267.

⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 268.

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p.270.

En 1936, en Código Penal colombiano mencionó por primera vez, en su artículo 95, que existen los perjuicios morales y tomando en cuenta que su cuantificación es bastante difícil puso un límite de dos mil pesos:

Quando no fuere fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral ocasionado por el delito, podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que le corresponda al ofendido, hasta la suma de 2000 pesos.⁷⁵

La jurisprudencia y la doctrina, poco a poco, fueron aceptando completamente las demandas por perjuicios morales tanto derivadas de un delito como las del tipo civil. En la actualidad, los perjuicios morales se encuentran regulados en el Código Penal (arts.103 y 106), en la ley 599 de 2000 (arts. 94 y 97), que es el Código Penal que entró en vigencia en julio del 2001, y en la ley 446 de 1998 (art. 16). (268) La ley 599 indica que el juez puede señalar una indemnización de hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes y la cuantificación tendrá en cuenta factores como la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta que lo causó.⁷⁶

Gracias a esta norma, la preocupación por las indemnizaciones excesivas y la necesidad que hay en muchos países de interponer un límite a la cuantía, no es problema en Colombia. El juez puede fijar hasta un máximo de mil salarios mínimos vitales. El Consejo de Estado se ha pronunciado apoyando este límite impuesto por el Código Penal, mientras que las Corte Suprema indica que queda al arbitrio judicial fijar su importe y fijó un límite de 15 millones de pesos como cuantía máxima en el año 2003. Esto se debe a que los juzgadores civiles y laborales no quieren aplicar la norma del Código Penal.⁷⁷ Así, a lo largo de la historia colombiana, se ha tratado de establecer un límite a las indemnizaciones; en 1974 ya había un límite a la indemnización de perjuicio moral de \$30.000.

Considera la Corte que si el más alto dolor por la muerte de una persona querida es el que hiera a los progenitores por la de su hijo o a los hijos por la desaparición de aquellos, necesario es concluir que, en el caso que se estudia, (muerte de un hijo al derribarse una pared), ha de fijarse el máximo de la suma que sirva para satisfacer el daño moral padecido por el demandante. Esa cantidad será la de \$30.000.00, que, teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido con una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 341.

⁷⁶ Cfr. G MARTÍNEZ Y CATALINA MARTÍNEZ, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá, Ed. Temis, 2003, p. 341

⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 345 – 346.

satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza, padecido en su mayor intensidad.⁷⁸

En 1980, en el Código Penal, se fijó un límite en la cuantía de 1000 gramos oro. Esto se debe a que la moneda se devaluaba mucho, y aunque querían usar el oro o el dólar como referencia, este también se devaluaba por lo que no era posible fijar un límite de esa manera.⁷⁹ El Consejo de Estado, en el 2001 terminó por aceptar el criterio de cuantificación de perjuicios morales que se refiere a los salarios mínimos legales ya que el gramo de oro tampoco protegía al peso colombiano de la inflación. El salario mínimo legal permite mantener actualizado el valor de la condena. Los mecanismos de evaluar los daños deben ser los mismos, y hay que tener en cuenta el límite de los mil salarios mínimos legales.⁸⁰ Considero que el método colombiano es bastante bueno en lo que respecta a la fijación de un límite máximo para la indemnización. De esta manera, se evitan excesos en las cuantías del daño moral. De todas formas, pienso que el tope máximo de mil salarios mínimos es muy bajo para ciertos casos donde los daños morales merezcan mayor cuantificación. Es interesante que en Colombia se hayan preocupado por limitar las cuantías, cosa que no sucede en la mayor parte de legislaciones.

4.3.2. Criterios y jurisprudencia colombiana sobre la cuantificación del daño moral

En síntesis, los criterios que se pueden recoger en la jurisprudencia y en la legislación colombiana para la cuantificación de los perjuicios morales son:

- a. Tener en cuenta el límite de uno y mil salarios mínimos legales.
- b. Los perjuicios morales tienen carácter satisfactorio.⁸¹
- c. Se deben tener en cuenta para la cuantificación criterios de equidad y justicia, así como el arbitrio judicial. Este arbitrio judicial no es arbitrariedad, se refiere más a la llamada discrecionalidad que va de la mano con la prudencia.

⁷⁸ J SANTOS BALLESTEROS, "Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil", en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p.377.

⁷⁹ Cfr. G MARTÍNEZ Y CATALINA MARTÍNEZ, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá, Ed. Temis, 2003, p. 349.

⁸⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 352.

⁸¹ Cfr. G MARTÍNEZ Y CATALINA MARTÍNEZ, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, op. cit., p.370.

- d. La cuantificación se hará teniendo en cuenta las modalidades de la infracción, que son las características o particularidades del hecho dañoso, que hacen que el impacto emocional sea más o menos evidente.⁸²
- e. Se tomará en cuenta las condiciones de la persona ofendida, en este caso saber si la persona que reclama los daños es o no la víctima directa del daño sufrido.⁸³
- f. Para realizar la cuantificación se toma en cuenta la naturaleza y consecuencias del agravio sufrido. Es necesario establecer la intensidad del dolor emocional sufrido. Por ejemplo, no es lo mismo para un hijo que muera su padre que para otro pariente. Pero esta intensidad no surge necesariamente del parentesco, hay que establecer la relación entre estos. La jurisprudencia colombiana ha dicho que no es necesario demostrar esta intensidad en la relación respecto de la relación entre padres e hijos, cónyuges y hermanos. El parentesco cercano no requiere prueba concreta del dolor. La Corte Suprema también ha reconocido en estos casos a la persona compañera permanente de vida para reclamar perjuicios morales.⁸⁴

A pesar de estos criterios, el Consejo de Estado Colombiano ha desconocido en varias ocasiones el límite de los mil salarios mínimos vitales refugiándose en la ley 446 de 1998 art. 16 que indica:

Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá a los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.⁸⁵

El Consejo de Estado dice que esta norma permite determinar la cuantía de la indemnización en equidad y dejó al arbitrio judicial sin limitaciones, pero utilizando el criterio de los salarios mínimos vitales.⁸⁶

La Corte Suprema de Justicia, en cambio, en lo que respecta a perjuicios morales, no aplica ningún criterio ni de gramos oro ni de salarios mínimos legales, fijando arbitrariamente un

⁸² Cfr. *Ibíd.*, p. 354.

⁸³ Cfr. J SANTOS BALLESTEROS, "Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil", en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 378.

⁸⁴ Cfr. G MARTÍNEZ Y CATALINA MARTÍNEZ, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, op. cit., p. 354 – 359.

⁸⁵ J SANTOS BALLESTEROS, "Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil", en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 366.

⁸⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 366.

monto máximo que modifica teniendo en cuenta la pérdida del valor adquisitivo del peso colombiano.⁸⁷

En Sentencia de 17 de agosto de 2001, la Corte señaló sobre varias cuestiones del daño moral⁸⁸:

- Inaplicabilidad de las normas penales sobre indemnización (normas sobre la utilización de los salarios mínimos legales y sobre la fijación de un monto máximo de 1000 para la cuantía) de perjuicios morales porque éstas tienen como destinatario al juez penal y no al civil.
- La cuantía del daño moral es un asunto reservado al justo criterio del fallador.
- El reconocimiento del daño moral subjetivo implica una sanción o forma de expiar la falta de quien lo infligió.
- Tal reconocimiento debe procurar mitigar el dolor.

En Colombia, los jueces y magistrados pueden aplicar indistintamente la jurisprudencia o del Consejo de Estado o de la Corte Suprema de Justicia. Como hemos estudiado, los criterios son muy diferentes los unos de los otros. Es necesario que las jurisprudencias se unifiquen, de esta manera se fija una posición a seguir por los jueces; así, superar las diferencias que se encuentran hoy en día para las reparaciones de los perjuicios morales en Colombia. Considero que en Colombia se refugian en un concepto de arbitrio judicial, que según ellos es discrecionalidad, para fallar de la manera que el juez desee. Esto deja un amplio margen para realizar la cuantificación, y por estos las resoluciones siguen siendo muy diferentes las unas de las otras.

4.4. Reparación del daño moral en Argentina

4.4.1. Situación actual

⁸⁷ Cfr. J SANTOS BALLESTEROS, "Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil", en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, op. cit., p. 368.

⁸⁸ Cfr. *Ibídem*, p. 378.

En Argentina hay dos sistemas legales para determinar la cuantificación del daño moral. En primer lugar, puedo mencionar la Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales⁸⁹ y también hay el Digesto Práctico La Ley-Daños y Perjuicios.⁹⁰

En el sistema judicial, los jueces de las diferentes provincias, son los encargados de determinar las reparaciones de daño moral. Gracias al principio de publicidad, pueden conocer los criterios establecidos por los otros jueces para poder establecer una indemnización justa y unificada. A pesar de esto, todavía es difícil afirmar que la publicación de precedentes ha llevado a una uniformidad y predictibilidad de los montos de las indemnizaciones. Pero, es importante resaltar que sí permite conocer los criterios de los jueces para saber sobre su cuantificación en las indemnizaciones.⁹¹

Se toman en cuenta criterios como edad de la víctima, capacitación, ocupación, grupo familiar, etc. Lógicamente hay que hacer diferencias en el criterio de cálculo de un juez a otro, y también en las decisiones de un mismo juez. En todo caso, la predictibilidad en Argentina sí ha crecido en lo que respecta a la cuantificación del daño moral⁹².

En Argentina se toman en cuenta ciertos factores explicativos para los montos indemnizatorios. Se dice que en lo que son bases y parámetros computables para la cuantificación del daño moral, prevalece la prudencia judicial que ayuda a analizar los factores objetivos y subjetivos como edad, sexo, profesión, etc.⁹³

- a. Edad de la víctima: es un factor relevante para determinar la susceptibilidad del daño. Hay que tomar en cuenta que la persona más joven va a tener que vivir más años con las consecuencias del hecho dañoso.⁹⁴
- b. Secuelas menores y mayores: la incapacidad que tenga la víctima se cuantifica de forma separada del daño moral.⁹⁵

⁸⁹Cfr. Disponible en: www.iijusticia.edu.ar citado por E HIGHTON, C. GREGORIO Y ÁLVAREZ. “Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes”, en *Revista de Derecho de Daños*, Determinación del daño I, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, p 14.

⁹⁰ Cfr. R. LORENZETTI, Digesto Práctico La Ley Daños y Perjuicios, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1999 Disponible en: www.la-ley.com.ar/libreria/detalle.asp?id=DPDP citado por Ibídem., p. 14.

⁹¹ Cfr. Ibídem., p. 14.

⁹²Cfr. Ibídem, 16.

⁹³ Cfr. J GALDÓS, “Daños a las personas en la provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños*, Determinación del daño I, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 102.”

⁹⁴Cfr. E HIGHTON, C. GREGORIO Y ÁLVAREZ. “Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes”, en *Revista de Derecho de Daños*, Determinación del daño I, op. cit., pp. 20 – 22.

- c. Género: se supone que no debería haber distinción de género. Se supone que existe tendencia de apreciar más la incapacidad de los varones, supuestamente porque los jueces toman en cuenta para el cálculo los niveles de salarios. Según las estadísticas, las mujeres tienen menos ingresos que los hombres. Esto es relativo ya que hay quienes afirman que, en lo que respecta al daño moral, las mujeres podrían tener mayores indemnizaciones porque son más vulnerables y susceptibles que los hombres. La pregunta es si los jueces deben o no dar un dar un tratamiento unificado.⁹⁶

4.4.2. Criterios y jurisprudencia argentina sobre la cuantificación del daño moral

Los tribunales bonaerenses se han mencionada indicando que el objetivo es llegar a una reparación íntegra, justa y evitar las dobles indemnizaciones por un único perjuicio pese a que se trata a los daños, según sean morales o materiales, de manera independientes. El principio de reparación íntegra significa que se tiene que reparar todo el daño pero no se debe lucrar de ello. Que el perjudicado no quede ni mejor ni peor de lo que estaba antes del hecho dañoso.⁹⁷

En alguna ocasión, los tribunales propusieron que se analice y compare los montos fijados por la jurisprudencia en los diferentes casos, en especial si estos son similares. Explican que, hay que tener una base de datos y una metodología común para analizar los casos, acudir a las circunstancias personales de la víctima y se puede tener en cuenta la cuantía otorgada por los otros tribunales. Así, se “afianza la seguridad y la predicción jurídica y contribuye a la formulación de estándares indemnizatorios que, sin importar acatamiento a fórmulas matemáticas o a otros criterios objetivos, contribuye a una uniformidad judicial y a la determinación de los montos resarcitorios por la integridad psicofísica de las personas.”⁹⁸

Sobre los daños punitivos en Argentina, éstos no están mencionados en el Código Civil pero se propuso su incorporación en el Proyecto de Unificación del Código Civil de 1998 con el nombre de “multa civil.” A pesar de su inexistencia en el ordenamiento jurídico argentino, un tribunal se pronunció al respecto argumentando que una de las funciones del daño punitivo es la de evitar o prevenir el daño. Se dijo, que una indemnización que no tenga la idea de prevenir los

⁹⁵Cfr. *Ibíd*em, p. 22 – 23.

⁹⁶Cfr. *Ibíd*em, p. 26 – 27. .

⁹⁷Cfr. CCCom. De Mar de Plata, sala II, 16/12/2003, *Castrillon Leandro contra Centro Navarro Sud, Sparza, José Oscar y otros*.

⁹⁸ CCCom. De Azul, sala II, 12/7/96, *Ermaliuk Héctor contra Compañía de Seguros La Tandilense S.A.*, J.A. 1997-III213.

daños es injustificable. Explica que es de menor costo el pago de la indemnización que adoptar medidas para que los daños no se produzcan.⁹⁹

Varios tribunales argentinos han explicado con gran claridad cómo debe ser un análisis de la reparación de daño moral:

La reparación por daño moral no debe llegar a una indemnización simbólica, ni al enriquecimiento sin injusto, no transitando por una tarifación como mínimo y máximo, ni atendiendo a un porcentaje del daño patrimonial; tampoco determinada en base a la sola prudencia, sino antes y mejor, a la diferenciación según la gravedad del daño, atendiendo a las particularidades del caso, de la víctima y del victimario, sin desconocer la necesaria armonización de las reparaciones en casos semejantes.¹⁰⁰

En la provincia de Córdoba, los tribunales explican que hay que tomar en cuenta, que las lesiones físicas también generan conmociones de daño moral o espiritual:

... a su vez a eso hay que sumar por ejemplo el accidente mismo, el por el suelo, los golpes, contusiones, la internación y las curaciones menores, son también causa de mortificación y desasosiego sobre todo en personas de muy corta edad o muy avanzada edad, como sucede en el caso de autos. Con mayor razón si todas esas desventuras ocurrieron nada menos que un 23 de diciembre, en vísperas de una festividad tan trascendente en plano familiar como es la navidad, evento que algunos actores debieron pasar hospitalizados.¹⁰¹

En Córdoba, la jurisprudencia, explica que hay que entender el daño moral en su más amplia dimensión conceptual, abarcar el *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su proyecto de vida. Hay dos aspectos a considerar cuando se habla de este *pretium doloris*, el dolor físico que la víctima experimenta como consecuencia del hecho dañoso sobre su propio cuerpo, incluyendo sensaciones de malestar, insomnio o cualquier dolencia; y aparte, el daño moral en sí, que se representa con la pena, la tristeza y el sufrimiento. Esto lo pueden sufrir también los parientes, que en ciertas ocasiones están legitimados para demandar por el

⁹⁹ Cfr. CCCom. De San Isidro, sala I, 18/6/2002, *Rojas, Santos, contra Adi Carlos, Daños y Perjuicios*, el Dial AA – 1092.

¹⁰⁰ CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 13/4/2004, *Petrole Jorge contra Línea 526 Empresa MOESA, Daños Y perjuicios*, id, 11-11-2003, *Yedro Juana Nieves contra Aguas Argentinas SA, Daños y Perjuicios*, CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 15/4/2004, *Villagra Hugo contra Municipabilidad de Avellaneda, Daños y Perjuicios*.

¹⁰¹ C3aCCom. De Córdoba, 22-12-98, *Prueba de la Citada en garantía en: Alcazar, Marcelo contra Jardín Zoológico de Córdoba s/Daños y perjuicios*, sentencia 102.

daño moral. Se puede hablar también del daño a la vida de relación y del el daño psíquico producido. Daño psíquico como “una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente.”¹⁰² Un juez debe tratar de dar consuelo a la víctima, tomando en cuenta el dolor humano. Por esto, algunos consideran que no se debe atender a una tesis punitiva porque esta se fija en la conducta del agresor y como hay que sancionarlo. En contraposición, hay que fijarse en la víctima. Antes que ver el precio del dolor, hay que ver el precio del consuelo. El dolor viene a ser incompatible con la cuantificación económica. Para el consuelo, en cambio, si se puede encontrar algo racional.¹⁰³

Los criterios según provincias y según salas son diferentes y no se ha logrado una unificación completa. Hay quienes afirman, como he mencionado con anterioridad, que hay que analizar el caso y las circunstancias personales para determinar la cuantía de la reparación; a su vez hay quien ha preferido fijar un *quatum* para todos los casos iguales. Por ejemplo, en la ciudad de Rosario, un tribunal fijó una “estimación tarifaria *juris tantum*” y fijó la suma en el caso de la muerte de una persona de 20000 pesos por concepto de daño moral.¹⁰⁴ Es verdad que realizando una tarifa para la determinar la cuantía de daño moral, se va a uniformar la jurisprudencia, pero considero que esta solución es práctica pero injusta.

Puedo recalcar, que la jurisprudencia argentina, por lo general, toma en cuenta lo siguiente para la determinación del daño moral:

- a. La indemnización producto de un daño moral tiene carácter de resarcitorio, atiende a los sufrimientos de la víctima y hay que tener en cuenta la gravedad del ilícito cometido.¹⁰⁵
- b. La indemnización queda al prudente arbitrio judicial.¹⁰⁶

¹⁰² ZABAL DE GONZÁLEZ, citado por: J. SÁNCHEZ TORRES Y MARIO SÁRSFIELD NOVILLO, “Cuantificación de Daños en la Provincia de Córdoba”, en *Revista de Derecho de Daños*, Determinación del daño I, op. cit., p. 182.

¹⁰³ CCCom. De Villa María, 10-8-2001, *Olivares, Mónica Anahí y otro contra Justiniano Ferreyra s/Ordinario*, expte. O-01/2000, sentencia 20.

¹⁰⁴ CCCom. De Rosario, Cámara de Apelaciones Civil y Mercantil, *García Jorge contra Club de Remeros Alberdi*.

¹⁰⁵ CCCom, de San Isidro, sala I, 29/10/98, *Zazzali, P contra Pereya, E, Daños Zazzali, P contra Pereya, E, Daños Y Perjuicios*.

¹⁰⁶ CCCom, de San Isidro, sala I, 29/10/98, *Zazzali, P contra Pereya, E, Daños Zazzali, P contra Pereya, E, Daños Y Perjuicios*.

- c. Los jueces deben proceder de manera estricta para determinar la cuantía de la reparación de daño moral, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y en el Código Procesal. De lo contrario, la indemnización podría significar confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del demandante.¹⁰⁷
- d. “No es necesario que la entidad del daño moral sea probada, siendo facultad judicial su determinación”.¹⁰⁸
- e. La determinación cuantitativa del daño moral no guarda relación con la cuantía de los daños materiales.¹⁰⁹
- f. Si un tribunal no da razones ni fundamenta su monto indemnizatorio, este será objeto de revisión en la Corte por vía de absurdo. De esta manera se garantiza el control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto.¹¹⁰

La jurisprudencia argentina es bastante avanzada en el tema de la determinación del daño moral, y por lo tanto, trascendente para el estudio de la presente tesina. Los jueces han sentado precedentes valiosos. Lastimosamente, de lo que he podido analizar, los jueces argentinos todavía tienen conceptos erróneos en lo que respecta a la prudencia. La jurisprudencia Argentina ha dicho en reiteradas ocasiones que la queda al prudente arbitrio judicial la cuantificación del daño moral. Sin embargo, esta no define a la prudencia y tampoco precisa el significado del arbitrio judicial. Explica que el arbitrio judicial no es lo mismo que arbitrariedad. Pero esta teoría nos lleva a que el arbitrio judicial es una discrecionalidad judicial, y esto puede ser confundido por el juez como libertad para cuantificar. Esta interpretación, como he mencionado con anterioridad es errónea. Lo que vale resaltar de la jurisprudencia argentina, es el requisito de realización del análisis de daño moral, de sus consecuencias, de la víctima, del agresor, etc. La realización de este análisis hace que la cuantificación sea justa; es lo que yo propongo que se haga en el Ecuador, no solo por los magistrados de corte, sino por todos los jueces de instancia.

¹⁰⁷ Cfr. CNCom, sala E, 6/9/88, *Piquero Hugo contra Banco del Interior y Buenos Aires*, citado por P. B. BARBADO, “Cuantificación del Daño, Justicia Nacional”, en *Revista de derecho de daños. Determinación del daño I*. Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 403.

¹⁰⁸ CNCom, sala B, 17/7/92, *Calderón Lidia contra Pescie Pablo*, citado por: P. B. BARBADO, “Cuantificación del Daño, Justicia Nacional” op. cit., p. 403.

¹⁰⁹ CNCiv, sala F, 15/5/2000, *N. N. contra municipalidad de Buenos Aires*, citado por: P. B. BARBADO, “Cuantificación del Daño, Justicia Nacional” op. cit., p. 403.

¹¹⁰ Cfr. SCJBA, 23/11/93, *González Alejandro C. contra Edos SA, Accidente*, citado por: G. MEDINA Y CALOS GARCÍA, *Cuantificación del Daño, Provincia de Buenos Aires*, en *Revista de derecho de daños. Determinación del daño I*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, p. 408.

4.5. La reparación del daño moral en Estados Unidos

4.5.1. Situación actual

En los Estados Unidos, en su derecho anglosajón, el sistema de derecho de daños es llamado “tort law.” Este sistema, es diferente al nuestro en determinados aspectos. Nosotros dividimos específicamente al daño material del daño moral y de esta manera se compensa cuestiones patrimoniales y no patrimoniales respectivamente. En cambio, en el sistema de tort law, existe la figura de “emotional distress”, hay compensaciones por pérdidas económicas, no económicas y a su vez hay compensaciones por “punitive damages.”¹¹¹

La figura de “emotional distress” puede ser llamada intentional infliction of emotional distress; esta tiene su origen en una conducta intencional que generó en sufrimiento emocional extremo. Los elementos para que se pueda demandar por medio de esta figura son:¹¹²

1. El demandado actuó intencionalmente.
2. La conducta del demandado fue extrema y “outrageous”. Para que la conducta tenga estas características, la conducta no debe ser un incidente aislado, debe haber más casos. La víctima era vulnerable y el demandado sabía esto. El demandado está en una posición de poder.
3. El acto del demandado es la causa del sufrimiento.
4. La víctima sufre un severo sufrimiento emocional resultado de la conducta del demandado.

Este tipo de “emotional distress” es relacionado directamente con un daño físico a la persona, no mortal pero causa el sufrimiento emocional, como por ejemplo una desfiguración en la cara de

¹¹¹ Cfr. STEPHEN D SUGARMAN, *Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective*. disponible en: unjobs.org/tags/law-reform

¹¹² Cfr. Disponible en: <http://biotech.law.lsu.edu/Courses/tortsF01/IIEM.htm>

la víctima. La difamación, también es una causa para demandar por medio de esta figura de “emotional distress”.¹¹³

Así, el “emotional distress”, puede ser también llamado negligent infliction of emotional distress. La teoría de este tipo de emotional distress dice que todos tenemos la obligación legal de ser cuidadosos y diligentes, de tal manera que se evita causar sufrimiento emocional a otro. Si alguien falla en esta obligación, y se causa sufrimiento emocional a otra persona, el actor será responsable y responderá con una indemnización por los daños. No hay parámetros para realizar la demanda y puede ser muy abierto a cualquier tipo de reclamo. Se dice que es difícil definir qué casos entrarían dentro de esta figura. Esto difiere del intentional infliction emotional distress, ya que no se necesita probar la intencionalidad de causar el sufrimiento, si la conducta fue poco cuidadosa, es suficiente para demandar. Esta teoría no es aceptada en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos por su falta de demarcación.¹¹⁴

Los “compensatory damages” o compensaciones por pérdidas económicas, en cambio, son en específico las reparaciones por el daño material. Este se compensa y se calcula precisamente con facturas; este tipo de daño es el de fácil cuantificación ya que sí hay su equivalente en dinero.¹¹⁵

Las compensaciones por pérdidas no económicas, llamadas “compensation for pain and suffering” o “general damages”, son lo que nosotros conocemos como daño moral. SUGARMAN, afirma que esta forma de reparación es para compensar el dolor y trauma físico, el sufrimiento, el daño emocional, la decepción o vergüenza derivada de la pérdida de una oportunidad, la dignidad de una persona, etc. El dolor y el sufrimiento se producen por un daño cualquiera hasta el daño a una persona amada.¹¹⁶

SUGARMAN afirma, que el tort law compensa muy generosamente al dolor y al sufrimiento emocional. La regla general en los Estados Unidos es que el jurado determina la cantidad dineraria para compensar el dolor en cada caso en específico. La recuperación de una persona se da solamente compensando el dolor. Este autor explica que la cuantía de la reparación tiene mucho

¹¹³ Cfr. *Elements of Intentional Infliction of Emotional*, disponible en: <http://biotech.law.lsu.edu/Courses/tortsF01/IIEM.htm>

¹¹⁴ Cfr. *Ibidem*.

¹¹⁵ Cfr. STEPHEN D SUGARMAN, *Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective*. op. cit.

¹¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

que ver con el talento del abogado de la víctima, con la composición de los miembros del jurado, con el análisis de la conducta y naturaleza del demandado, etc.¹¹⁷

En los Estados Unidos, según las estadísticas, una víctima puede esperar una mayor cantidad de dinero por la reparación de daño moral, si la cuenta médica por los daños es muy alta. Muchas veces, esto se traduce, que los abogados induzcan a sus clientes a obtener cantidades más altas de dinero mediante la obtención fraudulenta de servicios por salud; servicios no necesarios. Esto significaría más dinero para el abogado, para el cliente y para el médico que colaboró.¹¹⁸

La pregunta, en Estados Unidos, es si en realidad se debe compensar el dolor y el sufrimiento. Si la respuesta es afirmativa, la siguiente pregunta es si en realidad todo dolor y sufrimiento es indemnizable. Qué tipo de dolor es lo suficientemente alto como para recibir una cantidad dineraria y qué tipo de dolor no necesita ser reparado. Muchos autores hablan del “zero recovery”, sufrimiento que no es lo suficientemente grave como para ser indemnizable, es temporal para la víctima y se compensa con la sola reparación de las pérdidas materiales.¹¹⁹ Este tipo de cuestionamientos en nuestro país, así como hemos visto en Colombia y Argentina, ya ha sido superado.

En los Estados Unidos, las demandas por concepto de dolor y sufrimiento son las menos usuales debido a la existencia de un alto número de mecanismos de compensación. Es trascendental, para este tema, tratar los llamados “punitive damages”, que ya mencioné con anterioridad. Los “punitive damages” vienen a ser la compensación por daños pero a modo de sanción contra el demandado. Para que exista la compensación por daño punitivo, es necesario que la conducta del demandado cumpla uno de estos tres supuestos: que la conducta del demandado que produjo el daño sea calificada muy negligente, o sea un descuido total excesivo o sea una ofensa muy grande; pero la conducta no debe llegar a ser intencional. La mera negligencia no entra dentro de la compensación por daño punitivo.¹²⁰

Este tipo de compensaciones son las que producen la mayor cuantía dineraria a modo de reparación, son las más polémicas y han llamado a la Corte Suprema de los Estados Unidos a

¹¹⁷ Cfr. STEPHEN D SUGARMAN, *Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective*. op. cit.

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*.

¹¹⁹ Cfr. SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*.

¹²⁰ Cfr. RODGERS GREGORY, *Estimating Jury Compensation for Pain and Suffering in Product Liability Cases Involving Nonfatal Personal Injury*, disponible en:

pronunciarse al respecto en varias ocasiones. Este tipo de compensaciones se justifican en el sentido que no son un premio a la víctima, sino que es una sanción para la conducta del demandado, de esta manera se previene que vuelvan a suceder este tipo de daños. En algunos Estados, no todo el monto de la indemnización va a la víctima, parte va a la tesorería del Estado mismo.¹²¹

Los abogados prefieren demandar “compensatory damages” y “punitive damages” al tiempo, antes que demandar por compensaciones de “pain and suffering.” Los jurados de las cortes de Estados Unidos, son los encargados de determinar las cuantías de estas reparaciones de daños; algunos consideran que esta cuantificación la deberían hacer los jueces y no los jurados.¹²²

Los jurados, al momento de compensar a la víctima por daños morales y materiales, en muchas ocasiones asocian estos daños entre en sí. Usan sus facultades discrecionales sin tener una guía que les ayude a tomar sus decisiones. Por este motivo, la jurisprudencia no es uniforme, trata daños similares de manera muy diferente al momento de realizar la cuantificación. Esto lleva a que los abogados hagan recomendaciones al jurado sobre aspectos que deben tomar en cuenta para la determinación de la cuantía. Algunos consideran necesario proponer criterios que sirvan de guía para la cuantificación, así como imponer un límite para que la cuantificación no sea excesiva.¹²³

De los datos obtenidos por una compañía americana JVR que recoge información de cortes civiles, se ha llegado a ciertas conclusiones respecto de variables que describen daños y cuantías. Se ha determinado que los jurados usan como factores la edad y sexo de la víctima, así como las partes del cuerpo dañadas, el tipo de daño y el año del veredicto. Los datos indican que a mayor daño material, el daño moral es mayor. Del 100% de la indemnización, un promedio del 80% constituye el daño moral y el otro 20% la pérdida material, económica en sí. También, según estos estudios, se ha determinado que las cuantías son superiores cuando hay niños involucrados, en niños el dolor y sufrimiento dura más.¹²⁴

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en ciertos casos que mencionaré a continuación, ha decidido rebajar las cuantías excesivas y ha establecido criterios para la determinación de las cuantías por concepto de daños punitivos. El debate que deriva de estas cuantificaciones es si

¹²¹ Cfr. *Ibíd.*

¹²² Cfr. STEPHEN D SUGARMAN, *Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective*, disponible en: unjobs.org/tags/law-reform

¹²³ Cfr. RODGERS GREGORY, *Estimating Jury Compensation for Pain and Suffering in Product Liability Cases Involving Nonfatal Personal Injury*, disponible en:

¹²⁴ Cfr. STEPHEN D SUGARMAN, *Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective*. op. cit.

éstas son inconstitucionales, o si las rebajas de la corte lo son, esto se debe a que muchos las consideran violatorias de las enmiendas ocho, nueve, diez y catorce; esta última que trata sobre las garantías del debido proceso, el llamado “due process”.¹²⁵

4.5.2. Criterios y jurisprudencia estadounidense sobre la cuantificación del daño moral

Para entender mejor a la cuantificación del daño moral en Estados Unidos, me voy a remitir a ciertos casos para su análisis.

4.5.2.1. Miller vs. National Broadcasting Co.¹²⁶

Este es un caso en el que se alegó “infliction of emotional distress.” Se trata de un grupo de periodistas que acompañaban al Departamento de Bomberos de Los Ángeles, California. En una llamada de emergencia, el grupo de periodistas que acudió presenció un ataque cardíaco, a una persona que falleció ese instante. Esa noche, NBC pasó al aire este suceso. La viuda del Sr. Miller, la persona que falleció, demandó a NBC por invasión a la privacidad y por infliction of emotional distress. A su vez, en la demanda, se solicitaban los respectivos daños punitivos. La defensa sostuvo que la invasión a la propiedad produce daño emocional, y, aunque no hubiere malicia o intención de causar daño al invadir la propiedad, ahí es cuando entra en juego la figura de infliction of emotional distress. Se dijo que en efecto se produjo dolor, sufrimiento en el demandante, hasta se responsabilizó a NBC de los ataques de ansiedad de la hija del Sr. Miller provenientes a raíz de la muerte de su padre. Se calculó una suma de 500000USD por concepto de daños. Esta figura es importante para el estudio ya que se asemeja a nuestro sistema en el sentido que no se necesita probar la intencionalidad de quien causa daño moral.

4.5.2.2. Caso Philip Morris vs. Williams¹²⁷

La tabacalera Philip Morris fue demandada por la viuda de un señor que murió con cáncer. El jurado le dio a la viuda 79.5 millones de dólares por daños punitivos y 821,000 por

¹²⁵ Cfr. SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, 2006, op. cit.

¹²⁶ *Miller v. National Broadcasting Co.* http://www.cfac.org/handbook/cases/Miller_v_NBC.pdf

¹²⁷ Cfr. Supreme Court of United States <http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1256.pdf>

daños materiales. El juez consideró que el jurado se excedió, hizo una rebaja a la suma de daños materiales hasta 521,000 USD, y disminuyó los daños punitivos hasta 32 millones de dólares. La Corte de Apelaciones de Oregon reafirmó los 79.5 millones de dólares. Esto fue llevado a la Corte Suprema de los Estados Unidos y esta rechazó el argumento de Philip Morris de que los daños punitivos eran muy excesivos, “grossly excessive”.

El argumento de Philip Morris era:

- a. Estos daños punitivos fueron decididos según el deseo del jurado, este no tomó en cuenta que estaban confiscando propiedad del demandado, a su vez no esto no cumplía con el debido proceso.
- b. La constitución prohíbe sanciones excesivas en la enmienda octava de la constitución. (Honda Motor v. Oberg.) La enmienda octava indica:

No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas.¹²⁸
- c. Esto significa arbitrariedad y por ende es violatoria del debido proceso.

Al rechazar estos argumentos, la Corte Suprema de Oregon dijo que el propósito de los daños punitivos es sancionar; sancionar para que no vuelva a pasar y para que no se ponga en riesgo la integridad del resto de personas. A su vez, considera que los jurados están debidamente capacitados para determinar el daño y ver el grado de reprochabilidad de la conducta. Por este motivo no rebajaron la cuantía. La corte dijo que este caso tiene que ser tomado en cuenta para las personas de Oregon que sufran daños similares.

4.5.2.3. Caso Gore vs. BMW¹²⁹

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en algunos casos, ha establecido un exceso constitucional en la cuantía por daños punitivos, basado en el debido proceso. Este es un caso de dos millones dólares acompañado de una indemnización de daño material de 4000USD.

La Corte, en el caso BMW of North America v. Gore, dijo que los daños punitivos deben ser evaluados bajo tres criterios:

¹²⁸ U.S. Constitution: Amendments, op. cit

¹²⁹ Cfr. SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, 2006, op. cit.

¹²⁹ Cfr. Supreme Court of United States, op. cit.

- a. Grado de reprochabilidad de la conducta del demandado.
- b. Proporcionalidad entre los daños punitivos y los daños compensatorios.
- c. Comparar la cuantificación de esos daños punitivos con otras sanciones civiles o penales que pudieron ser impuestas por una conducta similar.

The degree of reprehensibility of the defendant's conduct, the ratio between punitive and compensatory damages, and a comparison of the amount of punitive damages to any "civil or criminal penalties that could be imposed for comparable misconduct".¹³⁰

A partir de esos criterios la Corte dijo:¹³¹

- a. La conducta del demandado fue puramente económica y no lo suficientemente reprochable como para una sanción de dos millones de dólares por concepto de daños punitivos.
- b. Tomando en cuenta la relación de los daños materiales respecto de los daños punitivos, la corte dijo que la proporción de 1 a 500 era demasiado y expresó que hay poner un margen correcto.
- c. Por último, la corte dijo que la pena máxima que tenía BMW por mala conducta en Alabama, el lugar del siniestro, era de 2000USD y en otros Estados estaba entre 5000 y 10000USD, algo sustancialmente menor que lo impuesto.

En este caso, la corte concluyó que los daños punitivos son excesivamente altos y que trasciende el límite constitucional. La Corte dijo que el debido proceso impone una limitación en los daños punitivos, siguiendo la lógica que los daños que exceden van más allá de los intereses legítimos de los Estados de sancionar. A su vez de prevención de arbitrariedad, por ende viola la enmienda catorce.¹³²

Por primera vez, la corte invalidó la sanción por concepto de daños punitivos alegando falta de bases en el debido proceso. El "due process clause" y la enmienda octava prohíbe al Estado imponer una sanción excesiva a un demandado. Lastimosamente la corte nunca argumentó por qué el debido proceso impone un límite por la cantidad de daños punitivos.¹³³

¹³⁰SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, op. cit.

¹³¹ Cfr. Supreme Court of United States, op. cit.

¹³² Cfr. *Ibidem*.

¹³³ Cfr. SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, op. cit.

A partir de este caso, salió a la luz el debate sobre la constitucionalidad de las cuantías excesivas, por concepto de daños punitivos. Muchos juristas afirmaron que la interpretación de la Corte Suprema y los criterios impuestos por esta, así como las reducciones de las cuantías, violan las enmiendas siete, nueve y diez que indican respectivamente:

El derecho a que se ventilen ante un jurado los juicios de derecho consuetudinario en que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, será garantizado, y ningún hecho que haya conocido un jurado será objeto de nuevo exámen en tribunal alguno de los Estados Unidos, como no sea con arreglo a las normas del derecho consuetudinario.¹³⁴

No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.¹³⁵

Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados Unidos, queda reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.¹³⁶

La interpretación de la corte en el caso BMW, niega el derecho del Estado de imponer mediante jurados civiles una multa punitiva en el nivel que ellos crean conveniente. A su vez, ofende a la enmienda diez al dar poder a la corte o Congreso de sustituir las preferencias del common law, en vez de las del Estado, teniendo en cuenta que son facultades reservadas a los estados.

Así también, en contraposición a lo dicho por la corte, se dice que los estados no deben imponer sanciones económicas excesivas para cambiar la conducta de los actores de otros Estados, esto derivado de los límites y soberanía estatales. Por lo contrario, los Estados deben poner daños punitivos apoyados por los intereses estatales de proteger a sus propios consumidores y a su propia economía. A pesar de esto, la corte afirmó que la conducta fuera de los Estados sí es relevante para determinar el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado.¹³⁷

¹³⁴ *U.S. Constitution: Amendments*, disponible en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendments.html>

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Cfr. Supreme Court of United States, *op. cit.*

Suponiendo que la corte tiene razón, y que muchos de los daños punitivos son exorbitantes y que hay necesidad de limitarlos, probablemente lo que se debe hacer es una reforma de tort law hecha por los legisladores.¹³⁸

4.5.2.4. Caso State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell

En este caso la cantidad de los daños punitivos era de 145 millones de dólares y los daños compensatorios eran de un millón de dólares. La corte invalidó los daños punitivos por ser excesivos. Esta reafirmó su punto de vista que el debido proceso establece sustanciales límites en el nivel de los daños punitivos. Es más, en este caso, uno de los mayores argumentos pertenecía a un criterio de proporcionalidad. La corte explica:

...few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process.¹³⁹

Esta posición de la corte nos hace pensar en la posición de los Estados y del Congreso en lo que respecta a los daños punitivos. Los Estados que son soberanos tienen facultades dadas por la Constitución para imponer sanciones. A su vez, el Congreso podría mediante ley limitar esta cuantía. Las pronunciaciones de la Corte violarían la Constitución para muchos, violarían la voluntad del jurado que cuantificó el daño. Esta discusión todavía está abierta en los Estados Unidos.

El argumento para apoyar que las sanciones excesivas son violatorias del debido proceso, está en el primer inciso de la enmienda catorce que dice:

Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal.¹⁴⁰

¹³⁸ Cfr. SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, op. cit.

¹³⁹ SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, op. cit.

¹⁴⁰ *U.S. Constitution: Amendments*, op. cit.

Así, lo que facultaría al Congreso a limitar los daños punitivos, y por ende proteger el debido proceso, lo encontramos en el último inciso de la enmienda catorce:

El Congreso tendrá facultades para hacer cumplir las disposiciones de este artículo por medio de leyes apropiadas.¹⁴¹

Yo considero que las cuantías excesivas sí son contrarias al debido proceso y a la Constitución estadounidense, según lo revisado en las enmiendas. De alguna manera, estas cuantías sí pueden llegar a ser confiscatorias de la propiedad de los actores. Habría que analizar caso por caso. Pero, lastimosamente, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos reduce las cuantías de las reparaciones de daños, esto también constituye una violación de la voluntad soberana de los Estados, que se manifiesta a través de la decisión de los jurados; y por ende es violatoria de la Constitución. Considero que sí es necesario limitar la cuantía de las indemnizaciones, pero esto es algo que ya correspondería a los legisladores; y, hasta que esto no suceda, los jurados podrían imponer las sumas que deseen.

Con respecto a las cuantías excesivas y a los daños punitivos, en ciertas ocasiones, sí es necesario que este tipo de sanciones excesivas existan. En nuestro país, por ejemplo, hay casos en los que vale la pena que se castigue al actor del daño, para que esta conducta no se vuelva a repetir. El caso Florencio Andrade Medina contra CONELEC, podría ser un ejemplo en el que hubiera sido necesario aplicar la teoría de los daños punitivos. Obviamente nuestra legislación no prevé al respecto, pero la corte podía imponer una sanción más alta, de esta manera las empresas empiezan a tener mayor diligencia al momento de realizar su actividad. La aplicación de los daños punitivos sería a su vez una advertencia para el resto de entidades, públicas y privadas, para que eviten conductas negligentes. Así no sólo se sanciona una conducta, sino también se previene que casos similares vuelvan a ocurrir.

¹⁴¹ *U.S. Constitution: Amendments*, op. cit

4.6. La reparación de daño moral según la Corte Interamericana de Derechos Humanos

4.6.1. Criterios y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indica que la reparación de la violación de los derechos humanos es uno de los principios del derecho de gentes y a su vez esta obligación de reparar viene del Derecho internacional.¹⁴²

Para fijar el alcance de la reparación y la forma de la misma, es primordial identificar el hecho lesivo. (Caso Aloeboetoe y otros, reparaciones) Es necesario establecer la relación entre la afectación del derecho y la conducta o situación dañosa.¹⁴³

La Corte ha clasificado la reparación en:

- a. Garantía actual y futura: esto tiene que ver con la garantía que se le dará al lesionado al goce de su derecho o libertad desconocidos, y así también, que paren sus consecuencias. (artículo 63.1) Se podría decir que es una garantía para la capacidad de ejercicio de un derecho.¹⁴⁴
- b. Indemnización: compensa la pérdida de un bien que no es posible reponer conforme a su propia naturaleza, pero lo compensa con un bien útil, universal. Un ejemplo, la pérdida injusta de la vida. (Caso Aloeboetoe y otros, reparaciones) ¹⁴⁵Dentro de la indemnización están comprendidos los daños materiales como los morales. ¹⁴⁶

En lo que respecta al daño moral, la Corte Interamericana ha dicho: “el daño moral proviene de los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de derechos y libertades; de ahí que sea, como ha se ha dicho, una suerte de *pretium doloris*. Es preciso probar ese daño, salvo cuando resultare evidente, tomando en cuenta la naturaleza de las lesiones infligidas” (Caso

¹⁴² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *Las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p.355, disponible en:

www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_329.pdf

¹⁴³ Cfr. *Ibíd*em, p.335.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibíd*em, p.338.

¹⁴⁵ Cfr. *Ibíd*em, p.338.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibíd*em, p.339.

Aloeboete, Reparaciones) ¹⁴⁷ Hay que tomar en cuenta también, la estrecha relación familiar entre la víctima y el derecho habiente. (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones)¹⁴⁸

La reparación de daño moral tiene carácter compensatorio. La indemnización tiene que ver con la satisfacción y llega ser una compensación simbólica. “En algunos casos, se acepta que la sentencia adversa al Estado constituye, por sí misma, una reparación adecuada para el daño moral. Esto no ocurre cuando es sumamente grave la violación cometida y muy intensos los sufrimientos causados” (Casos El Amparo, Reparaciones)¹⁴⁹

La Corte se ha pronunciado sobre el daño moral:

- La naturaleza y características de la violación del derecho determinan las de la reparación. ¹⁵⁰
- “La justa indemnización debe proveerse en términos suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida.”¹⁵¹ (Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria)
- La indemnización tiene naturaleza compensatoria, no punitiva.¹⁵² (Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria)
- “Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”¹⁵³.
- “El derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a los herederos”, y “los daños provocados a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio.” (Casos Garrido y Baigorria, Reparaciones)¹⁵⁴

4.6.2. Casos de Corte Interamericana contra el Estado Ecuatoriano

¹⁴⁷ GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *Las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p.339.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibídem*, p.339.

¹⁴⁹ *Ibídem*, p.340.

¹⁵⁰ Cfr. *Ibídem*, p.336.

¹⁵¹ *Ibídem*, p.338.

¹⁵² Cfr. *Ibídem*, p.338.

¹⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cantoral Benavides Reparaciones*, sentencia de 3 de diciembre de 2001, entre otras

¹⁵⁴ GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *Las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit. p.340.

Existen muchos casos de violaciones de derechos humanos contra el Estado ecuatoriano, que han llegado a la Corte Interamericana. Me voy a remitir a dos casos de gran importancia para su análisis.

4.6.2.1. Caso Tibi contra Ecuador¹⁵⁵

El 27 de Septiembre de 1995, en la ciudad de Quito, Daniel Tibi fue detenido sin orden judicial y llevado a Guayaquil, fue recluido en la cárcel y quedó detenido ilegalmente por 28 meses. Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban, pero fue torturado; de esta manera lo obligaron a confesar en un caso de narcotráfico. Le incautaron bienes de su propiedad, estos no le fueron devueltos cuando fue liberado el 21 de Enero, 1998. El Estado ecuatoriano no le otorgó la posibilidad de interponer un recurso contra su detención preventiva ni contra las torturas provocadas. Este caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta corte falló a favor de Tibi. En la sentencia de reparaciones la corte otorgó a Tibi, en lo que respecta a indemnizaciones por daños y perjuicios, lo siguiente:

- a. Por concepto de daño material: 148,715 euros.
- b. Por concepto de daño inmaterial o moral: 207,123 euros. Esto incluye reparaciones a sus familiares.
- c. Por concepto de gastos procesales: 37,282 euros.

La Corte otorgó un plazo de un año para que el Estado ecuatoriano cancele estos montos.

Para determinar el daño material, la Corte tomó en cuenta, la pérdida de ingresos por el tiempo que permaneció detenido, la disminución en la capacidad laboral, los gastos familiares en viajes, 150 sesiones de psicoterapia y demás tratamientos físicos debido a la tortura.

En lo que respecta a la cuantificación del daño inmaterial, la corte tomó en cuenta la ruptura de lasos familiares, problemas psicológicos y violación de la integridad personal (físico, psíquico y moral).

El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las

¹⁵⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi contra Ecuador*, Sentencia 7 de septiembre de 2004.

Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Por cuanto no es posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede ser objeto de compensación, en dos formas. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, tales como la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad de la víctima.¹⁵⁶

Entonces, la Corte Interamericana se refiere a dos tipos de reparaciones en lo que respecta al daño inmaterial. Una realizando un análisis del daño moral en la persona, y la segunda es a modo de reparar la dignidad de la víctima. En este caso, debido a un atentado a la reputación de la víctima al obligarlo a confesar en un caso de narcotráfico.

La Corte así, dijo:

Al fijar la compensación por daño inmaterial en el caso *sub judice*, se debe considerar que Daniel Tibi fue sometido a condiciones de reclusión inhumanas y fue torturado, lo cual le produjo intensos dolores corporales, sufrimientos y quebrantos emocionales, así como consecuencias físicas y psicológicas que aún perduran. Además, las actuaciones que se siguieron en su contra no cumplieron con los requisitos del debido proceso (hubo detención ilegal y arbitraria, falta de garantías judiciales y de protección judicial). Naturalmente, la persona sometida a detención arbitraria experimenta un profundo sufrimiento, que se agrava si se toma en cuenta que no se han investigado los hechos relacionados con la tortura de que fue objeto la víctima. Este Tribunal considera que se presume que las violaciones de esta naturaleza causan daños inmateriales a quien las padece. Es razonable considerar que las violaciones cometidas en contra del señor Daniel Tibi alteraron de forma manifiesta su proyecto de vida. Las expectativas de desarrollo personal, profesional y familiar, posibles en condiciones normales, fueron interrumpidas de manera abrupta.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi contra Ecuador*, op. cit., p. 97.

¹⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi contra Ecuador*, op. cit. p. 98.

La suma dineraria a la que llegó la Corte, no solo incluía indemnizaciones a Tibi, sino también a sus familiares, ex cónyuges, hijos, hijastros. Esta suma incluía tratamientos futuros de gastos psicológicos y médicos para las víctimas. A su vez, tengo que resaltar que también se otorgó a Tibi una indemnización por daño al proyecto de vida. Esta figura ha sido utilizada por la Corte Interamericana en varias ocasiones y es trascendental en lo que respecta a un daño moral, ya que el daño moral afecta el desarrollo normal de la vida y de las expectativas de la misma.

En el caso Loayza Tamayo, la Corte emprendió el examen de un tema que aún requiere elaboración y consolidación: el proyecto de vida. Se trata de más que las oportunidades, chances, expectativas. Está vinculado, como se dijo en ese caso, con metas razonables, esperanzas fundadas, proyectos accesibles, que constituyen, en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican.¹⁵⁸

Como otras formas de reparaciones la Corte llegó a la conclusión:

1. Que el Estado adopte medidas legislativas para garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana.
2. Que el Estado investigue, juzgue y sancione a los responsable de las violaciones de los derechos humanos del señor Tibi.
3. Que el resultado de este proceso sea público.
4. Que exista un plazo razonable para terminar las investigaciones.
5. Que el Estado ecuatoriano violó los siguientes derechos: integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, propiedad privada, protección judicial y protección a la familia.

Son interesantes los análisis que realiza la Corte Interamericana de derechos Humanos para cuantificar el daño inmaterial. Considero que muchos de estos criterios deberían ser utilizados en las cortes nacionales. Por ejemplo:

- El proyecto de vida, muchas veces no se toma en cuenta las expectativas de las personas. Este puede ser una crítica en especial al Caso Florencio Andrade Medina

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 133.

contra CONELEC, que he mencionado con anterioridad. No se tomó en cuenta las expectativas de vida del niño, ni el sufrimiento diario de este.

- La Corte Interamericana incluye dentro del daño inmaterial, el daño psicológico futuro.
- La corte no solo otorgó indemnizaciones a la víctima, sino a todos sus familiares; incluso ex cónyuge y a sus hijastros.

Implementar este tipo de criterios, para cuantificar el daño moral, puede ayudar a que se logre una verdadera reparación del daño en sí. Nuestra Corte Nacional de Justicia debería tomar como ejemplo estos análisis, de esta manera mejorar las reparaciones por concepto de daño moral.

4.6.2.2. Caso Albán Cornejo contra Ecuador¹⁵⁹

Laura Albán Cornejo entró al Hospital Metropolitano el 13 de febrero 1987, por una meningitis. El 17 de diciembre del mismo año, la Srta. Albán Cornejo sufrió un fuerte dolor de cabeza, por lo que el médico residente le recetó una inyección de morfina. Al día siguiente, la Srta. amaneció muerta, a causa del medicamento. Los padres denunciaron el hecho, por negligencia médica, pero el Estado ecuatoriano no sancionó a los médicos. El caso fue llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la corte se pronunció responsabilizando al Estado ecuatoriano por violaciones a la integridad personal de los padres de la víctima y por violaciones a las garantías judiciales.

La corte indicó que las reparaciones deben ir a la parte lesionada, en este caso padre y madre de la Srta. Albán Cornejo. La demanda solicitaba que también se otorgue una indemnización por concepto de daño inmaterial a los hermanos de la víctima, pero la corte no los consideró para efectos de la reparación. Se determinó por concepto de daño material e inmaterial una indemnización de 25000USD a cada uno de los padres. Por concepto de costas y gastos, se otorgó 30000USD, para la que Sra. Carmen Cornejo de Albán entregue a quién estime.

Como otras formas de reparación, se dijo que el Estado ecuatoriano debe:

¹⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo contra Ecuador*, Sentencia 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf

- a. Publicar la sentencia
- b. Crear una comisión para establecer mecanismos para sancionar la mala práctica médica.
- c. Optar por medidas para mejorar los derechos de los pacientes y capacitar a los operadores de la justicia para que conozcan estos derechos y la normativa relacionada con la salud.

Se esperaría que a medida que pasan los años, las sentencias mejoren poco a poco, no lo contrario. Considero que la sentencia del caso Tibi, del año 2004, es indudablemente mejor analizada que la sentencia del caso Albán Cornejo del 2007. En primer lugar, la sentencia del caso Albán Cornejo ni si quiera realiza una separación entre la valoración del daño material respecto del inmaterial. A su vez, esta sentencia no incluye a familiares cercanos de la víctima, esto difiere a lo que hemos visto del caso Tibi. Vale resaltar del caso Albán Cornejo, las otras formas de reparación, ya que algunas de estas disposiciones pueden servir para prevenir futuros casos de este tipo.

CAPITULO II

LA MOTIVACIÓN

2. 1. ¿Qué es la motivación?

2.1.1. Concepto doctrinario de motivación

La concepción moderna de la motivación nace con la Revolución Francesa. Esta surge como un control democrático del ejercicio del poder jurisdiccional, en aquellas épocas el significado de motivación se limitaba a incluir en su concepto sólo a los elementos de derecho que debían existir para este control, no se hacía mención sobre los elementos de hecho que hoy también forman parte del tema. En el Ecuador la motivación llegó a ser inexistente en determinadas etapas de la historia debido a que producía un aumento significativo de procesos y a la generación de recursos. Según la jurisprudencia ecuatoriana, durante ese lapso, desconocieron la importancia de la existencia del concepto para el buen funcionamiento de un Estado de Derecho.¹⁶⁰

En la actualidad, la doctrina, entiende por motivación a los antecedentes de hecho y de derecho que dan lugar a que se dicte determinado acto de los poderes públicos. Son las razones fácticas y jurídicas, en las que se basa el funcionario público, que lo faculta para realizar determinada resolución. Existen sistemas donde la regla general es que no todos los actos de la administración deben ser motivados. Es injustificado por parte de estos sistemas que no consideren obligatoria la existencia de la motivación para las actuaciones del poder público.¹⁶¹ En la actual Constitución ecuatoriana, como veremos más adelante, la motivación viene a ser obligatoria para todo acto administrativo, resolución o fallo que emane del poder público.

2.1.1.1. Requisitos de la motivación

Una vez mencionada la tesis, de que la motivación debe ser obligatoria para toda actuación de los poderes públicos, es trascendental definir los requisitos que debe tener la motivación para que esta sea válida. La Constitución indica que los actos sin motivación serán nulos, es necesario saber bajo que requerimientos se los puede considerar válidos.

La motivación no tiene que ver con la extensión de del acto administrativo o de la resolución, tiene que ver con el contenido en sí del mismo. En países como Argentina, la motivación tiene que referirse solamente a ciertos temas: a). cuando se remita sobre derechos subjetivos, b). resuelva recursos o c). cuando establezca un criterio diferente a actuaciones

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. Pág.. 363. *Dr. Marcelo Regalado Serrano vs. Dr. Edgar Ramiro Zurita y otros*, Noviembre 9, 1999.

¹⁶¹ Cfr. G TAWIL, *Administración Y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa.*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, p 341.

precedentes.¹⁶² En el Ecuador, la motivación versará sobre todos los temas que emanen de la actuación pública; por lo que no tenemos una clasificación parecida a la de Argentina.

Como requisito primordial del contenido de la motivación de una actuación administrativa, tenemos la enunciación de los fundamentos fácticos, jurídicos; y de su relación causal. Son las razones de hecho y derecho que llevan a dictar determinado acto administrativo.¹⁶³

La fundamentación de hecho y de derecho tiene que ser clara, expresa, completa, lógica y legítima para que esta sea válida.¹⁶⁴ Al decir que la fundamentación debe ser clara se dice que esta debe ser comprensible y que no haya oscuridad en las ideas que se expresan. Las personas comunes deben llegar a entender el pensamiento de la persona que realiza la motivación. Se dice que la fundamentación es expresa cuando se enuncian los propios argumentos sobre el caso sin suplirlos remitiéndose a otros casos. Es completa cuando abarca todos los hechos del caso relacionados con el derecho pertinente. Son las razones que llevan a determinada conclusión sobre los hechos suscitados. En una sentencia, por ejemplo, los hechos y el derecho se tienen que complementar con la práctica de pruebas, y, de esa forma se falla de determinada manera. Si el juez prueba los hechos, esto se convierte en el sustento de la aplicación de determinadas normas. A partir de los hechos probados, se utiliza la ley que cabe en el respectivo caso, el juez debe citar esta ley que va a aplicar. Toda afirmación, consideración o proposición tiene que tener respaldo en el texto legal. A su vez, se debe fundar la consecuencia de la aplicación de determinada norma. Siguiendo con los requisitos, la motivación será lógica cuando se siguen las normas básicas del entender humano. Se ajusta a principios y sigue sus propios parámetros y criterios en base a lo probado. La fundamentación, por último tiene que ser legítima, esto quiere decir que toda actuación debe tener base en pruebas válidas y lógicas. La resolución no puede estar fundamentada en pruebas viciadas.¹⁶⁵ En síntesis, la fundamentación debe cumplir con ciertas características que lleven a determinar que el hecho, el derecho y su nexo causal es correcto.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador se ha mencionado al respecto de la motivación de hecho y de derecho:

La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria: la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos

¹⁶² Cfr. *Ibidem.*, p. 348.

¹⁶³ Cfr. *Ibidem.*, p. 349.

¹⁶⁴ CONF. RICARDO NÚÑEZ, *El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación*, Buenos Aires, 1958. Citado por: F DE LA RÚA, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1991, p. 150.

¹⁶⁵ Cfr. F DE LA RÚA, *Teoría General del Proceso*, op. cit., pp. 150 – 153.

hechos. La descripción fáctica es el presupuesto de la aplicación de la ley y por tanto, un requisito de la motivación en derecho de la sentencia: los hechos constituyen el sustento de la aplicación normativa.¹⁶⁶

2.2. La motivación y el principio de legalidad

2.2.1. El concepto del principio de legalidad

El principio de legalidad explica que toda actuación del poder público debe estar sometida y subordinada a la ley y al derecho. Este principio es aplicado al Estado y en especial a la administración, convirtiéndose en una obligación para la administración al tener que someterse al principio. A su vez, es un derecho del administrado al saber que puede recurrir bajo ciertos procedimientos para solicitar que se cumpla con esa legalidad. El bloque de legalidad al que debe estar sujeta la administración, son todas las leyes dictadas por el legislador, las normas y principios constitucionales y las normas emanadas por la misma administración.¹⁶⁷

Cabe recalcar la mención de los principios jurídicos dentro de la legalidad, en especial para las actuaciones discrecionales de la administración. Aunque la discrecionalidad no se sujete a una norma jurídica precisa, esta se sujetará siempre a los principios que rigen al Estado; de manera que esta actuación discrecional no llegue a ser arbitraria. En fin, la administración, en base al principio de legalidad, se sujeta a todas las normas y principios que rigen al Estado. Esta legalidad limita la actuación del Estado y su finalidad apunta al bienestar e interés común.¹⁶⁸

El principio de legalidad, a su vez, busca que el administrado pueda prever la actuación de la administración, y por ende, esta prevención le brinda seguridad jurídica. La seguridad jurídica envuelve que las consecuencias de cualquier procedimiento iniciado dentro de un Estado sean anticipadas para el administrado. Este principio es necesario para que el administrado pueda conocer la respuesta de la administración debido a cierto comportamiento que el mismo realice. A la seguridad jurídica ya la mencioné en el capítulo primero de la presente tesina, podemos ver que los principios jurídicos se encuentran entrelazados entre sí, se complementan los unos con los otros.

¹⁶⁶ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1516. *Héctor Eduardo Loor Gavilanes vs. Comisionistas Bursátiles Combursátil Casa de Valores Sociedad Anónima*, 9 de abril, 2001.

¹⁶⁷ Cfr. J ESCOLA, *Legalidad, Eficacia y Poder Judicial*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1997, p. 37.

¹⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 38.

Se dice que en ciertos casos excepcionales, como en estado de necesidad o legítima defensa, se puede dejar de lado el principio de legalidad.¹⁶⁹ Puedo afirmar, que esta falta de legalidad, no podría acontecer para las resoluciones judiciales ya que significaría un atropello al derecho a la defensa. Este principio es trascendental respecto de la determinación de la reparación del daño moral, ya que la sentencia que determine una reparación tendrá que ser motivada y acogerse a la legalidad.

2.2.2. La motivación como parte del principio de legalidad

La motivación hace posible que exista el control sobre la legalidad de lo actuado. El principio de legalidad explica que toda actuación del poder público debe estar sometida a la ley, la motivación pide a este poder público que justifique sus actuaciones; en base a este principio. Si no existe tal motivación, o si el administrado está en duda de la motivación, en base al principio de legalidad se puede impugnar la resolución y pedir las razones para determinada actuación. Las razones de toda actuación deben ser no sólo a partir del derecho, sino también a partir de los hechos suscitados y de su nexo causal entre éstos.

TAWIL, acertadamente, comenta la relación existente entre la motivación de la actuación de los poderes públicos respecto del principio de legalidad:

No cabe duda, en este sentido, que frente a la obligación de motivar sus actos, quien ostenta el poder decisorio pueda sentir restringida su libertad de actuación. Pero tal restricción es consecuencia directa y necesaria del principio de legalidad. Si la citada libertad fuera absoluta, el principio de legalidad adquiriría el carácter de mero enunciado dogmático. Por ello, la motivación aparece como una de las pruebas más contundentes del sometimiento de la autoridad al derecho...¹⁷⁰

Al realizar estudios de derecho, se puede decir que muchos de los principios jurídicos son simples declaraciones que en la práctica no tienen valor. Con la obligación que tiene el poder público de motivar su actuación, el principio de legalidad se vuelve efectivo. Por ello, la motivación, nace como consecuencia de la aplicación de este principio de legalidad.

¹⁶⁹ Cfr. *Ibíd.*, p. 39.

¹⁷⁰ G TAWIL, *Administración Y Justicia. Alcance del Control Judicial de la Actividad Administrativa.*, op. cit., 1993, p 344.

2.3. La motivación y las garantías del debido proceso

2.3.1. El concepto de las garantías del debido proceso

El concepto de garantía era utilizado por KELSEN respecto de los medios o procedimientos para asegurar o “garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o contenido”.¹⁷¹ Más tarde este concepto evolucionó de tal manera que se habla de garantías para asegurar los derechos de los hombres.¹⁷²

El antecedente del debido proceso, como tal, lo encontramos en la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos que indica: “Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de la ley”. La Corte Suprema de ese país ha tratado de definir al *due process of law* como “los modos de procedimiento consagrados antes de la emigración de nuestros antepasados que, no siendo inadaptables a su condición civil y política, han continuado aplicándose por ellos después de su establecimiento en nuestro país”.¹⁷³

Hay que recalcar que las garantías del debido proceso también están mencionadas en instrumentos internacionales como El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en La Convención Americana de Derechos Humanos. En ambos instrumentos se explica que toda persona debe ser oída con las debidas garantías. Éstas “debidas garantías” son las ya mencionadas garantías del debido proceso. Por esto, el derecho al debido proceso no solamente es un derecho constitucional, sino que se encuentra protegido también bajo tratados internacionales, que según algunos autores, éstos tratados se encuentran por encima de la constitución.¹⁷⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado sobre las garantías del debido proceso:

¹⁷¹ H KELSEN, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1969. Citado por O Gozainí, *La Justicia Constitucional: Garantías Proceso Tribunal Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1994, p. 182

¹⁷² O GOZAINÍ, *La Justicia Constitucional: Garantías Proceso Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 182

¹⁷³ E COUTURE., *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, México DF, Ed. Jurídica Universitaria, 2001, p. 61

¹⁷⁴ Cfr. GARCÍA – SAYAN DIEGO, *Poder Judicial y Democracia*, Lima, Ed. Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 60.

...es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia...¹⁷⁵

...el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal...¹⁷⁶

...el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales...¹⁷⁷

...a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos...¹⁷⁸

Las garantías del debido proceso van de la mano de la Justicia, que ya la analicé en el primer capítulo de la presente tesina. Este concepto existe dentro del Estado de Derecho y su aplicación sirve para un sin número de situaciones. Se dice que el debido proceso es un medio, más no un fin, para llegar a la Justicia.¹⁷⁹

A su vez, el debido proceso tiene una relación estrecha con la denominada tutela judicial efectiva. Todas estas instituciones y principios van de la mano y se relacionan de tal manera que se consiga el debido proceso para el administrado. Sin embargo, hay que aclarar que, el debido proceso no se encuentra comprendido dentro de la tutela judicial efectiva. El debido proceso es mucho más amplio, y, en contraposición a la tutela judicial efectiva, abarca no solamente a los procesos judiciales sino a todos los procesos existentes dentro de un Estado. La tutela judicial efectiva se apoya en el debido proceso para conseguir su objetivo. En concreto la tutela judicial efectiva funciona precisamente dentro del sistema judicial, es un conjunto de instituciones procesales que buscan proteger a los involucrados en un litigio, tutelarles de tal manera que no se vulneren sus derechos.¹⁸⁰

¹⁷⁵ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, citado por: L A HUERTA GUERRERO, *El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/nuevdh/dh2/lh-deb2.HTM>

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, párrafo 27. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párrafo 117, citado por: *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Caso Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero del 2001, párrafo 69. Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, párrafo 117, citado por: *Ibidem*.

¹⁷⁹ Cfr. E COUTURE., *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, op. cit., p. 61

¹⁸⁰ L DE BERNARDIS, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Lima, Cultural Cuzco S.A. Ed., 1995, p. 364.

Con respecto al debido proceso, muchos autores han tratado de definirlo, entre ellos tenemos a DE BERNARDIS, indica que es el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la concepción de Justicia en el caso concreto.¹⁸¹ El debido proceso, por ende, son los elementos y garantías que deben estar presentes para que todo proceso iniciado dentro de un Estado sea válido y justo para las partes del mismo.

2.3.2. La motivación como parte de las garantías del debido proceso

La motivación, dentro de la actual Constitución, se encuentra enunciada en el artículo 76 referente al derecho al debido proceso; por lo que se puede afirmar que la motivación es parte de las garantías del debido proceso. A partir de los conceptos analizados con anterioridad, puedo aseverar que la finalidad en sí de la motivación es la de dar una garantía, de manera que las resoluciones que emanen de los poderes públicos no sean arbitrarias; por lo tanto se concluye que la motivación forma parte del debido proceso. Los jueces, cuando resuelven y dictan una sentencia, tienen que justificar la misma, de manera que los involucrados sepan el por qué de la resolución. Esta motivación también viene a ser fuente de control sobre los jueces que llevan un proceso. Sobre esta doble función de la motivación, la Corte Suprema se ha pronunciado al respecto:

En definitiva, la motivación de las resoluciones es para el justiciable una de las más preciosas garantías. Le protege contra la arbitrariedad, le suministra la prueba de que su acción ha sido examinada racionalmente y, al mismo tiempo, sirve de obstáculo a que el Juez pueda sustraer su decisión al control de la casación. De esta manera, se garantiza la naturaleza cognoscitiva del juicio, vinculándolo en derecho a la legalidad y de hecho a la prueba. La motivación de la sentencia es la fuente principal de control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar garantía y excluir lo arbitrario.¹⁸²

La motivación debe existir sobre todos los actos emanados por el poder público, no solamente sobre sentencias o resoluciones finales.¹⁸³ DE LA RÚA explica sobre la motivación:

¹⁸¹ *Ibidem.*, p. 393.

¹⁸² Corte Suprema de Justicia (Ecuador), *Gaceta Judicial*. Año CII. Serie XVII. No. 6. op. cit. (supra n.2)

¹⁸³ Cfr. F DE LA RÚA, *Teoría General del Proceso*, op. cit., p. 146.

Su exigencia es una *garantía de justicia* a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Por la motivación, además se asegura la publicidad de la conducta de los jueces y el control popular sobre el desempeño de sus funciones, esencial en un régimen republicano. Por ella también podrán los interesados conocer las razones que justifican el fallo y decidir su aceptación o su impugnación.¹⁸⁴

La motivación está guiada por muchos principios jurídicos. Como he mencionado con anterioridad, tiene que ver con la legalidad, con la publicidad, con la seguridad jurídica, con las garantías del debido proceso, etc. Si no existe motivación, las actuaciones del poder público no podrán ser válidas. Gracias a la motivación, la persona que inicia un proceso tiene la garantía de que toda actuación que emane de los funcionarios que lleven su caso, van a tener sus debidas justificaciones para dictar las resoluciones.

2.4. La motivación en el Ecuador

2.4.1. La motivación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

2.4.1.1. El concepto de motivación en la Constitución

En un Estado de Derecho, todo acto de la administración o de los poderes públicos, tiene que estar debidamente motivado para que este no sea arbitrario y por ende para que goce de legitimidad. Así lo recalca la Constitución e indica en su artículo 76:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

l). Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

2.4.1.2. La motivación en leyes, reglamentos y jurisprudencia

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 146.

Ya habiendo mencionado lo que dice la actual Constitución sobre de la motivación, puedo remitirme a lo dicho en leyes, reglamentos y normas de menor jerarquía sobre el tema. A su vez considero trascendental analizar lo que la Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto.

Remitiéndome a las leyes ecuatorianas, puedo empezar mencionando lo dicho en el Código de Procedimiento Civil; en el artículo 280 encontramos una norma respecto de la motivación. Esta norma no define a la motivación en sí pero precisa su cumplimiento:

En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda o tercera instancia, por la mera referencia a un fallo anterior.

En busca de un concepto de motivación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puedo mencionar a la Ley de Modernización del Estado, esta indica que los actos que no estén debidamente motivados se considerarán actos violatorios de ley. A su vez, esta ley me remite al Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado que nos explica sobre la motivación:

La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los puedan conocer directamente.

Este significado de motivación se acerca a lo expuesto anteriormente ya que indica que en toda decisión, resolución o fallo deben existir antecedentes de hecho y derecho para el mismo. Algo semejante encontramos en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad que indica en su artículo 4:

Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que

resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.

Este reglamento es importante ya que hay que aceptar que la facultad discrecional de la administración es siempre susceptible de arbitrariedades; y claro está, como mencioné con anterioridad, la motivación y la legalidad son herramientas para evitar que esto suceda.

Para seguir con lo expresado sobre la motivación, es trascendental mencionar lo dicho por el Tribunal Andino de Justicia en consultas interpretativas. Este tribunal ha realizado todo un análisis sobre la motivación de los actos administrativos. Me permito citar lo dicho por el Tribunal Andino de Justicia ya que la jurisprudencia interpretativa de este tribunal se rige por el principio de aplicabilidad directa; y por ende, esta jurisprudencia llega a formar parte del ordenamiento jurídico interno de los países miembros.

La motivación de los actos administrativos reflejan las razones que inclinan al funcionario a pronunciarse en uno u otro sentido tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o las situaciones fácticas que precedieron a la expedición de un acto. La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué del acto y la razón de ser de la resolución o declaración, constituyendo por ello una formalidad sustancial cuya ausencia, insuficiencia, error falsedad puede llevar a la nulidad del acto. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por el administrador sobre el derecho y los hechos y la resolución adoptada frente a los efectos que el acto va a producir, constituirá la ecuación jurídica para hablar de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación.¹⁸⁵

La motivación tanto jurídica como de hecho, vendría a constituir de esta manera la causa del acto, expresada por el sujeto del mismo, quien emite su voluntad con el objeto de producir efectos jurídicos concretos,

¹⁸⁵Tribunal Andino de Justicia, G.O. 361 del 7 de agosto de 1998, *Interpretación prejudicial 04-AN-97*, del 17 de agosto de 1998.

encaminados a alcanzar una finalidad necesariamente, vinculada con el interés generado colectivo.¹⁸⁶

La motivación de un acto dependerá muchas veces de su propia naturaleza y de los efectos que el acto pueda producir, por lo que en unos actos tal motivación puede tener una extensión mayor que en otros, pero en todo caso deberá contener los antecedentes necesarios mínimos para la adopción del acto en concreto, lo que en otras palabras significa que en la motivación deben aparecer de manera clara y no equívoca las razones sobre las cuales de basa el acto.¹⁸⁷

Lo dicho por el Tribunal de Justicia Andino, ayuda a los jueces a interpretar la ley al caso en concreto. Es interesante que este tribunal hoy por hoy realice interpretaciones para que se realice la correcta interpretación de la norma jurídica, y así, lograr una unificación en las resoluciones de los países andinos.

Respecto a la jurisprudencia ecuatoriana sentada por la Corte Suprema de Justicia, ésta ha reconocido la motivación y cabe mencionar la sentencia de 9 de noviembre de 1999, Dr. Marcelo Regalado Serrano vs. Dr. Edgar Ramiro Zurita y otros, donde la sala de la Corte Suprema de Justicia hace un gran análisis sobre este concepto:

Facilita el derecho de defensa en su máxima manifestación pues, permite utilizar todos los recursos que la ley otorga contra una sentencia definitiva.

Convence a las partes de la corrección de la sentencia logrando así una mayor confianza del ciudadano en la administración de justicia derivada, precisamente, de una constatación detenida del caso particular.

La motivación debe mostrar que la decisión está legal y racionalmente justificada sobre la base de aquellos elementos (premisas) que la fundamentan. Justificar o fundar una decisión consiste, en definitiva, en construir un razonamiento lógicamente válido con independencia de si las razones son pensadas antes, durante o después de tomar la decisión.

La motivación deja al descubierto los errores del razonamiento interpretativo de la norma aplicable a los supuestos concretos del litigio y, desde una finalidad uniformadora, porque si sus sentencias pueden constituir modelos ejemplificativos precisan una adecuada justificación de la solución.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Tribunal Andino de Justicia, G.O. 361 del 7 de agosto de 1998, op. cit. (supra n.2)

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 9.7, 1969, Italia c/Comisión, as 1/69. Rec. 277. Citado por Tribunal Andino de Justicia, G.O. 361 del 7 de agosto de 1998, op. cit. (supra n.3)

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII, op. cit. (supra n.2)

Este último párrafo tiene que ver con los precedentes que deja una sentencia de casación. La motivación tiene que ver con la casación ya que esta tiene como finalidad corregir los errores que pueda tener un proceso, y, según DE LA PLAZA, aunque aparentemente la casación se limita a corregir errores, la forma de hacerlo será específicamente analizando sus antecedentes.¹⁸⁹ Con antecedentes, puedo afirmar que se hace referencia a la motivación de la sentencia. Si hay vicios o falta de motivación en una resolución, esta puede ser objeto de un recurso de casación. Este tema, como he analizado a lo largo de este capítulo, es trascendental para ejercer control sobre los actos de la administración, y por ende, de la función judicial. La Corte Suprema ha calificado de arbitrario todo acto que tenga ilegitimidad en su motivación.¹⁹⁰

2.4.2. La motivación como límite para realizar la cuantificación judicial del daño moral

La cuantía de la reparación del daño moral tiene que ser calculada por el juez, esta se refleja en la sentencia dictada por él. Las sentencias que dictan estos jueces son resoluciones que emanan del poder judicial, y por ende, deben estar motivadas. Se dice que la motivación de la sentencia es la principal fuente de vigilancia sobre los jueces al momento de ejercer el control jurisdiccional. Un juez no puede dictar una sentencia limitándose a juzgar sobre lo que su conciencia o fe le dice. El juez debe examinar los hechos y el derecho para dar su dictamen respecto cierto caso.¹⁹¹ Los jueces que dicten una sentencia donde se determine una reparación por daño moral, están en la obligación de motivar esa sentencia.

Para motivar la sentencia en los hechos, el juez debe demostrarlos; para fundarla en derecho, debe describirlos (y luego, como se verá, calificarlos, encuadrándolos en la norma jurídica)... Para motivar en derecho la sentencia, el tribunal debe, además, justificar en el texto de la ley la conclusión jurídica. Se cumple suficientemente la exigencia cuando son mencionados los artículos de la ley, individualizando la norma jurídica que se aplica a los hechos comprobados y que justifica la decisión. La cita es debida aunque se acuda a los principios generales del derecho, porque para hacerlo el juez debe citar la norma que lo autoriza a invocarlos.¹⁹²

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII, op. cit. (supra n.3)

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII. No. 2. Pág.. 426. *Elva Mireya Romero vs. Víctor Hugo Ortiz Yunga*, febrero 8 2006.

¹⁹¹ F DE LA RÚA, *“Teoría General del Proceso”*, op. cit., 1991, p. 146.

¹⁹² Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. Op. cit. (supra n.4.)

La motivación en derecho, sobre la que hace mención la Corte Suprema de Justicia, que tiene el juez para dictar una sentencia e incluir una indemnización o reparación por daño moral, la encontramos en el Código Civil ecuatoriano en su artículo 2232:

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

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

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

Entonces, según este artículo del Código Civil Ecuatoriano, puedo llegar a ciertas conclusiones respecto de la reparación del daño moral en nuestro país:

- a. Se puede demandar daños meramente morales.
- b. La pena por el delito o cuasi delito que tenga el demandado es independiente de la reparación del daño moral que tendrá que realizarse a la víctima.
- c. Debe existir una acción u omisión ilícita de un agente, el cual ha provocado el daño.
- d. La reparación de daño moral tiene que estar debidamente justificada por la gravedad particular del daño y de la falta.
- e. La determinación de la cuantía de la reparación del daño moral queda a prudencia del juez.

Respecto de este artículo, la jurisprudencia ecuatoriana menciona:

Como se ve, esta norma establece el derecho de quien ha sufrido daños meramente morales a demandar una indemnización pecuniaria a título de reparación; pero hacen falta sin duda que para ejercer tal derecho se

cumplan algunos requisitos: a) la falta y el perjuicio sufrido deben tener particular gravedad, b) la falta cometida puede ser de muy variada naturaleza: cualquier forma de difamación, actos de violencia física, incluso delitos; procedimientos arbitrarios o injustificados; y, en general actos que causen sufrimientos físicos o psíquicos; c) la reparación puede ser demandada a quien ha causado los daños por acción u omisión próxima, es decir debe comprobarse una relación de causalidad que permita identificar al responsable de los daños; d) esta acción u omisión debe ser ilícita, es decir contraria a la ley, a la justicia, a la equidad o a la moral; e) queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, atendiendo la particular gravedad de la falta y del daño.¹⁹³

A su vez, encontramos también en el Código de Procedimiento Civil, a la motivación legal de la cuantificación judicial del daño. Este código indica, en su artículo 279:

Si se condenare a una de las partes al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, en la misma sentencia se determinará la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla.

La motivación legal o en derecho que tendrá un juez para dictaminar una sentencia donde se determine de reparación del daño moral, es el derecho, o sea la mencionada ley que lo faculta para tal. El Código Civil le faculta al juez para que, a su prudencia, realice la determinación del valor de la indemnización por daño moral. Esta motivación, existirá, siempre y cuando haya un ilícito comprobado que causó el daño y por ende con esto se compruebe el daño en sí. A partir de un análisis de la gravedad del daño causado y del ilícito, tendremos como resultado una reparación por determinado daño moral. La motivación legal, que encontramos en el Código Civil, tendrá que combinarse con los hechos del caso; con esta determinación de fundamentos de hecho, derecho y su nexos causal, la resolución estará debidamente motivada. La motivación constituye un límite para el juez, ya que, si no existe motivación alguna o esta se encuentra viciada, la resolución de reparación de daño moral dictada por el juez podrá ser impugnada.

Así, la motivación es un requisito que debe cumplir toda sentencia; por ende, a falta de uno de los requisitos exigidos por la ley, se puede impugnar la sentencia y es causal para interponer el recurso de casación. Se podría invocar la causal segunda o la causal quinta de la Ley de Casación. A su vez, si en casación no se resolvió sobre la cuantía del daño moral, se podría pedir la ampliación sobre este punto de la sentencia; o en el caso de oscuridad se puede pedir la

¹⁹³ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, op. cit. (supra n.3)

aclaración de la misma. En este tema, hay que tener cuidado ya que la jurisprudencia ecuatoriana ha mencionado que muchas veces “a pretexto de aclaración o ampliación de la sentencia se pretende, por lo dicho, la rebaja o disminución del quantum de la indemnización de perjuicios, lo cual es totalmente improcedente”.¹⁹⁴

En lo que respecta a la motivación como requisito de toda sentencia, en el contexto la cuantificación del daño moral, cabe mencionar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en el caso Florencio Andrade Medina contra CONELEC:

Tampoco se puede apreciar en la resolución los argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué corresponde a la indemnización por daños materiales, qué corresponde a la compensación por los perjuicios morales y cuál es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación enunciados en el valor de la condena.

No se establece de modo alguno la base jurídica para la distribución de las cargas económicas que supone la condena, de la manera en que se ha fijado en la sentencia: *“de manera conjunta y en partes iguales”*.- Todos estos vicios afectan la motivación de la sentencia materia del presente recurso y, por tanto, son objeto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para una sentencia.-

Esta sentencia será analizada más a fondo en el capítulo cuarto de la presente tesina. Lo que cabe rescatar de lo dicho, es que en efecto la falta de motivación, en este caso de la reparación del daño moral, constituye un incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, y por ende esa sentencia podrá ser objeto de recurso de casación invocando la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación. A su vez, como mencioné con anterioridad, la Constitución dice en su artículo 76 inciso l):

Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.

Entonces la falta de motivación también podrá ser alegada también en base a la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Por lo dicho, afirmo que la motivación es un límite para la cuantificación judicial del daño moral.

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, op. cit. (supra n.5)

CAPÍTULO III

LA PRUDENCIA

3.1. ¿Qué es la prudencia?

3.1.1. Concepto

La palabra prudencia proviene del latín *prudentia*, y de la palabra *providentia*; refiriéndose a la capacidad de adelantarse a los acontecimientos y más aun de gobernarlos. A partir de esta palabra nos podemos referir a una persona prudente, que si recurrimos al latín, tiene que ver con la persona competente o el previsor.¹⁹⁵

La prudencia es un concepto que ha sido tratado a lo largo de los siglos por muchos filósofos, sociólogos, juristas, etc. Este concepto puede tener varios significados ya que se puede ver a la prudencia desde un punto de vista simplemente moral o desde un punto de vista más técnico, en cuanto su aplicación con el derecho actual.

¹⁹⁵ Cfr, M.A. BELMONTE, *Aproximación a una genealogía de la prudencia*, en Revista Electrónica mensual del Instituto Santo Tomás, 1995, p. 3. Disponible en: www.e-aquinas.net/epoca1/la-virtud-de-la-prudencia/

En principio, se puede afirmar que la prudencia es una virtud. Una virtud puede ser definida como una cualidad inherente de la persona que la aplica. Las virtudes pueden ser teológicas, si su objeto es Dios, o morales si su objeto es un bien creado. Cuando se habla de un bien creado se habla de las acciones humanas en cuanto a su honestidad.¹⁹⁶ Las virtudes teológicas son la Fe, la Esperanza y la Caridad. En cambio las virtudes morales son muchas pero hay cuatro principales: la Prudencia, la Justicia, la Fortaleza y la Templanza. Éstas últimas son llamadas las virtudes cardinales ya que se dice que las demás virtudes giran alrededor de estas cuatro.¹⁹⁷ Esta teoría de las cuatro virtudes fue sugerida por Platón, pero no se dio a conocer hasta que los estoicos la utilizaron.¹⁹⁸

Según SANTO TOMÁS DE AQUINO, la prudencia es la virtud principal, esta brinda luz al resto de virtudes. La Prudencia consiste en la cosa que se elige, mientras que la Justicia consiste en distribuir, la Fortaleza en la tolerancia y la Templanza en las cosas que se han de usar. La Prudencia es la más importante de las virtudes ya que su tarea es la de dirigir a las demás virtudes.¹⁹⁹

En base a la “elección” que Santo Tomás afirma sobre la prudencia, se puede decir que “la prudencia es la virtud moral que perfecciona nuestra razón práctica, en orden a elegir, en toda circunstancia, los mejores medios para alcanzar nuestros fines, subordinándolos a nuestro último fin.”²⁰⁰

ARISTÓTELES en su teoría ética, afirma que la prudencia es importante para la conducta moral de la persona. Su enfoque es respecto lo bueno y a lo útil para alcanzar la felicidad, para toda la vida. Define a la prudencia como una “disposición práctica acompañada de regla verdadera concerniente a lo que es bueno y malo para el hombre.”²⁰¹ Se busca el bien en todos los ciudadanos y no solo en uno mismo.²⁰² Por esto se dice que Aristóteles desarrolla su

¹⁹⁶ Cfr. AD. CASAS, “Prudencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1991, p. 725.

¹⁹⁷ Cfr. *Ibídem* p. 725.

¹⁹⁸ Cfr. P. AUBENQUE, *La Prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Ed. Crítica, 1999, p 44.

¹⁹⁹ Cfr. AD. CASAS, “Prudencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 726.

²⁰⁰ *Ibídem* p. 727.

²⁰¹ P. AUBENQUE, *La Prudencia en Aristóteles*, op. cit., p 44.

²⁰² Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, p134.

pensamiento en base a las virtudes sociales, la norma de la persona prudente es un compendio de medida.²⁰³

KANT, en contraposición a lo dicho por Santo Tomás de Aquino y Aristóteles, excluye de su concepto de prudencia a la moralidad. Algunos dirían, que este tipo de estudio, es el que nos ayuda a acercarnos más a la relación de la prudencia y del derecho en sí. Kant afirma que la prudencia es la aptitud o destreza para utilizar ciertas medidas a favor o en beneficio de uno mismo. Para Kant, la prudencia es un concepto allegado a la cautela y a evitar riesgos innecesarios más que una virtud enfocada en la diferencia de lo bueno o lo malo.²⁰⁴

Mientras Aristóteles afirma que un hombre prudente es Pericles, ya que busca el bien común para todos los ciudadanos y no para sí mismo, Kant habla respecto del hombre de negocios que es precavido, tiene habilidades, y por ende, es prudente. Con este ejemplo podemos ver claramente y distinguir las distintas afirmaciones de estos autores sobre la prudencia.²⁰⁵ Kant afirma que los epicúreos confundieron los conceptos de moralidad con prudencia.²⁰⁶

La prudencia puede tener un sin número de significados, de los cuáles he escogido algunas frases que nos ayudarán a comprenderla mejor:

“la habilidad en la elección de los medios que nos conducen a nuestra propia felicidad”²⁰⁷.

“un hábito cognoscitivo según la recta razón, que dicta lo que debe u omitirse en todo suceso de la vida...”²⁰⁸

“...lo que caracteriza al hombre prudente es la capacidad de deliberar sobre lo bueno y lo útil para él mismo, no desde el punto de vista parcial, como cuando se trata de lo bueno y lo útil para la salud o estado físico, sino para conducir a una vida feliz.”²⁰⁹

Se puede decir que la prudencia tiene que ver con la moralidad de la persona, es una virtud que permite que la persona reconozca lo que está bien y lo que está mal. La prudencia

²⁰³ Cfr. AD. CASAS, “Prudencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 725.

²⁰⁴ Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p136.

²⁰⁵ Cfr. *Ibíd.*, p137.

²⁰⁶ Cfr. P. AUBENQUE, *La Prudencia en Aristóteles*, op. cit., p 213.

²⁰⁷ *Ibíd.*, p 217.

²⁰⁸ AD. CASAS, “Prudencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 727.

²⁰⁹ F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p 131.

consiste en ser precavido, en tener medida respecto de las cosas. Si una persona no es prudente no podrá formar correctamente el resto de valores.²¹⁰

Aunque la prudencia tenga muchos enfoques, según QUINTANA BRAVO, la prudencia es una virtud unitaria que se relaciona con la Justicia, la paz, el derecho, la moralidad, etc.²¹¹ Esta virtud, en definitiva, al ser la maestra de todas las virtudes, es necesaria para poder ver la realidad y llegar a la verdad.

3.2. La prudencia desde un enfoque jurídico

3.2.1. La prudencia y la política

Muchos autores han relacionado a la prudencia con la política. “En el mundo clásico es un tema recurrente la afirmación de que sólo se puede hablar de prudencia si pensamos en los que gobiernan, dado que el imperio es parte fundamental de ella.”²¹² Ya que la prudencia rige todas las virtudes, ésta es la virtud necesaria para gobernar. Como he mencionado con anterioridad, Aristóteles pone como ejemplo de hombre prudente a Pericles, que era un político en Atenas. El hombre que gobierna, como este político griego, debe ser prudente ya que el prudente es el hombre que manda y el que obedece puede tener muchas virtudes pero nunca la prudencia. Esta virtud es exclusiva del hombre político o de gobierno. Con la prudencia el hombre de política podrá tener un juicio de razón. Según Aristóteles la virtud de un súbdito, del que obedece, es la justa confianza en el que manda, en su jefe.²¹³ Se puede ser santo o sabio, pero necesariamente para gobernar se necesita ser prudente.²¹⁴

Santo Tomás cabe ser mencionado ya que realizó estudios sobre la prudencia de Aristóteles. Según algunos críticos, Santo Tomás se limitó a coger ideas de Aristóteles, dejando de lado el espíritu y la intención aristotélica. En contraposición a estos, hay quienes afirman que Santo Tomás “rehabilitó” a la prudencia aristotélica integrando todos los principios universales.²¹⁵ De todas maneras, en este tema de la prudencia y la política, Santo Tomás ha dicho:

²¹⁰ Cfr. CASARES D. TOMÁS, *La Justicia y el derecho*, op. cit., p. 54.

²¹¹ Cfr. F. QUINTANA BRAVO,, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p167.

²¹² M.A. BELMONTE, *Aproximación a una genealogía de la prudencia*, op. cit., p. 5.

²¹³ Cfr. P. AUBENQUE, *La Prudencia en Aristóteles*, op. cit., p 45.

²¹⁴ AD. CASAS, “Prudencia”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 725.

²¹⁵ Cfr. M.A. BELMONTE, *Aproximación a una genealogía de la prudencia*, op. cit., p. 12.

La prudencia radica en la razón cuya función propia es regir y gobernar. Por lo tanto, en la medida en que cada cual participa del gobierno y dirección necesita de la razón y de la prudencia. Por otra parte, es evidente que al súbdito y al siervo, *en cuanto tales*, no les compete regir y gobernar, sino más bien ser regidos y gobernados. Y por eso la prudencia no es virtud del siervo ni del súbdito *en cuanto tales*. Mas, dado que todo hombre, por ser racional, participa algo del gobierno según el juicio de la razón, en esa medida le corresponde tener prudencia.²¹⁶

Otros autores, como JUAN PICHON-RIVIÉRE, también han realizado estudios respecto de la prudencia y la política:

La prudencia es también la cualidad esencial de todo jefe. Esta virtud social, moral y política puede definirse como la aplicación de nuestros conocimientos generales a la solución de los asuntos particulares y concretos. Es virtud asistida de la experiencia, y la juventud carece de ella en general; es también la medida de todas las demás virtudes. Es cualidad del hombre maduro; Kant sostiene que el manejar hombres es arte que sólo se adquiere después de los cuarenta años. Emplear hombres para los propios fines, dice él; pero la jefatura política es algo superior: es emplear a los hombres para el bien "común".²¹⁷

La prudencia es una virtud que ayuda al ser humano a elegir los mejores medios para alcanzar sus propósitos o fines. Es la virtud que perfecciona nuestra razón práctica según esta elección. El gobernante prudente sabe cómo alcanzar su fin por medio de la toma de la mejor decisión. Cuando la prudencia rige a la persona como tal, a su conducta persona, tiene carácter individual. A su vez, la prudencia puede tener carácter social, cuando trata de los fines propuestos por las distintas sociedades. La política y la prudencia se relacionan en éstos dos aspectos, en cuanto al individual según la persona del gobernante, y en cuanto al social ya que la sociedad tiene como fin el bien común; y este fin se alcanzará según las decisiones del gobernante.²¹⁸

3.2.2. La prudencia y el derecho

Recordando el significado de Kant respecto de la prudencia, se mencionó que este autor realizó una separación entre el concepto prudencia y la moralidad. Se dice que este fue un acercamiento entre la relación de la prudencia y el derecho. Por otro lado, hay autores que en contraposición a Kant, afirman que el derecho y la moral se unen en un sentido práctico para el

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 13.

²¹⁷ AD. CASAS, "Prudencia", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 726

²¹⁸ Cfr. AD. CASAS, "Prudencia", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 728.

ser humano. Se podría afirmar que la prudencia forma parte de la realización de las normas y reglas en las que vivimos. Algunos autores lo llaman la “prudencia jurídica”. Según QUINTANA BRAVO, la prudencia es una virtud unitaria, no se diferencia la prudencia de la prudencia jurídica.²¹⁹

La interpretación de una norma jurídica se conecta con la prudencia. La interpretación en el derecho no solo persigue el conocimiento teórico, sino también el conocimiento de la regla aplicable al caso que se trata. El saber prudencial es un saber práctico que se concreta en la regla según el caso. El saber prudencial, la interpretación y la argumentación se relacionan entre sí.²²⁰

La interpretación, según se ha visto, es un proceso gradual que va incorporando dimensiones distintas que llegan a los principios y desde ellos al caso. Una “aplicación mecánica” no solo no es deseable, es a mi juicio imposible. La aplicación es siempre correspondencia entre un precepto y un caso, a través de un complejo proceso. La llamada justicia legal queda supeditada a la interpretación; es ésta la que decide el sentido atribuible a una legislación.²²¹

La prudencia vendría a ser un concepto muy allegado al derecho, empezó por fijarse solamente en la moralidad y de manera más técnica pasó a ser solamente una aptitud y cautela. Se puede afirmar que no es ni lo uno ni lo otro, es una mezcla de las dos. Tiene que ver con la moralidad ya que a la prudencia se la puede ver con respecto al camino de la felicidad y tiene que ver con la aptitud y la cautela, por ejemplo al tomar decisiones, al vivir. Pero cuando nos referimos al Derecho, necesariamente la prudencia entra como un principio fundamental que tiene que ser usado al momento de realizar las normas jurídicas, y por ende, cuando los jueces aplican esas normas jurídicas.

3.2.3. La prudencia y la Justicia

La Justicia y la prudencia se enlazan como virtudes capitales de la función juzgadora: por la primera se induce al juez a juzgar bien y por la segunda se averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien.²²²

Así como la prudencia tiene relación con el derecho, es valioso aclarar la relación de esta con los principios del derecho, en especial con el principio de Justicia ya que es trascendental para

²¹⁹ Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p. 196.

²²⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 198

²²¹ F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p. 241.

²²² *Responsabilidad por daños*, “Parte Especial”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1978p. 16. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1455/2.pdf>

el estudio de la presente tesina. La Justicia, la paz, la seguridad jurídica son principios que rigen al derecho pero que muchas veces se pueden encontrar los unos con los otros. En estos casos es cuando la prudencia aparece para solucionar los conflictos. En el momento en que hay que sacrificar un principio jurídico, la prudencia nos ayuda a tomar la mejor decisión y hacerlo de forma equitativa. La justicia y la equidad van de la mano de la prudencia para poder tomar las mejores decisiones respecto un caso en concreto.²²³

Cuando hice mención respecto de las cuatro virtudes cardinales, se explicó que todas giran en torno a la Prudencia, y la Justicia al ser una virtud cardinal; debe actuar conforme a la prudencia.²²⁴ Se llega a un punto donde lo correcto, lo razonable y lo justo se reúnen; los ámbitos jurídicos y morales se encuentran en una misma dimensión. Se podría afirmar que lo que hace factible que el derecho y la moral se junten bajo un mismo propósito, es la prudencia. Hay que entender a la prudencia, entonces, no como la cautela y la astucia, sino como la herramienta que ayuda a deliberar sobre determinado asunto y lleva a tomar una decisión correcta, razonable y justa. Una decisión prudente es la decisión que se puede catalogar como la mejor para el caso en concreto según las circunstancias del mismo. El hombre, gracias a la prudencia, se puede aproximar a una vida ideal, buena, y por este motivo es necesario a la justicia. Los jueces serán, en gran medida, los que tengan que tomar este tipo de decisiones. Por eso la justicia es tomada como un instrumento de solución de conflictos. Es importante que la persona que hace uso de la prudencia tenga como condición la imparcialidad, de esta manera se cumplirá con la justicia.²²⁵

3.2.4. La prudencia y el juez

La prudencia exige al juez circunspección; requiere de él una atenta contemplación de las circunstancias del caso, de las subjetivas y las objetivas.²²⁶

La justicia legal queda sujeta a la interpretación de la norma, gracias a esta interpretación una ley tendrá sentido. La interpretación de la ley se debe dar para que lo dicho, literal, por el legislador tenga sentido. Si no se interpreta la ley, no se puede llegar al fondo de la misma. De esta manera, la prudencia va fijando los límites de la interpretación y decidiendo su aplicación; esto debe hacerse caso por caso.²²⁷ Los jueces, a su vez, son los encargados de realizar esa

²²³ Cfr. CASARES D. TOMÁS, *La Justicia y el derecho*, op. cit., p. 54.

²²⁴ Cfr. AD. CASAS, "Prudencia", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, op. cit., p. 726.

²²⁵ Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p. 241.

²²⁶ *Ibidem* p. 156.

²²⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 241.

interpretación de la norma, aplicar al caso y hacer justicia. Los jueces, tal vez son las personas que mayormente deben poseer esta virtud en su labor diaria.

La prudencia es virtud que compromete a la persona del juez en todos sus actos de manera que a fuerza de vivir adquiere experiencia tanto de las consecuencias como de la trascendencia de sus decisiones profesionales, nadie nace prudente es necesario que el juez dedique tiempo a conocerse para lograr por la vía del estudio y la percepción serena, los cambios en los hábitos en las disposiciones y aptitudes para conseguir ser una persona íntegra, competente en la ciencia del derecho, y prudente en la toma de decisiones plasmada en cada sentencia que dicta impactando significativamente a la sociedad.²²⁸

Para que un juez sea prudente, no es suficiente estudiar la legislación y estar al tanto de la evolución del derecho. La ley ayuda al juez pero la ley no toma decisiones, el juez es el responsable de fallar una causa de determinada manera. La prudencia como característica de un juez, se puede decir que es el conocimiento de la ciencia aplicada al caso concreto y cabe añadir que la prudencia viene también a ser “la disposición de la voluntad para ordenar las acciones en cada caso y concretar lo debido.”²²⁹

Cuando se habla de imprudencia, podemos suponer que hay un desorden, violencia, corrupción. El juez debe irse en contra de las injusticias y desarrollar su moralidad. Las decisiones que un juez toma deben ser realizadas con pausa y serenidad ya que muchas veces estas influyen no solamente en personas concretas, sino también, son trascendentales para un país entero. Cuando un juez decide sobre lo justo, debe tomar en cuenta que la prudencia va de la mano con la experiencia, la discreción y la paciencia. El juez prudente tiene una actitud de tutela e igualdad con las personas que forman parte de un proceso judicial, tanto en lo procesal como en lo sustantivo.²³⁰

La decisión de un juez no debe ser fruto de arbitrariedad, si esta decisión es equivocada es imputable al juez ya que supone falta de prudencia. Se suele considerar que cuando una norma se remite a la prudencia, esta quiere decir que la decisión es dejada a discreción o al prudente

²²⁸ MC PLATAS PACHECO, “*Prudencia judicial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia*”, México, 2008, disponible en: www.flamagistrados.org/doc/Conferencia_Magistral_Prudencia_Judicial_en_la_encrucijada_de_la_desconfianza_oralidad.doc

²²⁹ MC PLATAS PACHECO, “*Prudencia judicial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia*”, op. cit., p. 2.

²³⁰ Cfr. *Ibíd.*, p. 4.

arbitrio judicial, sin límites ni criterios ni pautas; hay quiénes contradicen esta posición.²³¹ En todo caso, hay que diferenciar a la discrecionalidad de la arbitrariedad, que vienen a ser conceptos diferentes en el ámbito del derecho. Mientras la arbitrariedad es un mero capricho que no responde ni a reglas ni a principios generales, la discrecionalidad es una facultad que responde al uso de la razón que debe ser apoyada por las reglas de la lógica y por los principios generales. Esta actuación discrecional es objeto de revisión, si es el caso, y debe sujetarse a la garantía de la motivación y de la legalidad ya que toda autoridad debe exponer sus razones para el ejercicio de la discrecionalidad. La discreción judicial es la facultad del juez que admite la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente válidos. Esta facultad presupone la existencia de un margen de libertad para la interpretación del derecho según estándares que guiarán su decisión.²³² A pesar de que los jueces tienen una facultad discrecional, considero que la prudencia judicial no puede ser catalogada como mera discrecionalidad. El concepto de prudencia requiere que el juez haga un análisis de las circunstancias del caso concreto, por lo que el juez no debe cuantificar a su gusto. La jurisprudencia ecuatoriana se ha mencionado al respecto:

La pregunta es: ¿puede el juzgador de instancia determinar libremente el monto de la reparación por daño moral? o ¿está obligado a observar los límites señalados por el actor? Es verdad que los daños morales son de muy difícil, por no decir de imposible cuantificación crematística, por lo que el juez ha de realizar un *análisis* prolijo del hecho que causó el daño moral y sus circunstancias así como de las calidades tanto del autor como de la víctima para determinar el monto de la reparación pecuniaria...²³³

La aplicación de esta virtud, no debe ir solamente para los jueces sino también para todos los miembros de la Función Judicial. . Es importante que la formación de la virtud de la prudencia se haga efectiva en los servidores judiciales. La prudencia de los servidores judiciales les lleva a escoger entre lo correcto y lo incorrecto, por ejemplo, si una de las partes quisiera dar un favor a cambio de un beneficio oculto, fuera de lo legal y de la transparencia, ellos sabrán negarse²³⁴

²³¹ Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit, p. 167.

²³² Cfr. J.S. MONONES PICHARDO, *La Discrecionalidad Judicial*, p. 3, disponible en: http://www.poder-judicial.bc.gob.mx/admonjus/n23/AJ23_005.htm

²³³ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, de 22 de julio de 2003, en el caso No 114-2003, *George Rodamis contra Giuseppe Torri Olivar*, publicado en R.O. No. 189 de 14 de octubre de 2003.

²³⁴ Cfr. MC PLATAS PACHECO, *Prudencia judicial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia*, op. cit., 6.

La ciudadanía en la actualidad tiene poca fe en el poder judicial. La justicia en nuestro país, al igual que en muchos países de Latinoamérica, se encuentra desprestigiada, lo que una verdadera formación prudencial en los servidores judiciales llevaría a atender las exigencias ciudadanas. Para garantizar la idoneidad profesional y moral de las personas que ocupan cargos en la función judicial es necesario que los jueces sean prudentes, que sean profesionales en la ciencia del derecho y honestos en la búsqueda de justicia.²³⁵

Los jueces tienen que decidir con prudencia para llegar a la mejor solución, correcta decisión, en la que se sacrifiquen menos los otros principios jurídicos como son la paz, la justicia, la seguridad jurídica, etc. A su vez, es importante señalar que cuando los jueces crean un precedente obligatorio, será también prudencial la determinación de las similitudes que justifiquen la formación del mismo.²³⁶ Un precedente obligatorio sirve a modo de ejemplo para el resto de jueces, por lo que es necesario que la existencia de estos vaya de la mano con la prudencia.

3.2.5. La prudencia en la jurisprudencia

A pesar de la importancia de la palabra prudencia en el mundo del derecho, existe escasa jurisprudencia donde se la mencione. La jurisprudencia ecuatoriana se ha limitado a mencionar a la prudencia, en cuanto tengan que utilizar un artículo que incluya esta palabra. Frases como: “queda a prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización”, refiriéndose al artículo 2232 del Código Civil, son las encontradas en la jurisprudencia²³⁷ de nuestro país sobre la prudencia.

En pocas ocasiones la jurisprudencia ecuatoriana ha ido más a fondo respecto de esta virtud, así ha dicho:

En nuestro sistema jurídico queda a la prudencia del juez el fijar el monto de la reparación por daño moral, lo cual significa que lo hará aplicando las reglas de la sana crítica, lo cual a su vez conduce a que estime que el monto máximo de la pretensión del actor, de la cual no puede exceder, es la que ha fijado en su demanda. Si la demanda es

²³⁵ Cfr. MC PLATAS PACHECO, *Prudencia judicial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia*, op. cit., p. 4.

²³⁶ Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., 242.

²³⁷ Corte Suprema de Justicia (Ecuador), *Gonzalo David Rojas Fabara contra Banco Central del Ecuador*, publicada en Gaceta Judicial Año XCVI. Serie XVI. Nro. 6. Pág. 1525. de 16 de junio de 1996.

obscura en cuanto a la determinación del máximo de la pretensión del actor, el juez la ha de interpretar de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo presente el papel que desempeña la fijación de la cuantía en nuestro ordenamiento legal.²³⁸

Analizando lo dicho en esta sentencia, la sala afirma que para fijar el monto de la reparación de daño moral se debe aplicar la prudencia y las reglas de la sana crítica. “Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”.²³⁹ La sana crítica sirve muy en especial para realizar la valoración de la prueba. Los jueces, al momento de apreciar la prueba, utilizan las reglas de la sana crítica para tener un diagnóstico, luego aplicarán el derecho y dictarán una sentencia. Las reglas de la sana crítica tienen un campo fijo de aplicación, que es la valoración de la prueba, pero nada impide que esas reglas tengan varios usos como ayudar a fijar una cuantía con prudencia.²⁴⁰

En esta sentencia la sala indica que la cuantificación del daño moral se hace con prudencia y sana crítica, aunque la sana crítica se utiliza normalmente para la valoración de la prueba, podría ser una herramienta para la cuantificación del daño moral que se hará en base al daño probado. Esta sentencia, también afirma, que la cuantía no puede exceder de lo dicho por el actor en su pretensión. La pretensión del actor se convierte en un límite para el juez, no puede fallar más allá, y si le otorga más de lo que pide se estaría resolviendo ultra petita. A su vez, es importante recalcar que la sala indica que se debe tomar en cuenta el papel que desempeña la cuantía en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, restablecer el equilibrio perdido al producirse el daño, y por ende reparar el daño satisfaciendo a la víctima, nunca enriquecerla.

Ahora, remitiéndome a lo dicho por tribunales no nacionales; el Tribunal Constitucional español, en cambio, se ha referido a la prudencia en varias ocasiones aún sin definirla precisamente. El tribunal se ha referido a la interpretación de la Constitución afirmando que esta es:

... una consecuencia obligada de su doble carácter de Ley posterior y de Ley superior, y responde, además, a un criterio de prudencia que aconseja evitar que se produzcan lagunas en el ordenamiento.²⁴¹

²³⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, op. cit. (supra n.2)

²³⁹ Cfr. J E, COUTURE, *Las Reglas de la Sana Crítica*, Ed. Ius. Montevideo, 1990, p. 5

²⁴⁰ Cfr. *Ibidem.*, p.6

²⁴¹ Corte Constitucional (España), Referencia No. 4/1981, de 2 de febrero de 1981, en el caso No. 186/1980, *Don Rafael Gómez-Ferrer Morar*, publicación BOE: 19810221 No. 47.

De esta jurisprudencia podemos afirmar que la prudencia está relacionada en primer lugar con la interpretación de la norma, y a su vez la corte denomina a la prudencia como un criterio que trata de suplir la oscuridad del ordenamiento. A sí mismo, en otra resolución del mismo tribunal español, este se refiere a que la aplicación de la ley debe hacerse con extrema prudencia.²⁴²

La jurisprudencia sobre la prudencia es sumamente escasa y pobre tomando en cuenta la importancia que tiene este tema para la aplicación del derecho y su interpretación. Los jueces son los encargados de utilizar este principio en su labor diaria, por lo que es sorprendente que no hagan referencia a esta. Incluso tomando en cuenta que es obvio que existe una relación entre la palabra jurisprudencia y la palabra prudencia; la primera palabra está compuesta de la otra. La palabra jurisprudencia proviene del latín, *jurisprudentia*. *Juris* que significa derecho, lo justo; y *prudentia* que significa conocimiento, ciencia.²⁴³ A pesar de que la jurisprudencia es escasa, considero que es suficiente para comprender que la prudencia es necesaria para realizar la cuantificación judicial del daño. De esta manera, lo mencionado por la Corte ecuatoriana, sirve para que en futuras sentencias se haga un análisis del caso para cumplir con el requisito de prudencia que exige el Código Civil ecuatoriano.

3.3. La prudencia en el Ecuador

3.3.1. La prudencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Al existir una estrecha relación entre la prudencia y el derecho, como he analizado con anterioridad, en el Ecuador, esta palabra ha sido incorporada en el ordenamiento jurídico en varias ocasiones y con diferente significado. El Código Civil para hablar sobre los tipos de culpa habla sobre las personas de poca prudencia sin definir precisamente a la prudencia. A su vez, este código habla sobre la prudencia del juez para determinar la indemnización por daño moral. Podemos ver que el código utiliza las mismas palabras pero tal vez para cada caso tengan diferente significado. Cuando se refiere a los tipos de culpa el Código utiliza prudencia como cautela o cuidado, en cambio en lo que respecta al juez, la prudencia viene a ser una virtud que le

²⁴² Corte Constitucional (España), Referencia No. 444/1983, de 4 de octubre de 1983, en el caso No. 285/1983, *Don Vicente Andreu Pastor contra Doña Concepción Ferrar Herrero*, publicación BOE: 1983444 No. 35.

²⁴³ J. U. CARMONA TINOCO, *La Jurisprudencia Obligatoria en los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*, pp. 523 – 524.

ayuda a tomar la mejor decisión respecto de la aplicación de la norma al caso en concreto. Así, a lo largo del ordenamiento jurídico, encontramos varios casos de este tipo; pero vale la pena distinguir estos dos ya que son los más ejemplares.

Aunque el Código Civil no hace mención respecto del significado de prudencia, puedo referirme al Código de Ética de Funcionarios, Empleados y Contratados del INEC. Se dice que este código establece principios que deben guiar a los empleados del INEC a la prudencia, probidad, justicia, idoneidad y responsabilidad²⁴⁴. Respecto de la prudencia el Código indica en su artículo 7:

El servidor público debe actuar con amplio conocimiento de las tareas a él encomendadas, ser tan diligente como si estuviere administrando sus propios bienes, debe inspirar confianza en los demás, evitar acciones que puedan poner en riesgo la finalidad del INEC, el patrimonio de éste y la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores.²⁴⁵

Considero interesante esta definición de la que se habla en el código, ya que establece principios que llevan a sus empleados a la prudencia. Lastimosamente este código no tiene valor excepto para los funcionarios, empleados y contratados del INEC; pero es un ejemplo, y demuestra que la prudencia va más allá de ser un simple concepto utilizado de casualidad en el derecho. La prudencia en sí es un principio, es más según muchos es el principio o virtud que guía al resto. De esto se puede decir que una persona prudente es diligente, inspira confianza y evita riesgos. Como he mencionado a lo largo de este capítulo, muchos autores corroboran este significado de prudencia, pero para la utilización específica del juez considero apropiado el significado de prudencia como la herramienta que ayuda a la toma de decisiones del juez para llegar a una justa solución, a la mejor posible. Este significado no se encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico pero vale aplicarlo a estudio de la presente tesis.

3.3.2. La prudencia como límite de la cuantificación judicial del daño moral en el Ecuador

La prudencia al ser un concepto muy allegado al derecho y a la justicia, es un principio que debe ser utilizado muy en especial por los funcionarios del poder judicial de un Estado. Los jueces son los que tienen que estudiar la ley para poder interpretarla y aplicarla al caso concreto. Los

²⁴⁴ *Código de Ética de Funcionarios, Empleados y Contratados del INEC*, Registro Oficial 238, Publicado con fecha 22 de diciembre de 2007.

²⁴⁵ *Ibidem*.

jueces son los que dictan las resoluciones sobre los distintos conflictos. A su vez, los jueces, son los encargados en el Ecuador, para determinar la cuantía de una reparación por daño moral.

Es verdad que los jueces deben fallar bajo los principios de equidad, justicia, prudencia, entre otros; pero la prudencia no solo constituye un límite de la reparación del daño moral por el simple hecho de ser una virtud que debe tener todo juez, al ser funcionario de un Estado. La prudencia es trascendental y constituye un límite que tiene el juez para determinar la reparación de daño moral ya que el legislador ha sido muy claro al respecto al añadir expresamente en el Código Civil la palabra prudencia para el tema. Me permito citar nuevamente el artículo 2232 del CC inciso 3ro:

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

En el Ecuador, todo juez que dicte una sentencia por reparaciones de daño moral, tendrá como principal herramienta a la prudencia para determinar el valor de la misma. Obviamente el juez tendrá, en primer lugar, que probar la existencia de la acción u omisión ilícita del demandado. Al constatar esto, más la responsabilidad del demandado, el juez procede a determinar el daño moral juntamente con las circunstancias del caso. Durante su estudio, el juez procurará actuar con prudencia para poder determinar la justa reparación por el daño moral producido. Si tomamos en cuenta lo dicho con anterioridad, que Santo Tomás indica que la prudencia radica en la razón, el juez entonces para cuantificar con prudencia deberá razonar, analizar los hechos específicos del caso, interpretará la ley y dictará una sentencia de reparación de daño moral.

La mejor solución posible, la logra un juez, cuando este toma una decisión equitativa en el caso de que exista una pugna de principios y haya que sacrificar un principio en beneficio de otro; ahí es cuando entra en juego la prudencia.²⁴⁶ Aquí es cuando entra en juego la ponderación de bienes, el bien salvado debe ser de mayor jerarquía. La problemática es la determinación de esta jerarquía. Aquí es cuando el juez debe verificar cuál es el bien que merece ser protegido en una situación social. El agresor, que pone en peligro un bien jurídico, el de la víctima, está realizando una conducta antijurídica que tiene que evitarse. En el caso del daño moral, quien está en

²⁴⁶ Cfr. F. QUINTANA BRAVO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, op. cit., p. 242.

situación inferior y merece protección es la víctima.²⁴⁷ El daño por ende, debe cuantificarse realizando también una ponderación de bienes jurídicos. Cuál fue el bien jurídico afectado de la víctima, y a la vez verificar con la cuantía, el bien jurídico que se afecta al demandado, o sea, el patrimonio. Qué vale más, y cuán grande es el sacrificio de cada uno.

La jurisprudencia ecuatoriana ha dicho respecto de la prudencia y a la cuantificación judicial:

...con los actos posteriores producidos como consecuencia de ésta, le ha causado graves daños físicos, síquicos y morales al actor, los mismos que deben ser determinados por la Sala, de acuerdo a la *prudencia*, a las circunstancias y a la gravedad del perjuicio sufrido...²⁴⁸

La palabra prudencia, incluida en el artículo 2232, es un concepto de difícil precisión. Para poder llegar a una conclusión al respecto, hay que analizar la finalidad de la misma para el ordenamiento jurídico, hay que atender al espíritu del legislador al incluir a la prudencia. La existencia de esta palabra para la cuantificación judicial no es mera casualidad. El legislador, al utilizar esta palabra dentro del código, la utilizó queriendo significar algo en concreto, en lo que respecta a la cuantificación del daño moral. Según lo mencionado en este capítulo y tomando en cuenta que la prudencia radica en la razón, para que el juez pueda cuantificar el daño moral prudentemente, debe realizar un análisis del caso en concreto; que el juez analice las circunstancias del daño moral y sus consecuencias, las circunstancias personales de la víctima y del demandante. Debe realizar un juicio de ponderación, ya que si hay que sacrificar un bien jurídico en beneficio de otro, habrá que saber qué gana la víctima y qué pierde el demandante. Para realizar este análisis, los jueces se deben remitir necesariamente a los criterios establecidos por la Corte Nacional de Justicia, en lo referente al daño moral; el análisis debe estar respaldado por estos criterios. A su vez, es necesario que los jueces comparen el caso concreto con casos de características similares. Probablemente, el legislador, al decir que queda a prudencia del juez la cuantificación, se refería al procedimiento de esta cuantificación; y para cumplir con el requisito de prudencia se debe realizar un análisis riguroso del caso, un análisis más allá de la mera motivación. La jurisprudencia ecuatoriana, como he mencionado con anterioridad, ha reconocido

²⁴⁷ Cfr. SIERRA HUGO MARIO Y ALEJANDRO SALVADOR CÁNTARO, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial EdiUNS, disponible en:

<http://books.google.com.ec/books?id=vTBh-vAZ60kC>

²⁴⁸ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, op. cit., (supra n.3)

que se debe utilizar la prudencia para cuantificar el daño moral. Con respecto al significado que propongo para prudencia, me remito a dos sentencias que respaldarían mi posición:

...que el juez ha de realizar un análisis prolijo del hecho que causó el daño moral y sus circunstancias así como de las calidades tanto del autor como de la víctima para determinar el monto de la reparación pecuniaria...²⁴⁹

Establecida la acción u omisión ilícita y la relación de causalidad próxima, como dice la ley, corresponde al juez apreciar la gravedad de la falta y de su resultado. Para ello tomará en cuenta, indudablemente, los factores personales y las circunstancias de hecho registradas en el caso. Es decir apreciará las condiciones de la persona natural que en su propio nombre, o a nombre de una persona jurídica, actuó ilícitamente; la oportunidad de su acción y las alternativas de que dispuso para evitarla. Apreciará también las condiciones personales del afectado, su actividad profesional y su situación social. Para establecer la gravedad del resultado no solamente deberá considerar los daños efectivamente producidos, como ocurre en los casos de lesiones físicas, sino también el daño virtual, como podría ser calificado cuando no es posible determinar la cuantía del daño con precisión matemática, y en la gran mayoría de los casos así ocurre, pero cuando hay al mismo tiempo la certeza de que la acción ilícita tiene capacidad para producir un daño.²⁵⁰

...es facultad del juez el fijar el valor de la indemnización. La ley le atribuye esta determinación, confiando en su prudencia para hacerlo, aunque debe atender a la gravedad de la falta y del daño...²⁵¹

Si el juez no realiza ningún análisis, ni utiliza algún criterio judicial para cuantificar el daño moral en una sentencia, se podría impugnar la resolución. Los jueces que confunden a la prudencia con libertad o mera discrecionalidad para cuantificar el daño moral, hacen una interpretación errónea del significado de prudencia del artículo 2232 del Código Civil. Es trascendental darle un significado definido al concepto de prudencia, en específico en su relación a la cuantificación del daño moral; de esta manera, se puede controlar la actuación del juez. A su vez, se logrará una uniformidad en la jurisprudencia respecto del daño moral. La prudencia, entonces, viene a ser una motivación más rigurosa que la mera motivación exigida por la ley. Al ser la prudencia un análisis a fondo del caso concreto, del daño moral y de sus consecuencias, de las circunstancias personales de la víctima y del actor; se convierte en un requisito de la

²⁴⁹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No210-2003, op. cit., (supra n.4)

²⁵⁰ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, op. cit., (supra n.4)

²⁵¹ Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, op. cit., (supra n.5)

motivación para la cuantificación del daño moral. El análisis debe tener necesariamente una ponderación de bienes jurídicos, del actor y de la víctima; así como criterios de corte sobre la cuantificación del daño moral. Dicho de otra manera, el legislador al incluir la palabra prudencia en el artículo 2232 del CC, quiso decir que todo juez debe realizar la cuantificación del daño moral, motivando la misma de una manera más detallada que para otros casos, con el requisito de prudencia. Me permito citar nuevamente lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en el caso Florencio Andrade Medina contra CONELEC:

Tampoco se puede apreciar en la resolución los argumentos fácticos o jurídicos para determinar qué corresponde a la indemnización por daños materiales, qué corresponde a la compensación por los perjuicios morales y cuál es la importancia de cada uno de los criterios de cuantificación enunciados en el valor de la condena.

No se establece de modo alguno la base jurídica para la distribución de las cargas económicas que supone la condena, de la manera en que se ha fijado en la sentencia: *“de manera conjunta y en partes iguales”*.- Todos estos vicios afectan la motivación de la sentencia materia del presente recurso y, por tanto, son objeto de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para una sentencia.-

Según lo dicho por esta sala de la Corte Suprema de Justicia, concluyo que la falta de prudencia en la cuantificación del daño moral afecta un requisito de la motivación en sí. Una sentencia sin un análisis apropiado para determinar la cuantía del daño moral, cabe dentro de la causal quinta para solicitar el recurso de casación, por falta de los requisitos exigidos por la ley. La prudencia, entonces, es un límite para el juez al cuantificar el daño moral; si un juez no falla con prudencia, esta sentencia podría ser impugnada.

CONCLUSIONES

Para concluir la presente tesina, puedo afirmar que la cuantificación del daño moral es un tema de difícil solución. No hay una respuesta única para su cuantificación, los jueces usan sus facultades judiciales para determinar una cantidad dineraria a modo de reparación. Por este motivo, es necesario que los jueces se guíen según los límites que he explicado durante el estudio de mi tesina, de esta manera se lograrán indemnizaciones más justas.

En primer lugar, he demostrado que la motivación constituye un límite judicial para la cuantificación del daño moral. Durante el capítulo de la motivación expliqué que una sentencia judicial no podrá tener validez sino está debidamente motivada, tanto la motivación legal como la de hecho. La motivación es un límite para el juez, por lo que este debe fundamentar su decisión. La fundamentación de hecho y de derecho tiene que ser clara, expresa, completa, lógica y legítima para que esta sea válida. Imponer al demandado el pago de una cantidad dineraria sin motivar la resolución, vendría a ser una resolución confiscatoria e inconstitucional. Todo juez debe procurar razonar su decisión, sólo así el demandante podrá exigir el cumplimiento de la indemnización. Si el juez no motiva la reparación del daño moral, esta resolución podría ser impugnada, la falta o vicio de la motivación es causal para interponer el recurso de casación.

En segundo lugar, he confirmado que la prudencia es también un límite que tiene el juez para determinar la cuantía del daño moral. La prudencia ayuda a escoger la mejor decisión posible, entre varias que pudiera tener el juez para realizar la cuantificación. La prudencia es un límite para el juez, ya que la legislación ecuatoriana indica expresamente en el Código Civil, que todo juez debe determinar una reparación de daño moral con prudencia. A su vez, he afirmado que la prudencia no debe ser confundida con mera discrecionalidad para cuantificar. Hay que atender al espíritu del legislador, de esta manera darnos cuenta que el legislador no incluyó la palabra prudencia por ser la que sonaba más retórica con la situación; sino porque realmente tiene un significado que es crucial para realizar la justa cuantificación que satisfaga a la víctima. La prudencia radica en la razón, y, en el contexto de la cuantificación judicial, debe ser vista como un análisis a fondo del caso concreto, del daño moral y de sus consecuencias, de las circunstancias personales de la víctima y del actor; el análisis debe tener necesariamente una ponderación de bienes jurídicos, del actor y de la víctima, así como criterios de corte sobre la cuantificación del daño moral. Al ver la prudencia de esta manera, se podría afirmar que la prudencia se convierte en un requisito para la motivación de la cuantificación del daño moral, y al ser así, la falta de prudencia se convierte en causal para interponer el recurso de casación. Si se confunde prudencia con discrecionalidad, se realiza una errónea interpretación del artículo 2232 del Código Civil. Si no se cumple con el requisito de prudencia de este artículo, se podría impugnar la resolución. Los jueces deben tener en claro el significado de esta palabra, que pareciendo tan insignificante es trascendental para definir el tema.

Por último, los criterios judiciales de la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia, cuando se convierten en precedentes jurídicos obligatorios, constituyen un límite para las resoluciones de los jueces. Los precedentes obligatorios son criterios de triple reiteración de la corte, que forman parte del ordenamiento jurídico. La violación a un precedente jurídico obligatorio es una causal para interponer el recurso de casación. El problema en el Ecuador radica en la falta de codificación de éstos precedentes, por lo que es más difícil distinguirlos de simples criterios judiciales. De todas formas, es trascendental tomar en cuenta criterios judiciales, no solo nacionales sino extranjeros, ya que son una herramienta útil para realizar la

cuantificación del daño moral. Si se desea la unificación de la jurisprudencia, y que las cuantías sean similares para daños morales y casos afines, se debe seguir el criterio de las cortes de casación y la jurisprudencia que éstas han sentado. Entonces, estos criterios no siempre son sólo recomendaciones, sino que en ocasiones deben obligatoriamente ser aplicados. El problema está en identificarlos y esto también afecta el control sobre el poder judicial, en especial sobre los jueces de instancia.

Lastimosamente, la jurisprudencia del Ecuador no ha sentado bases sólidas para la cuantificación del daño. Como hemos revisado en el estudio de derecho comparado, todos los países tienen sus discrepancias internas respecto del tema. Es necesario que los jueces y magistrados de la Corte Nacional de Justicia estudien más sobre el tema, se remitan también a criterios sentados por las cortes de los diferentes países. Considero que los jueces sí podrían realizar, cada día, una jurisprudencia más valiosa, que luego se convierta en obligatoria y sea aplicada por los jueces de instancia. Así se unificaría la cuantificación del daño moral y se lograría que las reparaciones realmente satisfagan a la víctima del siniestro. Tengo que afirmar que la jurisprudencia sí se ha remitido en ocasiones, a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que es un avance para nuestro ordenamiento jurídico. Este comportamiento debe ser acogido por todas las salas de la Corte Nacional de Justicia al momento de dictar una sentencia. Es necesario que los jueces motiven correctamente sus sentencias, se basen en la prudencia, utilicen doctrina, criterios y jurisprudencia de otras cortes; de esta manera, establezcan precedentes y que se controle su aplicación por los jueces de instancia.

Hace falta todavía en nuestro país un debido comportamiento de la función judicial. No se puede afirmar que nunca se ha realizado cuantificaciones apropiadas de daño moral, pero normalmente éstas dejan mucho que desear. No llegan a la finalidad primordial de la reparación, que es satisfacer a la víctima. Se necesitan capacitaciones para la función judicial, en especial para los jueces de primera instancia, así como para los jueces y magistrados de provincia. La poca confianza en nuestro sistema judicial crea inconformidades en la gente, es por esto que en muchas ocasiones no se demandan las violaciones a los derechos. Sentar una verdadera jurisprudencia respecto

del daño moral, alentaría a las personas a denunciar sus casos y demandar a los responsables; así como a los actores a ser más diligentes al realizar sus actividades.

Bibliografía

AURBENQUE PIERRE, *La Prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Editorial Crítica, 1999, pp. 89 – 240.

BARBADO PATRICIA BIBIANA, “Cuantificación del Daño, Justicia Nacional”, en *Revista de derecho de daños*. Determinación del daño I, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, pp. 360 – 403.

BARRAGÁN ROMERO GIL, *Elementos del daño moral*, Quito, Editorial: Edino, 2000, pp. 77 – 199.

BELMONTE MIGUEL ANGEL, *Aproximación a una genealogía de la prudencia*, en Revista Electrónica mensual del Instituto Santo Tomás, 1995, pp. 2 – 15. Disponible en: www.e-aquinas.net/epoca1/la-virtud-de-la-prudencia/

BIBLIOTECA SALVAT DE GRANDES TEMAS, *Justicia y Derecho*, Barcelona, Editorial Salvat Editores, 1973, pp. 21 – 71.

CARMONA TINOCO JORGE ULISES, *La Jurisprudencia Obligatoria en los Tribunales del Poder Judicial de la Federación*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/83/art/art3.htm>

CASARES D. TOMÁS, “La Justicia y el derecho”, Editorial: Abeledo – Perrot. Buenos Aires, 1997, pp. 52-55

CHIOSSONE TULLIO, MÉLICH ORSINI, GERT KUMMEROW, E.MADURO LUYANDO, FRANCISCO. NAVA, ALEJANDRO J. PIETRI, RENÉ DE SOLA Y LUIS LATORRE, *Indemnización de daños y perjuicios*, Caracas, Editorial Jurídica Bolivariana, 1998, pp. 344 - 377.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo contra Ecuador*, Sentencia 22 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tibi contra Ecuador*, Sentencia 7 de septiembre de 2004, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

COUTURE J EDUARDO, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, México DF, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, pp. 61 – 150.

COUTURE J. EDUARDO, *Las Reglas de la Sana Crítica*, Editorial: Ius. Montevideo, 1990, pp. 6 – 70.

DE BERNARDIS LUIS MARCELO, *La Garantía Procesal del Debido Proceso*, Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1995, pp. 386 - 414.

DE LA RÚA FERNANDO, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991, pp. 139 – 159.

DELGADO BARRIO JAVIER, VIGO L. RODOLFO, *Sobre los Principios Jurídicos*, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 34 – 40.

Derechos a la Verdad, a la Justicia y a la reparación integral en casos de graves violaciones a los derechos Humanos, pp. 1 – 8, disponible en: <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0435.pdf>

DÍAZ – GRANADOS ORTIZ JUAN MANUEL, “Aspectos Generales del Daño Corporal y su Valoración”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 2005. pp. 336 – 368.

Elements of Intentional Infliction of Emotional Distress, disponible en: <http://biotech.law.lsu.edu/Courses/tortsF01/IIEM.htm>.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1991.

ESCOLA HÉCTOR JORGE, *Legalidad, Eficacia y Poder Judicial*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1997, pp. 37 – 40.

GALDÁMEZ ZELADA LILIANA, *Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones*, disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071834372007000300005&script=sci_arttext

GALDÓS JORGE, MARIO, “Daños a las personas en la provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho de Daños, Determinación del daño I*, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 51 – 111.

GANDOLLA JULIA ELENA, “La Ardua Tarea de Cuantificar los Daños”, en *Revista de derecho de daños. Determinación del daño I*. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2004, pp 221 – 230

GARCÍA – SAYAN DIEGO, *Poder Judicial y Democracia*, Lima, Editorial Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 59 – 68.

GARCÍA RAMÍREZ SERGIO, *Las Reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en:

www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_003_329.pdf

GHERSIA CARLOS ALBERTO, *Valuación económica del daño moral y psicológico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, pp 102 – 168.

GOZAINÍ OSVALDO A., *La Justicia Constitucional: Garantías Proceso Tribunal Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1994, pp. 180 – 197.

HENAO JUAN CARLOS, *El Daño*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 44 – 100.

HIGHTON ELENA I., CARLOS G. GREGORIO Y GLADYS S. ÁLVAREZ. “Predictibilidad de las indemnizaciones por daños personales por vía de la publicidad de los precedentes”, en *Revista de Derecho de Daños, Determinación del daño I*, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 7 – 29.

HUERTA GUERRERO LUIS ALBERTO, *El Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en:

<http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/nuevdh/dh2/lh-deb2.HTM>

KELSEN HANS, *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, pp. 55 – 74.

LÓPEZ MORALES JAIRO, *Perjuicios Morales*, Editorial: Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 1997, pp. 97 -188.

MARTÍNEZ RAVE GILBERTO Y CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Bogotá, Ed. Temis, 2003, pp. 260 – 370.

MEDELLÍN CARLOS, *Lecciones de Derecho Romano*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997, pp. 174 – 183.

MEDINA GRACIELA Y CALOS GARCÍA SANTAS, “Cuantificación del Daño, Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de derecho de daños. Determinación del daño I*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal – Culzoni, 2004, pp. 407 – 450.

MONONES PICHARDO JUAN SALVADOR, *La Discrecionalidad Judicial*, disponible en:

<http://www.poder-judicial> bc.gob.mx/admonjus/n23/AJ23_005.htm

NÉLIDA REY ROSA Y ANTONIO JUAN RINESSI, “La Cuantificación del daño. Sus implicaciones”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 27 – 72.

PETT EUGÉNE, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México DF, Editorial Porrúa SA, 1993, pp. 692 – 694.

PLATAS PACHECO MARÍA DEL CARMEN, *Prudencia judicial; en la encrucijada de la desconfianza: oralidad y transparencia*, México, 2008, disponible en: [www.flamagistrados.org/doc/Conferencia Magistral Prudencia Judicial en la encrucijada de la desconfianza oralidad.doc](http://www.flamagistrados.org/doc/Conferencia_Magistral_Prudencia_Judicial_en_la_encrucijada_de_la_desconfianza_oralidad.doc)

QUINTANA BRAVO, FERNANDO, *Prudencia y Justicia en la Aplicación del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 50 – 160.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Editorial Espasa, Madrid, 2001.

RESOLUCIÓN CORTE INTERAMERICANA DE JUSTICIA: *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, disponible en: http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/JURISP/Corte/Ecuador/suarez_rosero/suarez_rosero_interpretacion.pdf

RIVERA JULIO CÉSAR, “Cuantificación Legal y Judicial.”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Editorial: Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 15 – 25.

RODGERS GREGORY, *Estimating Jury Compensation for Pain and Suffering in Product Liability Cases Involving Nonfatal Personal Injury*, disponible en: nafe.net/JFE/j06_3_06.pdf

SÁNCHEZ TORRES, JULIO Y MARIO SÁRSFIELD NOVILLO, “Cuantificación de Daños en la Provincia de Córdoba”, en *Revista de Derecho de Daños, Determinación del daño I*, Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pp. 113 – 209

SANTOS BALLESTEROS JORGE, “Examen Jurisprudencial del daño y su valoración. Jurisdicción Civil”, en *La Responsabilidad Profesional y Patrimonial y el Seguro de la Responsabilidad Civil*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 2005. pp. 335 – 446.

SIERRA HUGO MARIO Y ALEJANDRO SALVADOR CÁNTARO, *Lecciones de Derecho Penal*, Editorial EdiUNS, disponible en:

<http://books.google.com.ec/books?id=vTBh-vAZ60kC>

SPENCER BENJAMIN, *Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence*, 2006.

<http://law.usc.edu/students/orgs/lawreview/documents/Spencer.pdf>

STEPHEN D SUGARMAN, *Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective*. disponible en: unjobs.org/tags/law-reform

Supreme Court of United States, disponible en:

<http://www.supremecourtus.gov/opinions/06pdf/05-1256.pdf>

TAVANO, MARÍA JOSEFINA, “La Valuación del daño a la persona y el análisis económico del derecho” en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño*, Editorial: Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001, pp. 75 – 90.

TAWIL GUIDO SANTIAGO, *Administración Y Justicia*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1993, p 300 – 380.

U.S. Constitution: Amendments, disponible en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendments.html>

U.S. Constitution: Fourteenth Amendment, disponible en:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendments.html>

VARNI DE IÑIGUEZ MARÍA ALICIA Y MARCELO DANIEL INIGUEZ, “Cuantificación del daño en las provincias de Neuquén y Río Negro”, en *Revista de Derecho de Daños*.

Determinación del daño I. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2004, pp. 244 – 256.

ZANNONI EDUARDO A, “Significado y alcance de la cuantificación del daño”, en *Revista de Derecho de Daños. Cuantificación del daño.* Editorial: Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001, pp. 7 – 13.

Resoluciones nacionales

Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2001, de 31 de mayo 2001, en el caso No 229-2001, *Simón Adolfo Lucero Rosero contra María Cecilia Perugachi Ubidia*, publicado en Registro Oficial 386 de fecha 19 de agosto de 2001.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 127-02, de 14 de junio 2002, en el caso No 335-2001, *Felix Salame Arzubiaga contra Filanbanco S.A.*, publicado en Registro Oficial 630 de 31 de julio de 2002.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 46-2003, de 21 de febrero 2003, en el caso No 339-2001, *Armando Antonio Peñafiel Navarrete contra Banco Central del Ecuador.*, publicado en Registro Oficial 63 de 16 de abril de 2003.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 229-2002, de 29 octubre 2002, en el caso No 31-2002, *Comité Delfina Torres Vda. De Concha vs. Petroecuador y otros*, publicado en Registro Oficial 43 de fecha 19 de marzo 2003.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 168-2007, de 11 de abril 2007, en el caso No 62-2005, *Florencio Antonio Andrade Medina contra CONELEC y otros*, publicado en Registro Oficial No. 339, de 17 mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador) Resolución No 210-2003, de 22 de julio de 2003, en el caso No 114-2003, *George Rodamis contra Giuseppe Torri Olivar*, publicado en R.O. No. 189 de 14 de octubre de 2003.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador), *Gloria Seminario Medina de Loedel contra Filanbanco S.A.*, Gaceta Judicial. Año LXXXVIII. Serie XV. No 2. Pág. 397, de Mayo 5 de 1988.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. Pág. 363. *Dr. Marcelo Regalado Serrano vs. Dr. Edgar Ramiro Zurita y otros*, Noviembre 9, 1999.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1516. *Héctor Eduardo Loo Gavilanes vs. Comisionistas Bursátiles Combursátil Casa de Valores Sociedad Anónima*, 9 de abril, 2001.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador), Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII. No. 2. Pág. 426. *Elva Mireya Romero vs. Víctor Hugo Ortiz Yunga*, febrero 8 2006.

Corte Suprema de Justicia (Ecuador), *Gonzalo David Rojas Fabara contro Banco Central del Ecuador*, publicada en Gaceta Judicial Año XCVI. Serie XVI. Nro. 6. Pág. 1525. de 16 de junio de 1996.

Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, No. de Causa: 2007-0023, *Caso Rafael Vicente Correa contra Banco Pichincha*, de 29 octubre de 2008.

