

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

ILLUMANTA

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



Edición Nº 2, enero - diciembre 2014

QUITO - ECUADOR



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

- ILLUMANTA -

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

SEGUNDA EDICIÓN

Obra Corporativa Corte Nacional de Justicia
Illumanta, Revista de Investigaciones Jurídicas. 2da. Edición
Obra licenciada bajo Creative Commons 3.0 Ecuador. BY-NC-ND
ISSN 1390-8529
Pág. 215, 21x29,7cm.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
UNIDAD DE PROCESAMIENTO DE JURISPRUDENCIA E INVESTIGACIONES
JURÍDICAS DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**

Dr. Carlos Ramírez Romero
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Miguel Angel Valarezo Tenorio
Director de la Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas



Esta obra está licenciada bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 Ecuador. Para ver una copia de esta licencia, visita <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ec/> o envía una carta a Creative Commons, 444 Castro Street, Suite 900, Mountain View, California, 94041, USA.

Av. Río Amazonas No. 37-101 y Unión Nacional de Periodistas

Teléfonos: (593-2) 3 953-500 2 995-800

Apartado Postal No. 17-17-1318c

Quito- Ecuador

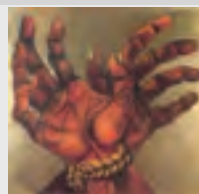
Email: jurisprudencia@cortenacional.gob.ec

[http: www.cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec)



Portada

Eduardo Kingman Riofrío
Agobio
Óleo sobre lienzo
100 x 137 cm
1982



Separadores
Eduardo Kingman Riofrío

CONTENIDO

Presentación

Dr. Carlos Ramírez Romero,
Presidente de la Corte Nacional Justicia.....Pag. 4

SECCIÓN 1.....Pag.5

Investigaciones

1.1 Determinación del Quantum Indemnizatorio por daño moral en nuestra
Jurisprudencia.

Dra. Silvia Amores Osorio.....Pag.7

1.2 Efectividad del Apremio Personal

Abg. Rosa Valladares Paz.....Pag. 95

SECCIÓN 2

Doctrina: Artículos Divulgativos.....Pag.165

2.1 Responsabilidad Civil en el Derecho Ambiental

Dr. Wilson Andino Reinoso.....Pag. 166

2.2 Principio de Favorabilidad y determinación judicial de la pena

Dr. Richard Villagómez Cabezas.....Pag. 181

2.3 La etapa de Evaluación y Preparatoria de Juicio en el Código Orgánico
Integral Penal (COIP)

Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier.....Pag. 193

2.4 La exigibilidad del Derecho Internacional y situación en el Ecuador

Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia.....Pag. 207

PRESENTACION

El surgimiento de la Revista de Investigaciones Jurídicas “Illumanta” de la Corte Nacional de Justicia constituye una respuesta a las inquietudes intelectuales que se vienen generando entre quienes forman parte de la administración de justicia en el país.

Nuestro deber como Corte Nacional de Justicia, se cifra en aportar constructivamente desde el espacio de responsabilidad en el que estamos, hacia la consolidación de una ciencia jurídica acorde al pleno desarrollo del país.

La Corte Nacional tiene un compromiso permanente por brindar conocimientos jurídicos a más generaciones de ecuatorianas y ecuatorianos, por ello debe estar a la altura de las circunstancias y no puede abstraerse de los grandes temas que importan al convivir nacional. En esta perspectiva la Corte Nacional ha cumplido un rol destacado pues han abierto un cauce para que la comunidad académica jurídica nacional y extranjera puedan difundir sus investigaciones y análisis jurídico.

Consideramos que el debate que eventualmente surja de las propuestas, aquí planteadas, es importante, no como mero espacio para dar opiniones, sino como un foro que nos permita tomar decisiones acerca de los problemas que existen en nuestro quehacer jurídico y también como espacios para la gestión de proyectos sociales.

***Illumanta** constituye una revista jurídica que trata materias referentes a las diversas áreas del derecho. En la presente entrega se encuentran trabajos que abordan diversas materias de derecho privado, derecho público, derecho social y derecho internacional, todos los cuales son relevantes en el ámbito de sus respectivas disciplinas y algunos de ellos no exentos de enfoques debatibles. Ello constituye parte de la búsqueda de acercarse a la verdad, al desarrollo de la justicia y la paz, dentro del amplio marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.*

Ponemos a su disposición en esta ocasión la primera edición de nuestra Revista “Illumanta”, correspondiente al presente año 2013, y que constituye el órgano oficial de publicación y difusión de las labores de investigación de la Unidad de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia. Asimismo, le entregamos importantes colaboraciones recibidas de Jueces y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, así como aportes de la jurisprudencia internacional y del derecho comparado.

Creemos que nuestro objetivo de incentivar la investigación académica se viene cumpliendo satisfactoriamente y esperamos que en el futuro se siga consolidando.

Gracias por la colaboración desinteresada de cada uno de los que figuran en este número, por su dedicación y entrega a las tareas académicas, y al foro jurídico ecuatoriano, por darnos esperanza en la transformación de este país.

Dr. Carlos Ramírez Romero
PRESIDENTE DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



Eduardo Kingman Riofrío
V-E DAY (vendedor de periódicos)
Óleo sobre lienzo
50 x 62 cm
1945

- INVESTIGACIONES -
ILLUMANTA
REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

1.1 DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL EN NUESTRA JURISPRUDENCIA.

Dra. Silvia Amores Osorio
Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia
e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia

SUMARIO:

Introducción.

I.- Marco conceptual y doctrinario.

- a) La responsabilidad y el daño en general.
- b) La responsabilidad civil, clases.
- c) Daño Moral, conceptualización.
- d) El daño moral, marco legal pertinente.

II.- Criterios doctrinales en torno a la responsabilidad civil.

- a) La responsabilidad subjetiva o teoría clásica de la culpa
- b) La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.
- c) Naturaleza y funciones de la responsabilidad civil o “derecho de daños”.

III.- El Quantum indemnizatorio por daño moral.

- a) Mecanismos de valoración en daños extrapatrimoniales.
- b) Revisión de Investigación en derecho comparado

IV.- Análisis jurisprudencial.

- a) Generalidades de la muestra.
- b) Criterios compilados.
- c) Algunos comentarios.
- d) Conclusiones. Bibliografía. Netgrafía.

INTRODUCCIÓN

En el trabajo anterior sobre Daño Moral titulado *El principio de reparación integral del daño moral: ¿un arbitrio interpretativo o una garantía de cumplimiento de derechos?*¹, se dejó planteada la siguiente pregunta:

¿Es necesaria la creación de normas o reglas mínimas que establezcan pautas o parámetros para calcular la indemnización de daño moral, a fin de reducir la injerencia de la subjetividad de los jueces en el momento de establecer la reparación del daño sufrido y valorar las indemnizaciones?,

1. ILLUMANTA, Revista de Investigaciones Jurídicas, Obra Corporativa Corte Nacional de Justicia, Edición, 1ra. Enero 2014, Págs. 59-86.

Misma que es retomada en este trabajo para realizar un estudio sobre la manera en que han sido valoradas estas reparaciones dentro de un período histórico determinado a través del análisis de una parte de la jurisprudencia producida con referencia a este tema, con el fin de ir extrayendo los criterios y parámetros más utilizados para plantear la posibilidad de condensarlos en un documento que tenga cierto carácter estandarizador para futuros pronunciamientos.

El escenario que planteo, bastante complejo por supuesto, debido a la propia naturaleza del tema y a la gran diversidad de respuestas que en transcurso de una década se han presentado, además de las limitaciones institucionales de tiempo y recursos para la investigación, me impuso la necesidad de limitar el análisis jurisprudencial a 50 casos, los cuales una vez analizados, nos proporcionaron los temas sobre los que se procesaron las acciones por daño moral, encontrándose que estaban referidos a: afectación a la honra, el crédito y buena reputación bien sea por difamación, injurias, abuso del derecho, falsa denuncia, enjuiciamiento injustificado. Espero que el resultado de este análisis ponga de relieve las diversas posturas (o quizá solo una) frente a la función reparadora que debe tener la indemnización por daño moral desde la responsabilidad civil, pero sobre todo, encontrar en la argumentación de los jueces, la justificación de los “cómo”, “cuando” y “cuánto” de su valoración económica.

Por otro lado al hacer el análisis desde la seguridad jurídica considero importante que se visibilicen (los que existan) o se creen (si es que fuere necesario), los principios sobre los que deberían apoyarse los cálculos indemnizatorios, y de ser posible, determinar una forma para establecer dicha cuantía, tomando en cuenta los elementos más relevantes para esa estimación. Finalmente, como mecanismo afianzador de la justicia, intento también extraer de la jurisprudencia en estudio, algunas pautas o criterios rectores que puedan ser utilizados como referentes orientadores de la responsabilidad extra patrimonial que podrían afrontar quienes atenten contra los derechos personalísimos de otras personas.

I.- MARCO CONCEPTUAL Y DOCTRINARIO

Con el fin de establecer algunos lineamientos teóricos generales para ir al análisis de la determinación del quantum indemnizatorio en el ámbito del daño moral, nos acercaremos a algunos conceptos y posiciones extraídos tanto de la jurisprudencia nacional, como de la doctrina encontrada.

a) La responsabilidad y el daño en general.

Dentro del ámbito de la responsabilidad, la doctrina da cuenta de una primera gran división, la **responsabilidad moral** y la responsabilidad jurídica, siendo la primera aquella que se presenta cuando se infringen normas morales o religiosas que no se manifiestan fuera de la conciencia del individuo y que por lo tanto son internas y no producen daño a nada ni a nadie. La segunda hace referencia a la **responsabilidad jurídica**, cuando en razón de una acción u omisión se produce un perjuicio a otra persona o cuando el resultado de esos hechos son contrarios al orden social y se caracterizan porque sus consecuencias se manifiestan como un perjuicio, que trasciende al campo externo incidiendo negativamente la vida en sociedad, violando normas jurídicas, por lo que sus efectos escapan del fuero interno del individuo ingresando al mundo jurídico, generando una carga en cabeza del autor del daño que puede consistir en una sanción o una reparación.

Arturo Alessandri considera que la responsabilidad jurídica “es la que proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la ley pena por ser contrario al orden social.”²

A su vez, la doctrina ha dividido a la responsabilidad jurídica en **responsabilidad penal** y civil, considerándose que se está frente a un caso de responsabilidad penal cuando la persona ha transgredido o violado una norma amparada por una ley penal y que por lo mismo su resultado genera daño a la sociedad en general. Asimismo, cuando a partir de una acción u omisión se causa daño a otra persona o a su patrimonio, nos encontramos frente a una **responsabilidad civil**, puesto que esto conlleva la obligación a cargo del autor de reparar las consecuencias económicas de dicho perjuicio en favor de la persona víctima del daño.

b) La responsabilidad civil. Clases.

De acuerdo a la fuente de donde provenga, la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. Cuando hacemos referencia a la **responsabilidad contractual** significa que existe de por medio la obligación de reparar los daños causados por el incumplimiento, retraso en el cumplimiento o cumplimiento imperfecto de una obligación asumida en un contrato, por lo tanto, para que exista esta responsabilidad se requiere que haya una relación anterior entre el autor del daño y la persona que lo sufre y el perjuicio surja como consecuencia de esa relación. En referencia a lo anterior los hermanos Mazeaud expresan que “la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato.

Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio”³

Contrario a lo anterior, sabemos que estamos frente a un problema de **responsabilidad extracontractual**, cuando en el acontecimiento entre la víctima y el autor del daño no existe vínculo anterior alguno, y aún en el caso de existir, el daño sufrido no es producto de dicha relación sino de otra circunstancia. Por su parte Alessandri considera que esta responsabilidad es “la que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño.”⁴

c) Daño moral, conceptualización

Inicio ubicando el concepto de daño moral, según un diccionario jurídico conocido:

“**Daño.** En sentido amplio, toda suerte de mal material o moral.// Más particularmente, el detrimento, perjuicio o menoscabo que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes. El *daño* puede provenir de dolo, de culpa o de caso fortuito, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. En principio, el *daño doloso* obliga al resarcimiento y acarrea una sanción penal; el culposo suele llevar consigo tan sólo indemnización; y el fortuito exime en la generalidad de los casos, dentro de la complejidad de esta materia. (...)

Moral. La lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otros.”⁵

Como se aprecia en este concepto el daño puede provenir de dolo, culpa o caso fortuito, de acuerdo a la malicia, negligencia o casualidad producida entre quien realiza la acción y la consecuencia surgida; de igual manera en el **daño moral** se considera la acción culpable o dolosa que unas personas infringen a otras causando lesión a su honor, sentimientos, etc.

Encontramos otra conceptualización expuesta por el jurisconsulto ecuatoriano y ex Magistrado de la Corte Nacional de Justicia Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, en la que expresa el concepto de daño moral en

3. MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pág. 10.

4. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. Obra citada, pág. 42

5. CABANELLAS de Torres Guillermo Dr., Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., 2ª. Edición, Argentina, junio 1982, pág. 85

sentido contrapuesto a lo patrimonial, pues lo conceptualiza como la ofensa a un derecho extrapatrimonial y escribe:

“Por daño moral se entiende toda ofensa subjetivamente considerada, de un derecho extrapatrimonial que el ordenamiento positivo confiere a las personas y que se manifiesta objetivamente como un agravio al titular del derecho o víctima de la ofensa, que provoca un detrimento, menoscabo o vulneración del derecho extrapatrimonial de que se trate.

El daño moral puede ser apreciado objetivamente como pecuniario y no pecuniario. El primero no admite valuación económica, pero afecta indirectamente al patrimonio del ofendido, como cuando un pintor es acusado de copiar sus obras a otro pintor; en tanto que el segundo, no afecta al patrimonio y consiste en el dolor, miedo, humillación o sufrimiento que experimenta el ofendido a consecuencia de la actividad ilícita del ofensor. En todo caso, tanto el primero como el segundo, en nuestro ordenamiento positivo dan origen a la obligación de repararlos pecuniariamente.”⁶

Esta referencia nos remite, por contraposición, al concepto de “derecho patrimonial” y para entender mejor el tema de lo “patrimonial y extrapatrimonial” he seguido a Ramón Maciá quien considera, que se da por supuesto que un suceso dañoso puede provocar daños de ambas clases, lo que le parece normal que así sea, puesto que todo daño patrimonial, siempre tiene cierto grado de afectación moral (con excepción del daño meramente dinerario o estrictamente mercantil) y nos caracteriza a cada uno de ellos manifestando que “el daño material es la lesión causada a los bienes por la acción de un tercero, y que además, es un perjuicio ocasionado en el patrimonio de la víctima por el hecho del agente”⁷ lo que entiendo vendría a constituir la afectación a su derecho patrimonial o material.

Con respecto al daño moral, nos dice que es aquel daño que causa lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación y/o en su buena fama, lo que asumo vendría a considerarse como la afectación a un derecho extrapatrimonial o moral. A continuación, transcribo la propuesta de conceptualización que sobre daño moral nos presenta el jurista español que acabo de referir:

“Un correcto acercamiento al concepto de Daño Moral será el de una configuración que incluya toda limitación que sufre una persona damnificada siempre que ello suponga cierta perturbación de su personalidad o de su dignidad que, por su naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales; es decir hay que concebir el daño moral como un concepto residual.

6. ABARCA Galeas Luis Humberto, El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo, Edición 2011, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 13

7. MACIÁ Gómez Ramón, Magistrado jubilado y Jurista, La dualidad del daño patrimonial y del daño moral, Revista de responsabilidad civil y seguro, 2010, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3675984.pdf

Por otro lado, si bien los daños morales se considera que no tienen un valor económico, aunque eso no impide que sean indemnizables, en cuanto que la indemnización en que se valoren va a actuar como medio de compensación, en lo posible, de los trastornos y sufrimientos del equilibrio emocional que padece la víctima, y si bien el dinero no se puede definir como equivalente, en el ámbito del daño material a la indemnización pecuniaria, al menos podría limitar, de alguna manera, el padecimiento intelectual y actuar como rudimentario medio de equilibrar y neutralizar el menoscabo sufrido con origen en el evento dañino. Resulta sorprendente que en el Sistema Legal se descalifique el tratamiento psicológico para remediar, paliar y compensar el daño moral, cuestión esta que merecería un debate aparte.”

Continuando con nuestro marco conceptual hago referencia a lo expresado por otro jurista, el Dr. José García Falconí, ecuatoriano, quien considera que las personas poseen algo más valioso que su patrimonio, que son, su rectitud, sus valores morales, su respeto por el otro y la consideración que éstos les guarden, su fuerza espiritual, etc., los cuales constituyen “*un conjunto de realidades individuales y sociales que configuran su patrimonio moral*”. A continuación su concepto sobre daño moral:

“De tal modo que el daño moral, es el menosprecio de la personalidad o del honor y perjuicios de carácter material que entrañan también pérdidas morales como son los dolores físicos o sufrimientos espirituales. Es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, que son: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad individual, etc., que constituyen sus más gratos afectos; o sea que hay perjuicio moral cuando se atacan los intereses legítimos de la familia, del honor, de la reputación, o sea bienes no económicos de los que integran el patrimonio moral de una persona.”⁸

Finalmente, es importante también presentar varios de los conceptos que sobre daño moral han utilizado varios de los Jueces de Casación en sus resoluciones sobre el tema, a continuación presento los siguientes que han sido extraídos de algunas de las sentencias analizadas en el presente trabajo investigativo:

1

“...En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación sólo comprende el daño emergente. En consecuencia, puede originarse por delitos, específicamente la injuria calumniosa y no calumniosa, ya sea grave o leve: lesiones, violación, estupro, atentado contra el pudor, detención arbitraria, u otros procedimientos ilegales...”⁹

8. GARCÍA Falconí José Dr., La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos, Primera Edición- Abril 2010, Ediciones Rodin, Quito-Ecuador, pág. 225

9. Sentencia 73-2001, Juicio 120-99 publicado en Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1293. (Quito, 28 de febrero de 2001)

2

“SEXTO.- La doctrina y jurisprudencia nos permiten establecer los siguientes elementos del daño moral y la acción: 1) daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana. 2) La acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe esta prejudicialidad. 3) El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca. 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil. 5) La acción civil por daño moral es contenciosa y declarativa; se debe sustanciar por la vía ordinaria. 6) La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Más, en caso de imposibilidad física de aquella podrán ejercitarla su representante legal cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima podrán intentarla sus derechohabientes, conforme a las normas de este código (Art. 2233 del Código Civil). 7) Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte o de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes (Art. 2234 del Código Civil) (Gil Barragán. Elementos de Daño Moral, Edino, 1995.)”¹⁰

3

“Cuando se habla de daños patrimoniales se trata de saber si la actividad dañosa ha provocado, ha sido causa, de un detrimento atribuible al autor: para ello mensura, mide, constata, de que medio económicos ha sido privado, o ha dejado de obtener el damnificado, y en un función de ello se liquida el perjuicio. Cuando se trata de un daño moral se resarce el ataque mismo a un atributo de la persona, de un derecho subjetivo que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en más o en menos. El honor, la intimidad, la imagen, así como la vida, la salud, etc., son precisamente intangibles pues todos y cada uno se atribuyen a la personalidad del sujeto y son irrevocables de él; aunque se pueda convenir en la distinta entidad que asumen en consideración a la naturaleza y los fines que proyectan... El daño moral no se mide solo, ni fundamentalmente, por las repercusiones que contiene, sino por el menosprecio que la actividad dañosa en si misma denota a la persona (física o jurídica), y se estima en razón de la entidad o del interés no patrimonial lesionado. Por eso la distinta connotación que tiene la liquidación de daños patrimoniales frente a la estimación del daño moral. Y en este punto advertimos una connotación fundamental que no puede ser pasada por alto: la repercusión social que adquieren los atributos de la personalidad, o los derechos subjetivos reconocidos a la persona. A diferencia del daño patrimonial que repone medios económicos o que computa los que debieron acrecer el patrimonio del damnificado de no acaecer el evento dañoso, el resarcimiento del daño moral constituye además de satisfacción para la víctima, un modo de reparación debido a ella por el menoscabo que sufre socialmente en razón del ataque mismo...” (El Daño en la Responsabilidad Civil, Eduardo Zanoni, Editorial Astrea, 2a. edición actualizada y ampliada, 1a. reimpresión, Buenos Aires, 1993, Págs. 292-293).”¹¹

10. Sentencia 225-2007, Juicio 277-2006 publicado en Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1802. Quito, 21 de Junio de 2007.

11. Sentencia 451-2009, Juicio 15-2008 publicado en Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735. Quito, 2 de septiembre de 2009.

4

“5.2.3.1 La doctrina enseña que “el daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o efectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral...”¹²

5

“...la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida”, precisando que para este último parámetro se tendrá en cuenta, en su caso, “difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” o “el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. Tales criterios son, como se desprende de su tenor, tanto subjetivos (grado de culpabilidad del causante del daño, la reputación del difamado y la consideración de sus circunstancias personales, como la edad, sexo y condición de la persona) como objetivos (beneficio obtenido por el causante de la lesión constitutivo de un enriquecimiento sin causa).” (DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen, *El Daño Moral*, Tomo II, págs. 687 y 688, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2002).¹³

6

“...La jurisprudencia nacional se ha pronunciado casi unánimemente en este sentido y se ha fallado que “daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”, (ob. cit, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág 219 - 221). Respecto a la naturaleza del daño, Arturo Alessandri Rodríguez, en su libro *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, expresa: “El daño puede ser material o moral. Es material el que consiste en una lesión pecuniaria, en una disminución del patrimonio, y moral, el que consiste en una molestia o dolor no patrimonial, en el sufrimiento moral o físico. El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción; la víctima, después del daño, es menos rica que antes. El daño moral, en cambio, no lesiona el patrimonio, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria- el patrimonio de la víctima está intacto-, consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos. De ahí que a la indemnización que lo repare se la demonice pretium dolores”. (ob.cit, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pág. 160-161).¹⁴

12. Sentencia 181-2010, Juicio 85-2007 Corte Nacional de Justicia, Archivo Unidad de Jurisprudencia, Quito-Ecuador, 2014.

13. Sentencia 242-2010, Juicio 946-2009, Expediente 242, Registro Oficial Suplemento 330, 13 de Septiembre del 2012. Quito-Ecuador

14. Sentencia 404-2010, Juicio 983-2009, Corte Nacional de Justicia, Archivo Unidad de Jurisprudencia, Quito-Ecuador, 2014.

“...El tratadista Dr. Enrique V. Galli, respecto de la definición de daño moral, dice que “Si se tiene en cuenta la naturaleza de los derechos lesionados, el agravio moral consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica.- Si se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley” (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I, p 604. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954). (...) “Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa; pero tratándose de estos últimos sólo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, mas no a sentimientos de afección” (Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, p. 343. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005).- De tal manera que es acertada la tutela de los derechos extrapatrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales, porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas. Al contrario, tan necesario es el crédito y el prestigio para el desarrollo de las actividades comerciales como para las personas naturales es el honor y su buen nombre. Por ello, cuando de algún modo injusto se atenta contra el buen crédito y el honor de una persona natural o jurídica, es deber de la Justicia reconocer y declarar el derecho de los perjudicados.”¹⁵

d) El daño moral, marco legal pertinente.

El Código Civil ecuatoriano en su Libro IV De las obligaciones en general y de los contratos, establece en su Título I el origen de las mismas en los siguientes términos:

Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Para ir ubicando el tema (daño moral) dentro del marco de la responsabilidad civil extracontractual me remito al Art. 2184 del Código Civil, que aclara el ámbito de aplicación del Art. 1453, en lo que tiene que ver con los cuasicontratos y cuasidelitos cuando dice:

15. Sentencia 508-2010, Juicio 19-2007, Expediente 508, Registro Oficial Suplemento 422, 2 de Abril del 2013. Quito-Ecuador.

Art. 2184.- Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

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

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

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.

En referencia a los delitos y cuasidelitos el mismo instrumento legal especifica más adelante, lo siguiente:

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

De lo que se deduce que, todo daño material o moral cuando es real y ha sido demostrado genera una responsabilidad bien sea de naturaleza contractual o extracontractual y consiguientemente, la indemnización, la reparación, o el resarcimiento del mismo. Así tenemos, para el daño material y/o contractual el Código Civil determina:

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

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

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

De este artículo, se puede apreciar la caracterización de extracontractual que se da al daño moral, cuando en el último inciso se lo excluye de las indemnizaciones que corresponden al incumplimiento, cumplimiento defectuoso o retardo en el cumplimiento, de las obligaciones contractuales.

Asimismo, en el primer inciso del artículo 2229 de este cuerpo legal se especifica cuándo y en qué circunstancias se hace presente la obligación de reparación, cuando dice: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta (...)”

Concretamente y con respecto al daño moral, el Código Civil ecuatoriano establece lo siguiente:

Art. 2231.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también **perjuicio moral.** (el resaltado es mío)

En este artículo se configura el daño moral como un perjuicio que genera un derecho indemnizable pecuniariamente a título de reparación y en el artículo transcrito a continuación (2232) se estructura la caracterización y viabilidad para su ejercicio.

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

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

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

El daño moral, es el daño no patrimonial, que afecta a derechos de la personalidad o valores que involucran el campo de la afectividad antes que el económico. También se asume como daño moral a un dolor, un sentimiento de pena, un sufrimiento, una humillación. Por otro lado, en esta norma, en el inciso segundo se establecen supuestos específicos que generan daños morales como la difamación, violación, estupro, lesiones, detenciones o arrestos arbitrarios, sufrimientos físicos o psíquicos, procesamientos injustos, etc., estableciéndose que daño moral, no sólo es toda lesión a los sentimientos legítimos como el afecto, la paz, la dignidad, el honor, el pudor, sino que con criterio amplio considera como daño moral, el dolor que resulta de cualquier atentado a la integridad de la persona humana.

II.- CRITERIOS DOCTRINALES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dentro del ámbito de lo jurídico y en el análisis del desarrollo histórico de la responsabilidad, se encuentra que las Responsabilidades Subjetiva y Objetiva han sido las principales teorías que se han discutido como el fundamento de la responsabilidad civil. A continuación, una pequeña síntesis de las mismas.

a) La responsabilidad subjetiva o teoría clásica de la culpa

Esta teoría sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño por lo cual para poder determinar si existe una responsabilidad frente al daño, no es suficiente solo su existencia, sino que éste tiene que ser consecuencia de un acto doloso o culposo por parte de su autor. Por lo tanto, la responsabilidad extracontractual subjetiva tiene como sus elementos principales: la culpa, el nexo causal entre el daño y el agente dañoso y, su obligación de responder por el daño causado.

La responsabilidad extracontractual subjetiva, según el autor Bustamante Alsina, debe tener las siguientes características: “a) Obligación de responder por el daño causado; b) La imputabilidad del daño al autor de hecho no tiene otro fundamento que la culpa: no hay responsabilidad civil sin culpa; c) La culpa tanto puede ser intencional como por simple negligencia o ella convierte en ilícito el acto ejecutado en tales condiciones; e) La obligación de responder es una sanción resarcitoria y no represiva del daño causado.”¹⁶

Como mayores defensores de esta teoría se conoce a los hermanos Mazeaud, los que sostenían que la culpa debía mantenerse como requisito fundamental de la responsabilidad civil y criticaron fuertemente a los autores que no consideraban el elemento culpa en la determinación de la responsabilidad, pronunciándose de la siguiente manera: “Establecer una responsabilidad automática es despojar a la responsabilidad de toda moral y de toda justicia. La justicia y la moral suponen una diferenciación entre el acto culpable y el acto inocente, un examen de la conducta del agente (...) Resolver que un acto inocente compromete la responsabilidad de su autor, puede justificarse rara vez sobre el terreno de la utilidad social, y jamás sobre el de la moral.”¹⁷

Como se puede apreciar, en esta teoría, el elemento más importante, parece ser el factor subjetivo, toda vez que impide la aplicación de la responsabilidad cuando, en ausencia de dolo, culpa o negligencia, no genera la obligación de reparar el daño.

16. BUSTAMANTE Alsina J., Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8va. Edición, Buenos Aires -Argentina, 1993 -Abeledo Perrot, pág. 47
17. MAZEAUD, Henri - Leon - Jean. Obra citada, pág. 89.

b) La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo.

Para sintetizar esta teoría, me remito a Alessandri, quien explica muy claramente la característica de la responsabilidad objetiva cuando expresa: “La responsabilidad objetiva prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido. Basta éste para que su autor sea responsable cualquiera que haya sido su conducta, si hubo o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad.”¹⁸ Como se aprecia, la responsabilidad objetiva tiene como fundamento, que quien crea un riesgo y con su actividad o hecho causa daño a una persona o a la propiedad de otro, debe responder por él, lo que significa que dentro de este concepto de responsabilidad, los dementes o los infantes serían responsables de los daños que causen.

Desde su otra denominación, la teoría del riesgo, nos dice que se responde por realizar cualquier actividad peligrosa para terceros, lo cual llama la atención sobre ciertos fenómenos o actividades que se ejecutan en la sociedad moderna, que requieren y exigen un cuidado especial del legislador. Asimismo, desde la teoría del riesgo, de manera más actualizada, el autor Mosset Iturraspe, nos dice lo siguiente: “ocurre que como superación de la imputabilidad subjetiva -culpa o dolo- la doctrina autoral y judicial, y los códigos o las leyes, han abierto camino a otra imputación, denominada “objetiva”, en cuya base se encuentra “el obrar riesgoso”, el “comportamiento peligroso”, en tanto puede ser origen de un daño”, expresando además que, en la responsabilidad objetiva “se trata de prescindir de los rostros de la culpa: negligencia, imprudencia impericia, para basar la atribución en los “riesgos”, así en plural, sean estos creados por actividades o por cosas.”¹⁹

Como hemos analizado, se considera que la demostración de la responsabilidad objetiva se centra básicamente en la ocurrencia de un hecho dañoso como causante del perjuicio o peligro que finalmente afecta no sólo a la víctima, sino a la sociedad, pero que en todo caso pudo ser evitado. En cambio la responsabilidad subjetiva tiene como elemento fundamental el nexo causal del daño con el agente dañoso (dolo, culpa o negligencia).

18. ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. Obra citada, pág. 92

19. MOSSET ITURRASPE J. “Presupuestos de la responsabilidad por daños en materia civil y en materia ambiental. Similitudes y diferencias”, 2010, pags. 119-120, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.

c) Naturaleza y Función de la responsabilidad civil o “derecho de daños”

Empiezo haciendo referencia a la naturaleza jurídica del daño moral, para lo cual cito el criterio de Eduardo Zannoni quien se manifiesta de la siguiente manera:

“Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y, más aún, que ese dolor o, en general, sentimientos que el daño provoca no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente un bien o valor patrimonial, destruido, dañado, sustraído, etcétera. La apreciación pecuniaria cumple más bien un rol satisfactivo, en el sentido de que se repara un mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se acuerda al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.”²⁰

Como se aprecia, este autor insiste en que el daño moral debe ser reparado y que esta reparación tiene carácter resarcitorio, pues cumple un rol satisfactivo.

También, mucho antes, ya el autor Alf Ross, hizo referencias similares con respecto al carácter indemnizatorio cuando expresa: “El daño moral tiene su carácter subjetivamente resarcitorio y no punitivo ni ejemplar, y su cuantía difícilmente guarda relación con el daño de carácter que se provoca a la víctima”²¹ y considera que para su determinación, debe partirse del sufrimiento causado a la víctima, pues de lo que se trata es de paliar a través de un medio subjetivamente eficaz, un estado espiritual irreparable subjetivamente.

Pero también, se han pronunciado voces contrarias a las anteriores, que critican fuertemente la tesis de la resarcibilidad, como ejemplo presentamos la réplica que Llambias hace cuando dice:

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

20. ZANNONI Eduardo A., “El Daño en la Responsabilidad Civil”, 2da. Edición, 1993, Buenos Aires, Editorial Astrea, pág. 305.

21. ROSS Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, 3ra. Edición, 1963, Argentina, Editorial Eudeba.

22. LLAMBIAS Jorge, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, 3ra. Edición, 1978, Buenos Aires, Editorial Perrot, pág. 334.

Si bien esta posición dentro de la doctrina es la minoritaria, pero contradice la anterior, puesto que sostiene que el carácter de la reparación del daño es meramente punitivo ya que el dolor no puede ser reparado y por lo mismo no se puede cuantificar, por lo tanto, lo que justifica una indemnización de daños y perjuicios es la sanción que se debe dar al autor del ilícito, mas no el daño moral causado a la víctima. Entonces, según esta teoría, lo que se busca es restablecer el orden social roto imponiendo al autor del ilícito, una pena y, a través de ésta, prevenir la realización de actos futuros por parte de otros miembros de la sociedad quienes evitaran cometer las mismas faltas, por temor a la sanción.

Resumiendo, en referencia a la naturaleza de la reparación del daño moral he podido encontrar dos grandes líneas de pensamiento que se expresan en la doctrina sobre este tema: así están quienes consideran que “la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor, y por otra parte, la mayoría de los autores prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter reparador y resarcitorio, simultáneamente.”²³

Con respecto a la función que la indemnización del daño moral vendría a cumplir en el ámbito del derecho, debo expresar que las mismas posiciones y teorías manifestadas con referencia a la naturaleza del daño moral, se ven reflejadas en el debate sobre el tema, así, por un lado se encuentran quienes defienden la idea de que la indemnización del daño moral se constituye en una pena a ser impuesta a quien produjo el daño, y por otra parte, están los que mantienen el criterio de que ésta cumple la función de satisfacción a favor de la víctima del hecho dañoso.

Así, por la “tesis punitiva” tenemos a Borrel quien afirma: “Se dice que la indemnización por daño moral, al no poderse equilibrar completamente con el daño causado, se convierte en una pena para el autor del delito”.²⁴ Por la “tesis de la satisfacción” nombramos a Orgaz quien sostiene que el daño moral no es una pena impuesta al responsable, pues se la considera una compensación otorgada a la víctima por el daño sufrido, al respecto expresa:

“...la reparación del agravio moral no se concede a título de pena contra el responsable. Lo mismo que la reparación de los daños materiales, la de los morales tiene un estricto carácter de reparación al menos en el derecho moderno: una y otra, en efecto, no se proponen inmediatamente imponer un mal al responsable, infligirle un castigo, sino tan solo procurar a la víctima una satisfacción o compensación de los daños que ha sufrido, en su patrimonio o en sus valores morales, a raíz del acto ilícito”²⁵

23. SANTOS Briz José, “Derecho de Obligaciones”, 4ta. Edición. España 1959, Editorial Reus, pág. 644

24. BORREL Macía Antonio, “Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil”, 3ra. Edición, 1958, España, Editorial Bosh, pág. 217.

25. ORGAZ Alfredo, “El Daño Resarcible”, 2da. Edición. 1960, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, pag. 230.

En este punto, creo importante incorporar un criterio expresado a manera de alerta por parte de Díez Picazo, citado por Aída Kemelmajer de Carlucci en su trabajo *“Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil”* que dice lo siguiente:

“El derecho de la responsabilidad civil o derecho de daños se encuentra en un punto muy sensible de indefinición pues convergen las tendencias doctrinales y jurisprudenciales que han empujado en las últimas décadas de su evolución hacia una muy significativa ampliación y, al mismo tiempo, factores que aconsejan someterlo a una cierta dosis de restricción; el deseo de favorecer al máximo la viabilidad de las indemnizaciones han puesto en cierta crisis el sistema legislativo.”

A continuación se pregunta la autora de la cita, que si no obstante los cambios dados, el concepto de responsabilidad, “en sí mismo, se mantiene, es decir, si como sistema, es *“autopoiético”*, o sea se autoreproduce” y procede a explicar el término de la siguiente forma:

El término autopoiético es de origen biológico y designa la construcción autónoma de un organismo vivo cuyas células se renuevan sin cesar sin conducir a una transformación del ser renovado. Por ej., aunque las células del ser humano mueren y nacen sin cesar y las unas reemplazan las otras, el ser humano permanece esencialmente como el mismo sujeto durante el proceso de renovación: dos pies, dos brazos, etc ²⁶

En otra parte de su trabajo, Kemelmajer nos dice: “Los hechos generadores de los “desórdenes” cambian a través del tiempo; ya en 1902, François Geny decía que *“la teoría de la responsabilidad es la que ha producido mayores cambios en el campo del derecho civil”*. Por eso, analizar las funciones que cumple exige tomar conciencia de que la noción misma está en constante evolución. He insistido, en que todo el movimiento y debate que se ha dado alrededor del tema refleja que “la responsabilidad no está detenida ni estabilizada, ni normativa, ni doctrinal, ni jurisprudencialmente. Y no podría estarlo, en razón del incesante avance tecnológico y científico” ²⁷ Mas bien la autora cree que se ha dado un “desborde” de la responsabilidad hacia distintos ámbitos y que actualmente un gran número de daños, con alto impacto comunitario, ya no son el efecto de conductas individuales, sino el resultado de comportamientos sociales. Con la finalidad de enriquecer el conocimiento de buena parte del debate doctrinario en torno al tema en estudio, presento a continuación un cuadro en el que he recogido el análisis sintético que Aída Kemelmajer realiza sobre las funciones de la responsabilidad según la doctrina reseñada en su trabajo ya referido, mismo que fuera publicado en el Tomo III del Homenaje a los Congresos de Derecho Civil de Argentina: 1927, 1937, 1961, 1969.

26. KEMELMAJER De Carlucci, Aída, “Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil” publicado en: HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL (1927, 1937, 1961, 1969) TOMO III, Derecho de Daños, homcongrsosciviltomo3

27. Ibidem

FUNCIÓN	CARACTERÍSTICAS
Función demarcatoria	<p>“Salvador Coderch y María T. Castiñeira Palou, se refieren a la función demarcatoria de la responsabilidad civil; explican que hay una línea divisoria entre el deber de reparar y el ámbito de libertad de actuación de las personas; esa línea intenta resolver la tensión existente entre la protección debida a la libertad de cada individuo y a los bienes de los demás. En el derecho privado, dicen, el punto de partida es favorable a la libertad de actuar, no a la prohibición; por eso, la regla es que cada uno soporta los daños que sufre; para trasladarlos a otro sujeto, debe existir una razón jurídica que permita imputarlos a ese tercero.</p> <p>El conflicto entre libertad-derecho a dañar y responsabilidad fue planteado por Starck. Para este autor, la responsabilidad se reduce a una cuestión de conflicto de derechos subjetivos: de un lado, el derecho a la seguridad de la víctima; del otro, el derecho de actuar o de dañar del autor del daño. La solución del conflicto depende de la naturaleza del daño sufrido por la víctima. En el caso de daños corporales y materiales, el derecho de cada uno a la seguridad impone al otro el deber general de no dañar; por lo tanto, quien daña, es responsable. En cambio, en el caso de los daños puramente económicos o morales, la libertad de actuar de cada uno se impone a la víctima si el daño es lícito y no contraría las normas. Otros autores no niegan la función demarcatoria, pero entienden que pertenece al derecho en general y no sólo al derecho de daños.”</p>
Función vindicativa	<p>“Históricamente, en los primeros pasos de la responsabilidad, el daño fue ignorado; el objetivo prioritario era la venganza. En las sociedades primitivas, el dolor y la cólera provocados por el daño debían expiarse; la carga de la expiación se imponía a cualquier persona, aun al inocente. En este contexto, la estructura de la norma se expresaría así: toda vez que se produzca un daño (antecedente) debe expiarse el dolor causado (consecuencia jurídica) sin referencia alguna a la culpabilidad, a la relación causal ni a la ilicitud. La relación jurídica se traba entre la víctima y quien la sociedad indica como obligado a reparar, aun cuando no sea el verdadero autor del daño.</p> <p>Los extremos siempre conducen a otro extremo y, por eso, durante un importante período, se reaccionó ante el dolor, la catástrofe o la injusticia en clave de resignación o de fatalidad que, en el mejor de los casos, posponía a una vida ultraterrena la reparación de los sufrimientos padecidos en ésta.”</p>
Función preventiva	<p>“El movimiento pendular referido en el punto anterior intenta encontrar puntos de equilibrio y, de allí, la aparición de la función <i>preventiva</i>. Algunos autores vinculan la función preventiva a la función normativa o demarcatoria, antes reseñada, y señalan dos finalidades:</p> <p>a) En primer lugar, sancionar a quien produjo el daño</p> <p>b) En segundo lugar, y dentro de cierta medida, disuadir la realización del daño por el temor legítimo a la sanción pecuniaria que ella engendra; o sea, disuadir a que no se actúe antisocialmente, asegurar una coexistencia pacífica de los habitantes y, de este modo, contribuir al orden social. Se distingue, así, entre <i>prevenir</i> y <i>sancionar</i> (o castigar). Castigar implica prevenir, pero lo recíproco no es cierto; muchas normas que intentan prevenir los delitos no son sancionadoras. La función normativa presenta, así, un doble aspecto: una función moral de <i>retribución</i> y una función social de <i>regulación</i>; asegura el castigo de los autores de comportamientos culposos, peligrosos, aun los hechos sin dolo, efectos de simples errores humanos, asimilables a la negligencia y a la imprudencia; al mismo tiempo, moraliza las conductas individuales para prevenir o disuadir de estos comportamientos.</p> <p>En Francia, Geneviève Viney, en coincidencia con Tunc, aclara que el poder disuasorio es muy escaso en las responsabilidades objetivas, o sea, en los accidentes causados por el uso de cosas peligrosas, desde que en la mayoría de los casos son imputables a la vez al azar, a la imperfección técnica de los objetos o aparatos utilizados, a las deficiencias físicas o psicológicas que el hombre normal no puede siempre evitar, etc. En cambio, el efecto disuasorio es posible en las responsabilidades profesionales, aun cuando se esté cubierto con el seguro. La doctrina se pregunta si es necesario crear una responsabilidad jurídica preventiva. Un numeroso grupo de autores reconocen la necesidad ética y vital de anticiparse a las amenazas de daños graves al ambiente o a la salud; otros, por el contrario, se oponen a esta idea; pero la resistencia es de tipo técnica, en tanto sostienen que esta prevención desnaturaliza la responsabilidad civil. Entienden que la prevención debe desarrollarse por otras vías; así, en el terreno judicial, a través de cautelares; se trata aquí de un rol profiláctico, que emerge tanto del derecho interno cuanto del derecho comunitario.</p> <p>Finalmente, no puede silenciarse que en España, Fernando Pantaleón ha criticado fuertemente a quienes sostienen que la responsabilidad tiene una función preventiva: <i>“Niego que precaver la realización de conductas irrazonablemente peligrosas sea una función normativa de la responsabilidad extracontractual en el derecho español. No puede partirse de la esquizofrenia del legislador; ninguna nota de la responsabilidad extracontractual se compadece con la pretendida función preventiva. No se autoriza al juez a graduar la cuantía indemnizatoria conforme a la mayor o menor necesidad de prevención de la conducta dañosa: ni la mayor o menor peligrosidad, ni la situación económica de su autor, ni la mayor o menor probabilidad de que evite la sanción indemnizatoria se han contado nunca entre los criterios de imputación objetiva de daño. No se autoriza al juez a imponer una indemnización sin daño, por peligrosa que haya sido la conducta que ha tenido enorme suerte de no causarlo, por cifra negra que ese tipo de conducta tenga, no por potentado que sea su autor. No hay tal desincentivación; nadie se desincentiva”</i>.”</p>

<p>Función sancionatoria</p>	<p>“Los medios de comunicación social han comprobado que el derecho sólo es noticia cuando ha sucedido alguna tragedia por la que alguien debería “recibir su merecido”. Pareciera, pues, que para el hombre medio sólo el derecho penal es derecho. Los operadores del derecho debieran saber que esto no es ni debe ser así. Geneviève Viney enseña que la respuesta a la perturbación social, teniendo por sujeto en un caso a la sociedad (derecho penal) y en el otro al dañado (responsabilidad civil) tiene interpenetraciones de uno y otro lado; en primer lugar, porque en algunas áreas, una de las dos responsabilidades tiende a borrarse; así, por ej., en algunos ámbitos, la responsabilidad civil ha sido sustituida por el sistema de la seguridad social; en otros casos, se ha borrado del derecho penal por la despenalización de ciertas conductas. En respuesta a estos movimientos, aparece la noción de pena privada, especialmente en una de sus variantes, los daños punitivos.</p> <p>Cabe aclarar, antes de referirse a los daños punitivos, que las <i>sanciones</i> privadas no se confunden con la <i>justicia</i> privada. En efecto, la pena privada no se corresponde a la venganza, ni a las penas aplicadas por “los privados”.(...); en el mismo sentido se ha resuelto que “si el daño no existe o no se prueba, nada debe repararse. La violación del ordenamiento jurídico, por sí sola, no hace presumir el daño; es necesario probarlo. La sola comprobación de la existencia de una colilla de cigarrillo en una gaseosa que lleva la marca de la demandada no es suficiente para generar la obligación de indemnizar. No obstante el resultado, la Justicia no puede permanecer impasible ante el hecho que la originó. Como quedó acreditado, la demandada incumplió en alguna de sus etapas con el control de calidad e higiene del producto; por eso, en defensa de los intereses difusos que están en juego, corresponde se oficie a la Secretaría del Comercio del Ministerio de Economía a fin de que por su intermedio pongan en conocimiento de los organismos de control que correspondan el hecho que dio origen a este juicio”</p> <p>La tendencia negativa también se manifiesta en las sentencias que dicen: “No corresponde condenar al pago de una suma adicional, además de la reparación del daño moral y la restitución de las facturas por los períodos en los cuales el servicio telefónico no se prestó, si no se ha acreditado que la falta de teléfono disminuyese las ganancias del titular de la línea durante los 163 días que se vio privado del servicio, desde que los daños punitivos no han merecido recepción, hasta el momento, en el derecho argentino”. “Los daños punitivos no están previstos en el ordenamiento argentino. Además, por su finalidad (punir graves inconductas y prevenir su reiteración en el futuro), no tendrían justificación en el caso atento a que la nulidad en la causa penal fue dictada temporáneamente por el propio Poder Judicial y el principal responsable de las operaciones y procedimientos nulos recibió su sanción institucional, pública y social, materializada en el procedimiento del juicio político, que culminó con sus destitución, y en la condena dictada en sede penal” Sin embargo, los daños punitivos pudieron colarse a través del art. 280 C.P.C.N., en una sentencia de la Corte Federal que declaró inadmisibles el recurso extraordinario contra la decisión que no obstante desestimar la demanda por mala praxis médica, aplicó a la clínica codemandada una sanción ejemplar por no haber custodiado la historia clínica (art. 280 C.P.C.N.). Por el contrario, razonablemente, la minoría estimó que “Es arbitraria la sentencia que no obstante desestimar la demanda por mala praxis médica, aplicó a la clínica codemandada una sanción ejemplar por no haber custodiado la historia clínica, que no fue ofrecida como prueba.”</p>
<p>Función resarcitoria o compensatoria</p>	<p>“La mayoría de la doctrina nacional y comparada coincide en que, en la actualidad, la principal función de la responsabilidad civil es restablecer a la víctima en la situación en la que estaba antes de la producción del daño; desde esta perspectiva, la responsabilidad civil es restauradora, compensatoria, resarcitoria, reparadora, restitutoria, indemnizatoria, reintegradora, retributiva, satisfactoria, refaccionaria o equilibrante, todos calificativos que implican la ficción jurídica por la cual se vuelve al estado anterior y se deviene <i>indemne</i>, o sea, sin perjuicio, sin daño(...) Este concepto también coincide con el significado etimológico de reparación, que proviene del latín <i>reparatio</i>, de <i>reparare</i>, que quiere decir “preparar de nuevo”, volver a poner en estado. En consonancia con esta visión, el Diccionario de la Real Academia Española menciona como segunda acepción de la palabra responsabilidad la siguiente: “deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”. Desde esta perspectiva, la Corte de Casación francesa, al igual que la jurisprudencia argentina, dice que el fin de la responsabilidad civil es restablecer, lo más exactamente posible, el equilibrio destruido por el daño, y ubicar a la víctima, a cargo del responsable, en la situación en la que ella estaría si el acto dañoso no hubiese tenido lugar; la indemnización concedida a la víctima debe reparar el perjuicio sufrido sin que resulte ni pérdida ni beneficio. Con lenguaje económico podría decirse que el fin, el resultado perseguido, no es otro que el restablecimiento del equilibrio roto por el hecho dañoso: consiste en poner los elementos pasivos y activos del patrimonio de la víctima en el mismo estado en que se encontraban antes del hecho. La fórmula ayuda a comprender que se quiere poner a la víctima en una situación <i>equivalente</i> a la que se encontraba antes de la producción del daño. En efecto, no se puede volver al pasado, por lo que es necesario aceptar la idea que no se repara volviendo al <i>statu quo ante</i>, sino que se repara construyendo otra cosa <i>nueva</i>. Por eso, los ingleses utilizan dos palabras diferentes: <i>restitutio in integrum</i> cuando el perjuicio toca a bienes que son reemplazables, y daños (<i>damages</i>) cuando se está en presencia de un perjuicio unido a un bien irremplazable, como por ej., el daño corporal.</p> <p>Debe distinguirse entre <i>reparación</i> y <i>cesación del ilícito</i>. La supresión del ilícito tiende a la protección del derecho o interés jurídicamente protegidos que fueron violados hacia el futuro; pone fin al origen del hecho dañoso, pero no repara. Así, por ej., una construcción clandestina que daña al vecino puede ser destruida, pero esto no repara los daños que pudieron haberse sufrido. La distinción entre reparación y cesación del ilícito no es sólo teórica. En la Argentina, el crédito por reparación soportará los efectos de la insolvencia; la cesación del ilícito, en cambio no está afectado por el hecho de la insolvencia. La prueba a rendir en una y otra pretensión tampoco es la misma; la pretensión por cesación del ilícito, normalmente, no requerirá una prueba tan exigente como la que reclama la reparación, que exige la evidencia del daño sufrido, sus consecuencias y alcances, etc.. De cualquier modo, se advierte que si esta es la única función, la responsabilidad civil intervendría siempre <i>ex post</i>, o sea, después que el daño ha ocurrido.</p> <p>Finalmente, cabe señalar que en numerosos sistemas jurídicos, la finalidad reparadora se tradujo en la voluntad de indemnizar cada vez <i>más</i>; sin embargo, indemnizar <i>más</i> no siempre es indemnizar <i>mejor</i>. Para una persona que ha sufrido un daño, lo importante no es necesariamente la proliferación de los perjuicios indemnizable sino <i>cómo</i> y <i>cuándo</i> será reparado, especialmente, si quien debe indemnizar es insolvente.”</p>

<p>Función distributiva</p>	<p>“En algunos países (entre los cuales no se incluye la Argentina) las coberturas sociales y los seguros privados han provocado una disminución del interés en el aspecto indemnizatorio de los daños corporales. En efecto, si la sociedad desea proteger a ciertos grupos vulnerables tiene el camino de los seguros obligatorios, de la seguridad social, etc. En esta línea, un sector de la doctrina afirma que, progresivamente, deberían ir eliminándose todas las causales de eximentes, como la culpa de la víctima, el caso fortuito, etc. atribuyendo al sindicado como responsable, incluso, los actos que están fuera de su control.</p> <p>A esta función se la denomina distributiva, o de <i>dilución</i> de la carga de los daños. En estos casos, generalmente, estos daños pasan a la seguridad social, o al derecho administrativo; por ej., las indemnizaciones a las víctimas de actos terroristas, etc. Para algunos autores, estos supuestos no tienen vínculos con la responsabilidad, o son muy pocos; por lo tanto, no pueden ser regidos por las mismas reglas. Si no se quiere salir del ámbito de la responsabilidad civil, la protección debería pasar por establecer regímenes de responsabilidad estricta, generar mecanismos de pronto pago, etc.. Para otros, en cambio, la función distributiva es propia de la responsabilidad civil. Se trata de distribuir <i>ex ante</i> (incentivando, por ej, la contratación de un seguro de responsabilidad civil) y <i>ex post</i> (forzando, mediante la condena a indemnizar, transferencias de recursos de dañador a víctima). La función distributiva se asocia a la creación lícita de un riesgo legalmente definido, o sea, a la responsabilidad objetiva. La creación del riesgo y su concreción obliga al agente a internalizar los daños; los costes del accidente se distribuyen, entonces, en la comunidad de oferentes y demandantes del producto o de la actividad peligrosa. Una función distributiva específica se visualiza en los casos en que el tribunal condena a pagar los daños causados según la participación que la empresa productora del daño se haya tenido en el mercado. En esta tendencia, la Corte de apelaciones de París condenó a las compañías aéreas del aeropuerto de Orly a reembolsar a las comunidades vecinas los gastos de consolidación e insonorización de las viviendas en proporción a la utilización del aeropuerto por cada una de las empresas. En el caso, como la única que quedaba a la época de comisión de los ruidos era Air France, se la condenó a un porcentaje cercano al 13%. Una solución semejante encontró la Corte de California para el daño producido por los fabricantes de un producto que causó cáncer a las hijas mujeres de las embarazadas que lo ingirieron sin poder determinar a cuál de las empresas correspondía el que cada una de ellas había tomado.”</p>
<p>La responsabilidad como garantía o reafirmación de los derechos de los ciudadanos</p>	<p>“Viney se refiere a la función de <i>“afirmación de ciertos derechos subjetivos”</i>. Sostiene que en algunos supuestos, cuando no existe una vía más específica, la acción de responsabilidad aparece como el medio de afirmar ciertas prerrogativas y hacerlas respetar. En este sentido, con belleza en el lenguaje, Tarride dijo: <i>La loi veille sur les citoyens: qui souffre d'un préjudice trouvera toujours un réparateur</i> (<i>“La ley cuida a los ciudadanos: quien sufre un daño encontrará siempre uno que repare”</i>).</p> <p>Desde esta misma visión, Lorenzetti afirma: <i>“La ciencia no debe repetir lo que se dice en las calles, sino dar solución a esos reclamos. Por ello, la responsabilidad asume una función de garantía cuando supera el estadio declamativo y diseña los instrumentos específicos para proteger bienes jurídicos de los individuos. Nuestra materia no puede ocuparse de todos los problemas, pero puede aportar algunas herramientas.”</i></p>
<p>Función sustitutiva de otros remedios</p>	<p>“En Italia se ha sostenido que la responsabilidad también tiene por función sustituir otros remedios, como la nulidad y los consiguientes remedios restitutorios. Por ej., en el art. 2504 <i>quater</i> del C.C. italiano dispone que la nulidad de la fusión societaria no puede ser peticionada después de la inscripción en el registro. En tal caso, se deja a salvo <i>el derecho al resarcimiento del daño eventualmente esperable a los socios y a los terceros dañados por la fusión.</i>”</p>
<p>Las funciones de la responsabilidad y el rol del juez</p>	<p>“El rol del juez frente a la multiplicidad de funciones que la doctrina atribuye a la responsabilidad civil es enorme, especialmente, si se tiene en cuenta que este derecho está construido a partir de escasos preceptos legales; por eso, el derecho de daños es, en gran medida, un derecho judicial; <i>“son los jueces los que, al desarrollar una labor permanente de interpretación recreadora, de mirada atenta a una realidad social cambiante, con su correlativa alteración de las mentalidades, han completado la ordenación legal con un complejo de reglas, fruto de la necesidad de resolver los conflictos multiformes con criterios que no fluyen con sencillez de unas previsiones legales extremadamente sincopadas”</i>.</p> <p>Por eso, con su habitual maestría, Galgano dice en palabras que comparto: <i>“Cuando se habla de responsabilidad civil se piensa en una especie de comedia; esta comedia no tiene un libreto sino tan sólo un boceto. El juez no aplica reglas preestablecidas, preconstituidas, sino una cláusula general, a cuya luz crea, él mismo, la regla de derecho, o sea, la trama de la comedia. El protagonista de la comedia es el juez; el rol que la jurisprudencia tiene en esta materia es dominante. En este rol hay un gran riesgo pues el juez puede dejar de ser el juez de la ley para convertirse en el juez de la sola equidad. El límite a estas facultades está en que en esta comedia también hay un director, y el director somos todos nosotros, que debemos controlar esa función judicial. En el fondo, no hay que lamentarse de la evolución que ha tenido la responsabilidad; ha sido gradual y ha tomado pausas e intervalos; sin embargo, los jueces deben ser conscientes que los dañadores hoy más frecuentes (las empresas) necesitan saber a qué atenerse; por eso, el juez debe aplicar las cláusulas indeterminadas con mucha prudencia; de lo contrario, normalmente, frente a una jurisprudencia desquiciante aparece el legislador para reglamentar con límites no siempre razonables”</i>.</p> <p>Una vez más, la responsabilidad política reside en seleccionar buenos jueces.”</p>

De la síntesis transcrita referente a las funciones de la responsabilidad, se puede apreciar, claramente, el constante debate que se ha mantenido a lo largo de varias décadas por parte de la doctrina, en referencia al tema de las indemnizaciones como producto del daño ocasionado a una persona por parte de otra. Me concretaré ahora a especificar más el objeto de estudio propuesto, cual es, la cuantificación de las indemnizaciones por daño moral o extrapatrimonial.

III.- EL QUANTUM INDEMNIZATORIO POR DAÑO MORAL

a) Mecanismos de valoración del daño extrapatrimonial

Siguiendo a Maita Naveira y a efectos de facilitar, como ella lo propone, el conocimiento de la forma en que se realiza la valoración de este tipo de perjuicios, procede a distinguir, dentro de la categoría “daños extrapatrimoniales”, a los daños **puramente corporales** de los daños **puramente morales**, justificando esta medida con el objeto de simplificar el tema y en la medida en que,

“...fueron básicamente los problemas de valoración de los perjuicios corporales los que dieron lugar a la promulgación de fórmulas baremadas en un ámbito concreto, el relativo a los accidentes de circulación, lo que condujo a que en dicho ámbito la valoración de tales perjuicios no se remita ya a la libre discrecionalidad judicial, a diferencia de lo que sucede respecto a los demás daños extrapatrimoniales, sino que se halle sometida al sistema de tablas de contenido en la Ley 30/1995.”²⁸

Nos hace saber la autora que más allá de esta justificación ella considera que no existe ninguna razón que permita mantener esta subdivisión entre perjuicios corporales y morales con carácter general, porque tanto los uno como los otros gozan de la misma naturaleza “extrapatrimonial”, consecuentemente poseen unas mismas características, las que “se pueden concretar en la ausencia de equivalencia pecuniaria y en la no sujeción a criterios objetivos de valoración.”

En referencia a los **daños puramente corporales**, Naveira cree que éstos han acaparado la atención de los autores debido a que recaen sobre bienes o intereses que son inestimables en dinero, por lo cual no existen criterios objetivos que sirvan de fundamento para su valoración, lo que ha dado como resultado que su valoración se remita a la libre apreciación de los jueces, logrando en muchas ocasiones, que las indemnizaciones concedidas ante supuestos análogos difieran entre sí, afectando con ello la seguridad jurídica e inflando la litigiosidad. Frente a esta problemática, nos dice Naveira, que el problema que se plantea en torno a estos

28. NAVEIRA Zarra Maita María, “La valoración del daño resarcible”, fecha de publicación: 2003, Editorial: Universidade da Coruña. Citación Anuario da Facultade de Dereito, págs. 609-610 <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf>,

daños es encontrar un equilibrio entre el criterio subjetivo, que considere las circunstancias particulares de los concretos perjudicados, y el encuentro también de criterios homogéneos, “que aporten una cierta seguridad jurídica y reduzcan la litigiosidad al hacer posibles las previsiones tanto para los particulares como para las compañías aseguradoras”²⁹, lo cual cree que es una búsqueda extremadamente compleja por las siguientes razones, que las transcribo textualmente a continuación pues las encuentro muy adecuadas a la problemática analizada en el presente trabajo y sobre la cual reflexionaremos más adelante:

“1. La fijación del quantum indemnizatorio constituye una cuestión de hecho reservada a los tribunales de instancia, por lo que no puede ser revisada en casación. 26. En consecuencia, el TS no puede cumplir, en esta materia, su papel de unificador de criterios judiciales.

“2. A pesar de la exigencia constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE), el Tribunal supremo admite que estas concedan la indemnización de daños y perjuicios de forma global, sin separar las distintas partidas o conceptos indemnizatorios, por lo que tampoco, por esta vía se puede alcanzar una armonización.

3. En España, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, como Francia, no existen publicaciones periódicas de las sentencias recaídas en materia de daños corporales que permitan la tan deseada armonización de criterios judiciales.”³⁰

Un dato muy importante en este punto es la información que Naveira proporciona con respecto a los resultados generados por esta problemática, cuando relata que frente a este panorama, fueron las Compañías Aseguradoras, quienes impulsaron en los años 80 la creación de una serie de tablas o baremos que tenían como finalidad la valoración de los perjuicios ocasionados por los daños corporales, en un ámbito caracterizado por su alto grado de siniestralidad, como son los accidentes de circulación. Este proceso de elaboración culminó a inicios de la década de los 90 y que se concretó en el llamado Sistema SEAIDA '91, y que fue realizado por un grupo de trabajo de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros. Este sistema pretendía proporcionar criterios orientativos que logren una mayor previsibilidad sobre las cuantías a las que eventualmente tendrían que enfrentar. Este sistema careció de fuerza vinculante para Jueces y Tribunales.

Finalmente, relata Naveira, esta situación determinó que la Legislatura promulgue un sistema de valoración de daños personales de carácter vinculante el mismo que fue introducido a través de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la que se “incorpora un Anexo en el que se recoge una serie de Tablas que delimitan legalmente las cuantías de las indemnizaciones por daños causados a las personas

29. NAVEIRA, obra citada, pag. 610

30. NAVEIRA, obra citada, pag. 610-611

que hay que satisfacer como consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual en la que incurre con motivo de la circulación de vehículos de motor”³¹

La introducción de baremos vinculantes para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, nos dice Naveira, desató una gran polémica doctrinal y jurisprudencial “que llegó, incluso, a cuestionar la constitucionalidad del Sistema...” a pesar de lo cual, hoy por hoy, este es el medio de valoración con el cual nuestro país ha intentado hacer frente a los problemas planteados por la discrecionalidad judicial, nos asegura, no sin antes puntualizar sus cuestionamientos al mismo, para finalmente concluir con las siguientes palabras:

“En definitiva, lo que podría haber sido un instrumento útil para lograr una cierta uniformidad en la valoración de los daños corporales y morales, no sólo en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, sino en todos los campos cubiertos por la responsabilidad civil, se ha convertido en una fuente inagotable de problemas y debates a causa de la política legislativa adoptada, en virtud de la cual se prefirió priorizar el interés de las compañías aseguradoras sobre el interés de las propias víctimas.”

Una experiencia muy importante que nos podrá dar luces en el momento de plantear mis conclusiones finales.

Paso ahora a referirme a los **daños puramente morales**, y continuando con Maita Naveira, nos dice que se entienden dentro de esta categoría, por exclusión, aquellos perjuicios que afectan intereses extrapatrimoniales diferentes de la integridad física o psíquica, por lo mismo, se refiere a aquellos derivados de atentados a los bienes o derechos de la personalidad o que afectan los sentimientos más íntimos de la persona y que se manifiestan a través de sensaciones tales como pena, disgusto, desazón, etc.

Explica además, que al igual que ocurría con los daños corporales (excepto los acaecidos en el ámbito de la circulación de vehículos), no existen criterios legales para la valoración de estos perjuicios, por lo que la misma queda librada a la discrecionalidad judicial, generando los mismos problemas surgidos con los daños puramente corporales, no obstante lo cual, acepta que existe un conjunto de criterios a los que los jueces suelen recurrir para valorar los mismos. De estos criterios, cree importante destacar “la toma en consideración de las circunstancias del caso, de la gravedad del daño causado, de la gravedad de la culpa concurrente en el causante del daño, de las circunstancias personales del perjudicado, tales como sexo, edad, condición social y familiar etc.”³³

31. NAVEIRA, obra citada, pag.611

32. NAVEIRA, obra citada, pag.612

33. NAVEIRA, obra citada, pag.613

Naveira, reflexiona también con respecto a los criterios que suelen usarse para valorar el daño moral y hace las siguientes aclaraciones: En primer lugar, se refiere a la postura que toma en consideración la gravedad de la culpa del agente, como un criterio que ha recibido muchas críticas, pues pretende asignar a la responsabilidad civil por daño moral, un fin punitivo que le es ajeno, e insiste en que si el fin perseguido por esta institución es reparador, la valoración de los daños deberá dirigirse fundamentalmente a la gravedad del daño causado, antes que castigar al causante. Sin embargo también cree, que cuando la jurisprudencia recurre a dicho criterio, lo hace ante la inestimabilidad pecuniaria del daño moral “y de la consiguiente falta de aptitud de cualesquiera otros criterios objetivos para posibilitar o facilitar la valoración de tales perjuicios.”³⁴

En segundo lugar, Naveira aclara, que por la propia naturaleza de este perjuicio, no se puede poner al perjudicado en la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso, por ello, lo que hace es compensar a la víctima del perjuicio, proporcionándole una cantidad de dinero a través de la cual procurarse satisfacciones o placeres que mitiguen, en lo posible, el daño sufrido. Agrega, además que, si bien es necesario atender a las circunstancias particulares del perjudicado, hay una que no debe tomarse en cuenta y es la relativa a la capacidad económica del mismo, puesto que, si se atendiera con este criterio, la indemnización tendría que ser más alta para una persona rica, acostumbrada a placeres más costosos, mientras que para una pobre la compensación a su dolor sería mucho más asequible. Por lo mismo, de lo que se trata, insiste Naveira, “es de fijar la indemnización apta para compensar a un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias del perjudicado”.³⁵

b) Revisión de investigación en derecho comparado

Es aquí donde nuevamente surge la pregunta inicial de esta investigación:

¿Es necesaria la creación de normas o reglas mínimas que establezcan pautas o parámetros para calcular la indemnización de daño moral, a fin de reducir la injerencia de la subjetividad de los jueces en el momento de establecer la reparación del daño sufrido y valorar las indemnizaciones?

¿Cómo lograr establecer esa “indemnización apta para compensar a un hombre medio” que nos sugiere Naveira? Buscando la respuesta a estas preguntas, encontré una interesante investigación realizada por el “Grupo de Análisis de Criterios” que es un equipo de investigación de la Universidad de Buenos Aires, que fuera integrado por “los jueces civiles Ricardo V. Guarinoni (codirector), Martín A. Christello, Carlos A.

34. NAVEIRA, obra citada, pag.613-614

35. NAVEIRA, obra citada, pag.614

Domínguez y Carlos J. Molina Portela. Además, forman parte del grupo de investigación Liliana Rodríguez Fernández, Jorge Arturo Cerdio Herrán, Iván Tolnay de Hagymassy y el director Ricardo A. Guibourg que, sin ser específicamente civilistas sino profesores orientados hacia la filosofía del derecho (condición que comparte el Dr. Guarinoni), constituyen el núcleo desde el que se administra el método a emplear.”³⁶

Este equipo ya realizó trabajos similares anteriores como el estudio de los criterios empleados para la “*interpretación del artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo*” (proyecto D005), cuya experiencia adquirida en ese primer análisis, e incorporando especialistas en derecho penal, procedieron a realizar un segundo proyecto dirigido a investigar “*los criterios empleados para establecer el tiempo de condena en los casos de homicidio simple*” (proyecto D020). Para el estudio sobre “*Daño moral, pautas de identificación*” (proyecto DO11) “el grupo adoptó como objetivo poner a prueba un procedimiento para el análisis de criterios jurídicos (y especialmente judiciales) apto para ser aplicado a los más diversos campos. En esta oportunidad escogió como campo de aplicación las normas civiles que admiten, condicionan y delimitan el resarcimiento por daño moral.”³⁷

La visión panorámica que haré del mencionado trabajo tiene dos intencionalidades específicas: la primera adquirir una conciencia clara sobre la real complejidad del tema; la segunda, haciendo un ejercicio de derecho comparado aprovechar en la medida de lo posible, las experiencias y reflexiones que excelentes jurisperitos argentinos nos aportan a través de su trabajo investigativo: *Daño moral, pautas de cuantificación*.

Procedo a iniciar el recorrido a través de esta interesante investigación que toma como punto de partida las siguientes normas del Código Civil argentino, las que tienen mucho en común con normativa nuestra.

Artículo 522:

En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

Artículo 1069:

El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras “*pérdidas e intereses*”.

Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

36. UNIVERSIDAD de Buenos Aires, “Daño moral, pautas de cuantificación” Trabajo publicado en el marco del proyecto de investigación D011 de la Universidad de Buenos Aires y financiado con el subsidio otorgado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.B.A., Director: Ricardo A. Guibourg 2010, www.noentendinada.com.ar/.../Dano-moral---Pautas-de-cuantificacion---

37. Ibidem

Artículo 1078:

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Artículo 1083:

El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero.

En el presente estudio se considera que es la ley la que abre la puerta para que los jueces fijen, en algunos casos, una indemnización dirigida a resarcir el “agravio moral”, distinta de la que se establezca para compensar daños materiales. A pesar de que no explicita el concepto de agravio moral, ni cuáles las situaciones concretas en que se configura como tal, ni cómo ha de realizarse su cuantificación, si queda claro que se admite que la indemnización sea monetaria; que “el juez puede atenuarla en consideración a la situación patrimonial del deudor y que solo puede pedirla el damnificado directo o, en caso de que el daño derivase de la muerte de él, sus herederos forzosos”.³⁸ Los autores de este trabajo señalan que, tal como está redactada, la ley les confiere la potestad de utilizarla discrecionalmente, en consecuencia, el juez ha de utilizar su propio criterio, no sólo para determinar si existe un agravio moral que se deba resarcir y, de ser así, cuál será la cantidad de dinero con la que ha de considerarse reparado el agravio por parte del responsable concreto del hecho perjudicial.

Por lo tanto, nos dicen los autores, **el primer interrogante** que debe resolver el magistrado consiste en determinar los límites de su propia discreción y llaman la atención sobre la siguiente reflexión: la inevitable vaguedad del lenguaje normativo permite al juez tener un campo más o menos amplio de discreción en su interpretación y su aplicación; pero creer “que la norma jurídica autorice al magistrado a imponer un pago sin poner a su cargo el deber de hacerlo en determinadas condiciones es un tanto insólito”³⁹ en la medida en la que de esa forma se estaría negando al reclamante el derecho de exigir el resarcimiento y quedaría “en manos del magistrado la potestad de concederlo como si fuese una merced y aun de reducirlo en atención a la situación patrimonial del deudor como quien ejerce una facultad de gracia.”⁴⁰

El **segundo interrogante** tiene que ver con el contenido del concepto de daño o agravio moral: al juez le corresponde analizar los hechos del caso para decidir si encuadran en esa figura, para lo que se requiere tener una definición clara y explícita del concepto de daño moral.

38. Daño moral...ibid

39. Daño moral...ibid

40. Daño moral...ibid

El **tercer interrogante** que debe el juez responder, exige un segundo examen de los hechos, esta vez para establecer la gravedad del daño moral sufrido por la víctima, proceso que obliga a mirar las características que se consideran más relevantes y debe ser meditado puesto que están en juego los sentimientos de una persona y una parte del patrimonio de otra y dependiendo de las características que el magistrado encontró relevantes en el caso observado y junto con su criterio personal y razonable puede convertirse en un criterio “susceptible de ser extrapolado a otros casos que, aunque distintos en infinidad de circunstancias, sean semejantes al primero precisamente en las condiciones que se han juzgado relevantes.”⁴¹

El **cuarto y último interrogante** que el juez ha de responder remite al modo de traducir la gravedad del daño, en términos de cantidad de unidades monetarias y es quizá, según los autores de esta investigación, la más difícil de las preguntas, por razones que las enunciamos a continuación: los sentimientos y el dinero no son fácilmente intercambiables, y cuando ello sucede aparece una actitud cultural que reprueba dicho intercambio; esta relación entre afecto y dinero, una vez que es asumida ya no sigue los mismos parámetros para todas las personas, ni siquiera para la mayoría de ellas, por lo que resulta imposible mantener al respecto algún criterio que pueda sostenerse como correcto o verdadero; tan es así que los litigantes y algunos magistrados suelen entender el daño moral como “un accesorio de otros daños”, que son susceptibles de cálculo objetivo, razón por la que resulta muchas veces que se llega a considerar al daño moral como un estorbo a eliminarse.

Sin embargo, creen los autores que se debe admitir que cualquier razonamiento que implique un resultado numérico, debe necesariamente, incluir alguna clase de cálculo, el mismo que siendo el último criterio necesario para fijar la indemnización, para introducirlo en el campo de la racionalidad se hace preciso identificarlo, expresarlo y debatirlo con las razones que cada uno pueda hallar para sostenerlo o criticarlo.

En este punto los autores expresan una observación en el sentido de que es fácil advertir que la mayoría de las sentencias, “luego de prestar gran atención a la prueba de los hechos, a la interpretación de la ley aplicable y al modo como los hechos probados queden encuadrados en el plexo normativo, dedican apenas unas líneas a apreciar la existencia de daño moral y a establecer el monto de su resarcimiento.”⁴² Luego, como fundamento de esta decisión, los jueces enuncian algunos parámetros generales de tal manera que el lector – litigante, abogado– no alcanza a reconstruir el razonamiento que el magistrado realizó para establecer la condena al responsable del hecho a indemnización que deberá pagar el demandado a la víctima del daño, y remarcan que aunque el razonamiento sea casi tácito no significa, que no exista; pues lo contrario implicaría, la arbitrariedad de la decisión judicial. “Pero lo que es importante destacar desde la óptica de la investigación es que, una vez

41. Daño moral...ibid

42. Daño moral...ibid

probados el hecho, la consecuencia dañosa en términos morales y la responsabilidad del deudor, un razonamiento adicional cuya conclusión sea un número (cantidad de moneda) *no puede ser otra cosa que una ecuación.*⁴³

Una vez obtenido el cálculo, seguramente éste es considerado equitativo por el juez en el caso concreto, pero considerando que jamás hay dos casos iguales, pero sí semejantes en ciertos aspectos relevantes y cuya suerte puede resultar distinta (al menos en términos cuantitativos) según el tribunal que deba juzgarlos, no sólo porque sus características concretas sean distintas, sino porque, serían apreciados mediante ecuaciones diferentes a partir de variables también diferentes. Otro aspecto importante de este razonamiento, manifiestan los autores, “nos lleva a advertir que en la medida en que la ecuación y sus variables permanezcan en la obscuridad de la conciencia de los jueces, ellas quedan sustraídas al análisis crítico de la sociedad entera.”⁴⁴

Esta investigación se desarrolló con características peculiares puesto que su método se basó en “la introspección y el debate”, el campo de estudio coincidió con la persona de los mismos investigadores. El grupo se planteó a sí mismo varias preguntas, alrededor de las cuales se fueron organizando los debates. Las preguntas que se plantearon fueron las siguientes, así como una síntesis de las respuestas:

a) ¿Procede indemnización monetaria por daño moral?

Es procedente, entendido como lesión a los afectos o sentimientos, que incluye el dolor, pero también lo excede. La existencia debe juzgarse tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, exigiendo un incumplimiento doloso o negligente. El daño moral sólo puede ser individual y su resarcimiento en dinero procede a pedido de la víctima cuando otra vía es imposible.

b) ¿Cuál es su justificación ideológica o su objeto jurídico?

La indemnización es resarcitoria, y no sancionatoria; debe ajustarse al daño efectivo o emocional causado y consistir en una suma de dinero con la que el damnificado pueda obtener satisfacciones compensatorias según su elección.

c) ¿Debe tener en cuenta las condiciones del responsable? ¿De qué manera?

Los miembros del grupo, sostuvieron enfáticamente que sólo deben considerarse las condiciones de la víctima y no las del responsable. Proponen ejercer la facultad del Art. 1069 sólo a petición de parte, considerando que la víctima también puede hallarse en mala situación económica. Cerdio Herrán, -fundamentado en el Teorema de Coase- señala como posibilidad encontrar un punto de equilibrio entre el daño causado y la capacidad de pago del responsable.

43. Daño moral...ibid
44. Daño moral...ibid

d) ¿Cuáles son los elementos a indemnizar en el daño moral?

Los autores manifiestan que en este tema no fue posible un resumen unificado, pues se presentaron varias líneas de pensamiento acerca de los alcances del concepto daño moral, más allá del dolor físico y espiritual en el que todos coinciden y en especial respecto de las dolencias psíquicas. Así, de entre algunas reflexiones presentamos las siguientes: Christello y Guarinoni insisten en el carácter permanente o transitorio de la afección; en el segundo supuesto, lo admiten como daño moral. En un segundo momento del análisis, Domínguez señala que no cualquier molestia debe ser indemnizada, sino aquella que tenga cierta envergadura para lesionar sentimientos. Guibourg insiste en una clasificación estricta del perjuicio entre daño emergente, lucro cesante y daño moral; el daño psíquico, sea transitorio o permanente, es comparable al físico y ha de ser una perturbación funcional efectiva de la capacidad mental, en tanto el daño moral, consiste en el dolor físico, las tribulaciones anímicas y las frustraciones en la vida personal y de relación. Molina Portela, señala frecuentes confusiones entre daño psíquico y daño moral y señala que el daño estético sólo es indemnizable si la figura visible de la víctima se usa como fuente de lucro (lucro cesante) o si el daño importa una alteración que afecte la vida de relación (daño moral). Más tarde Cerdio Herrán se refiere a las secuelas dolorosas del daño y del tratamiento de recuperación, en tanto Christello y Domínguez ponen el acento en la tristeza y en la angustia que el hecho haya generado en el ánimo de la víctima; Domínguez, en especial, considera factible elaborar un “baremo de secuelas dolorosas”. Molina Portela sugiere la conveniencia de que estas circunstancias sean apreciadas por un perito psicólogo. Guibourg señala que el daño moral encuadrado en la atención médica, puede cuantificarse mediante los días de internación hospitalaria y los días de atención ambulatoria, probados o estimados según la gravedad del daño y las circunstancias en que este daño se haya producido; en tanto Rodríguez Fernández destaca la mayor gravedad del daño moral durante la internación cuando media riesgo de vida para la víctima

e) ¿Deben tenerse en cuenta las condiciones de la víctima ajenas al daño mismo?

- e.a) ¿Nivel de ingresos?
- e.b) ¿Cargas de familia)
- e.c) ¿Otras?

En este punto, y luego de un nutrido debate, los aportes del grupo se resumen así: el cálculo de la indemnización por daño moral es completamente independiente de otros daños y tiene un marco económico que depende ante todo del ingreso total de la víctima; en este se incluye la estimación de limosnas y cartoneo, si los hubiere. También está afectado por un coeficiente de expectativas futuras, determinado por la edad de

la víctima en el momento de sufrir el daño. Habrá de decidir si queremos modificar ese coeficiente con otro coeficiente que disminuya la expectativa para los salarios menores y la incremente para los mayores, o bien se vea a su vez determinado por lo invocado y probado acerca del nivel educativo de la víctima.

Christello, con cita de Mosset Iturraspe, hace referencia a este tema de modo más genérico mediante pautas negativas; no a la indemnización simbólica, al enriquecimiento injusto, a la tarifación con piso o techo, al porcentaje del daño patrimonial ni a la determinación sobre la base de la mera prudencia. Pero también destaca, que hay que fijar sumas “que puedan pagarse dentro del contexto económico del país y el general ‘standard’ de vida”, con lo que sugiere la conformación de una especie de *mercado moral*, vinculado con el nivel de vida de la sociedad, en cuyo seno hayan de calcularse los resarcimientos. Sin perjuicio de esto, propone considerar:

- a) Tipo de lesión (p.ej., no es lo mismo perder el brazo menos hábil que aquel que permite un mejor desempeño)
- b) Sexo
- c) Edad
- d) Estado civil, si tiene hijos y de qué edad
- e) Nivel de instrucción
- f) Estado de salud anterior al daño
- g) Si con motivo del hecho estuvo internado o realizó tratamiento ambulatorio
- h) Si las secuelas del daño serán dolorosas.

Domínguez, requiere “establecer pautas para transferir fijaciones económicas a la meritación del daño en estudio” y propone que la suma indemnizatoria sea equitativa y no fuente de enriquecimiento.

Molina Portela, a su vez, no aprueba que la determinación del daño moral tenga un marco económico dependiente ante todo del ingreso de la víctima, porque lo que se repara no son pérdidas e intereses de orden económico, sino agravios morales, que deben evaluarse de acuerdo con el hecho generador de la responsabilidad y las circunstancias del caso.

Los autores relatan que los debates continuaron en torno de la manera de medir e indemnizar el agravio moral causado a los deudos por la muerte de la víctima, así como el generado por hechos no relacionados con

un daño físico; pero que el grupo advirtió que estas situaciones abrían nuevos campos de investigación con sus propios parámetros, por lo que, ante el peligro de exceder con ello los límites temporales fijados en el proyecto, acordaron redefinir el marco del objeto a investigar y limitarlo al daño moral generado como consecuencia de un daño físico – no la muerte – causado a la víctima por un hecho traumático (supuesto típico del accidente de tránsito, aunque no necesariamente restringido a hechos de esta clase); justificando que este tipo de conflicto es suficientemente frecuente como para asegurar la utilidad práctica de las conclusiones a las que se llegue, sin perjuicio de que algunas de sus precisiones puedan extrapolarse a otros supuestos pendientes de investigaciones ulteriores.

Según los autores, se abrió un nuevo campo de reflexión acerca de los presupuestos del proyecto. Christello planteó sus dudas acerca de la posibilidad de elaborar un algoritmo aplicable a cada caso concreto, en atención a la innumerable cantidad de características particulares de cada situación. Molina Portela coincidió con esta apreciación para sostener que “debe ser el prudente arbitrio judicial el que en cada caso, de acuerdo a la afectación extra patrimonial sufrida por la víctima y a sus condiciones personales, sociales y económicas, el que guíe la determinación de la cuantía del daño moral padecido, sin atenerse el magistrado a criterios de costo beneficio que le son ajenos”. Más adelante señaló: “Creo que remitir la cuestión a cálculos matemáticos y parámetros predeterminados, en forma automática, es erróneo. Insisto en que un psicólogo es el profesional con la incumbencia adecuada como para brindar al juzgador el marco de sufrimiento y angustia sufrido por la víctima, sin necesidad de acudir a baremos sino a esos hechos concretos de comprobación objetiva.”⁴⁵

Dentro ya de la discusión para establecer los parámetros para el monto indemnizatorio los autores manifiestan que conviene aclarar que el campo de trabajo acordado es el cálculo de la indemnización por daño moral y no por daño emergente ni por lucro cesante. También se acordó establecer una diferencia entre daño moral y daño psíquico, asimilado este último al daño físico con todas sus consecuencias, incluso sobre el daño moral. Finalmente, se resolvió delimitar el ámbito de la investigación a los accidentes o hechos traumáticos o semejantes y, aun de estos, excluir el caso de muerte de la víctima.

En estas condiciones, ha de entenderse que las propuestas de los miembros del grupo relativas al cálculo del daño emergente o del lucro cesante no inciden en el cálculo del daño moral sino mediatamente, junto con otras variables propias de este último tipo de resarcimiento. Pero conviene tomar en cuenta tres respuestas acerca de este tema, las que se presentan a continuación:

45. Daño moral...ibid

Autor	Propuesta
Molina Portela	<p>Practica primero un cálculo de la indemnización material al modo de la antigua ley 9688, de accidentes del trabajo, según la ley 23643 (que imponía un coeficiente por edad) y sin tope. Luego agrega un incremento de hasta 50% “para resarcir los otros aspectos potenciales vitales afectados en exceso de los estrictamente laborales” y, una vez hecho ese cálculo del daño material, fija el moral entre 30% y 40% de lo allí reconocido. Más adelante, al ratificar este criterio, agrega: “...como siempre, existen excepciones; tal el caso de alguna persona, injustamente dañada, que luego de penosos y largos tratamientos ha quedado con una incapacidad mínima, supuesto en el cual podría darse el caso, excepcional, de que el daño moral pudiera superar a cualquier otro concepto indemnizatorio”. Para estos casos excepcionales, considera atinados los criterios expuestos, fundados en tiempos de curación o de internación.</p>
Christello.	<p>Fija primero una suma de dinero para cada punto porcentual de incapacidad psicofísica, variable según el ingreso anual de la víctima y tomando en cuenta, según las características de la fuente de ingreso de esta última y el modo como la incapacidad incida en ella. Sobre su resultado, calcula “a ojo de buen cubero” el resarcimiento por daño moral. A modo de ejemplo, toma el caso de un contador de 40 años, con estudio propio y buena salud anterior al hecho, para quien estima un ingreso anual de \$240.000. Fija el punto en \$5.000, el daño material en \$175.000 y el moral en \$120.000. Si el mismo contador es empleado del estudio y debe desplazarse para llegar a su trabajo, le aplica \$8.000 por punto y fija \$280.000 por daño material y \$160.000 por daño moral. En cambio, si se trata de un desempleado con estudios primarios y dos hijos, el punto de incapacidad se estima en \$2.000, el daño material en \$70.000 y el moral en \$30.000. Christello destaca “que en nuestro fuero la situación es similar a la descrita, vale decir pocas pautas y teñidas de gran imprecisión y generalidad”.</p>
Domínguez.	<p>Él calcula el daño material en un razonamiento en el que inciden el ingreso (50% a 60% de incidencia), la ocupación y el nexos de esta última con la lesión (20%), la edad de la víctima (10%) y la conformación familiar del afectado (10% a 15% de incidencia). Establecido el resarcimiento por daño material, “puede tomarse como parámetro en un 70% a 80% para establecer la cuantía del daño moral”, atendiendo a “la extensión de la lesión, su ubicación y secuela”. Agrega, sin embargo: “...dejo sentado que puedo llegar a compartir la efectuada por el Dr. Guibourg, sumando a ello las variables indicadas al comienzo de esta propuesta”.</p>

Los autores aclaran: en las condiciones apuntadas, las observaciones de Domínguez y Christello ponen de resalto una descripción, no exenta de crítica, de los criterios en uso en el fuero civil. En cambio, corresponde atribuir el carácter de propuesta alternativa al modo de cálculo sugerido por Molina Portela, que constituye en sí mismo un algoritmo de precisión muy aceptable.

Finalmente, como resultado de la investigación, consideran los autores que hay que concluir que la tarea de introspección llevada a cabo por los integrantes del grupo, una vez expresados los criterios implícitos y perfeccionadas las posiciones como consecuencia del debate interno, ha dado lugar a dos sistemas de criterios, que identificaremos como A y B. El primero cuenta con el acuerdo de Jorge A. Cerdio Herrán, Carlos A. Domínguez, Ricardo V. Guarinoni, Ricardo A. Guibourg, Liliana Rodríguez Fernández e Iván Tolnay. El sistema B es el propuesto por Carlos J. Molina Portela.

Corresponde computar también una disidencia parcial del Dr. Christello, que será expuesta en el capítulo siguiente al examinar la aplicación práctica.

Es preciso aclarar aquí que los criterios de cálculo propuestos, que operan sobre datos en gran medida estimativos y sobre circunstancias muy generales, no arrojan sino resultados aproximados. En el curso de los debates se han propuesto elementos de juicio como el lugar del cuerpo donde se produjo la lesión, el estado civil, la existencia y número de hijos, el grado de educación de la víctima o su afición a los deportes. Ninguno de los sistemas de cálculo anunciados incluye estas variables por tres razones:

- a) en ciertas circunstancias, ellas son más apropiadas para determinar el lucro cesante;
- b) en otras circunstancias pueden suponerse cubiertas por los parámetros de incapacidad psicofísica, de edad y de ingreso;
- c) los elementos de juicio disponibles son tan imprecisos que, en muchos casos, ajustes más finos podrían quedar englobados en el margen de error del cálculo respecto de una realidad individual un tanto inasible.

Sin embargo, los criterios de cálculo son una ayuda para la determinación del resarcimiento y no una imposición matemática, por lo que – si el usuario lo considera apropiado según las circunstancias del caso – siempre puede considerar condiciones específicas para incrementar o reducir el monto indicado por la fórmula.

A continuación procedo a la presentación de los dos sistemas de análisis de criterio, en forma bastante sintética, que fueron resultado de la investigación realizada por el Grupo de Análisis de Criterios de la Universidad de Buenos Aires. Para mayor accesibilidad y visualización de los mismos los he reducido a una matriz.

SISTEMA A	SISTEMA B
<p>1.- <i>Base inicial:</i> Se partirá del horizonte económico de la víctima a la que se quiere resarcir, en otras palabras, representa el valor “moral” que el dinero representa para la víctima, según su nivel de vida.</p> <p>2.- <i>El caso de la víctima sin ingresos propios</i></p> <p>Porque el ingreso total de la víctima hace las veces de horizonte económico de su interés: según su nivel de vida.</p> <p>3.- <i>Determinación de la base de cálculo:</i></p> <p>Si la víctima no tuviera medios económicos propios, se estimará la parte que probablemente le correspondiese dentro de los consumos totales de su grupo familiar</p> <p>4.- <i>Daño moral anterior al alta médica</i></p> <p>4.1. Tratamiento</p> <p>4.1.1 Internación.</p> <p>4.1.2 Tratamiento ambulatorio</p> <p>4.1.3 Tratamiento ambulatorio</p> <p>5.- <i>Daño moral posterior al alta médica</i></p> <p>5.1. Cálculo básico</p> <p>1) Mínimo (incapacidad > 0): 20 días de ingreso (a absorber en el cálculo siguiente, si este fuera mayor)</p> <p>2) Hasta 10% de incapacidad: 10 días de ingreso por cada 1%.</p> <p>3) De 10% a 35% de incapacidad: 15 días de ingreso por cada 1 % (del total)</p> <p>4) De 35% a 40% de incapacidad: 20 días de ingreso por cada 1% (del total)</p> <p>5) De 40% en adelante: Un mes de ingreso por cada 1% (del total)</p> <p>5.2. Recargo por edad de la víctima en el momento del hecho dañoso</p> <p>1) Si tiene menos de 20 años: 45% sobre el cálculo básico</p> <p>2) Si tiene entre 20 y 30 años: 25% sobre el cálculo básico</p> <p>3) Si tiene entre 30 y 40 años: 15% sobre el cálculo básico</p>	<p><i>El punto de partida es el mismo que en sistema A, aunque la referencia a la ley 9688 pone mayor énfasis en el salario propio de la víctima.</i></p> <p><i>El ingreso diario de la víctima se multiplica por 1.000 y por un coeficiente que resulta de dividir 100 por la edad de la víctima, expresada en años, en el momento del hecho. El resultado se multiplica por 1,5 (es decir, se incrementa en 50%) y de él se toma una proporción equivalente al porcentaje de incapacidad psicofísica que la víctima haya sufrido.</i></p> <p>La indemnización por daño moral se fijará, de acuerdo con las circunstancias del caso, entre 30% y 40% de ese monto final. Expuesto en fórmula, puede representarse como sigue:</p> $DM = (x \cdot 1000 \cdot c \cdot i \cdot 1,5 \cdot m) \div (100 \cdot 100)$ <p>donde x representa el ingreso diario de la víctima, i representa los puntos porcentuales de incapacidad psicofísica, m representa un número no menor de 30 ni mayor de 40, estimado prudencialmente según las circunstancias del caso, y c es el coeficiente de edad, que se obtiene a su vez de la siguiente fórmula:</p> $c = 100 \div e$ <p>en la que, a su vez, e representa la edad de la víctima en el momento del hecho dañoso.</p>
Criterio de Christello	
<p>Martín Christello está en general de acuerdo con las pautas del sistema A, pero en algunos casos como el II estima que el resultado es excesivamente elevado y se manifiesta dispuesto a moderarlo “utilizando el criterio que vengamos empleando hasta ahora”. Sugiere que sería preciso “buscar alguna pauta adecuada para aquellas situaciones en las cuales el rubro ‘daño moral’ se dispara”. Agrega: “Probablemente todo esto me lleve a coincidir con lo escrito por Santos Cifuentes cuando señaló que ‘Se ha puesto de moda buscar los sistemas que permitan fijar las indemnizaciones según tablas, limitaciones estadísticas, comparaciones, etc. En general mecanismos que suplanten la valoración subjetiva del juez. Es quizá una tendencia que muestra la caída del prestigio de la justicia, o, lo que es lo mismo, trata de atar la juzgadora determinadas fórmulas y esquemas que le impidan poner en marcha lo más profundo de su misión: apreciar según el caso o que debe fijarse como indemnización para hacer justicia’ (‘El ejercicio de la Magistratura y la apreciación subjetiva de las indemnizaciones’, Cifuentes, Santos, La Ley 2001-B-1387)”</p>	

Luego de este breve y sintético recorrido por la doctrina comparada, toca realizar el análisis jurisprudencial correspondiente a nuestro sistema legal dentro del tema materia de este trabajo.

III.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En esta rápida y apresurada mirada puesta sobre una parte de la doctrina jurídica me ha llevado a la confirmación del carácter mutable y en continuo movimiento de la responsabilidad civil, logrando apreciar que las nuevas fronteras que ésta ha ido ganando a lo largo de su camino evolutivo, vienen a delimitarse por la mutación de sus principios y funciones. También es importante resaltar que la moderna orientación del derecho pretende fundamentar la responsabilidad en el elemento daño, trastrocando la tendencia tradicional de manejarla desde el elemento de la culpa del causante. Esto ha implicado una modificación importante en la forma cómo se ha venido manejando el elemento daño, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, también denominado moral. Conceptos como responsabilidad objetiva, solidaridad, garantía del Estado, derecho a la vida, a los derechos constitucionales, a la integridad personal, a los bienes, se han unido a una tendencia mundial decidida a favorecer o mejorar la situación procesal o jurídica de la persona víctima o perjudicada por un hecho dañoso, todo lo cual ha llevado a que un sector importante de la doctrina hable ya de abandonar el concepto de responsabilidad civil y dar la bienvenida a la expresión “derecho de daños”.⁴⁶

Este cúmulo de conocimientos recogidos será contrastado con el análisis que se realizará a continuación, de una muestra de sentencias o resoluciones emitidas por la Corte Suprema de Justicia, en un inicio, o la Corte Nacional de Justicia a partir del 2008. Paso de inmediato al análisis jurisprudencial de la muestra compuesta por 50 Resoluciones de Casación, elegidas de forma arbitraria y en consonancia con la oportunidad de su accesibilidad, antes que cualquier otra condición. Se las fue reuniendo, conforme se fueron encontrando sea en el sistema Esilec; en la Gaceta Judicial; en la página web, o en el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia,

a) Generalidades de la muestra

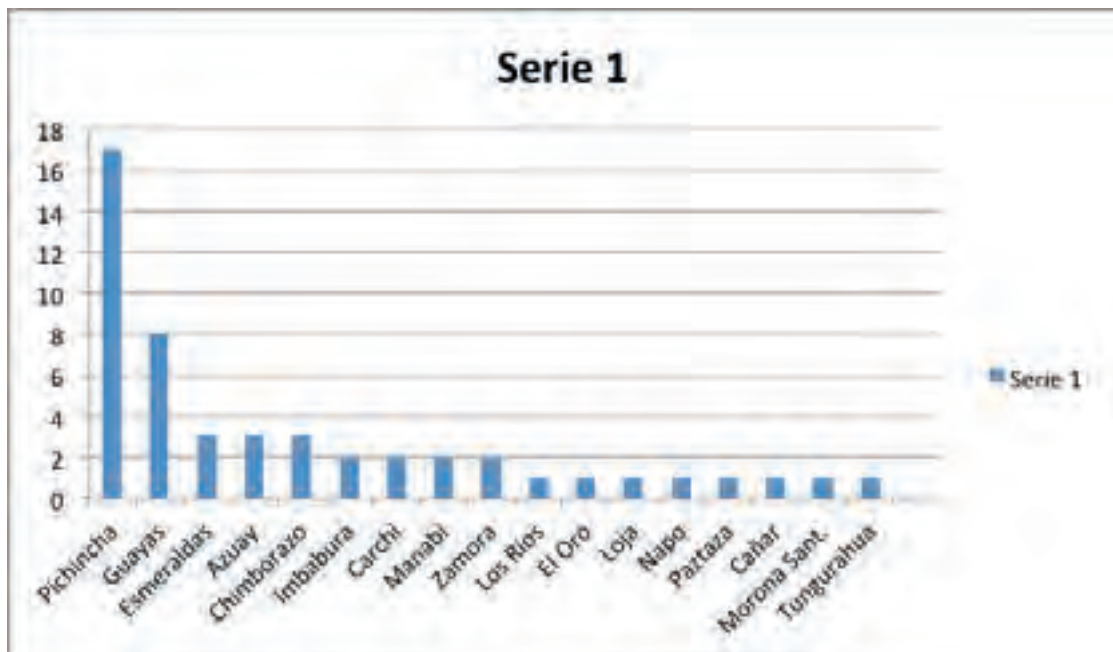
Una de las primeras clasificaciones realizadas la dirigí a determinar la provincia de origen de las causas sentenciadas, dándose el siguiente resultado:

Número de sentencias por provincia

Cuadro No. 1

PROVINCIAS	No. SENTENCIAS	PORCENTAJE
Pichincha	17	34%
Guayas	8	16%
Esmeraldas	3	6%
Azuay	3	6%
Chimborazo	3	6%
Imbabura	2	4%
Carchi	2	4%
Manabí	2	4%
Zamora	2	4%
Los Ríos	1	2%
El Oro	1	2%
Loja	1	2%
Napo	1	2%
Pastaza	1	2%
Cañar	1	2%
Morona Santiago	1	2%
Tungurahua	1	2%
17 Provincias	50	100%

Gráfico No. 1 Sentencias por provincia



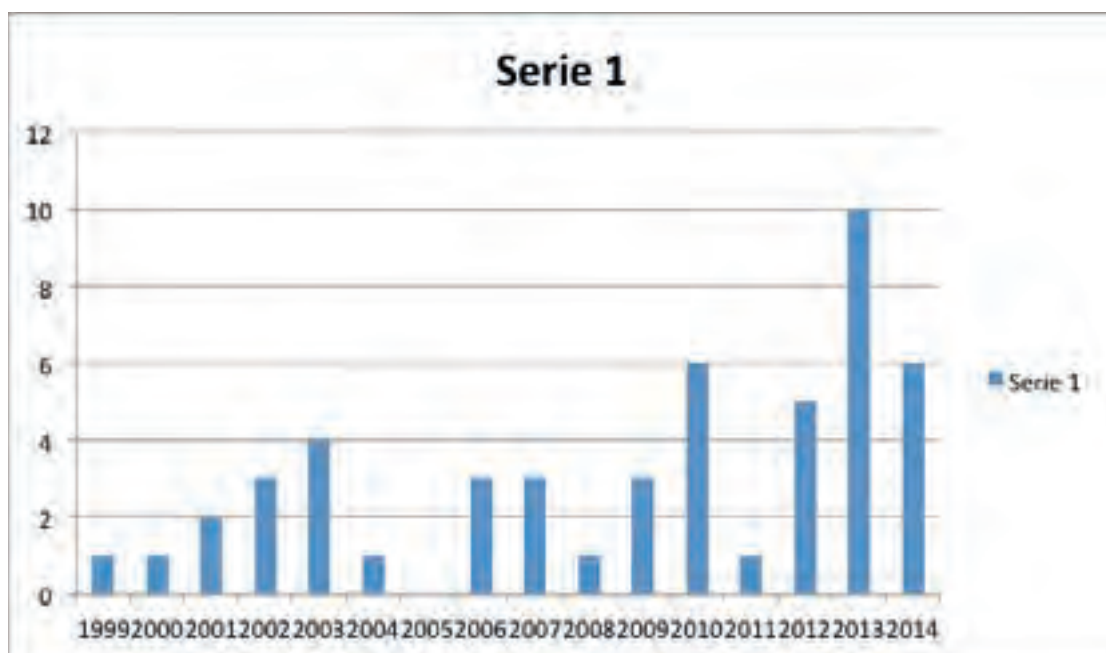
La siguiente clasificación estuvo dirigida a ordenar por el año de la Resolución las sentencias analizadas. Así obtuvimos el siguiente resultado

Resoluciones por año

Cuadro No. 2

AÑO	No. RESOLUCIONES	PORCENTAJE
1999	1	2%
2000	1	2%
2001	2	4%
2002	3	6%
2003	4	8%
2004	1	2%
2005	0	0%
2006	3	6%
2007	3	6%
2008	1	2%
2009	3	6%
2010	6	12%
2011	1	2%
2012	5	10%
2013	10	20%
2014	6	12%
16 años	50 Resoluciones	100%

Gráfico No. 2 Número de sentencias por año



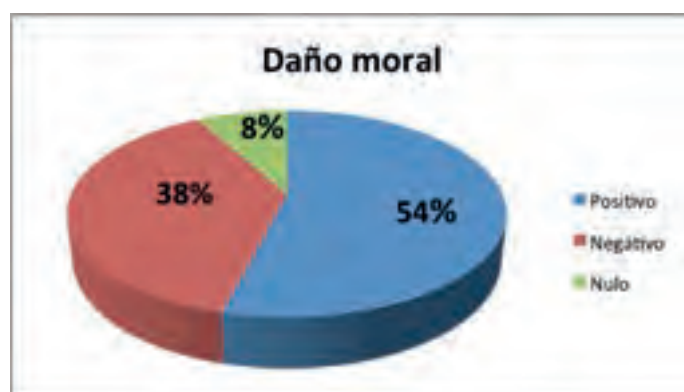
La siguiente información se refiere a la cantidad de Resoluciones en las que se aceptó, negó o anuló la demanda de daño moral; éstos fueron los resultados:

Resoluciones por resultado

Cuadro No. 3

Variable	Cantidad	Porcentaje
Aceptadas	27	54%
Negadas	19	38%
Nulas	4	8%
	50 Resoluciones	100%

Gráfico No. 3 Resoluciones por resultado



La siguiente información se refiere a la cantidad de Resoluciones en las que se aceptó, negó o anuló la demanda de daño moral; éstos fueron los resultados:

Resoluciones por resultado

Cuadro No. 3

Variable	Cantidad	Porcentaje
Procesamiento injusto	21	42%
Difamación o injurias	19	38%
Otros	10	20%
	50 Resoluciones	100%

Gráfico No. 4 Especificidad del daño

Dentro del parámetro “otros” se registran las siguientes especificaciones de daño moral:

- 1.- Confabulación en su contra (**Caso 9**)
- 2.- Daño material y ecológico (**Caso 13**)
- 3.- Rompimiento unilateral de contrato (**Caso 26**)
- 4.- Muerte de hijo en atropellamiento por carro antimotines de la Policía (**Caso 27**)
- 5.- Accidente de caída por túnel vacío de ascensor (**Caso 37**)
- 6.- Muerte de cónyuge y padre de familia en explosión de Brigada Galápagos (**Caso 39**)
- 7.- Denuncia que produjo destitución como funcionario de Banco de Fomento (**Caso 41**)
- 8.- Uso indebido de la imagen de la actora y de su hija (**Caso 47**)
- 9.- Exclusión de vuelo a España y retornarlo al país sin su consentimiento (**Caso 48**)
- 10.- Mantener sin causa información personal en la Central de Riesgos de la Superintendencia de Bancos. (**Caso 49**)

b) Criterios compilados

No.	Identificación jurídica, fecha De Resolución	Acción dañosa y monto reparatorio	CRITERIOS DE SENTENCIAS
1 + 8-Jun-99 Guayas	R.0216-1999 J.???	Procesamiento injustificado Se acepta el daño pero se desconoce el monto indemnizado	<p>1. Mal puede alegar el recurrente, sólo al interponer la casación, que el proceso es nulo porque no se le concedió el término de prueba, cuando ni siquiera menciona las pruebas que pudo haber aportado y que le impidió la falta de concesión del respectivo término.</p> <p>2. Frente a una sindicación penal, lejos de obtener el espontáneo respaldo que un antiguo y eficiente servidor merecía, por el contrario propone acusación particular, que luego deja prescribir, sin reparar en todo el daño moral causado a él y su familia, pues la noticia se difundió y desacreditó a nivel de todo el país.</p>
2 -	R.0350-2000 J. 0150-2000 11-Sep-00	Procesamiento injustificado Se rechaza el recurso y no se acepta la indemnización	<p>1. No cabe reclamar indemnización de daño moral (ni patrimonial) por haberse presentado una denuncia o acusación particular dentro de un proceso penal, si éstas no han sido calificadas como temeraria o maliciosa por el juez de la causa mediante resolución definitiva, pues dicha calificación es prerrequisito para que prospere la acción indemnizatoria tanto de los daños patrimoniales como de los morales.</p> <p>2. Si en el auto que declara el sobreseimiento definitivo o en la sentencia absolutoria el Juez o Tribunal no califica ni positiva y negativamente la denuncia o acusación como maliciosa o temeraria, es obligación del Juez Civil que conoce la causa por indemnización de daños y perjuicios, sean patrimoniales o morales, analizar las pruebas aportadas y determinar si la acusación particular o la denuncia presentada por el demandado fue o no ilegal y de encontrar que tal actuación es ilegal ordenar la reparación económica por los daños y perjuicios ocasionados.</p> <p>3. En la especie, la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Penal de Zamora Chinchipe y fundamento de esta demanda de indemnización por daño moral, declara "...abandonada la acusación particular incoada por el señor J H R V, en contra del señor C C, la misma que se la califica como no maliciosa ni temeraria...", y de conformidad con lo manifestado en los considerandos precedente, la sentencia dictada por la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Zamora, no ha infringido ninguna norma legal, por lo que no era procedente la demanda de indemnización por daño moral presentada.</p>

<p>3</p> <p>+</p>	<p>R.0073-2001</p> <p>J. 0120-1999</p> <p>28-Feb-01 Pichincha</p>	<p>Difamación</p> <p>Se casa la sentencia anulándola por error jurídico y se declara con lugar la demanda y se manda pagar 10 millones de sucres o su equivalente en dólares</p>	<p>1. La accionante manifiesta que ha sido objeto de difamación a través de un medio de comunicación de circulación nacional e internacional, manchando su buena reputación de profesional honesta y produciéndole sufrimientos psíquicos, como angustia, ansiedad, en consecuencia, no requería pronunciamiento prejudicial del juez penal para el ejercicio de la acción de daño moral ya que la Ley le faculta a demandar la reparación en este caso, por lo tanto, el Tribunal de Alzada, al hacer una generalización exigiendo pronunciamiento previo acerca del hecho y su declaratoria de “delito” o “cuasidelito” comete una errónea interpretación del art. 2258 y artículo numerado siguiente del Código Civil.</p>
<p>4</p> <p>-</p>	<p>R.0260-2001</p> <p>J. 0097-2001</p> <p>11-Jul-01 Zamora Chinchipe</p>	<p>Procesamiento injustificado</p> <p>Rechaza el recurso de casación, por carecer de fundamento legal, no se acepta el daño</p>	<p>1. No causa daño moral que pueda originar el deber de indemnizarlo, quien actúa conforme a derecho, ajustando su conducta a los mandatos de la ley y en cumplimiento de los deberes que ella le impone o que son propios de su actuación como miembro de un conglomerado social. El ejercicio de la acción penal no es, de suyo, contraria a derecho, ya que es una forma de ejercitar el derecho constitucional de petición; por lo tanto, no puede de modo alguno concluirse que el ejercicio dentro de los parámetros legales de un derecho puede originar un deber indemnizatorio.</p> <p>2. Si el Juez Penal ha declarado que la acusación particular no es maliciosa ni temeraria, no ha nacido la razón legal o la causa legítima indispensable para demandar la reparación de daño moral, toda vez que, la declaración de no maliciosa ni temeraria no fue impugnada por la actora, permitiendo que se ejecutorie, con lo que demostró su conformidad con la misma.</p>

5	R. 0075-2002	Injurias por medios de comunicación	Ni en la Constitución, ni en ninguna norma legal se contempla la retractación o rectificación como una excusa absolutoria por daño moral, por el contrario, el artículo innumerado a continuación del artículo 2258 del Código Civil, establece expresamente, la indemnización pecuniaria a título de reparación cuando se manche la reputación de una persona, mediante cualquier forma de difamación.
+	J. 0286-2001 17-Apr-02 Pichincha	No casa la sentencia que acepta la demanda y se confirma pago de 2.500 USD.	
6	R. 0236-2002	Procesamiento injustificado	1.Las excepciones deducidas por la demandada no contemplan la prescripción de la acción, formulada ahora como fundamento del recurso de casación analizado, transformándose en una cuestión nueva, dado que no se encuentra dentro de la traba de la litis, resultando por lo tanto improcedente. 2.La causal en que funda el recurso de casación es la errónea interpretación de la valoración de la prueba por parte del Tribunal de Instancia, determinando como infringido el Art.2259 del Código Civil, que no establece ningún criterio de evaluación de prueba, volviendo impertinente el cargo formulado.
+	J. 0132-2001 15-Jul-02 Esmeraldas	No casa la sentencia que acepta la demanda y se confirma el pago de 720 USD de reparación	
7	R. 0161-2002	Querrela calumniosa	1.Esta condena penal podía liquidarse dentro del respectivo juicio, ante Juez competente y en la vía verbal sumaria, pero el actor no hace eso sino que intenta en la vía civil y en el trámite ordinario; de modo que estaría en condiciones de reclamar los daños y perjuicios tanto en la una acción como en la otra. 2. El nuevo Código de Procedimiento Penal permite que, en ningún supuesto pueda simultáneamente demandarse daños y perjuicios ante los órganos judiciales del ámbito penal y de los órganos judiciales del ámbito civil. Por las razones indicadas en el considerando precedente, los órganos judiciales del ámbito civil no tienen competencia para conocer de la nueva demanda de daños y perjuicios que sobre el mismo asunto se ha propuesto.
-	J. 0216-2001 29-Jul-02 Guayas	Se casa la sentencia y se rechaza la demanda de daño moral	

<p>8</p> <p>—</p>	<p>R. 0065-2003</p> <p>J. 0208-2001</p> <p>6-Mar-03 Pichincha</p>	<p>Procesamiento injustificado</p> <p>Se deniega el recurso de casación interpuesto y no se acepta la demanda, por lo mismo no se indemniza.</p>	<p>“...no cabe reclamar indemnización de daño moral, (como tampoco de daño patrimonial) por haberse presentado una denuncia o una acusación particular dentro de un proceso penal, si es que tal denuncia o acusación particular no ha sido calificada como temeraria o maliciosa por el Juez de la causa mediante resolución definitiva; calificación que, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del Art. 16 del vigente Código de Procedimiento Penal, es pre requisito para que prospere la acción indemnizatoria tanto de los daños patrimoniales como de los morales, conforme se concluye del análisis que antecede”.</p> <p>“Pero este nuevo Código de Procedimiento Penal permite que, en ningún supuesto pueda simultáneamente demandarse daños y perjuicios ante los órganos judiciales del ámbito penal y de los órganos judiciales del ámbito civil”</p>
<p>9</p> <p>+</p>	<p>R. 0079-2003</p> <p>J. 0043-2002</p> <p>19-Mar-03 Imbabura</p>	<p>Confabulación en su contra</p> <p>Casa la sentencia y condena a los demandados al pago solidario de 3.000 usd.</p>	<p>1.”...todo hecho o acto ilícito cometido con la intención de realizar un acto contrario a la ley, pero que no está tipificado o sancionado con la Ley Penal, es delito civil. Al tratarse de las pretensiones de resarcimiento por responsabilidad civil extracontractual, la distinción entre delito civil y delito penal es importante para efectos de la competencia y el procedimiento a seguirse en el uno o en el otro supuesto.</p> <p>2.”El no observar el procedimiento reglamentario por parte de los directivos de una institución colegiada, para que uno de sus miembros pueda ejercer su derecho de defensa, es un error inexcusable y susceptible de responsabilidad civil de quienes incurrieron en él, además de que los errores cometidos vuelven ineficaz la resolución tomada en dichas condiciones.”</p>

10	R. 0210-2003	Procesamiento injustificado	1."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 se estime que el monto máximo de la pretensión del actor, de la cual no puede exceder, es la que ha fijado en su demanda.
+	J. 0114-2003	Casa parcialmente la sentencia y se fija en la suma de 15 millones de sucres el monto de indemnización.	2."El demandado ejerció abusivamente su derecho a la jurisdicción al presentar su denuncia por un delito de estafa no comprobado, utilizando el mecanismo vicioso de penalización de un conflicto civil, que atenta gravemente contra los principios fundamentales de la buena fe y la lealtad procesal y constituye un atropello inaceptable de derechos fundamentales de la persona como a la libertad, y a la honra".
	22-Jul-03		3."Quien es víctima del ejercicio abusivo del derecho a denunciar o acusar un hecho como ilícito penal, puede dentro del mismo proceso que se ha originado en virtud de tal acusación o denuncia, reclamar y pedir que se la califique como maliciosa o temeraria, pero también puede abstenerse de hacerlo; pero en este segundo caso ello no implica que el abuso del derecho no se haya producido.
	Pichincha		4." ...cuando no se ha reclamado dentro del proceso penal, la víctima del abuso del derecho puede iniciar las acciones que la ley le franquea para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y la reparación del daño moral, ante la jurisdicción civil en juicio de conocimiento que se ha de tramitar por la vía ordinaria. El abuso del derecho no es un accesorio del proceso penal en que el objeto es el delito acusado o denunciado. Únicamente por economía procesal, el legislador prorrogó la competencia de los jueces penales al tema indemnizatorio que es de naturaleza civil; siendo como es un mecanismo de economía procesal y no un asunto inherente a la naturaleza del asunto, puede perfectamente el agraviado renunciar a ese mecanismo de economía procesal, no reclamar por el atropello en el proceso penal y acudir a la justicia civil con su reclamación.

11	R.0336-2003	Procesamiento injustificado	<p>1. “ El primer deber del juzgador es asegurar su competencia para resolver el proceso que se somete a su conocimiento, para de esta manera evitar incurrir en la omisión de la solemnidad sustancial prevista en el numeral segundo del artículo 355 del Código de Procedimiento Civil (“Son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias... 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;”) omisión que acarrea la nulidad del proceso a costa del Juez infractor. La razón por la cual el Tribunal de Casación siempre ha de entrar a este análisis de la validez procesal se halla en que siendo ésta y las demás solemnidades previstas en el artículo 355 del Código de Procedimiento Civil comunes a todos los juicios e instancias, su omisión implica que, jurídicamente, no existe proceso, sino una apariencia de tal; la presencia de estos vicios es de tal trascendencia que, por ello, aunque no se los haya acusado, el juzgador está en la obligación de declararlos de oficio, al tenor de lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, criterio que lo ha sustentado en sus resoluciones...”</p>
0	J.0129-2003 24-Nov-03 Los Ríos	Se declara la nulidad desde la calificación de la demanda sin derecho a reposición.	<p>2. “Si en el sobreseimiento definitivo (en los juicios de acción pública) o en la sentencia absolutoria (en los juicios de acusación particular) no se realiza la calificación, el imputado sobreseído definitivamente o el querellado absuelto deberá solicitar que se amplíe la resolución judicial a fin de que se realice la calificación; si no lo hace, deberá entenderse que está renunciando a las acciones civiles y penales a que pudiera tener derecho por la temeridad o la malicia de la acusación particular o de la denuncia. La calificación es un caso de prejudicialidad, ya que no pueden proponerse ni las acciones civiles de indemnización de daños y perjuicio ni la penal por la injuria calumniosa en el caso de la acusación particular o la denuncia maliciosa, sin esta calificación.”^{3.}...al haber conocido de esta acción de indemnización de daño moral, que se origina en un juicio de acusación particular, el Juez de lo Civil lo ha hecho sin competencia, de conformidad con lo que dispone la antes citada disposición legal, con violación de lo que dispone el artículo 355 Nro. 2 del Código de Procedimiento Civil, viciando al proceso de nulidad insanable, que ha influido en la decisión de la causa y que no puede quedar convalidada en caso alguno porque no hay prorrogación de la competencia del Juez Civil en razón de la materia que ha sido objeto del enjuiciamiento, nulidad que debe ser declarada de oficio al tenor de lo que dispone el artículo 358 del mismo cuerpo legal.”</p>

12 +	R. 0263-2004 J. 0331-2003 16-Nov-04 Carchi	Injurias Casa la sentencia y condena al demandado a pagar 1500 usd por indemnización	<p>1.”... si se imputa la existencia de un delito o cuasidelito civil como fuente de la obligación indemnizatoria por daño moral, la acción para reclamarla procede en forma directa y autónoma por la vía civil, tal como lo declaró el Tribunal Constitucional en la Resolución No. 102-2000 dictada en el caso No. 359-99 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 110 de 30 de junio del 2000, cuando desechó una demanda de inconstitucionalidad de la ley 171”</p> <p>2. “ Por ello basta con que la actora demuestre las circunstancias que rodearon al hecho ilícito, en este caso, la afirmación no justificada de su mala conducta notoria, para que el juzgador confirme el sufrimiento que afectó a su personalidad espiritual y moral en relación con el medio social en el que vive. Estando demostrados los dos hechos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual y el evidente nexo causal entre la actuación y el daño sufrido por la actora...”</p>
13 0	R. 0120-2006 J. 0017-2005	Daño moral por daño material y ecológico Casa la sentencia declarando en su lugar la nulidad del proceso a partir de la diligencia de audiencia conciliación y con respecto al actor (ASONE) se rechaza el recurso.	<p>1. “...Esta Sala anota que si el recurrente consideró que la sentencia que impugna resolvió sobre algo que no fue materia de los puntos a los que se refirió la controversia, debió fundamentar su recurso de casación en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de la materia, mas no en la causal quinta, la que contiene otros vicios in procedendo, tal como ha sido ampliamente descrito en los considerandos que anteceden...”</p> <p>2.”... Queda claro, pues, que el Tribunal de última instancia tuvo plena competencia para pronunciarse sobre los daños ecológicos, como fueron invocados por la parte actora en su propia demanda y fundamentación del recurso de apelación, y precisamente así lo hizo esa judicatura en su sentencia (fojas 713 a 719 vta. del cuaderno de segunda instancia), por lo que mal puede alegar ahora que la Corte Superior de Esmeraldas falló sobre un asunto distinto al controvertido. Ciertamente, el daño moral es imposible de cuantificar, y es tarea del Juez, de conformidad con los elementos probatorios aportados al proceso, establecer una reparación que sea lo más acorde con el daño sufrido; ninguna cantidad de dinero satisfará el mal que ha sobrellevado el afectado, y por eso también hay un riesgo enorme en ocasionar un enriquecimiento sin causa a quien reclama la indemnización...”</p>

	30-Mar-06		3. "...En la especie, según el recurrente, la Municipalidad de Esmeraldas (codemandante) carecía de legitimación en la causa para ser la beneficiaria del monto determinado por el Tribunal de última instancia. Sin embargo, olvida el recurrente que desde su designación expresa como procurador común de la parte actora (tanto en la demanda, foja 106 del cuaderno de primer nivel, como la realizada por el Juez en la calificación de la demanda, foja 107 ibídem), ha venido actuando a nombre y en representación de la entidad edilicia, la cual por lo demás, no ha revocado dicha procuración común(...)También ha de anotarse que en ninguna parte de la demanda, se menciona que quien "administraría los fondos" recibidos en concepto de indemnización, sería la "Fundación Nuestros Ancestros", argumento que a todas luces constituye una cuestión nueva que en casación de modo general no está permitida, porque de esta forma se atenta contra la estabilidad y fijeza de lo discutido, conforme lo ha declarado la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia en la Resolución No. 234 de 8 de abril de 1999, publicada en el Registro Oficial No. 214 de 17 de junio del mismo año."
	Esmeraldas		
14	R. 0397-2006	Procesamiento injustificado (juicio colusorio a Ministro de Corte Superior)	1. "...Si no se demanda el pago de daños y perjuicios -que es la consecuencia de la declaratoria de temeridad- de una acusación particular o una denuncia- y se demanda únicamente el pago indemnizatorio pecuniario por daño moral no se puede alegar duplicidad de indemnizaciones por iguales hechos y circunstancias..."; criterio con el que compartimos. Por las razones expresadas, se desestima el cargo planteado."
+	J. 0257-2004	No casa la sentencia de mayoría y rechaza los recursos de casación de las partes. El demandado pagará la suma de 30 mil usd .	2. "... resulta irrefutable que el Tribunal ad quem al reformar el fallo del inferior y elevar el monto de la indemnización que por daño moral debe responder la parte demandada al actor, de diez mil a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América, lo hizo precisamente aplicando las reglas de valoración de la prueba mencionadas en la disposición invocada por el recurrente..."
	23-Nov-06 Pichincha		
15	R. 0424-2006	Procesamiento injustificado por parte de la Contraloría, no se acepta el daño moral	1."...Cuando la acusación particular o la denuncia fuere calificada como no temeraria ni maliciosa no podrán intentar acción alguna de reparación de daño moral como tampoco de indemnización de daños y perjuicios contra quien la presentó...". Concluye el Tribunal ad quem que -en la especie-, al haberse declarado por parte de la antigua Sexta Sala de la Corte Superior de Quito que la denuncia propuesta por la Contraloría General del Estado no fue ni maliciosa ni temeraria, se estableció con claridad "[...] que no existió abuso de derecho por parte del denunciante y que la denuncia presentada no fue maliciosa ni temeraria. Esta circunstancia obliga a la Sala a aplicar los fallos de triple reiteración citados y admitir la excepción principal de improcedencia por falta de derecho del actor alegada por la Contraloría General del Estado.".-

-	<p>J. 0207-2006</p> <p>19-Dec-06</p> <p>Pichincha</p>	<p>No casa la sentencia por hallarse ajustada a derecho</p> <p>Análisis de Voto salvado.</p>	<p>2.” De lo dicho se desprende que la acción de la Contraloría no fue, de manera alguna, ilícita, sino el producto del cumplimiento de una obligación legal y del deber de comparecer a los organismos de justicia en uso del derecho que concede a toda persona la Constitución, tanto más que al Juez de la causa le correspondía examinar, previamente, al inicio del auto proceso, si los hechos narrados en la denuncia constituyen infracción penal, so pena de pagar daños y perjuicios de acuerdo a lo establecido al artículo 219 del Código de Procedimiento Penal de 1983.”</p>
16	<p>R. 0021-2007</p>	<p>Procesamiento injustificado (peculado)</p>	<p>1.”... cabe mencionar que una es la acción por daños morales que pueda perseguir una persona como consecuencia del ejercicio abusivo al presentar en su contra una denuncia por un delito no comprobado, y que dicha víctima puede seguir dentro del mismo proceso penal para que se califique la denuncia como maliciosa o temeraria; y, otra es la acción civil que se sigue por vía ordinaria para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y la reparación del daño moral, establecida en el Art. 2258 (actual 2232) del Código Civil. La primera acción, es decir, cuando la acusación particular fuere declarada como temeraria o maliciosa, cabe la acción ante el Juez de lo Penal o el Tribunal en su caso; ya que este asunto no pertenece a la jurisdicción civil, (...) mientras que si no hay ninguna calificación previa respecto de la denuncia o la acusación particular de parte del Juez o Tribunal Penal, procede la acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de daño moral ante la jurisdicción civil...”</p>
+	<p>J. 0330-2003</p>	<p>No casa la sentencia y el Banco de Fomento deberá pagar al actor 12 mil usd.</p>	<p>2.”... la Sala considera que la alegación realizada por el recurrente en el sentido de que la sentencia recurrida no ha tomado en cuenta que la acusación particular deducida por el Banco Nacional de Fomento en contra de Francisco Gómez Nazareno no ha sido declarada maliciosa ni temeraria, y por tanto no existe fundamento legal alguno para deducir la improcedente acción contra el mencionado Banco, carece de fundamento.”</p>

	31-Jan-07		<p>3.”... Por las razones expuestas, no habiéndose justificado conforme a derecho la existencia de la infracción acusada, ni menos la responsabilidad del encausado Francisco Gómez Nazareno, el Juez ha hecho bien dictar sobreseimiento provisional del proceso y definitivo a favor del encausado Francisco Gómez Nazareno” (el resaltado nos corresponde). Por tanto, se desprende que los daños causados por el Banco Nacional de Fomento, son el resultado de la acción ilícita del demandado, y, en consecuencia, procede la reparación por daños meramente morales, como así lo establecieron tanto el Juez de lo Penal de San Lorenzo y Eloy Alfaro, como la Sala de la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas. Los Estados deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, si bien es cierto que éste, como persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, sí está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes, y cuando la ejecución del hecho punible emana de órdenes de autoridades superiores que representen a la Nación misma; y, así se establece la responsabilidad civil del Estado en la Constitución Política en su Art. 22 que dice: “El Estado será civilmente responsable en los casos de error judicial, por inadecuada administración de justicia, por los actos que hayan producido la prisión de un inocente o su detención arbitraria, y por los supuestos de violación de las normas establecidas en el Art. 24...”.</p>
	Esmeraldas		
17	R. 0225-2007	Procesamiento injustificado	<p>1”... De lo expuesto se determina que las normas procesales que el casacionista invoca como infringidas respecto de la causal segunda no contienen solemnidades sustanciales cuya omisión produzca nulidad procesal; pues, como lo dispone el Art. 344 sobre violación de trámite, el proceso es nulo, en todo o en parte, solamente cuando se ha omitido alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en el Código de Procedimiento Civil; y más aún, por el principio de trascendencia que rige esta materia, no toda omisión o violación produce nulidad procesal, sino aquella que pueden influir en la decisión de la causa (Art. 349 ibídem)...”</p>
+	J. 0277-2006	No casa la sentencia y se acepta la demanda.	<p>2.”... En la especie, a fojas 16 vuelta del cuaderno de primera instancia, se abre la causa a prueba por el término de diez días, y se notifica a las partes. En segunda instancia, ni actor ni demandado han pedido prueba, conforme faculta el Art. 410 del Código de Procedimiento Civil. Por lo expuesto, no existe la violación de normas que aduce el casacionista respecto a la causal segunda, por lo que no se acepta el cargo.”</p>

	21-Jun-07	4 mil dólares de reparación.	3.”... El casacionista no explica ni fundamenta debidamente como la supuesta falta de aplicación de estas normas de derecho ha sido determinante de la parte dispositiva de la sentencia, lo que hubiese completado la configuración de la causal primera. La Sala observa que no se ha faltado al debido proceso en esta causa. Por lo expuesto, no se acepta los cargos por la causal primera.”
	Guayas		
18	R. 0233-2007	Procesamiento injustificado	1.”... Del texto de la ley, aparece con claridad meridana que la acción por daños morales es independiente de los resultados de las acciones provenientes del incumplimiento de contratos, o de las acciones penales, ya sea de los sobreseimientos definitivos o de las sentencias absolutorias o condenatorias, y en este último caso, inclusive de las dictadas en querellas por injurias calumniosas o no calumniosas. Obsérvese que la ley con claridad expresa que “dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito” hay la obligación de reparación, lo que significa que es independiente total y absolutamente de los resultados de las decisiones sobre la calificación o no de temeridad o malicia de las denuncia o acusación particular que originaron el proceso en que tales decisiones fueron tomadas.”

<p>—</p>	<p>J. 0222-2006</p> <p>21-Aug-07 Chimborazo</p>	<p>No casa la sentencia por la improcedencia de la demanda, por lo tanto no se acepta el daño moral.</p>	<p>2.”... Habiéndose demandado por el actor a indemnización pecuniaria por el daño moral que dice haber sufrido como consecuencia del enjuiciamiento penal a que fue sometido por la denuncia y acusación particular por la parte demandada y que terminara mediante sobreseimiento definitivo a su favor y del proceso, es indudable que la Sala de la Corte Superior de Justicia del Chimborazo debió resolver en la sentencia este hecho de la litis, analizando como era debido, la naturaleza de la acción deducida y decidir si procesalmente constaba probado; pero, lejos de asumir con responsabilidad y serie da del análisis real y cualitativo de la naturaleza del hecho demandado conforme al texto de la ley y bajo los principios de la jurisprudencia y doctrina, adoptó el camino fácil de invocar como elemento para su decisión el hecho de que en el sobreseimiento definitivo indicado no se declaró la malicia o temeridad de la acusación particular presentada contra el actor por la empresa demandada en este proceso. Por ello, estimando que la valoración “de la prueba” realizada por la Sala de la Corte Superior de Chimborazo es absolutamente impertinente, este Tribunal, conoce del juicio y para resolver considera lo siguiente: a) El actor, con la fotocopia certificada del juicio penal No. 221-99 seguido en su contra, entre otros, en el Juzgado Primero de lo Penal de Chimborazo, que obra de autos, probó haber sido procesado penalmente por presuntos delitos como estafa, abuso de confianza, etc., y que al término del proceso se dictó sobreseimiento definitivo a su favor; es decir justificó haber sido víctima de un “procesamiento injustificado”; pero que dentro del proceso no probó que tal procesamiento le ocasionó, a su persona, “sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”. No olvidemos que el daño moral es personal y que el concepto de daño es esencial y eminentemente subjetivo en el sentido de que su determinación depende de las circunstancias personales del individuo</p>
<p>19</p>	<p>R. 0080-2008</p>	<p>Procesamiento injustificado</p>	<p>1.”... en cuanto a la indebida concreción de los fundamentos de derecho, no es motivo para rechazar una demanda: El juez, en aplicación de los principios iura novit curia y da mihi factum, dabo tibi ius, está autorizado -y es su deber hacerlo- para suplir las omisiones de derecho en que hayan incurrido las partes (por lo demás, hay que decirlo, es claro que la disposición citada se refiere al delito de peculado bancario, artículo 258-A, por lo cual se trató de un evidente lapsus calami en la transcripción del cuerpo legal al que pertenece esa disposición, el Código Penal), conforme señala el artículo 280 del Código de Procedimiento Civil. Se rechaza, por lo tanto, la acusación de que se dejó de aplicar el artículo 68 numeral 4ro., del Código de Procedimiento Civil.</p>

—	<p>J. 0194-2007</p> <p>8-Apr-08 El Oro</p>	<p>Casa la sentencia en favor del Banco Centro Mundo y desecha la demanda de daño moral.</p>	<p>2. “...Si a partir de la presentación de la denuncia se inician para el actor los sufrimientos, angustias y humillaciones, esa es la época en la que se perpetra, se consume, el supuesto acto ilícito y no otra; la fecha en la que se dicta el auto de sobreseimiento, como él mismo lo señala en su demanda, es en la que “cesa” el daño, sin que pueda verse en esta figura una especie de delito continuado, inaplicable por lo demás como concepto al delito civil. Y por acto ha de entenderse la acción ilícita y dolosa que ha tenido la intención de dañar, uno de los elementos que configuran precisamente la obligación de indemnizar, junto con la existencia del daño y la existencia de un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño producido. Junto a la fecha en que se presentó la denuncia (31 de mayo del 2000, copias certificadas a foja 68 vta. del cuaderno de primer nivel), hay que tomar en cuenta la del inicio del proceso penal y fecha en la que se dictaron las medidas de carácter real y personal contra el hoy actor, en relación con los hechos relatados por él en su demanda (23 de junio del 2000, fojas 118-119 vta.), por lo que a la fecha en que se perfeccionó la citación con la demanda (20 de octubre del 2004, razón actuarial a foja 9), habían transcurrido más de los cuatro años señalados en el artículo 2235 del Código Civil para la prescripción de la acción. Es claro entonces que el Tribunal de última instancia dejó de aplicar el artículo 2235 del Código Civil, lo que ha incidido en la resolución de la causa, por lo que la sentencia se halla incurra en uno de los vicios previstos en la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación y debe ser casada, con el mérito de los hechos establecidos en ella, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación.”</p>
---	---	---	---

20	R. 0451-2009	Procesamiento injustificado	<p>1.”... En la especie, el actor dirige su demanda contra la Superintendencia de Bancos, institución del Estado a la que endilga la responsabilidad de los daños morales que expone en su libelo, la que, al contestar a la demanda, propone como excepción la “falta de legítimo contradictor pasivo”, es decir que no es la persona a quien le corresponde enfrentar las acusaciones del actor por no ser parte de la relación jurídica material; más, al resolver sobre las pretensiones, el Tribunal de Instancia, en forma reiterativa señala que la Superintendencia de Bancos es la responsable de los daños causados y la persona que “a través de sus diferentes funcionarios, obit) negligentemente y por lo mismo de manera culposa” (considerando octavo del fallo en análisis), tanto así que culmina condenando a la señalada institución al pago de las indemnizaciones determinadas en la parte resolutive del fallo; por lo que, aun cuando no se resuelve expresamente sobre la excepción de falta de legítimo contradictor pasivo, del contexto y resultado del fallo en cuestión” se aprecia que dicha excepción se analiza implícitamente en la procedencia misma de las pretensiones expuestas por el actor, pues, de haber existido la alegada legitimación en la causa, el resultado del fallo hubiera sido distinto, es decir, se hubiera rechazado la demanda sin entrar en las consideraciones de mérito o de fondo. Por lo tanto, no ha lugar el cargo expuesto de falta de legítimo contradictor pasivo, pues, procesalmente, consta haberse analizado aunque implícitamente, sus connotaciones jurídicas, en relación con las pretensiones del actor.”</p>
—	J. 0015-2008	Casa la sentencia y revocando el fallo desecha la demanda de daño moral deducida contra la Superintendencia de Bancos , por improcedente.	<p>2.”... En el considerando noveno, la Sala sostiene que Confrontados los hechos que quedan expuestos, atribuidos por el actor a la Superintendencia de Bancos, con las normas jurídicas, constitucionales y legales invocadas como fundamentos de la demanda y que confiere al actor un derecho inherente a su personalidad, la conclusión es evidente y surge por sí misma: Que esas garantías fueron violadas con la emisión culposa del informe No. INSFOE-2000-035 de 5 de abril del año 2000, que dio origen a un injusto enjuiciamiento penal del Econ. Gerardo Ruiz Navas por lo que tiene derecho a que la institución, a través de sus funcionarios, que las cause, las repare. Esta afirmación de la Sala es errónea, por los fundamentos que dejo expuesto al no haberse examinado la prueba introducida al proceso por la parte demandada y solo tomar la argumentación del actor, con lo cual llega a otro error de interpretación del Art. 2232 del Código Civil, al considerar como ilícito un acto constitucional, legal y legítimo ejecutado por la Superintendencia de Bancos y Seguros y sus funcionarios.” Por lo expuesto, se acepta el cargo acerca de errónea interpretación del artículo 115 de la Codificación del Código de Procedimiento Civil, que ha conducido a la aplicación indebida del artículo 2232 de la Codificación del Código Civil.”</p>

	2-Sep-09		<p>3.”... Es evidente que entre la emisión del informe, que se basa) en los movimientos financieros y contables de esa Financiera y la sindicación, orden de prisión preventiva y detención del actor en este juicio, por noventa días, mediaron las actuaciones tanto del fiscal como del juez penal con atribuciones legales para sopesar este informe y establecer si ameritaba o no la imputación entre otras, de Ruiz Navas y su detención como medida cautelar. Otro aspecto a considerar es, si el informe como tal contiene un acto ilícito que determine la responsabilidad por daño moral de la Superintendencia de Bancos y Seguros. En este caso en concreto, el informe No. INSFOE-2000-035 de 5 de abril del 2000, emitido por el Lcdo. Eduardo Ramón Maldonado, funcionario de esa Superintendencia, consideraba que existían ciertas irregularidades en transacciones (Certificados de Depósito) a nombre del Econ. Gerardo Ruiz, las cuales no constaban en formato utilizado por la financiera Ecuacambio S.A. para este tipo de transacciones y que no aparecían en los registros contables de esa institución. Esta sola apreciación, dadas las otras irregularidades que se detectaron por parte de directivos y funcionarios de esa financiera, no puede calificarse como un acto ilícito, realizado con el ánimo o la intención de perjudicar o dañar al actor en este proceso o causa de un acto de abuso de autoridad, que sirviéndose de sus facultades y condición de Órgano de control, se hubiese podido exceder en sus atribuciones para causar perjuicios, específicamente, a un tercero particular; sino en el cumplimiento de una obligación, que como ya se dijo, nacida de la ley, dadas las atribuciones propias de control sobre el sistema financiero que le correspondía ejecutar a la Superintendencia de Bancos y Seguros. En consecuencia, existe una errónea interpretación del Art. 2232 del Código Civil por parte de la Sala de instancia, como ya se ha dicho, al estimar que existió un nexo causal directo a inmediato entre la emisión del citado informe por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros y el enjuiciamiento y la posterior prisión preventiva del actor que le hubiesen podido provocar daño moral. Por lo manifestado, se acepta este otro cargo y procede casar la sentencia del Tribunal ad quem.”</p> <p>Sentencia de mérito</p> <p>“... Por lo demás, la Sala observa que el ámbito Contencioso Administrativo de la entonces Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia pronunciada el 21 de julio de 2008, a las 09h00 atendió favorablemente otra demanda, del mismo actor, por la misma causal, es decir, daño moral en una identidad objetiva y subjetiva y, por cuya razón -como se lee en el considerando sexto-, se condenó al Ministerio Público, que es el Estado mismo, a una reparación pecuniaria; por lo que repugnaría condenar dos veces y por la misma causa, en el fondo, a una misma persona (el Estado ecuatoriano).”</p>
	Pichincha		

<p>21</p> <p>+</p>	<p>R. 0454-2009</p> <p>J. 0083-2008</p> <p>3-Sep-09</p> <p>Pichincha</p>	<p>Procesamiento injustificado</p> <p>No casa la sentencia, por lo cual el Lloyds Bank deberá pagar 12 mil usd por concepto de daño moral</p>	<p>1.“...Respecto de la acusación de que en el fallo de mayoría de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Quito, se parte de una premisa equivocada, esta Sala hace notar que dicha Sala en la parte de antecedentes se limitó a expresar lo afirmado por el actor, pero más adelante, en el considerando CUARTO de su fallo (fojas 82 vta. y 83) transcribe parte de la resolución de la Sala de Conjuces de la Sexta de la Corte Superior de Justicia de Quito, de 9 de junio de 1996 (juicio penal seguido por Lloyds Bank (BLSA) Ltda. contra H. A. C. E.), en especial la parte en la que consta “...no se puede admitir que la denuncia y acusación particular hayan sido maliciosas y temerarias,...”; en consecuencia, no se advierte tal inconsistencia..”</p> <p>2.”... Como se manifestó anteriormente, para justificar el vicio de errónea interpretación de normas de derecho, la recurrente debió señalar cuál fue la interpretación equivocada, tergiversada o quizás parcial que el Tribunal ad quem hizo respecto de las disposiciones del Código Civil antes citadas, desatendiendo su tenor literal y lógico; así como debió indicar cuál era la correcta interpretación que se debió hacer de esas normas, a fin de patentizar la infracción...”</p> <p>3.”... entonces correspondía acusar la infracción de falta de aplicación de precedentes jurisprudenciales obligatorios, vicio que también se halla contemplado en la causal primera de casación del Art. 3 de la ley de la materia o si se consideró por parte de la recurrente que los aspectos fácticos establecidos en el proceso no se subsumían en el contenido hipotético de las normas que aplicó el Tribunal ad quem, entonces la infracción que correspondía acusar era la de indebida aplicación de normas de derecho, pero no la errónea interpretación de normas de derecho, vicio que, como se dijo anteriormente, tiene su propia fuente y consistencia jurídica, pues no solo presupone que los hechos son admitidos, sino que las normas aplicadas son pertinentes al caso que se juzga, pero al interpretarlas el juzgador ha desatendido su tenor literal y lógico, derivando este yerro en una resolución incorrecta.”</p>
<p>22</p>	<p>R. 0494-2009</p>	<p>Difamación en contra de su honor y buen nombre</p>	<p>1.”... En el caso, el recurrente ha dividido a la causal tercera en dos “subcausales”, como así las denomina en su escrito, esto es, presenta de manera independiente, por una parte la violación de norma de valoración y por otra la violación de norma sustantiva; este proceder no es posible porque la, causal tercera es única, no tiene división, tanto que las dos violaciones, de norma de valoración y de norma sustantiva, deben ser invocadas simultáneamente y la argumentación debe demostrar la forma en que la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho material en la sentencia, lo cual no sucede en el recurso propuesto. Debido a que la presentación de la causal, dividiéndola en subcausales, es absolutamente ajena a la naturaleza de la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, no se acepta el cargo.”</p>

-	<p>J. 0094-2009</p> <p>6-Oct-09</p> <p>Pichincha</p>	<p>No casa la sentencia y se rechaza la demanda de daño moral planteada contra Ministro de Corte Suprema</p>	<p>2.”... Esta Sala de Casación expresa que esta mezcla entre la causal primera y la tercera del Art. 3 de la Ley de Casación no es posible jurídicamente porque cada una de las causales son independientes y autónomas, que mediante la causal primera lo que se persigue es la demostración de la violación directa de una norma de derecho material, mientras que mediante la causal tercera lo que debe demostrarse es la violación indirecta de la norma sustantiva, a través de un vicio de valoración probatoria. Por otra parte, las normas constitucionales que se transcriben y se consideran violadas al tenor de la causal primera, no contienen explicación alguna respecto de su contenido y trascendencia en la decisión de la causa; la simple transcripción no cumple con el requisito de fundamentación del recurso que es una exigencia determinada en el numeral 4 del Art. 6 de la Ley de Casación...”</p> <p>3.”... también se observa, que el recurrente pretende que esta Sala de Casación revalore la prueba documental respecto de la actuación del Dr. A. B. C. en la Sesión Plenaria de la Corte Suprema de Justicia, de 6 de noviembre del 2001; como explicamos en la parte inicial de este considerando “Sexto”, la causal primera tiene por exclusiva finalidad estudiar la violación de la norma de derecho material, para lo que debe respetarse la fijación de los hechos y la valoración de la prueba hecha por el Tribunal de instancia, de otra manera, se estaría desnaturalizando la causal y utilizándola para hacer una revisión integral del juicio y la prueba, como si fuese una apelación o el desaparecido recurso de tercera instancia, lo que es por completo improcedente. Motivos por los cuales no se acepta el cargo.”</p>
23	<p>R. 0181-2010</p> <p>J. 0085-2007</p> <p>10-Mar-10</p>	<p>Difamación e injurias</p> <p>No casa la sentencia que acepta la demanda de daño moral y manda a pagar 150.000 sucres a cada uno de los 2 demandados por concepto de reparación</p>	<p>1...Daño Moral y sus efectos meramente morales deben ser analizados por el juez. El Daño moral es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a las condiciones o efectos sociales o morales inherentes a la personalidad humana, es decir un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que siente un individuo con una herida, lesión, cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con su detención o prisión y en cualquier hecho que procure una molestia. Generan la obligación de indemnización por daño moral las acciones u omisiones ilícitas que causen o provoquen sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones mediante cualquier difamación.</p> <p>2.“...En la argumentación sobre estos cargos, el casacionista se refiere a la valoración de la prueba realizada por el Tribunal ad quem; facultad ésta que es privativa de los jueces de instancia, por lo que la Sala de Casación no puede juzgar los motivos que formaron la convicción del Tribunal ad quem ni realizar una valoración nueva y distinta de las pruebas que obran de autos.- En cuanto a la acusación de falta de motivación del fallo debió hacerla bajo el amparo de la Causal quinta.-“</p>

Guayas			
24	R. 0242-2010	Imputaciones injuriosas contra la honra y el crédito	1. El daño moral se refiere a una afectación de tipo emocional más no económica y la prueba por lo tanto no puede ser directa porque no se puede demostrar el sufrimiento humano, por lo tanto lo que se debe probar es que el demandado ha cometido un hecho ilícito que ha causado dicho sufrimiento.
+	J. 0946-2009	Casa el fallo y fija la indemnización reparatoria en 600.000 usd que deberá pagar el B. P. al actor	2. La acción de daño moral en caso de injurias o lesiones es independiente y no necesita una sentencia penal condenatoria para poder proponerla, por tanto no existe prejudicialidad para la acción de daño moral.
	28-Apr-10		3. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil, el monto de la indemnización por daño moral debe ser fijado a prudencia del juez, siempre tomando en cuenta la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.
	Pichincha		4.“...Por otra parte, es inaceptable que el Banco P. C.A. afirme que no corresponde a su institución presentar los justificativos sobre el origen de la obligación vencida, contraída por el deudor con el Banco L. P, antes de 1997 y vendida por el Filanbanco al Banco P. C.A. en el año 2001, ya que era obligación de las dos instituciones financieras el mantener una información fidedigna, especialmente sobre las obligaciones vencidas, tanto para resguardar los intereses de quienes participaron en la transferencia, cuanto para proteger los derechos de los terceros que podrían resultar perjudicados al momento de la recaudación. Este criterio concuerda con el emitido por el Director de Consultas y Reclamos de la Superintendencia de Bancos y Seguros, mediante oficio No. DCR-2003-614, de fecha 3 de junio de 2003, que consta a fojas 501 de los autos, y que dice: “... esta Dirección requiere que se envíe copia del documento de respaldo de la obligación, que debió haber sido entregado al momento de la suscripción de la escritura de transferencia de activos y pasivos...”
			5.“...vale recalcar que el objeto principal de esos reclamos era la exhibición, la demostración de los respaldos de la presunta obligación, por la cual se mantenía al economista C. D. constando en la central de riesgos, respaldos éstos, que, como se ha dicho nunca se entregaron; al contrario, como ya se expuso, el representante del Banco P. C.A. sostiene que no es obligación de la mencionada institución bancaria demostrar la existencia de su deuda con el Banco La Previsora, situación ésta que ya mereció análisis en este fallo y que ha sido considerada como inaceptable...”

			<p>6. "...El acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionaba a la Central de Riesgos, la última de las cuales ocurrió el 30 de noviembre del 2005. Desde esta fecha hasta la presentación de la demanda (10 de enero de 2007) no había transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción extintiva.- 8.5.- Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque el actor ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó."</p> <p>7. "8.6.- Sobre el monto de la indemnización, es obvio que por no tratarse de daños y perjuicios materiales, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que "es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho". (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).-"</p>
25	R. 0404-2010	Imputaciones injuriosas contra la honra y el crédito	1.De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2232 del Código Civil, el monto de la indemnización por daño moral debe ser fijado a prudencia del juez, siempre tomando en cuenta la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta
+	J. 0983-2009	Casa la sentencia y en su lugar dicta la de mérito, se acepta la demanda y se determina la indemnización en doce mil dólares de los Estados Unidos	2.La acción de daño moral en caso de injurias o lesiones es independiente y no necesita una sentencia penal condenatoria para poder proponerla, por tanto no existe prejudicialidad para la acción de daño moral
	29-Jun-10		3. El daño moral se refiere a una afectación de tipo emocional más no económica y la prueba por lo tanto no puede ser directa sino en base a presunciones judiciales que permitan inferir que existió el daño; al no poderse demostrar el sufrimiento humano, lo que se debe probar es que el demandado ha cometido un hecho ilícito que ha causado dicho sufrimiento.

	Loja		<p>4. "...Desde el punto de vista de la justicia, se trata de bienes valiosos (a menudo los más valiosos en la escala de los bienes jurídicos), cuya lesión justifica una compensación; desde el punto de vista preventivo, la indemnización del daño moral desincentiva su generación, al establecer un precio sombra a los actos negligentes que pueden provocarlos. b) Sin embargo, de la circunstancia de que no sea posible poner precio a estos bienes, no se sigue la imposibilidad de comparar sus intensidades relativas..."</p> <p>5."...El problema de la inconmesurabilidad en dinero no excluye, en consecuencia, la conmesurabilidad relativa de los bienes afectados. Ello debiera permitir que la definición amplia y tosca del daño moral conviviera con una práctica de evaluación razonada de los perjuicios. Por eso, una cierta objetivación de la evaluación se ha mostrado necesaria en todos los sistemas jurídicos más desarrollados, especialmente en el caso del daño moral que es consecuencia del daño corporal. c) Con todo, la jurisprudencia asume, en general, que la subjetividad radical del daño moral tendría por consecuencia que su determinación y evaluación escapa a todo intento de objetividad. El resultado inevitable es que su estimación se haga más bien de una manera intuitiva, sobre la base de parámetros de evaluación que no son explícitos, ni consistentes con un principio formal de justicia, que exige que casos semejantes sean tratados análogamente", Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 288-289).-</p>
26	R. 0508-2010	Rompimiento unilateral de contrato	<p>1. "...Las sociedades demandantes pretenden el resarcimiento por daño moral por grandes perjuicios de imagen y deterioro de la bien ganada reputación comercial, fama y prestigio que desde 1978 ha tenido el Hotel Casino Boulevard, en la actividad comercial, turística y hotelera del país, todos los cuales son bienes jurídicos inmateriales o morales de las sociedades comerciales, doctrinariamente así aceptados y que, en caso de ser violentados, requieren una reparación.- Debido a que la exigencia de pruebas adicionales y específicas del daño moral, contraría la naturaleza de este tipo de daño, que debe inferirse de las circunstancias que han rodeado al hecho ilícito, la Sala considera que el Tribunal ad quem no ha aplicado el Art. 115 del Código de Procedimiento Civil, por falta de valoración conjunta de la prueba, lo que ha conducido a la no aplicación de las normas sustantivas de los artículos 2231 y 2232 del Código Civil, que rigen la institución jurídica del daño moral; por lo que se acepta el cargo."</p>

+	<p>J. 0019-2007</p> <p>8-Sep-10</p> <p>Guayas</p>	<p>Casa el fallo y en su lugar ratifica la sentencia del Juez de Primera instancia, por lo cual los demandados deberán pagar a los actores los valores: 212'764.036,92 sucres por daño emergente y lucro cesante más los USD. 400.000,00 x resarcimiento del daño moral causado a la buena imagen y prestigio del Hotel Casino Boulevard.</p> <p>Voto salvado</p>	<p>2. “Las personas jurídicas legalmente constituidas pueden demandar la reparación de los daños materiales y morales que se les irroguen con dolo o culpa; pero tratándose de estos últimos sólo cuando provengan de atentados a su nombre o reputación, mas no a sentimientos de afección” (Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, p. 343. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005).- De tal manera que es acertada la tutela de los derechos extrapatrimoniales inherentes al crédito y buena fama comerciales, porque conducen a su vez a la creación de la confianza en acreedores, relaciones comerciales, proveedores, bancos y público en general, así que no es razón suficiente que estos entes no sean capaces de sufrir dolor, sufrimiento, para suponer que el Derecho no puede proteger los intereses subjetivos o morales de las personas jurídicas. Al contrario, tan necesario es el crédito y el prestigio para el desarrollo de las actividades comerciales como para las personas naturales es el honor y su buen nombre. Por ello, cuando de algún modo injusto se atenta contra el buen crédito y el honor de una persona natural o jurídica, es deber de la Justicia reconocer y declarar el derecho de los perjudicados.-“</p> <p>3.”... Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque los actores han sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.- Sobre el monto de la indemnización, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que “es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho.”</p>
27	<p>R. 0349-2010</p> <p>J. 0205-2007</p>	<p>Muerte de hijo por atropellamiento de un carro antimotines de la Policía Nacional</p> <p>Se acepta el recurso de Casación interpuesto por la Procuraduría General del Estado y se rechaza la demanda.</p>	<p>1.”...Por tanto corresponde analizar únicamente el tema relativo a la prescripción, que habiendo sido expresamente deducido como excepción, al contestar la demanda, por la Procuraduría General del Estado, el Tribunal a quo no se pronuncia, dejando de aplicar, según el recurrente expresas normas de derecho, las que van a ser materia de este examen...”</p> <p>2.”... Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho Público, la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuados al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado.”</p>

	8-Oct-10	Analizar Voto Salvado	<p>3.”... En este punto, es importante aclarar que la responsabilidad del Estado, tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de la culpa presunta, propia, por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad por actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar -presuponiendo la reversión de la carga de la prueba- que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia o impericia de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de estos sujetos se ha ajustado a las reglas jurídicas y técnicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de la que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública, socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes, porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos; y que, las Instituciones del Estado, con competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de la regulación y sus efectos dañosos.”</p> <p>4.”... El comportamiento de un funcionario o empleado público es, a efectos del régimen de responsabilidad analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. Cosa distinta es la revisión de este comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias.</p> <p>5.” En lo que respecta al fondo de la controversia, los daños morales y materiales que ha sufrido A.T. S. V. por la pérdida de su hijo I. F. P. S., se encuentran probados con la Partida de Defunción que consta a fojas 171 de los autos, como el sujeto directamente afectado, ha 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 el actor no constan acreditados a través de la práctica de ninguna diligencia probatoria, son fácilmente deducibles de los hechos probados.- Los daños materiales y morales constatados son indemnizables, según lo señalado en esta sentencia, porque son ciertos, esto es, probados; actuales, en lo que respecta a los gastos efectuados para sepultar al hijo de la demandante y los daños morales, de la actora en la presente causa; objetivamente esperables (futuros) esto es, lo que presumiblemente hubiese ganado durante su probable vida.-”</p>
	Manabí		

			<p>6.” Esta Sala procede, entonces, a cuantificar la indemnización que estarán obligados a pagar los demandados a favor de A. T. S.V. y, por las circunstancias del caso, la manera en que se deberá cumplir la condena. En efecto, de conformidad con el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil: “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” (el subrayado es de la Sala). En lo que respecta a los daños materiales sufridos por I. F. P. S. se considera exclusivamente el valor que dejará de percibir en razón de su muerte. Para tal efecto esta Sala entiende que es razonable fijar como valor de la indemnización por los perjuicios materiales causados, 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. Se emplea, en este caso, el valor de la canasta familiar vital. De conformidad a los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, a abril del año 2010.”</p>
28	R. 0587-2010	<p>Procesamiento injustificado por denuncia y acusación particular calificada de temeraria y maliciosa</p>	<p>1.”... En el caso, ninguna de las normas mencionadas son de valoración probatoria, porque no establecen un método específico de valoración de pruebas, ni tasan la prueba en forma predeterminada; y por otra parte, el recurso carece por completo de la mención de la norma o normas sustantivas que han sido equivocadamente aplicadas o no aplicadas, como consecuencia del vicio de valoración, como es la exigencia de la hipótesis jurídica de la causal tercera. Lo que en verdad pretende el recurrente es que esta Sala de Casación revise de forma integral el proceso, valore nuevamente la prueba y fije los hechos en forma diferente a como lo ha hecho el Tribunal de instancia, lo cual no es posible de hacerse al tenor de esta causal, porque esas son atribuciones de los juzgadores de instancia, en tanto que el recurso de casación tiene por objeto el control de la legalidad de la sentencia; motivos por los cuales no se aceptan los cargos.</p> <p>2.”... Como ya lo explicamos, esta causal no permite revisar pruebas ni fijar hechos en forma diferente a lo realizado por el Tribunal ad quem, porque el vicio de violación directa debe ser demostrado respetando la fijación fáctica que ha hecho el juzgador de instancia. Por otro lado, el objeto de la litis sujeta a resolución es el daño moral, y el Art. 2258 del Código Civil (actual Art. 2231 ibídem) precisamente trata sobre la institución jurídica del daño moral, por tanto la acusación de aplicación indebida de esta norma contraviene la lógica, porque en un juicio de daño moral, la aplicación del Art. 2258 siempre será debida o pertinente, ya fuera para aceptar o negar la demanda, porque es la norma específica para el caso. Motivos por los cuales no se acepta el cargo.”</p> <p>3.” En todo caso, entre las excepciones que presenta el recurrente, en su contestación de la demanda que obra a fojas 10 y 11 del cuaderno de primera instancia, no consta la de ilegitimidad de personería, al contrario, en el encabezado y en el número 5 de tal libelo, en forma expresa reconoce ser el representante de la compañía A. S.A. Motivos suficientes para no aceptar el cargo.”</p>
+	J. 0241-2004	<p>No casa la sentencia, por lo tanto se confirma el fallo que acepta el daño moral. Se desconoce el monto de reparación.</p>	
	20-Oct-10		
	Guayas		

<p>29</p> <p>—</p>	<p>R. 0374-2011</p> <p>J. 0300-2004</p> <p>26-May-11</p> <p>Napo</p>	<p>Injuria declarada en sentencia ejecutoriada.</p> <p>No casa la sentencia, por tanto no se acepta el daño</p> <p>ojo, buscar sentencia de segunda instancia</p>	<p>1. Si en el caso que se juzga no se han dado las circunstancias previstas en las normas de derecho y no se justifican los fundamentos de la demanda, es decir, de la apreciación de los hechos y la subsunción de aquellos en tipo normativo pertinente, significa que no se ha configurado el daño moral</p> <p>2.El daño moral se refiere a una afectación de tipo emocional más no económica y la prueba por lo tanto no puede ser directa porque no se pueden demostrar los sentimientos de dolor, sufrimiento, etc. que éste daño conlleva.</p> <p>3.La acción de daño moral en caso de injurias o lesiones es independiente y no necesita una sentencia penal condenatoria para poder proponerla, por tanto no existe prejudicialidad para la acción de daño moral.</p> <p>4.”... Esta Sala estima que el recurso de apelación es de carácter ordinario y al contrario del de casación, permite al juez superior analizar con amplitud la causa, todos los elementos fácticos y de derecho y por ello, ratificar, reformar o revocar la sentencia de primer nivel, sin que deba ceñirse exclusivamente a los puntos en los que se concretó el recurso de apelación.- Adicionalmente, el recurrente, si bien indica que ”se resolvió aspectos que no fueron materia de litis”, no concreta cuáles son esos aspectos, qué es aquello que el Tribunal ad quem resolvió que no formó parte del asunto sometido a decisión del juez, por lo que esta Sala no puede apreciar y resolver sobre la acusación formulada.- En consecuencia, se desecha la acusación por la causal cuarta de casación.”</p>
<p>30</p> <p>0</p>	<p>R. 0128-2012</p> <p>J. 0103-2011</p>	<p>Injurias mutuas</p> <p>(sentencia sui géneris)</p>	<p>1. “...En tal contexto, el recurrente en la fundamentación de su recurso debió demostrar el error de derecho en que incurrió el Tribunal de instancia, desde que nuestro sistema es de casación puro por lo que no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba como causa de impugnación.(...) Lo que pretende es que este Tribunal revalorice o revise la prueba actuada, cuestión que está vedada en casación, porque improcede esta imputación...”</p> <p>2.”... En tal virtud, cuando se invoca como fundamento de la acción de daño moral la comisión de un delito perpetrado por quien debe la reparación, entre ellos especialmente por injuria, violación, estupro, atentado al pudor, detención arbitraria, no podrá demandarse la indemnización civil de daños y perjuicios, así como la de daño moral, mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme, que lo declare responsable penalmente de la infracción. En la especie, la contrademanda presentada por el recurrente (fojas 38 a la 42 del primer cuerpo), no se fundamenta en que el demandado responsable haya sido condenado en calidad de reo del delito de injurias por la competencia penal, por lo que las normas de derecho que en esta causal se estiman infringidas resultan inaplicables al presente caso.”</p>

		<p>No casa la sentencia, que entre la aceptación de la demanda y de la reconvencción se compensan las injurias mutuas. A cada una de las partes se le manda pagar a la otra cinco mil dólares americanos.</p>	<p>3.” “...En tal virtud, cuando se invoca como fundamento de la acción de daño moral la comisión de un delito perpetrado por quien debe la reparación, entre ellos especialmente por injuria, violación, estupro, atentado al pudor, detención arbitraria, no podrá demandarse la indemnización civil de daños y perjuicios, así como la de daño moral, mientras no exista una sentencia penal condenatoria firme, que lo declare responsable penalmente de la infracción. En la especie, la contrademanda presentada por el recurrente (fojas 38 a la 42 del primer cuerpo), no se fundamenta en que el demandado responsable haya sido condenado en calidad de reo del delito de injurias por la competencia penal, por lo que las normas de derecho que en esta causal se estiman infringidas resultan inaplicables al presente caso.”</p> <p>4.” Este Tribunal observa que, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, al emitir la resolución cuyo recurso de casación motiva el conocimiento y resolución en esta sentencia, no ha dejado de considerarlos y aplicarlos. Por lo expuesto, no se acepta los cargos por la causal primera.-“</p> <p>5.” “...Al no encontrar falta de aplicación de las normas de derecho que hayan sido determinantes de la parte dispositiva de la sentencia que se recurre, se determina como improcedente esta formulación.-</p>
31	<p>R. 0310-2012</p> <p>J. 0042-2011</p> <p>4-Sep-12</p> <p>Pichincha</p>	<p>Imputación injuriosa a través de medios de comunicación.</p> <p>Casa la sentencia y dicta la de mérito, en la que se rechaza la demanda o sea no se acepta el daño.</p> <p>Comentar Voto salvado</p>	<p>1. En la nota de prensa antes referida no se puede apreciar que el demandado haya hecho una acusación directa responsabilizando de la muerte del detenido al actor, médico del Centro de Rehabilitación, y de ninguna manera, contienen tales declaraciones una imputación maliciosa de un hecho que atente a la honra, prestigio profesional y buen nombre del actor, menos aún la intención expresa y directa de imputar al ahora actor en este juicio, responsabilidad en la muerte del referido recluso.-</p> <p>2. Las medidas y sanciones de carácter administrativo tendientes a determinar responsabilidades netamente administrativas de un funcionario público, no pueden considerarse como una imputación injuriosa, de mala fe contra su honra y prestigio</p>
32	<p>R. 0312-2012</p>	<p>Afirmación injuriosa</p>	<p>1.“...En el presente caso, se observa que en la sentencia, consta la valoración y enunciación de todos los aportes probatorios, con la explicación de lo que le ha llevado a la Sala de acuerdo con las reglas de la sana crítica a dar su decisión, acogiendo el acta institucional donde constan las imputaciones por las que se demanda el daño moral, el Tribunal constata que el juzgador ha motivado y apreciado las piezas procesales, especialmente las de prueba en debida forma, reiterando que el recurso de casación no constituye la continuación de las instancias, sino un nuevo momento, en donde se presenta una demanda en contra de la sentencia, ya que se entienden garantizados y tutelados los derechos de las partes, en las instancias inferiores; en consecuencia, no existe errónea interpretación del artículo 115 del Código Adjetivo Civil...”</p>

+	<p>J. 0426-2011</p> <p>4-Sep-12</p> <p>Pichincha</p>	<p>Desechando el recurso interpuesto no casa la sentencia, se acepta el daño</p>	<p>2.” Respecto de los demás dichos y alegaciones, que en la parte pertinente se han transcrito en el</p> <p>presente fallo, contenidos en los puntos 3.1.3, 3.1.4 y 3.1.5, , es de anotar que, por no encontrarse debidamente fundamentados, no ser precisos, por no fundamentarse adecuadamente de modo tal, que permita el análisis de éste Tribunal, conociendo que el recurso de casación es un “recurso formalista, es decir, impone al recurrente, al estructurar la demanda con la que lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias que exige la técnica de casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo”</p>
33	<p>R. 0323-2012</p> <p>J. 0089-2008</p> <p>13-Sep-12</p> <p>Azuay</p>	<p>Procesamiento penal injustificado</p> <p>No casa el fallo impugnado que desecho la demanda y por lo mismo no se aceptó el daño moral</p>	<p>1. “...tal forma de exposición, por demás vaga e imprecisa de las normas adjetivas supuestamente trasgredidas, no permite un pronunciamiento mayor por parte de la Sala. Constantemente se ha expresado el Tribunal de Casación sobre el carácter técnico de este recurso que exige claridad y precisión en cuanto a la enunciación de las normas violadas en el fallo. Es así que anteriores fallos de casación ya se han pronunciado en este sentido, puesto que la argumentación del recurso extraordinario de casación, debe ser explícita, más que nada en sentido formal, por cuanto se le exige, a quien la propone, señalar con exactitud técnica las inculpaciones al fallo cuestionado, pero sin que por ello se constituya en un alegato, similar al extinguido recurso de tercera instancia, como sucede en el presente caso.”</p> <p>2.”... En el caso en resolución como concluye el Tribunal de alzada no se cumple con las exigencias de las normas legales resumidas ni lo que la doctrina y jurisprudencia recién transcritas manifiestan al respecto, por ende las normas citadas por la parte recurrente han sido aplicadas de forma correcta por el Tribunal ad quem, son las pertinentes para valorar el caso, por lo que no puede afirmarse que no se las haya aplicado; pues luego del análisis fáctico a partir del considerando Décimo Primero examina, sustenta y argumenta, tanto sobre las normas señaladas, como sobre lo que nuestra legislación prevé respecto a las obligaciones y el daño moral en materia civil...”</p> <p>3.” Es necesario insistir en que el recurso de casación está regido por el principio dispositivo, por lo que, es obligación de las partes brindar los elementos necesarios y suficientes para llevar a cabo el control de la legalidad al que aspiran, lo que no se cumple en la especie por las razones expresadas, motivo por el que se rechaza el cargo imputado. Sin argumentación válida y posible que analizar, el cargo por esta causal se desestima...”</p>

<p>34</p> <p>—</p>	<p>R .0430-2012</p> <p>J. 0792-2011</p> <p>6-Nov-12</p> <p>Manabí</p>	<p>Procesamiento injustificado por informe de auditoría interna</p> <p>No casa la sentencia, por lo tanto se niega el daño moral</p>	<p>1“...Sin embargo, en el recurso que se presenta no se determina cómo se ha producido la violación a la norma mencionada, sin indicar si ha existido una falta de aplicación, una errónea interpretación o una equivocada aplicación, situación que el Tribunal de Casación no la puede subsanar. Además, los tres conceptos que contienen las causales primera, segunda y tercera, estas son excluyentes entre sí, no podrían producirse simultáneamente respecto de una misma norma legal, de alegarse así vuelve inadmisibles el recurso de casación. Para que progrese el recurso de casación debe mediar una fundamentación técnica, no como una tercera instancia como se lo hace en el presente caso. La fundamentación radica en efectuar un estudio cimentado de cada una de las causales que se invocan con las normas que supuestamente han sido quebrantadas de acuerdo a su naturaleza...”</p> <p>2.“...el recurso de casación es una demanda contra la sentencia que se pretende se case, no es un recurso en el cual se procede a realizar un resumen del proceso conforme así se ha hecho en el presente caso...”</p> <p>3.” Finalmente este Tribunal de Casación en reiteradas ocasiones ha señalado la necesidad del conocimiento y versación de la ley por parte de los abogados en aras de los derechos de sus defendidos...”</p>
<p>35</p> <p>+</p>	<p>R.0134-2013</p> <p>J.0714-2011</p>	<p>Procesamiento injustificado por denuncia de delito no comprobado</p> <p>No casa la sentencia, por lo tanto se acepta el daño moral</p>	<p>1.El origen del daño moral se encuentra en “la falsa imputación de un delito” o “acciones que provoquen procesamiento injustificados”.</p> <p>2.El presentar una denuncia, demanda o acusación particular no constituyen por sí solas fuentes de daño moral.</p>

	<p>8-Apr-13</p> <p>Chimborazo</p>		<p>3. "...Este Tribunal, en concordancia con el criterio antes expuesto, considera que una sentencia se encuentra debidamente motivada, cuando contiene todos los fundamentos de hecho, en su parte expositiva, donde se realiza una relación sucinta de los antecedentes del caso en análisis, y de todo lo sometido a la decisión de los juzgadores; como también cuando en su parte considerativa, se realiza una argumentación jurídica mediante el examen de las normas legales aplicables al caso, pudiendo apoyarse en concordancia con criterios doctrinarios, subsumiendo dichas normas a los hechos materia del litigio; para concluir con una decisión que no resulte ni arbitraria ni ilógica en el caso concreto. Una vez analizada la sentencia recurrida, este Tribunal no observa que ella carezca del requisito de motivación, pues tanto los hechos expuestos en la parte expositiva, como el análisis efectuado en los considerandos, se realiza de forma coherente, efectuando una correcta argumentación jurídica que no carece ni de lógica ni es arbitraria. Cabe expresar, únicamente en mérito de lo expresado por el recurrente, que el hecho de que la Sala (de instancia) no se haya pronunciado sobre el pedido de abandono efectuado por la parte demandada, y que consta a fs. 59 del cuaderno de segunda instancia, no constituye falta de motivación en la sentencia, por cuanto dicha providencia, de acuerdo al artículo 269 del Código de Procedimiento Civil resuelve sobre lo principal de la causa; y, la declaratoria de abandono, más bien viene a ser una cuestión preliminar a la emisión de la sentencia, que a criterio de la Sala de instancia, no cabía en el caso en controversia, y por tanto precluyó en el momento en que se procedió a emitir la sentencia, y pronunciarse sobre lo principal. ..."</p> <p>4." "...Por tanto, a criterio de este Tribunal, no es necesaria la calificación de la denuncia o acusación particular como maliciosa o temeraria, como pre-requisito para la procedencia de la acción de daño moral. Es necesario aclarar que la presentación de una denuncia, demanda, o acusación particular, etc., por si sola no puede constituir fuente de daño moral, como lo ha expresado esta Sala de lo Civil y Mercantil en la resolución dictada dentro del juicio No. 270-2011 que siguió el banco Pichincha C.A. en contra de Eduardo Granda Garcés, "...este Tribunal estima que en nuestro medio, numerosas acciones de daño moral se originan en lo que se considera "la falsa imputación de un delito" o "acciones que provoquen procesamiento injustificados", como fuente de esta clase de acciones, en aplicación de los arts. 2231 y 2232 del Código Civil, como ocurre en el presente caso.- No se puede considerar que el ejercicio de una acción penal, civil o de cualquier naturaleza, que haya sido rechazada por los administradores de justicia, es fuente de daño moral y por lo tanto de una indemnización pecuniaria..."; aspecto que no ha sido alegado por la recurrente y tampoco constituye el motivo de la sentencia condenatoria de segunda instancia..."</p>
<p>36</p>	<p>R. 0137-2013</p>	<p>Afectación al Derecho al buen nombre y al honor</p>	<p>1.-La procedencia del recurso de casación se fundamenta en su causales, las mismas que no se pueden confundir ni combinarlas para realizar la formulación de cargos.</p>

+	<p>J. 0541-2011</p> <p>10-Apr-13</p> <p>Guayas</p>	<p>No casa la sentencia, por lo tanto se acepta el daño moral y se manda a pagar 5000 usd. por indemnización</p>	<p>2. "...En la especie, la recurrente formula el cargo de falta de aplicación de los preceptos constitucionales que enuncia, pero sin precisar ni determinar cómo se han dejado de aplicar esos preceptos constitucionales, realizando simplemente una imprecisa formulación de que "la falta de aplicación de las referidas normas constitucionales ha sido absolutamente determinante en la parte resolutive de la sentencia de segundo nivel..."</p> <p>3."...Se reitera, que la acusación de vulneración de preceptos constitucionales debe ser fundamentada, de tal modo que del análisis del cargo acusado se evidencie la inobservancia del texto fundamental. En la especie, no existe argumentación con contenido jurídico relacionado con la acusación, por lo que se desecha la misma..."</p>
37	<p>R. 0103-2013</p> <p>17-Apr-13</p> <p>Pastaza</p>	<p>Accidente de caída por el túnel vacío del ascensor.</p> <p>Casa la sentencia y en su lugar dicta la de mérito confirmando la del Juez de primer nivel que acepta la demanda</p>	<p>1. Todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, porque basta la negligencia para que se configure la omisión ilícita del demandado como elemento del daño moral.</p> <p>2. "...La Sala deja en claro que, por disposición del Artículo 2229 del Código Civil, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, de tal manera que no es necesario demostrar que los demandados han hecho el hueco a propósito para que el actor se caiga en él, porque basta la negligencia para que se configure la omisión ilícita del demandado de la que habla el Artículo 2232 del Código Civil, como elemento del daño moral..."</p> <p>3. "...El Artículo 76 ibídem asegura el derecho al debido proceso que incluye la garantía número 7 que incluye el derecho de las personas a la defensa, entre las cuales en el literal l), se señala que "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..."</p> <p>4." El Artículo 169 ibídem dice que "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades". En el caso, la sentencia impugnada tiene partes expositiva, considerativa y resolutive, dividida en diez considerandos y resolución, en su texto se enuncian normas y principios jurídicos en que se funda pero carece por completo de explicación alguna para cambiar y rebajar la indemnización fijada por el Juez a quo, por lo que no es una resolución motivada..."</p>

<p>38</p> <p>—</p>	<p>R. 0151-2013</p> <p>J. 0820-2011</p> <p>23-Apr-13</p> <p>Cañar</p>	<p>Injurias, calumnias y ofensas públicas por medio de comunicación</p> <p>No casa la sentencia y se rechaza el daño moral</p> <p>Analizar voto salvado, tema prejudicialidad</p>	<p>1. El accionante puede demandar indemnización por daño moral en la vía civil o penal.</p> <p>2.” Este Tribunal considera necesario dejar claramente establecido que el daño moral que se considera ha sido causado por injurias proferidas en contra de una persona, puede reclamarse en forma independiente, tal como lo señala el Art. 2234 del Código Civil, que dice: <i>“Art. 2234.- Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.</i>, por lo que puede accionarse a libre criterio del afectado, en la vía civil o penal, sin que la legislación ecuatoriana haya establecido prejudicialidad de lo penal o a lo civil, por tanto, el actor está habilitado para interponer directamente la demanda de daño moral, en juicio ordinario, para reclamar la indemnización por daños y perjuicios, incluidos los de daño moral causados por injurias conforme permite el Art. 2231 del Código Civil, que dispone: <i>“Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.”</i></p> <p>3” Sin embargo, cuando el delito ha sido declarado en sentencia por los jueces de lo penal, por el efecto de cosa juzgada (que no debe confundirse con prejudicialidad) previsto en el inciso final del Art. 41 del Código de Procedimiento Penal, que ordena: <i>Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción</i>, solo se puede demandar la indemnización civil con una sentencia penal condenatoria ejecutoriada, tal como sucede en el presente caso, que la sentencia incluso ha sido ratificada por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia...”</p> <p>4” La Jurisprudencia ecuatoriana también se ha pronunciado en ese sentido, como lo hace la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, pues mira como peligroso que exista duplicación de acción y de indemnización, lo que incluso podría producir un enriquecimiento injustificado del sujeto pasivo del delito, lo cual es un principio contrario a las reparaciones por daño, tal como se señala en el referido fallo de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia,...”</p> <p>5.“...Todo lo cual consta del proceso, de fojas 12 a 20, que se anexa a la demanda de daño moral que presenta J. G. U., y que en la parte de <i>“Cosa, cantidad o hecho demandado”</i> dice: <i>“... en mi calidad de víctima directa y personal del delito de injuria y daño moral, DEMANDO CIVILMENTE AL SR. J. C...”</i>, por tanto, estaríamos frente a la liquidación de los valores que corresponden indemnizar por los daños sufridos que han nacido del delito que se ha sancionado, lo que debe ser demandado ante el mismo juez que declaró la fuente de la obligación, esto es, el juez penal, como lo ordena expresamente el literal c) del numeral 1 del Art. 31 del Código de Procedimiento Penal...”(las negrillas son mías)</p>
--------------------	---	---	---

39	<p>R. 0219-2013</p>	<p>Muerte de cónyuge y padre de familia en explosión de Brigada Galápagos en Riobamba.</p>	<p>1. Es obligación del recurrente fundamentar en legal y debida forma el recurso de casación, de manera que sus alegaciones e impugnaciones proporcionen al Tribunal de casación los elementos jurídicos suficientes para su resolución.</p> <p>2. "...Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley..."</p> <p>3. . Cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, al ser la norma suprema del Estado la fuente originaria y fundamentadora del ordenamiento jurídico derivado, a la cual debe ajustarse el sistema dispositivo infraconstitucional, las actuaciones de las instituciones del Estado, sus representantes, los administrados y en general la sociedad que se encuentra por fuerza de ley vinculada a dichos preceptos. No basta con alegar que se ha violado, in genere, un derecho fundamental, sino que debe expresarse en forma concreta y precisa la manera cómo ha ocurrido. En la especie, la recurrente formula el cargo como fundamento de la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se lo revisará en ese contexto"</p> <p>4. "...El cargo que impugna la recurrente, en relación a que el Tribunal a quo no se ha pronunciado respecto a la "condición de la actora y sus hijos huérfanos y el daño producido", se enmarca en los presupuestos establecidos en la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación; por tanto, al no ser pertinente la alegación, se desestima el cargo..."</p>
—	<p>J. 0055 A-2012</p>	<p>No casa la sentencia y no se acepta el daño moral</p>	
	<p>29-Jul-13</p>	<p>Analizar las dos instancias</p>	
	<p>Chimborazo</p>		

			<p>5.” El recurso debe revestir la forma que la técnica llama proposición jurídica completa, esto es señalar con precisión y claridad de qué manera cada una de las normas fueron inaplicadas, indebidamente aplicadas o erróneamente interpretadas y que, como consecuencia, hayan conducido a la equivocada aplicación o no aplicación de la norma de derecho, citando en cada caso en forma específica los preceptos o principios que resultaron infringidos como consecuencia de este error, requisito indispensable para la integración de la denominada proposición jurídica completa, antes referida, y que es lo que determina la procedencia del cargo al amparo de la causal invocada. En este sentido no ha sido formulado el recurso, en cuanto a las alegaciones de carácter constitucional, desconociéndose en qué medida las otras normas que se consideran infringidas han afectado la validez o legalidad de la sentencia recurrida. Consecuentemente, al no haberse proporcionado los elementos jurídicos que quedan señalados, no es procedente considerarlos al amparo del recurso...”</p>
40 +	<p>R. 0246-2013</p> <p>J. 1351-2011</p> <p>24-Sep-13</p> <p>Pichincha</p>	<p>Procesamiento injustificado con prisión preventiva</p> <p>Casa la sentencia se acepta la demanda y se manda pagar 105 mil dólares como reparación.</p>	<p>1.Los parámetros que debe utilizar el juez para determinar el monto de la indemnización son la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta cometida, de ninguna manera la cuantía fijada, ni la pretensión económica del demandante.</p> <p>2.La alegación de falta de derecho para demandar con fundamento en que el auto de sobreseimiento dictado en el proceso penal no declaró maliciosa ni temeraria la acusación particular, no es aceptable, pues la acción de daño moral es independiente de cualquier acción penal, y no está sujeta a prejudicialidad..</p> <p>3”.- La alegación de falta de derecho para demandar con fundamento en que el auto de sobreseimiento dictado en el proceso penal no declaró maliciosa o temeraria la acusación particular, no cambia la realidad procesal que demuestra que la detención del demandante se produjo por la mala práctica de la compañía de seguros demandada, que recibió como contra garantía un cheque, cuya naturaleza esencial es la de orden de pago pura y simple y sobre ello en actitud poco ética y contraria a la obligación moral y legal de buena fe procesal, lo presentó para el pago y fundamentó en su negativa una acusación particular de estafa y la consiguiente privación de la libertad del contratante utilizando además indebidamente al sistema de administración de justicia. La acción de daño moral es independiente de cualquier acción penal, y no está sujeta a prejudicialidad...”</p> <p>4.” Probado en el proceso, que el enjuiciamiento penal injustificado y la privación de la libertad del accionante, y la consecuente aflicción, fueron el resultado inmediato de la acción antijurídica de la compañía de seguros demandada, corresponde su resarcimiento, teniendo en cuenta “ <i>la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta</i>”.</p>

El perjuicio sufrido hace relación a la privación de uno de los derechos fundamentales del ser humano, su libertad, ligada estrechamente a su dignidad y su honra, la que deviene en particularmente grave al haber durado setenta y dos días, en las condiciones denigrantes que para la dignidad humana ofrecían los Centros de Rehabilitación Social, en nuestro país en el año 1998, y las condiciones personales del accionante, profesional de la arquitectura y docente universitario, que además se ha visto avocado a la angustia de litigar por más de una década.

La gravedad de la falta en la que incurre la compañía demandada, se configura en el hecho de haber recibido, presentado para el cobro y obtenido el protesto de un cheque que no contenía una orden de pago a la vista, y haber utilizado a los órganos de administración de justicia contra todo fundamento ético, para incoar un proceso penal y obtener la prisión de quien aparecía como girador, con el sólo propósito económico de ejecutar de forma inmediata una contra garantía a una póliza de seguros, acción que la dedujo sin reparar en los derechos fundamentales de su cliente.

5.” La indemnización por el daño moral irrogado resulta necesaria y justa al haberse violentado derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, y su cuantificación por disposición legal se ha confiado a la prudencia del juez, sin que en nuestra legislación y precedentes jurisprudenciales se hayan establecido montos referenciales, ni fórmulas que permitan liquidarlos, sin embargo, este Tribunal considera que para fijar el monto de la indemnización debe tener en cuenta el hecho de que el demandante arquitecto de profesión y docente universitario sufrió la privación de la libertad por el lapso de setenta y dos días, y que debe repararse aquello fijando como indemnización la suma de un **mil quinientos dólares diarios por cada uno de los setenta y dos días que permaneció privado de la libertad. (...)**

CASA, la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, y declara con lugar la demanda, **fijando en la suma de ciento ocho mil dólares el monto de la indemnización pecuniaria, que, a título de reparación del daño moral causado,** debe pagar la Compañía Aseguradora “C. S.A” a favor de H. R. P. V.

<p>41</p>	<p>R. 0254-2013</p>	<p>Denuncia que le produjo destitución como funcionario del Banco de Fomento</p>	<p>1.” En el presente caso la acusación del recurrente se dirige a señalar que la sentencia del Tribunal ad quem no ha resuelto aquello que fue materia de la litis, esto es, las supuestas imputaciones injuriosas vertidas en su contra por el demandado, incurriendo en el vicio de citra o mínima petita, esto es, dejar de resolver alguno o algunos de los asuntos que son materia de la litis.- Al respecto este Tribunal de Casación considera que la Sala de Segunda Instancia ha cumplido con el mandato contenido en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a su obligación de resolver el asunto o asuntos sometidos a su decisión que fueren materia de la litis, como es la pretensión del actor de ser indemnizado por un supuesto daño moral sufrido como consecuencia de ciertas imputaciones hechas en su contra por el demandado en un denuncia de 26 de julio del 2007, así como sobre la excepción de prejudicialidad presentada por el accionado.- Lo que ocurre es que el Tribunal ad quem, en el considerando Décimo de su sentencia, al analizar el contenido del inciso final del artículo 2232 del Código Civil, respecto a que el daño moral debe ser el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, llega a la conclusión de que en este caso tal evento no ocurre, pues a su criterio, no existe el nexo de causalidad entre el supuesto hecho ilícito y el daño sufrido por la víctima de daño moral, ya que para ese Tribunal, de haber existido un daño moral, este es el resultado de las actuaciones de los funcionarios del Banco Nacional de Fomento, que violentando garantías constitucionales de actor, procedieron a su destitución, conclusión a la que llega del análisis de varios documentos como son un Borrador del Informe de Auditoría y la Resolución de la Corte Constitucional No. 893-2008-RA en la que se acoge la acción de amparo constitucional presentada por el actor en esta causa contra el Banco Nacional de Fomento</p>
<p>—</p>	<p>J. 0494-2011</p>	<p>No casa la sentencia que revoca el fallo de primer nivel y en su lugar desecha la demanda por lo cual no se acepta el daño moral</p>	<p>2.”Por lo tanto, el que los juzgadores de instancia interpreten los hechos de determinada manera para establecer si aquellos están o no subsumidos en el tipo normativo de una disposición legal, y en base de aquello, llegar a la conclusión de que procede o no la pretensión del actor en su demanda, no se adecúa al vicio de incongruencia contemplado en el artículo 3 numeral 4 de la Ley de Casación, pues una cosa es lo que el juzgador analiza, considera y concluye en su sentencia y otra muy distinta es que haya dejado de resolver alguno de los asuntos que forman parte de la litis y están puestos a su consideración.- En conclusión, no se ha justificado el cargo presentado a través de la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación...”</p> <p>3.” El nexo de causalidad, por su parte, implica que el daño debe ser consecuencia directa del hecho ilícito, que aquel desencadene el perjuicio sin que medie la actuación de terceras personas u otros eventos intermedios que en realidad son los que han provocado el daño; por tanto, para la existencia de la obligación indemnizatoria producto de la responsabilidad extra patrimonial (daño moral), no solamente debe existir el supuesto hecho ilícito, sino también que el gravamen sea consecuencia próxima y directa del mismo...”</p>
	<p>2-Oct-13</p>		

	Morona Santiago		<p>4.” En el presente caso tenemos que la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Morona Santiago hace una correcta relación entre el hecho ilícito denunciado en la demanda por el actor y el supuesto daño moral sufrido a consecuencia del mismo, pues para ese Tribunal las actuaciones de los funcionarios del Banco Nacional de Fomento en la tramitación y resolución de un sumario administrativo que tuvo como consecuencia la destitución del Dr. G. O. P. del cargo de Profesional B del Departamento de Crédito del Banco Nacional de Fomento Sucursal Macas, según lo deduce del análisis del Borrador del Informe de Auditoría de 20 de marzo del 2008, de la tramitación dada a la denuncia del ahora demandado y de la Resolución No. 0893 2008-RA de la Corte Constitucional de 15 de abril del 2009, para concluir que no fue la denuncia presentada por el demandado el 26 de julio del 2007 lo que constituye el resultado próximo que ha causado el daño moral, sino las actuaciones realizadas en forma arbitraria y violando el debido proceso por parte de las autoridades del Banco Nacional de Fomento</p>
42	R. 0279-2013	Difamación a funcionaria judicial a través de denuncia a	<p>1.”Del examen procesal se establece que la parte actora acompañó los documentos materia de este proceso, que consta a fs. 3 a 6 de los autos, así como para probar sus aseveraciones y pretensiones, reproduciendo varias certificaciones de honorabilidad que abonan sobre el accionar correcto y honorable de la actora, documentos probatorios de diversa índole que aparecen en autos, certificados de Nacimientos y de matrimonio, así como los testimonios de F. del R. V. C. y dos más, que constan a fs. 122 a 125, y las repreguntas de fs. 62 de los autos...”</p>
+	J. 1344 A-2011	comisión del delito	<p>2.” Se debe mencionar el Art. 2231 del Código Civil, dice: ”Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no solo si se prueba daños emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.” En concordancia con el inciso tercero del Art. 2232 del mismo cuerpo legal. No se debe eximir al demandado de responsabilidad cuando expresamente admite haber presentado en contra de la actora de este proceso una denuncia ante el delegado del Consejo de la Judicatura del Guayas, siendo de estimar que sitien el Código Orgánico de la Función Judicial y la Constitución de la República, garantizan el derecho de queja o denuncia, éste no puede ser ilimitado, es decir, que la queja o denuncia contengan expresiones o palabras que, al subsumirse en los casos señalados, el de abusar del derecho. Por otra parte en la expresión daño se encuentra implicada la idea de detrimento, menoscabo, lesión, perjuicio, etc., esto como acepción general. El daño moral es detrimento, menoscabo, lesión, perjuicio de una persona a otro fuera de su economía o patrimonio. Además es necesario dejar establecido que los Juzgados, Cortes que son ocupados por los señores Letrados para sustanciar las causas, quienes son como dice la ley, profesores del derecho, no deben ser convertidos en una riña de taberna, profiriendo injustificados insultos y menos cavando el honor de las personas y además colocando en aprietos a los ingenuos accionantes que aceptan su patrocinio. ” (Tomado de sentencia de primera instancia)</p>

	29-Oct-13	No casa la sentencia por lo tanto se confirma la aceptación del daño moral	
	Guayas		
43	R. 0312-2013	Difamación a Notario a través de presentación de queja y publicación por la prensa	1”... No basta con alegar que se ha violado, in genere, un derecho fundamental, sino que debe expresarse en forma concreta y precisa la manera cómo ha “...ocurrido. A pesar de que en la especie el recurrente incurre en ese defecto”
+	J. 0180-2011	No casa la sentencia por lo tanto se confirma el daño moral y se dispone la indemnización	2”... El recurrente además de entremezclar las causales a objeto de formular el cargo, debió demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de Instancia, pues que nuestro sistema llamado de casación pura no admite alegación del error de hecho en la valoración de la prueba y como causal de impugnación...”
	19-Nov-13		3.”... La fundamentación del recurso evidencia que el recurrente omitió uno de los requisitos relacionados con la causal tercera del Art. 3 de la Ley de Casación, esto es, no determinó la o las normas de derecho sustancial o material que, como consecuencia del primer yerro, condujeron indirectamente al juzgador de última instancia a su indebida aplicación o a su falta de aplicación....”
	Imbabura		Por lo que este Tribunal no tiene potestad para revalorar las pruebas actuadas dentro del proceso y en la forma que pretende el casacionista, pues debe limitarse a conocer sobre las causales establecidas en la ley e invocadas por el recurrente. Por las razones expuestas, se desecha la imputación...”

44	R. 0333-2013	Daño moral a persona jurídica (B. del P) por publicación de libro	<p>1”...Reparar viene del latín “<i>repare</i>” que significa componer, enderezar, o enmendar el menoscabo que ha padecido una persona o cosa. En el caso concreto que nos ocupa, el Tribunal <i>Ad Quem</i> no ha realizado ningún tipo de valoración económica a pesar que declara la existencia del daño. El juez para cuantificar el monto del daño debe considerar los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica de las partes y las demás circunstancias del caso. Los derechos lesionados han sido ampliamente analizados en el fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha⁵, pues ninguna de las acusaciones realizadas en el libro materia de litis han sido comprobadas judicialmente, en consecuencia la responsabilidad del accionado por las imputaciones endilgadas a los accionantes y la obligación de reparar por el daño causado. En la actual Norma Suprema de la República, artículo 11.3, prevalecen los principios de exigibilidad y justiciabilidad, en que, para su segura eficacia, el asambleísta precisa que, en caso de ser desconocidos o transgredidos los derechos constitucionales, corresponde al servidor público emplear vertical e inminentemente los derechos y garantías previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aún de oficio, sin que tenga que requerir condiciones o exigencias que no estén determinadas en ella...”</p>
+	J. 0544-2012	Casa parcialmente la sentencia y ordena el pago por reparación	<p>2.” Si bien es cierto en la demanda se pide que se condene al pago de un millón de dólares al demandado por los daños morales ocasionados con la publicación de la mencionada obra, no es menos verdad que también es necesario evaluar su situación económica, pues mediante una acción de daño moral no se puede pretender enriquecer a los demandantes y empobrecer a la otra parte, más aún cuando es grande la diferencia económica entre un banco o sus representantes y accionistas con una persona natural. La indemnización reparatoria en los procesos por daño moral no puede efectuarse de forma antojadiza o por misericordia del juzgador, sino que debe estar contemplado dentro del ordenamiento jurídico, por tanto el juez ha de buscar una cuantificación que sea justa para la economía de ambas partes en aplicación del principio de proporcionalidad que establece la Constitución de la República...”</p> <p>3.”... de conformidad con lo prescrito por el artículo 16 de la Ley de Casación, CASA parcialmente la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha de 3 de julio de 2012 en la que establece el daño, y ordena que el emplazado Luis Torres Rodríguez pague 10 dólares de los Estados Unidos de América por cada libro, de acuerdo al número de impresiones del libro por el año 2008 (100 impresiones), más la cantidad de veinte y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América, por la difusión del libro, indemnización para la parte actora, esto es para el Banco del Pichincha, D. El E.G., A. A. E. y A. F. .C., cantidad que será dividida en partes iguales entre los actores. Sin Costas.”</p>
	23-Dec-13		
	Pichincha		

<p>45</p> <p>+</p>	<p>R. 0008-2014</p> <p>J. 0638-2011</p> <p>8-Jan-14 Azúay</p>	<p>Imputaciones injuriosas contra persona jurídica y sus representantes</p> <p>No casa la sentencia por lo cual se acepta el daño y se manda pagar indemnización</p>	<p>1.”...Las afirmaciones de la demandada, contenidas en la edición de Diario El Mercurio de Cuenca, del 30 de diciembre del 2008, constituyen un agravio moral que no necesita ser probado, en virtud de que su existencia se tiene por acreditada por el solo hecho de la acción antijurídica, y el medio en el que se lo realiza, correspondiendo la reparación por daño moral en razón de perjuicio ocasionado a la reputación y credibilidad de la empresa constructora demandante. “La ley se ha encargado de la custodia de este bien y ha establecido que no puede ser atropellado por razón alguna; lo sesiona y corresponde a los jueces conceder reparación y hacerla efectiva; la imputación de delitos, de conductas inmorales, la atribución de hechos deshonorosos. En la injuria no se requiere que la imputación sea falsa, pues basta el propósito de ofender; en la injuria calumniosa el elemento subjetivo está dado por la divulgación de las especies maledicentes, la ligereza, la actitud ofensiva.”</p> <p>2.”En el presente caso se observa que la demandada, claramente excedió los límites racionales de ejercicio de sus derechos, con lo dicho en la nota de prensa materia de la presente acción, contraviniendo disposiciones relativas al buen nombre y reputación de la empresa actora como el artículo 66.18 de la Constitución de la República; y aun queriendo justificarlas como legítimas dentro de este proceso, ha perjudicado moralmente a la empresa Eleprecon Cía. Ltda.”</p>
<p>46</p> <p>+</p>	<p>R. 0028-2014</p> <p>J. 0094-2013</p>	<p>Difamación, imputándole el delito de desacato y atentando contra su honor a través de medios de comunicación</p> <p>No casa la sentencia por cual se confirma la del Tribunal ad quen que manda pagar por indemnización 15 mil USD. Sentencia de 2da. instanc.</p>	<p>1.” En síntesis, el daño moral es la molestia, perturbación, dolor, sufrimiento, menoscabo, en suma, la acción u omisión que pueda estimarse ilegítima y lesiva a las facultades espirituales, a los afectos o a las condiciones específicas que detenta una persona, que en forma de reparación se determina por una indemnización pecuniaria o económica, sin perjuicio de otro tipo de satisfacciones como publicaciones y desagravios públicos, pero cuyo monto en nuestra legislación sólo comprende el daño emergente.”</p> <p>2.” Es decir invoca a la vez la aplicación indebida y la falta de aplicación de los artículos referidos del Código de Procedimiento Civil. Ante tal equívoca formulación de aplicación indebida y a la vez de falta de aplicación de las normas adjetivas que revela, lo que no es dado hacerlo en forma conjunta la indebida y falta de aplicación; cuando como es lógico al presentar recurso de casación por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación concernía determinar cuál de los tres conceptos es el procedente.</p>

	<p>30-Jan-14</p> <p>Carchi</p>		<p>3.” La impugnación procesal es el poder concedido a las partes tendiente a lograr la modificación, revocación, anulación o sustitución de un acto procesal que se considera ilegal o injusto, es decir que el recurrente reconoce que tuvo la posibilidad de impugnar la prueba actuada dentro del juicio, tal como lo dispone una de las garantías básicas del derecho al debido proceso plasmada en el Art. 76 numeral 7 literal h) de la Constitución de la República⁶, por lo tanto no existe violación a derecho constitucional alguno, así tampoco es procedente la alegación realizada por cuanto no se han precisado los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que pudiesen haber sido violentados; tampoco se ha determinado el modo por el que se comete el vicio, esto es, aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; no se ha demostrado cómo la aplicación indebida, falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a dicha valoración probatoria han conducido a la afectación de normas de derecho, ya por equivocada aplicación o por su falta de aplicación.”</p> <p>4.” desechándose los recursos de apelación interpuesta, se confirma la sentencia venida en grado, fijándose en la cantidad de: QUINCE MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA el valor de la indemnización que debe pagar el demandado. (Sentencia de segunda instancia)</p>
<p>47</p> <p>+</p>	<p>R. 0062-2014</p> <p>J. 0274-2013</p>	<p>Uso indebido de la imagen de la actora y de su hija, sin que se haya justificado por parte del demandado ningún contrato que lo autorice</p> <p>Casa la sentencia y de ordena al demandado pague la suma de 30 mil USD por reparación.</p>	<p>1.” “...En este caso en particular, es un hecho notorio y público que, la actora por su trayectoria en la televisión ecuatoriana, por varios años, es la persona que aparece en las fotografías que constan a fojas 3 del proceso, es un hecho que se encuentra naturalmente en el conocimiento y en la cultura de la sociedad ecuatoriana, por lo tanto es ilógica, absurda la valoración de la prueba a la que ha llegado la Sala de lo Civil y Mercantil de la provincia de Tungurahua, al señalar que la accionante no ha demostrado conforme a derecho ser la persona que aparece en las fotografías con su hija.”</p> <p>2.“...Al determinar la ley que el juez apreciará la prueba con las reglas de la sana crítica, se consagra en definitiva su libertad para examinarla, ponderarla, comparar las pruebas producidas unas con otras, y preferir aquellas que su juicio tienen mayor credibilidad en relación al asunto que se discute en el proceso. Operación intelectual que el juez realiza con todo el acervo (sic) de su experiencia humana, que es variable y contingente, pues depende de circunstancias locales y temporales, pero que deberá hacerlo dentro de la racionalidad y aplicando las reglas de la lógica, que son estables y permanentes”</p>

	<p>31-Mar-14</p> <p>Tungurahua</p>		<p>3.”... Se concluye que efectivamente existe transgresión al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a la valoración de la prueba, que si bien es cierto esta debe ser de acuerdo a las reglas de la sana crítica, está sana crítica debe estar enmarcada en la racionalidad del juez, en sus máximas de experiencia.”(...) De ahí que, la aplicabilidad y cumplimiento de los derechos y garantías que la <i>autoridad</i> imbuida de potestad pública debe aplicarlo de oficio o a petición de parte, como implícitamente lo confirma el artículo 426 de la Constitución. Por lo tanto se vuelve procedente el cargo formulado por la casacionista, y de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación se procede a casar la sentencia y expedir la siguiente: SENTENCIA DE MÉRITO</p> <p>4.” Si bien es cierto en la demanda se pide que se condene al pago de ciento cincuenta mil dólares al demandado por los daños morales ocasionados por la utilización de la imagen de la demandante y su hija sin autorización, no es menos verdad que también es necesario evaluar su situación económica, pues mediante una acción de daño moral no se puede pretender enriquecer a la accionante y arruinar económicamente a la otra parte, no obstante tratarse de una compañía que se entiende goza de solvencia económica. La indemnización reparatoria en los procesos por daño moral no puede efectuarse de forma antojadiza o por misericordia del juzgador, sino que debe estar contemplado dentro del ordenamiento jurídico, por tanto el juez ha de buscar una cuantificación que sea justa para la economía de ambas partes en aplicación del principio de proporcionalidad que establece la Constitución de la República.”</p>
<p>48</p> <p>—</p>	<p>R. 0104-2014</p> <p>J. 0176-2014</p>	<p>Exclusión del vuelo a España y retornarlo al país sin su consentimiento ni amparo legal, sin permitirle cumplir una obligación</p> <p>No casa la sentencia, por lo tanto se confirma la del Tribunal Ad quem que desecha tanto la demanda como la reconvencción planteadas.</p>	<p>1. “...En los juicios de daño moral, el accionante está en la obligación de demostrar la existencia de un hecho ilícito, contrario a la ley, que tal hecho es producto de la acción u omisión ilícitas del demandado y la existencia del nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido. De la revisión de la sentencia de instancia se determina que la Jueza y Jueces del Tribunal ad quem, al inicio del considerando Quinto manifiestan: “<i>Siguiendo las reglas procesales sobre la carga de la prueba el actor estaba obligado a demostrar este elemento...</i>”; razonamiento correcto conforme lo expresado anteriormente, sin que se haya demostrado por parte del recurrente el vicio de falta de aplicación...”</p> <p>2.” “En el presente caso, la Sala Civil de la Corte Provincial de Pichincha ha analizado el conjunto de las pruebas actuadas en este proceso: documentos, declaraciones y confesiones judiciales, para establecer ciertos hechos como son la suspensión del viaje del actor y su retorno involuntario al país, la intervención del Agente de Policía de Migración del Ecuador, para concluir que en el caso de la demandada, no se ha probado su participación y responsabilidad en el supuesto hecho ilícito, esto es, que se ha utilizado instalaciones y personal de la Aerolínea Santa Bárbara para detener ilegítimamente y suspender el viaje de F. F. y obligarlo a regresar al Ecuador...” (...)</p>

	4-Jun-14		<p>3.”...Este Tribunal considera pertinente aclarar que en materia de casación no le está permitido a la Sala de Casación volver a valorar la prueba actuada en el proceso como si se tratase de un tribunal de la desaparecida tercera instancia, ese no es el objetivo de la causal tercera de casación, cuyo propósito es determinar si los juzgadores de instancia, al valorar la prueba incurrieron en alguna infracción de los preceptos jurídicos aplicables a tal valoración...”</p> <p>4.”...Por otra parte cabe señalar que las circunstancias que dieron como resultado el presunto acto ilícito, suspensión del viaje, retención y retorno del actor al país, tienen su origen en una orden judicial de prohibición de salida del Ecuador dispuesta por un Juez de la Niñez y Adolescencia, autoridad con competencia y capacidad jurisdiccional para emitir esta clase de medidas cautelares, disposición judicial que no ha sido cuestionada en esta causa;”</p>
	Pichincha		
49	R. 0113-2014	Por mantener sin causa información personal en la Central de Riesgos, Superintendencia de Bancos	<p>1.” La legitimación procesal es un presupuesto indispensable para la validez del proceso, por lo que su omisión es causa de nulidad. Lo potestad de declarar la nulidad del proceso, previsto en el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, es una facultad que corresponde <i>in genere</i> a todos los juzgadores, por lo que, aun cuando no se haya fundamentado debidamente el recurso, también cabe declarar la nulidad en casación, incluso de oficio, consecuentemente procede el recurso de casación por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación, conforme a las reflexiones sentadas en esta resolución.”</p>
0	J. 0419-2012	Declara la nulidad procesal de todo lo actuado a partir del auto de calificación de la demanda, sin derecho a reposición, a costa del Juez Décimo Noveno de lo Civil.	<p>2”. Es de anotar además, que el Banco del P. S. A., es una institución de derecho privado con fondos públicos, por tanto en esta causa era obligación contarse con el Procurador General del Estado, a fin de salvaguardar los intereses ciudadanos, notificación a dicha autoridad que debió realizarse conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, diligencia que no obra del proceso, omisión ésta que acarrea la nulidad del proceso.</p> <p>3” Por lo expuesto, este Tribunal de Casación, de la Sala Civil y Mercantil, de la Corte Nacional de Justicia, declara la nulidad procesal de lo actuado a partir del auto de calificación de la demanda, sin derecho a reposición, a costa del Juez Décimo Noveno de lo Civil de Pichincha Abogado O. B.Y. y de los Jueces de Apelación. Devuélvase el expediente al juzgado de origen para su archivo. ...”</p>
	19-Jun-14		
	Pichincha		

50	<p>R. 0117-2014</p>	<p>Instauración de un proceso contravencional injustificado.</p>	<p>1. “...El actor como prueba de su parte, reproduce el expediente del trámite desarrollado en la Comisaria de la Mujer y la Familia, con el que justifica que sus hermas M. R. y M. A. J. S., presentaron una denuncia por las lesiones que encontraron en el cuerpo de su madre, cuando fue dejada en su casa. A fojas cincuenta y dos obra el certificado médico de la revisión efectuada el 23 de junio de 2010, que da cuenta de equimosis y laceraciones en el cuerpo de María Trinidad Solís Avila, haciendo constar el médico que la paciente hace referencia de agresiones físicas en casa de familiar.</p>
—	<p>J. 0561-2012</p>	<p>Casa la sentencia y declara sin lugar la demanda.</p>	<p>2.”... En razón de que el Tribunal de apelación, como se deja expresado en el numeral 5.1.2, fundamenta su decisión en el hecho de que el juzgador de la contravención al desecharla, no calificó la denuncia presentada en contra del recurrente como maliciosa o temeraria, dando al artículo 2232 del Código Civil un sentido que no tiene al entender que la acción indemnizatoria civil pende de un pronunciamiento de un juez ajeno a la Litis, acepta el cargo y CASA la sentencia, procediendo en su lugar en aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación a dictar sentencia de mérito.”</p> <p>3.” Establecido que la denuncia y el procedimiento contravencional no son injustificados, procede señalar además que, la implementación de éste, no puede imputarse a acción u omisión ilícita o negligente de las demandadas, no obra del expediente prueba alguna que demuestre que la denuncia se presentó con el ánimo de causar daño a la honra o bienes del demandante. Constituye acción u omisión ilícita, en materia penal, aquella tipificada en la ley como delito o cuasidelito y en materia civil, aquellas acciones u omisiones que sin estar tipificadas en la ley penal producen daño a una persona o su patrimonio.” Procede a declarar sin lugar la demanda.</p>
	<p>30-Jun-14</p>		
	<p>Azuay</p>		

c) Algunos comentarios

(1)

Definitivamente el primer hallazgo, un tanto decepcionante, fue no encontrar en todas las sentencias analizadas la información estratégica requerida para lograr el objetivo fundamental de este trabajo concebido para “ir extrayendo los criterios y parámetros más utilizados para plantear la posibilidad de condensarlos en un documento que tenga cierto carácter estandarizador para futuros pronunciamientos”, todo esto en referencia al tema de la estructuración del Quantum indemnizatorio en los juicios por Daño moral. Alguna información tuvimos que buscar en las sentencias de instancia, sea primera y/o segunda, pues en muchas de las resoluciones no se lograba determinar ni siquiera la especificidad del daño que se reclamaba. Maita Naveira tiene mucha razón cuando expresa:

1. “La fijación del quantum indemnizatorio **constituye una cuestión de hecho reservada a los tribunales de instancia, por lo que no puede ser revisada en casación 26.** En consecuencia, el TS no puede cumplir, en esta materia, su papel de unificador de criterios judiciales.”(el resaltado es mio)

De las 50 resoluciones revisadas, en 26 no se hace ninguna alusión al monto indemnizatorio o a la forma de cuantificar el daño moral; en las 24 resoluciones sobrantes, se hace una referencia al resultado del cálculo de la indemnización, o sea a su monto, pero no a la forma cómo fue concebida ni a los elementos necesarios para su estructuración, por ello, igualmente Naveira insiste en lo siguiente:

“2. A pesar de la exigencia constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE). el Tribunal supremo **admite que estas concedan la indemnizaciones de daños y perjuicios de forma global, sin separar las distintas partidas o conceptos indemnizatorios,** por lo que tampoco, por esta vía se puede alcanzar una armonización”.(el resaltado es mío)

debo manifestar que dentro de la muestra de 50 sentencias de casación analizadas se han encontrado varias que contradicen dicho criterio, pues existen casos en los que, el Tribunal de Casación ha tenido que bien sea: casar la sentencia que desecha la demanda de daño moral y dictar la de mérito en la que tiene que asignar un monto de reparación; o casar parcialmente la sentencia y disminuir o aumentar el monto indemnizatorio de la reparación; y, en otros casos desechar la demanda de daño moral o disponer su anulación. A continuación ejemplos de Resoluciones con aceptación del daño moral y ordenando su indemnización:

Resolución 0073-2001 – Juicio 0120-1999 (fragmento)

“...Se declara con lugar la demanda propuesta por la doctora S. S. C, en base a lo prescrito en el Art. 2258 y el agregado a continuación por el Art. 2 de la Ley 171 (R.O. Nro. 779: 4. 7. 84), fijándose en diez millones de sucres o su equivalente en dólares la indemnización que deberá pagarle el demandado, doctor W.M. R., acogiendo en esta forma el fallo del juez a – quo...”

Como se aprecia en la resolución 0073-2001, el Tribunal de Casación acoge la indemnización establecida por el Juez a-quo y enuncia la suma de dinero, pero no hace ninguna observación al cómo, el cuánto ni el por qué de dicho monto.

De las pocas Resoluciones motivadas que hacen referencia a la indemnización con argumentos que fundamentan su cuantificación, presento como ejemplo extractos de la siguiente:

Resolución 0242-2010 - Juicio 0946-2009 (fragmento)

“...6.3.-Aunque con diferente argumento los dos recurrentes concuerdan en impugnar la forma cómo el Tribunal ad quem ha fijado el monto de la reparación por daño moral. Este monto indemnizatorio está íntimamente ligado a la naturaleza del derecho protegido, que es por completo subjetivo. Para la existencia del daño moral, no es necesaria la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio in re ipsa. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable” (Gaceta Judicial. Año GIL Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002). De acuerdo con nuestro ordenamiento legal 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 reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. El inciso tercero de la norma últimamente citada deja a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, lo cual es perfectamente coherente con la naturaleza subjetiva del daño moral, por lo que cualquier método de cálculo del daño, por salarios básicos, im-

puesto a la renta, indexación por índice de precios, etc., que son propias para fijar indemnizaciones de daños y perjuicios materiales u objetivos, que no se han demandado en este juicio, y que por tanto no deben aplicarse.- Por lo expuesto, cuando el Tribunal ad quem fija el monto de la reparación haciendo un cálculo en base al Mandato Constituyente 2, relativo a la remuneración máxima en el sector público, está utilizando un método ajeno a la naturaleza subjetiva del daño moral y por lo tanto existe aplicación indebida del mencionado Mandato Constituyente No. 2 de la Asamblea Constituyente, motivo por el cual se acepta el cargo propuesto por el Econ. R. C. D.; por lo que se vuelve innecesario considerar los demás cargos.- (...) El acto ilícito en este caso se originó en la información periódica que el Banco proporcionaba a la Central de Riesgos, la última de las cuales ocurrió el 30 de noviembre del 2005. Desde esta fecha hasta la presentación de la demanda (10 de enero de 2007) no había transcurrido el tiempo previsto en la ley para que opere la prescripción extintiva.- 8.5.- Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque el actor ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.- 8.6.- Sobre el monto de la indemnización, es obvio que por no tratarse de daños y perjuicios materiales, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que “es exacto que resulta difícil encontrar reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho”. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).- Nuestra legislación, en el Art. 2232 del Código Civil, reconoce la reparación en dinero, dejando a la prudencia del juzgador la determinación de su valor. La prudencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de julio del 2009, las 16h34, y en su lugar, atentas las circunstancias analizadas, y en uso de la facultad conferida por el inciso final del Art. 2232 del Código Civil, se fija la indemnización pecuniaria, a título de reparación, en seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América que deberá pagar el B. P. C.A., al Econ. R. V. C. D..”

En esta sentencia, se encuentra una clara motivación y argumentación para establecer el monto reparatorio por daño moral con las fundamentaciones doctrinarias y legales que corresponden al caso, marcando claramente la diferencia entre el anterior Sistema Legal de Derecho y el nuevo Sistema Constitucional de Derechos y Justicia.

(2)

Dentro del parámetro “otros” contemplado en la clasificación de las sentencias de acuerdo a la especificidad del daño y dentro del Caso 13, se analizó la **Resolución 0120-2006** correspondiente al **Juicio 0017-2005** que se registró como “Daño moral por daño material y ecológico”, en la cual se casó la sentencia declarándose la nulidad. Por ser un ámbito relativamente nuevo en nuestro país, y particularmente en el ámbito del derecho, dentro del cual, recientemente se están dando cabida a los denominados “derechos colectivos” y resaltando que nuestra Constitución de la República concede derechos a la naturaleza, considero oportuno hacer una pequeña referencia al tema. Así en los derechos sobre bienes colectivos, el titular del interés es el grupo y no una persona en particular. Como una de las características más sobresalientes de estos bienes es la de no ser susceptible de ser divididos en partes que permitan afirmar sobre ellas la titularidad individual de un derecho de dominio.⁴⁷

De igual manera, Lorenzetti,⁴³ “reconoce como otras particularidades de los bienes colectivos: La indivisibilidad de los beneficios, el uso común, la no exclusión de los beneficiarios, el status normativo⁴⁴, legitimación colectiva y la ubicación en la esfera social (ya que no pertenecen ni al dominio privado ni al público). Una vez reconocida la existencia de ciertos “bienes colectivos”, resta analizar cómo es la consecuencia de la lesión al interés sobre esos bienes.”⁴⁸

“El daño colectivo es el que surge a raíz de la lesión a un interés de esta naturaleza.”⁴⁹

(3)

Otro de los casos que merece un comentario a parte es el Caso 48 que refiere la **Resolución 0104-2014** correspondiente al **Juicio 0176-2014**, que trata sobre la demanda de daño moral presentada por un importante personaje público que demandó a una Compañía de Aviación porque mientras viajaba a otro país a cumplir un compromiso internacional de orden académico, fue retornado al país en medio del viaje, sin su consentimiento, sin permitirle llegar al país de destino e impidiéndole que cumpla con dicho compromiso. La demanda fue rechazada y uno de los fundamentos principales fue:

“...En los juicios de daño moral, el accionante está en la obligación de demostrar la existencia de un hecho ilícito, contrario a la ley, que tal hecho es producto de la acción u omisión ilícitas del demandado y la existencia del nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido. De la revisión de la sentencia de instancia se determina que la Jueza y Jueces del Tribunal ad quem, al inicio del considerando Quinto manifiestan: “*Siguiendo las reglas procesales sobre la carga de la prueba el actor estaba obligado a demostrar*

47. ALVAREZ Agustín, El daño moral colectivo, Comentario al fallo Casa Millán, pag.5www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo/at.../file,

48. LORENZETTI, Ricardo Luis *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D, 1058 y *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 333, En ALVAREZ Agustín, *El daño moral colectivo, Comentario al fallo CasaMillán*

49. Ibid.

este elemento...”; razonamiento correcto conforme lo expresado anteriormente, sin que se haya demostrado por parte del recurrente el vicio de falta de aplicación...” (..)

“...Por otra parte cabe señalar que las circunstancias que dieron como resultado el presunto acto ilícito, suspensión del viaje, retención y retorno del actor al país, tienen su origen en una orden judicial **de prohibición de salida del Ecuador dispuesta por un Juez de la Niñez y Adolescencia, autoridad con competencia y capacidad jurisdiccional para emitir esta clase de medidas cautelares**, disposición judicial que no ha sido cuestionada en esta causa; así como también en el oficio No. 2003-3002-CMAMS-PN de 21 de diciembre del 2003, dirigido a los Agentes Migratorios...” (el resaltado me pertenece)

En el presente caso se puede apreciar que, principios fundamentales como el “Interés Superior del Niño” establecidos en la Constitución de la República del 2008 que se encuentra en plena vigencia, se van consolidando en la práctica jurisdiccional de nuestro país, como ejemplo el presente caso en el que el interés del niño prevaleció por sobre el de las demás personas, de conformidad con lo que dispone el artículo 44 de la Carta Política:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; **se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.** (el resaltado me pertenece)

d) Conclusiones

1.- De la revisión panorámica realizada a 50 sentencias pronunciadas por los Tribunales de Casación de nuestro país, en un período comprendido entre 1999 y 2014 se puede apreciar que no existe uniformidad en cuanto a la cuantificación de la indemnización por daño moral, tal es así que se ha podido encontrar cuantías muy altas o muy bajas en casos con características similares.

2.- En referencia a cómo está siendo concebida la responsabilidad del Estado frente a los particulares, vemos que mientras la responsabilidad penal sanciona a un culpable mediante la aplicación de una pena, la responsabilidad administrativa al igual que la responsabilidad civil debe tener por objeto restablecer un desequilibrio, una pérdida apreciable en dinero, a través del otorgamiento de una reparación pecuniaria, pero se observa cierta reticencia en algunos jueces a prestar la atención debida al daño causado al ciudadano, frente a una “defensa del patrimonio del Estado”? (Ver casos 27 y 39)

3.- Con respecto a los argumentos esgrimidos a la hora de fijar en quantum indemnizatorio, el más usado es aquel que se refiere a la actividad jurisdiccional, en especial el referido a “dejar a la prudencia del juzgador su valoración”, lo cual no debe significar que no se tenga que motivar ni fundamentar el monto o valor que se determine como reparación.

4.- La clasificación realizada según la especificidad del daño, nos dio un alto porcentaje del “Procesamiento injusto” 42%, seguido del 38% de difamación e injurias y en “otros” un 20%. Creo que el alto porcentaje de procesamiento injusto, debe atraer la atención del Sistema de Justicia, en el sentido de profundizar en las causas para que este tipo de demandas se presenten en forma mayoritaria. ¿Quizá los ciudadanos están haciendo un uso inadecuado de las leyes? o a lo mejor ¿el Sistema de Justicia no presenta la suficiente seguridad jurídica para evitar los abusos del derecho?

5.- Con respecto a la respuesta a la pregunta planteada al inicio de la presente investigación: ¿Es necesaria la creación de normas o reglas mínimas que establezcan pautas o parámetros para calcular la indemnización de daño moral, a fin de reducir la injerencia de la subjetividad de los jueces en el momento de establecer la reparación del daño sufrido y valorar las indemnizaciones?, luego de este corto pero complejo recorrido por el ámbito jurisdiccional, me alinee al criterio de Molina Portela cuando sostiene que: “debe ser el prudente arbitrio judicial el que en cada caso, de acuerdo a la afectación extra patrimonial sufrida por la víctima y a sus condiciones personales, sociales y económicas, el que guíe la determinación de la cuantía del daño moral padecido, sin atenerse el magistrado a criterios de costo beneficio que le son ajenos” y mientras Christello también planteó sus dudas acerca de la posibilidad de elaborar un algoritmo aplicable a cada caso concreto, en razón de la innumerable cantidad de características particulares de cada situación, al menos de momento, estoy de acuerdo en que, reducir el tema de determinar el monto de la indemnización por daño moral, a cálculos matemáticos y parámetros predeterminados, en forma automática es inadecuado.

6.- Finalmente considero que mientras los Tribunales sigan estimando que la fijación del monto de la indemnización es una cuestión de hecho, el tema se vuelve irrevisable en vía casación de fondo, y las posibilidades de unificación de la jurisprudencia en torno a esta problemática se diluye y deja sentado que el juez de instancia es el soberano en la materia, restando la posibilidad de que sea la jurisprudencia nacional, la que vaya construyendo, a través de los fallos de triple reiteración, las reglas generales que guíen la determinación del quantum indemnizatorio en el ámbito del daño moral.

Considero que la Corte Nacional de Justicia, si puede en el día a día ir construyendo una jurisprudencia valiosa que luego se convierta en obligatoria y sea aplicada también por los jueces de instancia, para de esta manera lograr la unificación respecto de los criterios de valoración de las indemnizaciones por daño moral, y se logre, sobre todo, que estas reparaciones satisfagan a los ciudadanos y las ciudadanas, víctimas del daño moral.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA Galeas Luis Humberto, *El Daño Moral y su Reparación en el Derecho Positivo*, Edición 2011, Editorial Jurídica del Ecuador

ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981

BORREL Macía Antonio, “Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil”, 3ra. Edición, 1958, España, Editorial Bosh.

BUSTAMANTE Alsina J., *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 8va. Edición, Buenos Aires –Argentina, 1993 -Abeledo Perrot.

CABANELLAS de Torres Guillermo Dr., *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta S.R.L., 2ª. Edición, Argentina, junio 1982.

GARCÍA Falconí José Dr., *La Demanda Civil de Daños y Perjuicios y Daño Moral por Responsabilidad Subjetiva en contra de los Jueces, Fiscales y Defensores Públicos*, Primera Edición- Abril 2010, Ediciones Rodin, Quito-Ecuador.

ILLUMANTA, Revista de Investigaciones Jurídicas, Obra Corporativa Corte Nacional de Justicia, Edición, 1ra. Enero 2014.

LLAMBIAS Jorge, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, 3ra. Edición, 1978, Buenos Aires, Editorial Perrot,

MAZEAUD, Henri – Leon – Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda, Vol. II, La responsabilidad civil. Los cuasicontratos. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

MOSSET ITURRASPE J. “Presupuestos de la responsabilidad por daños en materia civil y en materia ambiental. Similitudes y diferencias”, 2010, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.

ORGAZ Alfredo, “El Daño Resarcible”, 2da. Edición. 1960, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.

ROSS Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, 3ra. Edición, 1963, Argentina, Editorial Eudeba.

SANTOS Briz José, “Derecho de Obligaciones”, 4ta. Edición. España 1959, Editorial Reus.

ZANNONI Eduardo A., “El Daño en la Responsabilidad Civil”, 2da. Edición, 1993, Buenos Aires, Editorial Astrea,

NETGRAFIA

ALVAREZ Agustín, *El daño moral colectivo, Comentario al fallo Casa Millán*,
www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-dano-moral-colectivo/at.../file,

KEMELMAJER De Carlucci, Aída, “Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil” publicado en: HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL (1927, 1937,1961, 1969) TOMO III, *Derecho de Daños, homcongrsosciviltomo3*

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, LL 1996-D, 1058 y *Teoría de la decisión judicial, Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2006, p. 333, En ALVAREZ Agustín, *El daño moral colectivo, Comentario al fallo Casa Millán*.

MACIÁ Gómez Ramón, Magistrado jubilado y Jurista, *La dualidad del daño patrimonial y del daño moral*, Revista de responsabilidad civil y seguro, 2010, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3675984.pdf

NAVEIRA Zarra Maita María, “*La valoración del daño resarcible*”, fecha de publicación: 2003, Editorial: Universidade da Coruña. Citación Anuario da Facultade de Dereito, <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2273/1/AD-7-32.pdf>

UNIVERSIDAD de Buenos Aires, “*Daño moral, pautas de cuantificación*” Trabajo publicado en el marco del proyecto de investigación D011 de la Universidad de Buenos Aires y financiado con el subsidio otorgado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la U.B.A., Director: Ricardo A. Guibourg 2010, www.noentendinada.com.ar/.../Dano-moral---Pautas-de-cuantificacion---

VEGA Cardona Raúl José y ORDELÍN Fond Jorge Luis, “*Presupuestos para la determinación del Quantum Indemnizatorio del Daño Moral en Cuba*”, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Volumen I, Número 8, Febrero, 2012, <http://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2012/02/08-tm-15.pdf>

1.2 EFECTIVIDAD DEL APREMIO PERSONAL

Ab. Rosa Valladares Paz
Unidad de Procesamiento de Jurisprudencia
e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia

SUMARIO:

Introducción.

1.-Problemática.

2.- Revisión de literatura.

2.1 Marco Conceptual.-

2.2. Marco Doctrinario.-

2.3.-Marco jurídico.-

3.- Resultados.

3.1. Estudio de caso.

3.2. Análisis de sentencias.

4.-Discusión.

4.1. Verificación de objetivos.

4.2. Contrastación de hipótesis.-

4.3 Fundamentación de propuesta.-

5.-Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta

Introducción

“No puedo pensar en ninguna necesidad en la infancia tan fuerte como la necesidad de la protección de un padre”.

Sigmund Freud

La agrupación más natural nombrada a través de la historia como la Familia, tuvo su origen con la unión de un hombre y una mujer, y con ella se dio la procreación, estableciéndose inicialmente dos figuras jurídicas como son el matrimonio y la filiación, dentro de las cuales se establecieron la existencia de derechos y obligaciones que fueron reguladas por el Derecho Civil. La preocupación de varias legislaciones por normar todos aquellos actos derivados de ésta institución, dio paso a la creación de leyes para la mutua procuración entre quienes conformaban la familia. Es de entender que la familia constituye el núcleo fundamental de una sociedad.¹ Por esta razón no puede dejarse de lado todo lo concerniente a ella.

En este orden de ideas diremos que, de éste núcleo familiar- sea que éste no necesariamente se componga de padre, madre e hijos-, se han derivado una serie de cambios, rupturas, compromisos, obligaciones y derechos; verbigracia, *el derecho a alimentos*, el mismo que se origina dentro del Derecho de Familia, y que en ésta ocasión será objeto de nuestra investigación, ya que en la actualidad es un tema controversial en nuestro medio, debido a que en el ejercicio de su cumplimiento ha provocado la colisión de dos derechos constitucionales, como son: el principio de **“El Interés Superior del menor”** y el **“Derecho a la libertad”**; creando de esta manera una cadena de problemas que afectan tanto a los derechohabientes como a los obligados.

Según Vodanovic: “Generalmente el fundamento de la obligación alimentaria legal, vale decir, el principio o la razón que la justifica, es la solidaridad familiar. Natural es que los individuos pertenecientes a un mismo grupo familiar tiendan a auxiliarse mutuamente en las necesidades de la vida. Tal sentimiento, espontáneo y recíproco, que normalmente existe en las personas unidas por el matrimonio o por relaciones de sangre común, es el hecho que explica y justifica la obligación de alimentos que impone la ley entre los familiares más cercanos. Pero el mencionado sentimiento la ley lo supone no sólo entre cónyuges y parientes consanguíneos próximos, sino también entre personas unidas por un vínculo de filiación puramente civil como es el de la adopción.

En otro caso la obligación legal alimentaria se funda en la gratitud, que, como alguien decía, es la memoria del corazón. El Código Civil no admite el olvido de los ingratos y obliga al que ha recibido una donación cuantiosa proporcionar alimentos congruos al donante sí llega al estado de necesitarlos (Art. 321, N° 9)”. (pág. 14).

1. Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449- Lunes 20 de Octubre de 2008)

Con la mejor intención de acercarnos de alguna manera a la realidad de lo que sucede actualmente al respecto de este problema (**prisión por impago de pensiones alimenticias**), y con la finalidad de contribuir a la solución del mismo, realizaremos un estudio de caso; y, adicionalmente tomaremos una muestra de 24 resoluciones de primera instancia en donde evidenciaremos varios aspectos referentes al *impago de pensiones alimenticias*, a través de dichas resoluciones esperamos transparentar la situación actual en cuanto al incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias.

Para ello, nuestro Objetivo general es determinar si el Apremio Personal realmente está surtiendo el efecto esperado en cuanto a garantizar el cumplimiento de los derechos del alimentario, para lo cual identificaremos la eficacia de dicha garantía personal dentro del cumplimiento de la obligación alimentaria. Esta investigación tiene la finalidad de plantear medidas tendientes a la solución del problema en procura de realmente proteger al menor tal como lo manda la Constitución y como lo dispone el Código de la Niñez y Adolescencia, sin afectar otros derechos constitucionales como por ejemplo el Derecho a la Libertad.

Así mismo, para el desarrollo de nuestra investigación consideramos los siguientes Objetivos específicos:

- Determinar si existen y si se están aplicando **mecanismos** para proteger el derecho a alimentos de los menores, para lo cual se realizará el estudio de caso.
- Transparentar el problema planteado, mediante una muestra de 24 resoluciones tomadas de primera instancia.
- Plantear mecanismos diferentes a la prisión por falta de pago de pensiones alimenticias.

Nuestra hipótesis se basa en determinar y verificar si *efectivamente el Apremio Personal constituye una garantía para los derechohabientes*, para que los obligados cumplan con el pago de pensiones alimenticias, tutelando de esta manera el derecho del menor a una vida digna.

Realizamos éste trabajo con la expectativa de que no sólo sea una reflexión para quienes conocemos el derecho, sino también con la intención de brindar un aporte en cuanto a mecanismos de solución, para que éste grupo tan importante de nuestra sociedad disfrute plenamente de sus derechos en toda la extensión de la palabra.

1.- PROBLEMÁTICA

El derecho de alimentos, no sólo es la facultad que le otorga la Ley al alimentario para que este pueda exigir su sustento diario (vestido, comida, educación, transporte, entre otros), este derecho no tiene como única finalidad el obligar a los padres que paguen una pensión alimenticia y que éstos se conviertan en padres proveedores, pues corresponde también que se provea al alimentario de cuidado, protección y afecto; en algunos casos al no existir ni ese cuidado ni esa protección que requiere el menor, es necesaria la intervención de un Juez competente, que regule las visitas y fije la “pensión alimenticia”, sentencia que debe ser cumplida por el obligado/alimentante conforme lo estipula la Ley, esto en vías de garantizar el bienestar del menor de edad.

Para ampliar más este criterio, citaremos a algunos juristas como:

Claro Solar, quien por su parte expresa: “Con la palabra alimentos se designa, en su sentido legal, todo lo que es necesario para la conservación de la vida: comida, la bebida, el vestido, los remedios en caso de enfermedad”² Fernando Fueyo en forma semejante, dice: “Se entiende por deuda alimenticia, la prestación que pesa sobre determinadas personas, económicamente posibilitadas, para que alguno de sus parientes pobres u otras personas que señale la Ley, puedan subvenir a las necesidades de la existencia”³.

Este último autor en su definición, ya nos habla de *deuda alimenticia*, inclusive al referirse como un *peso que recae sobre determinadas personas*, hace alusión al **carácter de obligatorio** que tiene el derecho de alimentos, para efecto de exigirlos tal como lo dispone la Ley. Recordemos que la razón del por qué se adoptó la medida coercitiva del Apremio Personal, tiene mucho que ver con la *irresponsabilidad de los obligados al pago de pensiones alimenticias*. He aquí el origen del Apremio Personal, ya que quienes adeuden más de dos pensiones alimenticias, deberán pagar con prisión dicho incumplimiento; al respecto de esto, el jurista Cevallos (2009), considera importante poner de manifiesto un concepto de lo que es el Apremio... , en efecto: *este no es otra cosa que el mandamiento del juez, en fuerza del cual se compele a uno que haga o cumpla alguna cosa. Es un auto o mandamiento judicial para que una de las partes cumpla lo requerido por el juez; Es una medida cautelar que tiende a asegurar el cumplimiento de una obligación, previo decreto, pero en cuestión de alimentos lo que se quiere hacer es que el demandado pague la pensión que ha sido fijada por el juez y que se encuentra en mora, porque es una necesidad de supervivencia diaria.*⁴

Inclusive la historia nos recuerda que el derecho a ser sostenido y alimentado fue legislado hace aproximadamente más de tres mil años, dentro de la legislación oriental más conocida como el Código de Manú, la cual en las disposiciones 77 y 78, manifiesta:

2. Claro Solar, Luis: Explicaciones del Derecho Civil Chileno y comparado. Tomo 3° p. 448, Santiago, 1944

3. Fueyo, Fernando: Derecho de Familia 2a . Ed. Buenos Aires 1952 p.57

4. Cevallos Alvarez, Patricio. Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad.. pp. 92-93

Disposición 77: “Así como los seres animados no viven sino con el aire, así todos los órdenes no viven sino por el socorro del dueño de la casa”

Añade la disposición 78: “Y estando los hombres de todos los otros órdenes sostenidos diariamente por el amo de casa, por medio de los altos dogmas y de los alimentos que de él reciben, el orden del jefe de familia es el más eminente”.⁵

Pero el Código de Manú no fue el único en referirse sobre la manutención y subsistencia, pues al respecto de éste tema también se pronunciaron otras legislaciones como:

Derecho Griego reglamentó la facultad de la viuda o divorciada para reclamar alimentos.

Derecho Romano, los romanos en el tercer período, año 852 del Imperio y 99 antes de Cristo, obtuvieron del Emperador Trajano la expedición de una “Tabla Alimenticia” en donde se asignaron alimentos a los niños, por lo que, los jueces romanos admitían la solicitud de alimentos tan sólo para aquellos que se encontraban sometidos bajo la patria potestad.

Más tarde se amplió la radio de aplicación extendiéndose este derecho entre descendientes y emancipados. Posteriormente y con la evolución del Derecho romano, la obligación alimenticia pudo derivar, de una relación de parentesco a la que estaba exclusivamente reducida a una constitución por medio del testamento, la convención y la tutela.

Derecho Germano: también estableció la obligación alimenticia de carácter familiar, hallándose al mismo tiempo regulada alguna que otra situación jurídica que excedía del derecho familiar como la donación de alimentos.

Derecho Español: se reglamentó el procedimiento, así como las modalidades y características de la obligación alimenticia después de la Ley de Partidas dictada por Alfonso el Sabio y, concretamente desde la segunda partida en donde se determina que, bajo el nombre de alimentos en derecho, debía entenderse lo que una persona da a otra para su manutención y subsistencia.⁶

Muy a pesar de los antecedentes existentes, en nuestra legislación no se han realizado cambios significativos referente a éste tema, como tampoco se han planteado soluciones a la problemática en la cual actualmente

5. Derecho de Alimentos. Simón Zavala Guzmán Pág. 13. Editorial Universitaria 1980

6. Cevallos Alvarez, Patricio. Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad.. p. 22

ni el derechohabiente ni el alimentante gozan plenamente de sus derechos consagrados en la Constitución; dicha aseveración obedece al hecho de que la Cartera del Estado registra 594 personas privadas de la libertad a causa del incumplimiento en el pago de pensiones alimenticias, asimismo las estadísticas demuestran que el 50% de las personas detenidas por juicios de alimentos no cumplen con el pago, antes de recuperar su libertad.

Pero, ¿qué sucede cuando el deudor principal no cumple con su obligación de pagar las pensiones alimenticias?

Importante es destacar el criterio de Farith Simon, quien nos ayuda sobre este particular:

la obligación se transfiere o se comparte con el siguiente grupo cuando se da alguna de las condiciones señaladas en la norma: falta (entendida como ausencia temporal o definitiva de la persona obligada); impedimento (debe entenderse que es un impedimento de hecho, por ejemplo una enfermedad por la que no pueda asumir la obligación, la privación de la libertad, o un impedimento legal como la interdicción por demencia, etc.); e insuficiencia de recursos (que no permita cubrir las necesidades del menor de edad).⁷

Y continuamos con las interrogantes: ¿Cómo aseguramos el derecho de alimentos del menor? ¿Acaso el Apremio Personal es la única o mejor opción para garantizar el derecho a alimentos del menor?. De qué manera se protege el derecho del alimentado cuando el alimentante va preso, si por obvias razones al ser privado de la libertad deja de tener ingresos, y por ende no puede pagar las pensiones alimenticias?. Ésta situación se convierte en un círculo vicioso que afecta directamente al principio constitucional del Interés Superior del menor.

En consonancia con nuestras interrogantes, es propicio mencionar lo que el Tribunal Constitucional señaló en referencia a éste tema:

SÉPTIMA: La actual tendencia en el Derecho, y así lo ha expresado el Tribunal Constitucional a través de fallos reiterados de sus Salas Constitucionales, es establecer límites precisos a la prisión mal llamada preventiva (debe ser denominada provisional), puesto que la libertad tiene rango constitucional, y porque el proceso debe ser un medio para la realización fáctica y goce de los Derechos Humanos, por ello es que la mecánica aplicación literal del último inciso del artículo 141 del Código de la Niñez y Adolescencia⁸, transgrede uno de los derechos fundamentales del ser humano como es la libertad, sin que esta medida de apremio permita proteger los derechos preferentes del menor, pues la indeterminación del tiempo de detención del alimentante moroso, desnaturaliza el objetivo de la referida norma, ya que de-

7. Op. Cit., Farith Simon Campaña, Derecho de la Niñez y..., Tomo II, p. 554

8. Que textualmente decía: Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado.

tenido el obligado, se lo imposibilita de realizar alguna actividad que le genere los recursos económicos necesarios para el cumplimiento de su obligación.⁹

Finalmente el Tribunal hizo un ejercicio de ponderación entre la libertad personal y el derecho a la alimentación concluyendo que:

...La afectación de uno de los derechos más caros y atados a la historia del constitucionalismo como es la libertad personal, no tiene otro propósito que generar la más alta presión que puede generarse a un ser humano -la pérdida de su libertad- para garantizar, dentro del conjunto de derechos del niño, aquel involucrado directamente con su subsistencia, el derecho a la alimentación. Sin embargo, la práctica ha demostrado lo contrario, el apremio no ha servido para generar el pago de la pensión alimenticia adeudada, puesto que una vez que el obligado pierde su libertad, las posibilidades de garantizar la alimentación del niño, quedan notoriamente reducidas, porque el obligado queda en física imposibilidad de generar recursos económicos para cumplir con su obligación.¹⁰

Ciertamente, con lo manifestado por el Tribunal Constitucional constatamos que existe una necesidad real de plantear y aplicar otros mecanismos tendientes a la solución de esta problemática, inicialmente para que no queden en buenas intenciones la protección del derecho de alimentos; y, para crear mecanismos alternativos a la prisión. *La falta de aplicación de mecanismos diferentes a la prisión por alimentos*, provoca que, “*al matar la gallina de los huevos de oro*” (embargo, y remate de bienes), -por ser un poco más gráficos- se desampare al menor, violentándose dos derechos constitucionales, el derecho a la libertad y el principio constitucional del Interés Superior del niño.

Sobre el grado de satisfacción, y de afectación a cada derecho constitucional hablaremos en el desarrollo de la presente investigación, dentro del cual se pretende enfocar y viabilizar otras opciones que puedan de alguna manera constituir una solución a esta problemática que va más allá de una ponderación de derechos, pues lo que se quiere es proteger a este grupo vulnerable de nuestra sociedad que son los menores.

9. Resolución No. 0057-08-HC, de 26 de agosto de 2008, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie.

10. Resolución No. 0036-2008-HC de 16 de septiembre de 2008, Pleno del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales Vinuesa.

2.- REVISIÓN DE LITERATURA

2.1 Marco conceptual

Desde la antigüedad la institución de la familia ha sido objeto de estudio por los sociólogos juristas; pero, ¿qué concepto tenemos sobre ésta Institución?, para darnos una idea sobre la misma, citamos el artículo 16 numeral 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (diciembre de 1948), la misma que en su texto explica:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (la negrilla nos corresponde).

Al respecto, existen otros criterios como los que a continuación se detallan:

La familia es un concepto que antes que ser jurídico, es sobretodo sociológico.¹¹ Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia “es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos”; de acuerdo con el mismo autor, se puede hablar de “familia nuclear”, que “consiste en dos adultos que viven juntos en un hogar con hijos propios o adoptados” y de “familia extensa”, en la cual, “además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, bien en contacto íntimo y continuo”¹²

Lehmann expresa que: “El Derecho de Familia es Derecho Privado, pero muchas de sus normas tiene contenido de orden público, en esta rama del derecho se estudian principalmente tres materias: régimen matrimonial, filiación y guardas... (Lehmann, 1953)”.

La historia nos muestra un Derecho de Familia en donde se trataron las obligaciones originadas de la relación de parentesco como un asunto de índole moral y de solidaridad en lo referente a protección, cuidado, manutención y sustento que debían darles los padres a los hijos, aunque en la realidad siempre ha sido considerada una camisa de fuerza, una imposición para el obligado, que desafortunadamente hasta la actualidad ha desembocado en un completo problema para los alimentarios. Es preciso decir que, existe una cosa contra la cual no se puede luchar, ni siquiera con el uso de medidas coercitivas como el Apremio Personal, y eso

11. Ingrid Brena, lo explica con las siguientes palabras: “La familia no es desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, diseñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales”, “Personas y familia”, Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2a edición, México, IJ-UNAM, Porrúa 2004, Tomo XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Gafias, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso, Parte General. Personas. Familia. 21a edición, México, Porrúa, 2002.

12. Sociología, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

es la **voluntad** de las personas. En este sentido concluimos quienes están obligados a proveer los alimentos tienen un pobre conocimiento sobre la importancia que tienen los derechos del menor, a tal punto que no toman en cuenta que ...“El Derecho de Menores se forma y se desarrolla como un derecho nuevo y especial en el que el menor es el **sujeto, objeto y fin**. Con mucha razón el Tratadista Brasileño Ley Carreiro dice: “El niño tiene derechos a los cuales no corresponde deberes de su parte”...”¹³

Otros autores conceptualizan el derecho de alimentos de la siguiente manera:

“Tienen la consideración de alimentos todas las sustancias o productos de cualquier naturaleza, sólidos o líquidos, naturales o transformados, que por sus características, aplicaciones, componentes, preparación y estado de conservación sean susceptibles de ser habitual e idóneamente utilizados para la normal nutrición humana”.¹⁴

Argentino López manifiesta: “la prestación alimentaria obedece a la necesidad de la conservación del individuo y al mantenimiento y robustecimiento de la familia (López del Carril, 1981, pág. 65)”. Sobre este punto, Claudio Belluscio, cita el criterio de alguna jurisprudencia, la que señala: “...que la prestación alimentaria tiene, por su naturaleza y fundamento, la finalidad directa e inmediata de satisfacer una necesidad de carácter ineludible, real, actual, e impostergable (Belluscio C. , 2006, pág. 36).”

En conclusión, ¡La prestación alimenticia es un derecho que le corresponde al menor, y que está garantizado por la Constitución Política del Ecuador; y, está muy lejos de ser el pretexto para que los padres inicien una guerra campal entre sí, a pesar de eso... No es extraño escuchar que “la estrechez económica hace perder a algunas madres la delicadeza, el tacto, y la discreción”¹⁵ ni es raro escuchar a los padres alimentantes decir que “hoy el padre es considerado el cajero automático, que para lo único que sirve es para entregar dinero todos los meses, y hoy en día el padre es más bueno mientras más plata le entrega a la madre”¹⁶. La falta de comunicación entre los progenitores para brindarle bienestar al menor, da lugar a que tampoco se respete el **principio de corresponsabilidad**, entendida por tal, a la *igualdad de responsabilidades* que tienen tanto el padre como la madre.

Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia especifica claramente los deberes de los progenitores diciendo: “Los progenitores tienen el deber general de respetar, proteger y desarrollar los derechos y garantías de sus hijos e hijas. Para este efecto están obligados a proveer lo adecuado para atender sus necesidades materiales, psicológicas, afectivas, espirituales e intelectuales, en la forma que establece este Código”.¹⁷

13. Saltos Espinoza, Rodrigo: El Derecho Especial de Menores y el Código de la Niñez y Adolescencia. Editora Biblioteca Jurídica. p. 18

14. Espasa: Diccionario Jurídico Espasa, Madrid 2005, p. 128.

15. Op. Cit., Antonio Vodanovic, Derecho de Alimentos, No. 151, p. 101

16. Véase: <http://papaporsiempre.es.tl/Mensaje.htm>. Acceso 28 de septiembre de 2011.

17. Art. 102 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El artículo citado, claramente nos habla de la corresponsabilidad parental, la cual consiste en la obligación que tienen tanto padre como madre, ya sea que uno de ellos aporte económicamente y el otro se encargue de criar a los hijos realizando labores domésticas, -sin que se desmerezca dicha actividad por no generar recursos económicos-, pues tal como lo estipula la Constitución Política del Ecuador, en el Art. 333.- Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de auto sustento y cuidado humano que se realiza en los hogares. ...

Es menester aclarar que no sólo la Familia tiene la imperiosa obligación de proteger y garantizar los derechos del menor, pues existe una corresponsabilidad tripartita -Estado, sociedad y familia- la misma que se encuentra estipulada en el Código de la Niñez y Adolescencia, y que en su texto reza lo siguiente:

Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.- Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los derechos de niños; niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna.

Coincidimos en que cada quien debe cumplir con su obligación, por ello más adelante plantearemos nuestra propuesta en virtud del articulado mencionado en líneas anteriores.

Continuando con la conceptualización del derecho de alimentos tenemos a Cevallos (2009), quien manifiesta:

“En efecto, el uno es la facultad exclusiva y personalísima de un individuo para exigir la ayuda necesaria que en el futuro le permita vivir. Lo otro, es la concretización de esta exigencia, que se hizo efectiva “a través de la sentencia”, y por supuesto que esto significa que se encuentra probado el derecho ante los jueces competentes”.¹⁸

En nuestra legislación se estipuló que el cobro de las pensiones adeudadas por el alimentante sea a través del Apremio Personal, la cual -dicho sea de paso- no es la única medida que se ha adoptado para exigir el pago pensiones alimenticias atrasadas, pues también se han impuesto otras inhabilidades para los deudores, tales como: la prohibición de salida del país, incorporación al registro de deudores en el Sistema de Registro y Central de Riesgos, además de las inhabilidades enunciadas en el Artículo Innumerado 21 de la Ley Reformatoria al Título V libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia.

18. Cevallos Alvarez, Patricio. Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad. p. 89.

Puede parecer una exageración la forma en que los legisladores han protegido este derecho de alimentos del menor, prácticamente matando socialmente al deudor de pensiones alimenticias, pero si hacemos una mirada retrospectiva a la bien conocida irresponsabilidad de los progenitores frente a sus hijos, entenderemos que todas las medidas adoptadas son el grito desesperado por hacer que el menor sea respetado, protegido, amparado, y cuidado tal como se lo merece.

Valga la ocasión, para mencionar que también existen otros mecanismos para el cumplimiento de la referida obligación, como por ejemplo: el usufructo o arrendamiento de un bien inmueble, que podría ser más beneficioso para proteger el derecho de alimentos de manera estable; procurando, de ser posible que sea una solución a largo plazo, pese a que también existe la posibilidad de los arrendatarios morosos, situación ésta que acarrearía más problemas para efectos del cobro de la pensión, inclusive podría pasar mucho tiempo hasta que el alimentario pueda hacer efectivo su derecho; aun así, es una medida menos impactante en lo que se refiere a la relación afectiva que debe conservarse entre padres e hijos, por ello hacemos hincapié en que las autoridades deben propender a los mutuos acuerdos y la mediación. Tengamos presente que, no todos los deudores de pensiones alimenticias tienen bienes, un trabajo estable y la capacidad económica para solventar las necesidades del menor, y en la práctica **no se observa la situación económica de los deudores sino más bien el proteger el derecho de alimentos del menor; y, hacer cumplir al alimentante con su obligación de pagar la correspondiente pensión alimenticia** (las negrillas nos corresponde).

Puede parecer una exageración la forma en que los legisladores han protegido este derecho de alimentos del menor, prácticamente matando socialmente al deudor de pensiones alimenticias, pero si hacemos una mirada retrospectiva a la bien conocida irresponsabilidad de los progenitores frente a sus hijos, entenderemos que todas las medidas adoptadas son el grito desesperado por hacer que el menor sea respetado, protegido, amparado, y cuidado tal como se lo merece.

2.2. Marco doctrinario

Doctrinariamente se ha elaborado un sinnúmero de definiciones tales como: derecho de alimentos es el derecho-deber latente entre los familiares de exigir o prestar alimentos de conformidad con lo establecido en el Código Civil.¹⁹ A simple vista esta definición adolece de cacofonía, al definirse con su propia denominación. Debería indicarse que los alimentos no se restringen al derecho sino al deber y también a la responsabilidad del obligado.

El proporcionar alimentos es una obligación consustancial de los/as progenitores/as y, a su vez, representa un derecho intrínseco de los niños/as y adolescentes. No se refiere exclusivamente a satisfacer las necesidades fisiológicas primarias a través de la comida y bebida diaria o subsistencia, sino que además, comprende la satisfacción de la habitación, educación, vestuario, asistencia médica y recreación o distracción.²⁰

19. Juan Pablo Cabrera Vélez, *Alimentos, Legislación, Doctrina y Práctica*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2007, p. 14.
20. Fernando Albán Escobar y otros, *Derecho de la Niñez y Adolescencia*, Quito, s.e., 2006. Pág. 167.

En Ecuador, la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en el art. innumerado 2, menciona que el derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y está relacionado con el derecho a la vida, la supervivencia y una vida digna. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los/as alimentarios/as que incluye: 1. Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente; 2. Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas; 3. Educación; 4. Cuidado; 5. Vestuario adecuado; 6. Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos; 7. Transporte; 8. Cultura, recreación y deportes; y, 9. Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

“El derecho de alimentos, en sentido amplio, puede definirse como el derecho que tienen determinadas personas en estado de necesidad de exigir alimentos a otras también determinadas, las cuales están obligadas a proporcionárselos por mandato de la ley o la voluntad de las partes o la unilateral de un tercero, como es el testador que instituye un legado de alimentos”.²¹

En este orden de ideas, Borda (1960) dice lo siguiente:

“Por lo general la Pensión Alimenticia se paga en dinero, pero bien podría el alimentario pedir que se los den en especie, y disponerlo así el Juez, si resulta más conveniente. Los alimentos que se den voluntariamente, antes de haberse planteado la demanda judicial, cumpliendo las naturales obligaciones entre cónyuges, padres e hijos, y entre parientes, son generalmente en especies; pero una vez que se llega a litigio judicial, no suele quedar otro sistema práctico que el de fijación de una pensión en dinero”.²²

Sin duda alguna la naturaleza del Derecho de Alimentos se centra en la ayuda mutua que debe existir en el núcleo familiar, y es competencia de todos quienes conformamos la sociedad el contribuir a su fiel cumplimiento. De la esencia del Derecho de Alimentos nacen las diferentes características que se le atribuyen, y que están estipuladas en el Art. Innumerado 3 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, las mismas que señalamos a continuación: intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible, inembargable, no admite compensación ni reembolso de lo pagado.

Algunos autores señalan como características del derecho de alimentos el ser de orden público²³ porque la familia es la base de la sociedad, y ser personal por el carácter de inherente a su titular, pero estos alimentos pertenecen más que a una característica, a su naturaleza jurídica, es decir, a su esencia. Otros señalan el carácter de reciprocidad del derecho de alimentos²⁴, lo cual tiene valía en nuestro Código Civil, cuerpo normativo que se encarga de los alimentos que se deben a los padres, y éstos a sus hijos.

Asimismo, hay autores que señalan como características del derecho de alimentos su divisibilidad, en torno al hecho de que si son varios quienes deben, el importe será repartido entre todos;²⁵ o al hecho de la forma de pago de la pensión²⁶, es decir en forma quincenal o mensual; o de acuerdo con el número de beneficiarios de la pensión, individualizando y dividiendo la proporción que le corresponde a cada uno de ellos.

21. Antonio Vodanovic Haklicka, Derecho de Alimentos, Santiago, Lexis Nexis, 4ª Edición, 2004. Pág. 4.

22. Borda Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires 1960, p. 398.

23. Así tenemos a José Arias Ramos y Sara Montero Duhalt

24. Op. Cit. Juan Pablo Cabrera, Alimentos, Legislación, ..., p. 18.

25. Véase: Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil, Vol. III, La Habana, 1939, p. 47, citado por Juan Pablo Cabrera Vélez, op. cit., p. 19.

26. Véase Adán Luis Carmona Pérez, Obligación Alimentaria: estudio jurídico social de la pensión alimentaria provisional, Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008, p. 101.

Otros autores caracterizan al Derecho de Alimentos de la siguiente manera:

“La obligación de prestar alimentos tiene tres características fundamentales: es recíproca, personalísima y de orden público razón por la cual se les considera fuera del comercio. Además, no es acumulable, está sujeta a un orden, es divisible y no solidaria. Por ser personalísima: no puede ser compensada, ni trasferida a favor de terceros, ni embargada”.²⁷

Discrepamos con lo manifestado por éste autor, ya que en nuestro medio, las pensiones alimenticias si se acumulan, de tal modo que van acrecentando la deuda del alimentante hasta el punto que se vuelve impagable. Consideramos propicio comentar, que la acumulación de dicha deuda obedece al hecho de que los alimentantes no cumplen a tiempo su obligación de pagar las pensiones alimenticias; la falta de pago oportuno provoca que las madres de familia se endeuden para tratar de sufragar las necesidades que tiene el derechohabiente, motivo por el cual están a la expectativa de poder cobrar el dinero de las pensiones alimenticias adeudadas, y de esta manera pagar las deudas adquiridas.

Estamos conscientes que las necesidades del alimentario no pueden esperar, por lo que consideramos que los pagos deberían ser oportunos, es decir, en el momento en que el derechohabiente lo requiera, más no cuando el alimentante tiene las posibilidades. De ahí, que para quienes exigen su pago, el Apremio Personal se ha convertido en su tabla de salvación; pese a que el trámite para conseguir la captura del deudor moroso, resulta demasiado embarazoso y engorroso, por decir lo menos.

Al contrario del autor antes citado, tenemos a quienes consideran que:

“La deuda alimenticia no es solidaria, ni indivisible. Más bien, dice, se trata de varias deudas: tantas como parientes obligados haya. Por esto, si uno paga, puede reembolsarse, siempre que haya reclamado oportunamente el concurso de otros parientes para cubrir la obligación alimenticia”.²⁸

Todos los criterios emitidos sobre las características de éste derecho son muy válidos, pero en principio coincidimos en que el Derecho de Alimentos es de orden público, pues ahí es donde radica su esencia, y su naturaleza jurídica, la cual guarda relación con la corresponsabilidad tripartita que tienen el Estado, la familia, y la sociedad. Estamos convencidos de que la intervención activa del Estado, sería de gran ayuda para éste grupo tan vulnerable de nuestra sociedad.

27. Arias José, cit. P. 57-59; Fueyo Fernando, Tomo III, p. 557.

28. Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil, Vol. III, p. 47, La Habana, 1939.

Hemos citado a varios juristas para estudiar y conocer más ampliamente sobre el Derecho de Alimentos, y para emplear este conocimiento como nuestro punto de partida para entender o cuestionar con elementos suficientes la medida coercitiva adoptada por nuestra ley interna; ya que es bien sabido que lo que se pretende a través del Apremio Personal, es proteger el Derecho de Alimentos del menor, y así efectivizar el cobro de las pensiones alimenticias adeudadas, lamentablemente la ausencia de una cultura de responsabilidad de parte de los alimentantes, ha obligado a nuestros legisladores a doblegar la voluntad de éstos con la medida antes mencionada.

En concordancia con lo enunciado en líneas anteriores, a continuación anotamos unas breves reflexiones de reconocidos juristas, acerca de lo que implica en el contexto familiar y social el uso del Apremio Personal.

“El apremio personal es una interrupción significativa del proceso de confirmación de identidad de padre, que puede, en consecuencia, afectar las relaciones familiares. Es posible que esta interrupción de la relación padre-hijo/a afecte de tal modo²⁹ la confirmación del hombre de su identidad paterna que haga cambiar drásticamente la naturaleza de su identidad como padre.”

“Algunos estudios realizados, revelan que el encarcelamiento de un progenitor impacta fuertemente a la niñez; por ello, debe darse mayor atención a los derechos, necesidades y bienestar de los niños y niñas dentro del sistema de justicia, en sus políticas y prácticas.”³⁰

En la primera edición de ésta Revista, se trató el tema del Interés Superior del Menor, en el cual nos planteamos algunas incógnitas, sobre si en realidad se estaba protegiendo los derechos del menor?. Como legisladores, administradores de justicia, familiares, y sociedad en general, tenemos la convicción de que las acciones que realizamos o las medidas que adoptamos benefician al menor -o al menos eso esperamos-, en éste caso creemos que el uso del Apremio Personal beneficia al alimentario; pero, qué sucede cuando nos percatamos que los progenitores (obligados) poco a poco se convierten en meros proveedores?, provocando la ruptura de la relación parento-filial, y por ende la suma de hogares disfuncionales, eso sin mencionar los efectos negativos psico-emocionales que esta medida puede ocasionar.

Lo relativo a los efectos que ocasiona la prisión por alimentos y la efectividad del Apremio Personal, continuaremos analizándolo más adelante.

29. BELLUSCO, Claudio Alejandro. PRESTACION ALIMENTARIA., Universidad S.R.L., Rivadavia, Buenos Aires. 2006. Pág.98

30. GARCIA ARCOS, Juan. MANUAL TEÓRICO PRÁCTICO DEL CODIGO DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA. Ediciones Del Arco, Cuenca, Ecuador. 2007, Pág. 78

2.3.- Marco jurídico

2.3.1 Constitución Política. Registro Oficial No. 446 del 20 de octubre del 2008.

Nuestra Carta Magna contiene múltiples disposiciones que garantizan los derechos que tienen las personas, los seres humanos y los grupos vulnerables como por ejemplo los niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Es así como el artículo Art. 16, contempla lo siguiente: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”.

En lo concerniente a nuestro tema de estudio, vemos que el derecho a la libertad está protegido por la Constitución de la siguiente manera:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

...

Numeral 4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

...

En concordancia con el derecho a la libertad, está el Art. 24, que reza lo siguiente:

Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

...

Numeral 8.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa. En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente.

...

Derechos de Libertad:

...

Numeral 29. Los derechos de libertad también incluyen:

...

c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias...

...

En este sentido sobresale la importancia de lo que reza el **Art. 44.-** El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; **se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.** (El resaltado es nuestro)

...

Cabe señalar, que el artículo 44 de nuestra Carta Magna tiene tal trascendencia en lo que respecta al Derecho de Alimentos, en lo que respecta al ejercicio de ponderación que realizan los jueces en los casos de prisión por impago de pensiones alimenticias; privilegiando el Interés Superior del menor ante el derecho a la libertad de una persona.

2.3.3.-Tratados, Convenciones y Acuerdos Internacionales

Convención Americana de Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”. Ratificada por Decreto Supremo No. 1883. Acuerdo Ministerial 202, publicado en el Registro Oficial No. 801, de 6 de Agosto de 1984.

En su Art. 7 inciso 7, establece que:

...Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49, el mismo que en su Art. 11, manifiesta.-

... Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no cumplir obligación contractual.

...

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, fue aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Derecho de protección contra la detención arbitraria

Artículo XXV: Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

...

Pese a existir normativa que defiende el derecho a la libertad de una persona, en la práctica constatamos que la balanza de la justicia se inclina hacia el grupo de los vulnerables (los niños), lo cual los convierte en grupo prioritario en la administración de justicia.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del Derecho de los Niños como una nueva rama jurídica, basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño; y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental: siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orientados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño”.³¹

Convención Internacional de los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Registro Oficial No. 31, de 22 de septiembre de 1992.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, de 28 de Agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

2.3.3.- Leyes Internas

Dentro de la Legislación ecuatoriana tenemos como ley interna al Código de la Niñez y Adolescencia, la cual tiene la siguiente finalidad:

Art. 1.- Finalidad.- Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

La Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia, también estipula lo concerniente a la esencia del Derecho de Alimentos, la cual nos permitimos transcribir a continuación:

Art. Innumerado 2.- Naturaleza Jurídica.-

El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial y esta relacionado con el derecho a la vida. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los beneficiarios que incluye:

- 1.- Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
- 2.- Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
- 3.- Educación;

- 4.- Cuidado;
- 5.- Vestuario adecuado;
- 6.- Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
- 7.- Transporte;
- 8.- Cultura, recreación y deportes; y,
- 9.- Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Asimismo, nuestra Ley contempla la importancia de proteger los derechos del menor, a través de la siguiente disposición:

Art. 11.- El interés superior del niño.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

Para efectivizar el Derecho de Alimentos se incorporó una medida coercitiva, la misma que se menciona a línea seguida:

Art. Innumerado 22.- Apremio personal.-

En caso de no pago de dos o más pensiones de alimentos, el Juez ordenará, previa razón sentada por el actuario en base a la información constante en la tarjeta de pago respectiva, el apremio personal del obligado hasta por diez días. En los casos de reiteración este plazo se extenderá hasta por treinta días. En la misma resolución que ordene el arresto, el Juez podrá ordenar el allanamiento del lugar en el que se encuentre el deudor, siempre y cuando preceda declaración juramentada sobre el ocultamiento del obligado por parte de quien solicita dicha medida. Pagada la totalidad de las pensiones adeudadas y los gastos causados por el apremio o el allanamiento, en su caso, el Juez dispondrá la libertad inmediata del obligado.

Lo dispuesto en los incisos anteriores también tendrá lugar cuando el obligado haya dejado de solucionar dos o más obligaciones cuyo pago directo asumió como prestación de alimentos y cuando por culpa de aquél el beneficiario haya dejado de percibir dos o más rentas, frutos u otra modalidad de pago en la que consista la prestación de alimentos fijada por el Juez. Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado más los gastos de diligencia del apremio y el allanamiento, en su caso.

En concordancia con esta disposición, también tenemos los siguientes artículos:

***Art. ... 20 (145).- Incumplimiento de lo adeudado.-** En caso de incumplimiento en el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas el Juez/a dispondrá la prohibición de salida del país del deudor/a y su incorporación en el registro de deudores que el Consejo de la Judicatura establecerá para el efecto.

El registro de deudores de la jurisdicción que corresponda, se publicará en la página Web del Consejo de la Judicatura y este a su vez remitirá el listado a la Superintendencia de Bancos y Seguros para la incorporación de los deudores en el Sistema de Registro o Central de Riesgos.

Una vez cancelada la obligación el Juez dispondrá tanto al Consejo de la Judicatura como a la Superintendencia de Bancos la eliminación del registro.

***Art. ...21 (146).- Inhabilidades del deudor de alimentos.-** el padre o madre que adeude dos o más pensiones de alimentos, mientras no cancele las obligaciones vencidas quedará inhabilitado para:

- a) Ser candidato/a a cualquier dignidad de elección popular;
- b) Ocupar cargo público para el cual hubiere sido seleccionado/a en concurso público o por designación;
- c) Enajenar bienes muebles o inmuebles, salvo que los beneficios sean directamente para el pago de alimentos adeudados, en cuyo caso se requerirá autorización judicial; y,
- d) Prestar garantías prendarias o hipotecarias.

Estas disposiciones fueron mencionadas en líneas anteriores, con la finalidad de analizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en relación al derecho que se pretende proteger. En qué medida la aplicación de los artículos 20, 21 y 22, benefician el derechohabiente para efectos de que cobre las pensiones alimenticias adeudadas?. En el transcurso de nuestro estudio despejaremos estas incógnitas.

2.3.4.- Legislación comparada.

Determinar la naturaleza jurídica de la prestación alimentaria, obligación alimentaria o derecho a los alimentos tiene suma importancia ya que se presentan conflictos para la inserción de elementos materiales entorno a los criterios vertidos. Así ha existido una corriente jurisprudencial³² que ha asimilado a las obligaciones alimentarias al régimen de las obligaciones monetarias basados o tenido como sustento la procreación. Este camino fue seguido durante un tiempo por la jurisprudencia italiana, con miras a facilitar la ejecución de las sentencias extranjeras de alimentos dictadas a favor de hijos naturales no reconocidos o que no pudieron ser reconocidos de acuerdo al derecho italiano por ser sacrílegos, incestuosos, etc. Para ello, los jueces optaron por calificar los alimentos como una relación puramente patrimonial.³³

32. Ver sobre el punto: Giuseppe Barile, *Sul diritto alimentare legale del figlio non roconoscibile nel diritto internazionale privato italiano*, Italia, 1954, p. 102. El derecho alimentario se originaría exclusivamente por la responsabilidad derivante del hecho de la procreación. No tendría ni fundamento, ni carácter familiar sino que constituiría un derecho de crédito de índole patrimonial ubicable en el campo de las obligaciones. El crédito estaría únicamente justificado por la procreación.

33. Ruben Santos Blandro, *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999. P. 34-35.

Otra corriente considera el derecho de alimentos, ya sea como un derecho natural o un derecho elemental de la persona humana³⁴ ya como un derecho subjetivo.³⁵ “Así entendido, el derecho alimentario integraría el derecho del hombre a subsistir. El mismo sería una emanación del derecho a la vida, un atributo inalienable de la persona. Y que como derecho vital, no se podría renunciar”³⁶

Pero también se encuentra la posición mixta que señala:

Por un lado tiene el aspecto *patrimonial*, porque el objeto de la obligación alimentaria es una prestación de dicho carácter, ya que son económicos los medios aptos para satisfacer las necesidades vitales del alimentario. [...] Por otro lado la obligación en análisis es rigurosamente *personal*, pues tiende a la conservación de la vida del alimentista. De este último aspecto, que es el preponderante, derivan las características propias del instituto, hasta el punto de hablarse del *personalismo* de la obligación alimentaria.³⁷

El Derecho de Alimentos se encuentra legislado en varios países, acorde a su nivel cultural, decimos esto, porque consideramos que la cultura en cada país, es una realidad social que define la aplicación de ciertas medidas en los mismos.

De esta manera, nos permitimos exponer a continuación:

Legislación peruana

“El 28 de diciembre del 2004 se promulgó y publicó en el Diario Oficial “El Peruano” La Ley que Simplifica las Reglas del Proceso del pensión de Alimentos; se aprobó disponer que los Jueces promuevan el uso de las cuentas bancarias para el pago de alimentos, en cuanto a ordenarse al demandado aperturar una cuenta de ahorros a favor de la demandante en cualquier institución del sistema financiero”³⁸

Legislación chilena

“Si solicitan la pensión dos o más hijos menores de 18 años, el monto de la pensión no podrá ser inferior al 30% del ingreso mínimo remuneracional, para cada hijo / a. Pero si el alimentante justifica ante el tribunal que no tiene medios para pagar el monto mínimo, el juez podrá rebajarlo. En todo caso, el Juez no podrá fijar como monto de la pensión de alimentos una suma que supere el 50% de los ingresos del demandado”³⁹.

34. Quintín Alfonsín, *Sistema de Derecho Civil Internacional*, Montevideo, Vol. 1, 1961, p. 292.

35. Elie Alfandari, *Droits alimentaires et droits successoriaux*, Francia, Dalloz, 1965, p. 6-7. Quintín Alfonsín, *Sistema de Derecho...*, p. 287. El informe Verwilghen consignaba que la obligación alimentaria en el terreno de la moralidad civil, engendraría a veces consecuencias penales debido a que el desconocimiento del deber natural de subvenir a las necesidades vitales de los familiares más próximos perturba la organización social y obliga a los poderes públicos a prestar asistencia al indigente, citado por el Michel Verwilghen, *Rapport de la Comission spéciale des obligations alimentaires envers les adults*, La Haye, 1971, p. 107.

36. Op. cit., Rubén Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre ...*, p. 35.

37. Op. cit., Antonio Vodanovic, *Derecho de Alimentos*, p. 24

38. Diario Oficial “El Peruano”, Ley N° 28439, 28 de Diciembre del año 2004.

39. Ley de pensión de alimentos N° 19.741, 24 de julio del año 2001.

“Si el alimentante, estando obligado a dar alimentos, se retira de su trabajo, ya sea renuncia voluntariamente o por mutuo acuerdo con el empleador, sin causa justificada, después de la notificación de la demanda y no tiene ingresos para cumplir con su obligación, se le apremiará para que pague con arresto nocturno o arraigo”.

Legislación Argentina

El artículo 648 del Código de procedimiento Civil dispone que: “Si dentro del quinto día de intimado al pago, la parte vencida no lo hubiere hecho efectivo, sin otra sustanciación se procederá al embargo y se decretará la venta de los bienes necesarios para cubrir el importe de la deuda”.

“Si no se conocieren bienes del deudor o si los embargados resultaren presuntivamente insuficientes para cubrir el crédito del ejecutante, podrá solicitarse contra el ejecutado inhibición general de vender o gravar sus bienes. La medida quedará sin efecto si el deudor presentare bienes a embargo o diere caución bastante”.

Sanciones penales

• Delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

El artículo 1º de la Ley 13.944 dispone: “Se impondrá prisión de un (1) mes a dos años, o multa de setecientos cincuenta pesos (\$750) como mínimo a veinticinco mil (\$25.000) como máximo, a los padres que aún sin mediar sentencia civil se sustrajeran a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo menor de dieciocho (18) años, o de más si estuviere impedido”.

Legislación Española

• Código Civil

El artículo 148.3 del Código Civil dispone que: “El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades”

• El delito de Impago de Pensiones

Artículo 227. “1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

• Con la misma será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida en forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

• La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”.

Legislación Francesa

El artículo 203 del Código Civil señala: “Los esposos contraen conjuntamente, por el solo hecho del matrimonio, la obligación de alimentar, mantener y educar a los hijos”.

La legislación francesa ampara de igual manera en derechos y obligaciones a los hijos extramatrimoniales.

El artículo 227-3 del Código Penal, configura el delito de abandono de familia que consiste: en que una persona no cumpla un fallo judicial o un convenio judicialmente homologado que le imponga el pago a un hijo menor de edad, legítimo, natural o adoptivo de una pensión, contribución, subsidios o prestaciones de toda índole incurriendo en mora de dos meses sin pagar íntegramente esta obligación. Se castiga con pena de privación de libertad de tres meses a un año y con multa.

Cada legislación toma las respectivas precauciones y medidas para asegurar el cumplimiento del pago del Derecho de Alimentos del menor, las cuales aunque sean diferentes coinciden en su finalidad, que tiene que ver con la protección y satisfacción de las necesidades, derechos y garantías del menor.

Es muy notorio el hecho de que, para imponer la prisión por alimentos, algunas legislaciones lo ha tipificado dentro del Código Penal como un delito; no así nuestra legislación, en la cual se pretende que por una acción civil se imponga una sanción de tipo penal. En todo caso, debería considerarse la posibilidad de que se tipifiquen las deudas por alimentos como una infracción penal dentro del respectivo cuerpo legal.

3.- RESULTADOS

3.1.- Estudio de Caso para determinar si el **Apremio Personal** realmente es efectivo para el cobro de las pensiones alimenticias

“No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, estabilidad y progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”

(Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de septiembre de 1990).

Guiados por la preocupación que nos ha generado la *Efectividad del Apremio Personal* para garantizar el pago de las pensiones alimenticias a favor del menor,—situación que como ya mencionamos en párrafos anteriores, ha provocado una colisión de dos derechos constitucionales—, hemos considerado propicio en ésta ocasión tomar dicho tema como objeto de nuestra investigación, sin perder de vista nuestra leitmotiv (interés superior del menor); no sin antes hacer mención a lo manifestado por La Convención sobre los Derechos del Niño-

UNICEF Comité Español/11, la cual se ha manifestado en el siguiente sentido: **“es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención”** (las negrillas nos corresponden). Como es de nuestro conocimiento, los derechos de los niños (as) y adolescentes están amparados, protegidos y cuidados no sólo por nuestra Carta Magna, sino también por Tratados y Convenios Internacionales, y Organismos Especializados, entre otros; lamentablemente toda medida coercitiva o no, se ve condicionada por la *voluntad del obligado a prestar los alimentos*, consideramos que este “pequeño” detalle es tanto o más preocupante como el hecho de que los mecanismos adoptados para solucionar este problema no surten el efecto deseado. Este problema social nos ha inducido a graficar de mejor manera lo que ésta sucediendo al respecto, motivo por el cual a continuación presentaremos el estudio de caso con la única intención de que usted señor lector visualice de manera clara las múltiples circunstancias que se dan dentro del tema que nos ocupa.

RESUMEN DEL JUICIO DEL ALIMENTOS:

Algunos juicios en donde se demanda Pensiones Alimenticias para los hijos, se inician directamente ante el respectivo Juzgado de la Niñez y Adolescencia, pero existen otros casos en los cuales dicha demanda resulta ser un incidente dentro de una Demanda de Divorcio, que puede ser de mutuo acuerdo o litigioso, en ambos casos, si dentro del matrimonio se procrearon hijos, el Juez que conoce la causa tiene la obligación de fijar la pensión alimenticia y regular las visitas. En este punto, haremos un paréntesis para hacer la siguiente reflexión: las rupturas de los progenitores acarrear no sólo una afectación psico-emocional a los hijos, sino también falta y, a veces pérdida de comunicación entre los padres y por ende entre padres e hijos, a tal punto que los primeros “olvidan” –por decirlo de alguna manera- priorizar al menor; no se ocupan ni se preocupan de pasar lo necesario para su subsistencia (manutención y cuidado), siendo así que, quien se queda con los hijos, tiene que asumirlos física y materialmente, provocando insatisfacción a los hijos y por obvias razones a los progenitores, de esta manera se va creando un círculo vicioso del cual hablaremos en el desarrollo de nuestra investigación.

Para nuestro estudio, tomamos como referencia un juicio que se ventiló en primera instancia y que llegó a nuestro conocimiento por una consulta sobre jurisprudencia en el tema de Pensiones Alimenticias, realizada por un usuario en la Unidad de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas de la Corte Nacional de Justicia, información requerida en ocasiones anteriores por usuarios diferentes. Debido a las múltiples interrogantes

en referencia al problema que ha generado el Apremio Personal, y al analizar que realmente se ha constituido en un problema con soluciones no tan atinadas, se crea la necesidad de investigar y analizar la Efectividad del Apremio Personal; y, de ser posible plantear como propuesta mecanismos alternativos a la prisión.

A continuación narramos el caso en referencia:

Según la versión dada por el alimentante en la entrevista realizada, manifiesta que:

ENTREVISTADO: Tengo 40 años, estuve casado seis años, tengo dos hijas.

a. **ENTREVISTADORA: ¿Cómo era la relación con su ex esposa?**

b. **ENTREVISTADO:** Bueno, yo creía que aparentemente era normal no, siempre teníamos nuestros problemas sí, verbales, y yo lo consideraba como que era algo normal no, pero ella siempre ha tenido un carácter más fuerte.

c. **ENTREVISTADORA: ¿Cómo era la relación con sus hijas?**

Buena, buena, siempre tuvimos una...creo yo una relación buena, sí.

1. **ENTREVISTADO: Qué tiempo compartía con sus hijas?**

Con mis hijas, yo salía del trabajo, y llegaba a casa y de ahí pasaban conmigo siempre. ...Fines de semana, en las tardes, en las tardes, no, yo llegaba siempre a la casa cinco o seis. Y yo inclusive, con mi hija la mayor, ya cuando llegaba la hora de dormir, yo era el que siempre le cambiaba y le poníamos en la cama y yo siempre estaba al lado de ella contándole algún cuento o alguna cosa, mientras que YY estaba en algún quehacer de la cocina o algo. O a veces llegábamos juntos, iba a la casa y yo cogía a mis hijas con un carro que teníamos y sacábamos afuera a la calle, y yo siempre estaba jugando con mi hija la mayor, con NN.

2. **ENTREVISTADORA: ¿Por qué razón se divorciaron con su esposa?**

3. **ENTREVISTADO:** Le soy sincero, es algo que nunca lo he tenido bien claro, tuvimos una pequeña,

un pequeño disgusto con ella, familiar, por cosas familiares, inclusive el último enojo que tuvimos se produjo por una hermana de ella, pero lo superamos después de dos o tres horas, descansamos y al otro día pasamos bien, y fue un enojo de los tantos, como ella siempre me decía ya ándate de la casa no, yo no le hice caso, siempre salía de casa, caminaba y regresaba tranquilo, pero al otro día tuvimos una reunión y en delante de los papás me dijo lo mismo, que, que tal que yo me vaya de la casa, entonces yo salí de la casa, sí, pero que yo tenga claro el motivo, no. Hicimos terapias, luego de eso hicimos terapias.

4. ENTREVISTADORA: ¿Cuánto tiempo estuvieron haciendo terapias?

5. **ENTREVISTADO:** Dentro del matrimonio ya habíamos hecho terapia con un doctor que siempre sale en la televisión, el Dr. Vásquez, Napoleón Vásquez, fuimos una o dos veces y de ahí ella ya no quiso ir a las terapias. Luego nos separamos, fuimos, y empezamos terapias porque en el colegio de mi hija me recomendaron. Ok, fuimos donde una doctora que ni yo tampoco conocía, siempre me indicó el colegio. Fuimos tal vez unos dos meses, estuvimos en terapia, y luego simplemente nos fuimos alejando, se fue complicando la cosa. Yo puedo decir que no estoy claro, que tengo mis ideas, por la doctora misma que me ha dicho, yo acudí a otros centros de rehabilitación, perdón centros psicológicos, he tenido cuantas, yo he buscado ayuda y me dan doctores que simplemente me dan su criterio, no, en diferentes palabras, pero llegan a lo mismo. Yo cuento, en este caso mi verdad, obviamente tendrían que escucharla a ella, porque después la invite a hacer, y no quiere, no quiere. Ella ha sido enviada, en una demanda que me puso en la comisaría, ella fue enviada a psicólogos, no acude, nunca acude.

6. ENTREVISTADORA: ¿Su divorcio fue de mutuo acuerdo o litigioso?

7. **ENTREVISTADO:** Al final hicimos con un abogado amigo, un divorcio de mutuo acuerdo en donde se elaboró el acta, nos pusimos de acuerdo en las visitas y en la pensión, e incluso todo eso yo simplemente firmaba, fue ella que pusieron con el abogado, yo firmé.

8. ENTREVISTADORA: ¿Se percató de leer el documento?

9. **ENTREVISTADO:** Eso sí, soy consciente que leí, las visitas y la mensualidad que yo tenía que aportar, es más yo pensando en que nunca me iba a divorciar, pero he sido responsable con eso y he cancelado. Muchas veces al punto de no tener dinero y no estar trabajando pero yo he acudido a amistades y he prestado dinero y he cubierto mi mensualidad, está cubierto. (copia textual de la entrevista realizada al alimentante)

De lo manifestado por el obligado, y de la revisión del proceso se desprende que con fecha 11 de marzo del 2010, los señores YY y ZZ, inició el juicio de Divorcio por Mutuo Acuerdo, fijaron una pensión alimenticia para las dos hijas que procrearon dentro del matrimonio, y asimismo regularon visitas.

A continuación transcribimos la parte pertinente del texto de la Demanda de Mutuo Acuerdo:

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA:
<p>...</p> <p>ANTECEDENTES:</p> <p>a) De la partida de Matrimonio que en una foja útil adjuntamos, vendrá a su conocimiento señor Juez que</p> <p>b) Durante el matrimonio procreamos dos hijas que responden a los nombre de NN y XX, de cinco años un mes y dos años cuatro meses de edad, respectivamente según se desprenden de las partidas de nacimientos que adjuntamos.</p> <p>...</p> <p>c) Es el caso que por circunstancias de diverso orden, hemos decidido de mutuo acuerdo dar por terminado nuestro vínculo matrimonial mediante divorcio y hemos convenido lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Que el cuidado y protección de nuestras hijas menores de edad que responden a los nombres de NN y XX, quede a cargo de su madre señora YY. 2. Que de mutuo acuerdo hemos fijado una pensión alimenticia que debe suministrar el padre de las menores de QUINIENTOS DÓLARES NORTEAMERICANOS (USD \$. 500,00) mensuales más los beneficios de ley, 3. Que las visitas a las menores, su padre las realizará tres días Domingos del mes, retirándolas a las menores de su lugar de vivienda a las 10h00 de la mañana y reintegrándolas al mismo lugar a las 16h00. <p>...</p>

Al respecto de este documento de Demanda de Divorcio por Mutuo Acuerdo, el demandado en la entrevista respondió lo siguiente:

1. ENTREVISTADORA: ¿Una vez firmado el mutuo acuerdo y cuando se dio la Audiencia de Conciliación, al momento de resolver que fue lo que sucedió?

2. ENTREVISTADO: Fuimos a la audiencia de conciliación, yo leí firmamos todo. La verdad yo pensé que era una audiencia de conciliación donde iba a haber una persona que nos iba a sentar a aclararnos algo no, pero lamentablemente, dice audiencia de conciliación pero de conciliación no tiene que ver nada, porque son personas que las que nos atendieron dijeron firme aquí firme acá y lo que querían era ya irse a sus casas. Nadie nos dijo señora, señor mire que están haciendo, yo esperaba que iba a haber una charla, algo, no nada, audiencia de conciliación solamente el nombre, porque no hay nada de eso, no hay esa ayuda, Sí, y vuelvo insisto yo nunca que me quise divorciar!. Se dio la audiencia de conciliación se firmó, está firmada, se ratifican las pensiones y las visitas, como teníamos un solo abogado luego se emitió la sentencia con la resolución del divorcio que yo nunca llegó a mis manos, asea eso fue directamente, yo no sabía que eso llega directamente donde el abogado. (copia textual de la entrevista realizada al alimentante)

Acto seguido, con fecha **30 de julio del 2010**, las partes comparecieron al Juzgado de lo Civil de Pichincha, a fin de que se lleve a cabo la Audiencia de Conciliación, el acta de dicha diligencia en su parte textual dice: (copia textual del sistema de consulta de causas de la función judicial).

26/07/2010 PROVIDENCIA GENERAL

Atendiendo la petición de los actores, se convoca a las partes a audiencia de conciliación, el treinta de julio del dos mil diez a las dieciséis horas.- NOTIFIQUESE.-

30/07/2010 JUNTA O AUDIENCIA DE CONCILIACION

En Quito, hoy día viernes treinta de julio del dos mil diez, a las dieciséis horas con nueve minutos, ante el Dr. LL, Juez de lo Civil de Pichincha e infrascrito señor Secretario, comparecen: La Sra. YY, portadora de la cédula de ciudadanía Nro. 4444444444-4 y Sr. ZZ, portador de la cédula de ciudadanía Nro. 11111111-1, con el objeto de llevar a cabo la diligencia de audiencia de conciliación. Al efecto, siendo éstos el día y hora señalados para tal diligencia, se la da por iniciada y el señor Juez, concede la palabra a los comparecientes, quienes a una sola y viva voz, manifiestan es nuestro deseo de dar por terminado el vínculo matrimonial que nos une. No se ha adquirido bienes dentro de la sociedad conyugal, pero procreamos dos hijas, en la actualidad tienen cinco años y dos años y medio, cuyos nombres y apellidos constan en el libelo de demanda, mismas que quedan bajo el cuidado, tenencia y protección de la madre, por las cuales el padre pasa la pensión mensual de quinientos dólares más los beneficios de Ley, dinero que será depositado en la cuenta corriente Nro. 2222222222 del Banco Pichincha a nombre de la Sra. YY. En cuanto al horario de visitas nos ponemos de acuerdo en que sea tres días domingos del mes retirándoles del lugar de su vivienda a las diez horas y reintegrándolas a las dieciséis horas. La señora Sra. YY, bajo juramento manifiesta no estar en estado de gravidez. Solicitamos señor Juez, se sirva solicitar los autos para dictar la sentencia y ordenar se registre en los libros del correspondiente Registro Civil.- Concluye la presente diligencia, misma que una vez leída a los comparecientes, éstos se afirman y ratifican en su contenido, firmando para constancia con el señor Juez y señor Secretario que certifica. Se dispone pasar los autos para resolver.- JUEZ. Sra. YY, Sr ZZ Compareciente Compareciente. Secretario

Siguiendo con nuestro estudio de caso, analizaremos la sentencia emitida por el Juez de lo Civil, con fecha 02 de agosto del 2010, quien dentro de sus facultades debía aprobar el mutuo acuerdo que realizaron las partes procesales; a continuación su texto íntegro:

JUZGADO DE LO CIVIL DE PICHINCHA.- Quito, 02 de Agosto del 2010.- Las 08h30.- **VISTOS.-** YY y ZZ, comparecen a fs. 4 de los autos y después exponer sus generales de ley, dicen: Que de las partidas de matrimonio civil el 16 de Enero del 2004, en Quito, provincia de Pichincha, habiendo procreado dos hijas que responden a los nombres de NN y XX, menores de edad, y que no han adquirido bien alguno. Amparados en lo que dispone el Art. 107 del Código Civil vigente, es su voluntad dar por terminado el vínculo matrimonial, solicitan que en sentencia así se lo haga se disponga su marginación en el Registro Civil. Admitida que fue la causa a trámite de ley, encontrándose al estado de resolver. Se considera: **PRIMERO.-** Por no existir omisión de solemnidad sustancial que pueda influir en la decisión de la causa, se declara su validez procesal. **SEGUNDO.-** Con la partida de matrimonio de fs. 1, se ha demostrado la existencia del vínculo matrimonial que hoy se pretende disolver.- **TERCERO.-** A la audiencia de conciliación celebrada el 30 de julio del 2010, a las 16h09, fs. 18 vta, han comparecido los peticionarios por sus propios derechos, quienes han ratificado de consuno y viva voz su voluntad de dar por terminado el matrimonio. Por las consideraciones que preceden y de conformidad con lo dispuesto en el Art. 107 del Código Civil **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA,** se acepta la demanda y se declara disuelto por divorcio de mutuo consentimiento el vínculo matrimonial existente entre los cónyuges YY y ZZ, matrimonio celebrado el 16 de Enero del 2004, Quito, provincia de Pichincha, según consta del Tomo 1-A, Pág. 096, Acta 096. Las menores NN y XX, quedaran bajo la tenencia, cuidado y protección de su madre, debiendo el padre sufragar la pensión alimenticia mensual de quinientos dólares norteamericanos (\$500), a razón de 250 dólares por cada una de las menores de edad más los beneficios de ley, pensiones y todos los gastos que se requieran para su educación, valores que serán depositados en la cuenta de Ahorros del Banco de Pichincha Nro. 22222222-2 a nombre de la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, recordándole que el comprobante de depósito bancario constituirá prueba de descargo del pago de la pensión alimenticia. En cuanto al régimen de visitas, el padre podrá hacerlo libre y sin restricciones de acuerdo a lo acordado en la audiencia de conciliación de fs. 18 vta. Ejecutoriada que sea esta resolución, subinscribase en el Registro Civil al margen del acta matrimonial correspondiente, conforme lo determinan los Arts. 72 y 73 de la Ley de Registro Civil, para lo cual, confíerese las copias certificadas suficientes.- Sin costas ni honorarios que regular.- **NOTIFÍQUESE.-** (El texto subrayado nos corresponde)

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, la incongruencia de una resolución se refleja a través de tres vicios: *ultra petita*, *extra petita* y *contra petita*. El autor Jorge W. Peyrano, citando a Reicer, señala que la congruencia exige tres aspectos: que se resuelvan todas las pretensiones deducidas, lo que trae consigo la prohibición de omitir la decisión sobre alguna de ellas; que se resuelvan solamente las pretensiones ejercitadas, con la correspondiente prohibición de proveer sobre pretensiones no ejercitadas o alterarlas o excederlas; y, que se apliquen estas reglas a las cuestiones que el demandado introduce al debate.⁴⁰

En el mismo sentido, se afirma que la incongruencia tiene distintas manifestaciones: cuando la sentencia otorga más de lo solicitado por el actor; concede menos de lo admitido por el demandado; o resuelve algo distinto de lo pedido por ambas partes, omitiendo así el pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en juicio.⁴¹

Adhiriéndonos al criterio de estos autores, diremos que efectivamente una de las facultades que la ley no le otorga a un juzgador, es la de conceder a los peticionarios más de lo que éstos hayan requerido en la demanda, ya que tal acto constituiría una **incongruencia por extra petita**. Como afirma Santiago Andrade Ubidia: *“Estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante del cotejo o confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas”*⁴²

40. Jorge W. Peyrano, op. cit., p. 64.

41. Joan Picó I Junoy, op. cit., p. 66.

42. Andrade Ubidia, Santiago “ La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 147

En el caso que estudiamos, es evidente que se ha dado el vicio de incongruencia por **extra petita**, provocando una inconformidad de las partes procesales, pues como se desprende del proceso en la Demanda de Divorcio por Mutuo Acuerdo, las partes convinieron una pensión alimenticia de \$500 dólares norteamericanos, que debía pagar el padre a favor de sus dos hijas; y, el régimen de visitas acordado fue de tres días domingos al mes. Pero, lamentablemente en la parte resolutive de la sentencia el Juez se pronunció de la siguiente manera: “...debiendo el padre sufragar la pensión alimenticia mensual de quinientos dólares norteamericanos (\$500), a razón de 250 dólares por cada una de las menores de edad más los beneficios de ley, **pensiones y todos los gastos que se requieran para su educación...**” (las negrillas nos corresponden). Ocasionándole un perjuicio económico al demandado al imponerle la obligación de pagar gastos adicionales como la educación, que ya se encuentra contemplado dentro de la Pensión Alimenticia, de conformidad con lo que estipula el Art. Innumerado 2 de la Ley Reformativa al Título V, libro II del Código de la Niñez y Adolescencia.- que en su parte pertinente dice:... el derecho a alimentos es connatural a la relación parentofamiliar y esta relacionado con el derecho a la vida. Implica la garantía de proporcionar los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los beneficiarios que incluye:

- a) Alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente;
- b) Salud integral: prevención, atención médica y provisión de medicinas;
- c) Educación;** (las negrillas nos corresponden)
- d) Cuidado;
- e) Vestuario adecuado;
- f) Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos;
- g) Transporte;
- h) Cultura, recreación y deportes; y,
- i) Rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Hacemos referencia al vicio de extra petita ocurrido en este caso, porque es a partir de éste hecho que el demandado adquirió una deuda que ascendió a aproximadamente USD. 23.770 dólares americanos, valor que conforme consta en el proceso hasta la presente fecha no ha sido cancelada por el obligado. Ocasionándole al “deudor” múltiples perjuicios, tal y como él mismo lo expresa en la entrevista que se le realizó, y que transcribimos a continuación:

1. **ENTREVISTADORA:** ¿Cómo ha sido su vida después de la aprobación y resolución que realizó el Juez del Mutuo Acuerdo que suscribió conjuntamente con su ex esposa?

2. **ENTREVISTADO:** Bueno, después de esa resolución yo tengo que admitir, que yo nunca supe eso, porque tuvimos un solo abogado, y yo me enteré de esa resolución a partir de aproximadamente casi tres años, ahí cuando yo me enteré justamente por el colegio, ahí es que mi vida empezó, me descuadré totalmente, he sido objeto de tantas denuncias en comisarías, demandas, las cuales yo ya no, no he podido conciliar una tranquilidad, son años que yo vengo enfrentando este problema y mi situación económica cada vez más se viene empeorando, porque incluso ya son seis meses o siete meses aproximadamente que tengo una orden de apremio; las cuales, yo ya no puedo entrar ni siquiera al lugar en donde yo vivo, acudo a casas de amistades, no puedo entrar ni al lugar en donde yo trabajo. Es la verdad.

La Ley le otorga al alimentario toda la potestad de exigir a través de su representante legal (madre) **el pago de las pensiones alimenticias adeudadas por el obligado**, en razón de este derecho la parte actora presenta ante el Juzgado de lo Civil el siguiente **escrito con fecha 20 de septiembre del 2012, a las dieciseis horas y un minuto:**

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA

YY, dentro del juicio de Divorcio por Mutuo Consentimiento, que se sustanció en su Judicatura conjuntamente con mi ex cónyuge **ZZ**, signado con el No. 0000, (.....)ante usted comparezco y solicito:

Mediante Sentencia de fecha 2 de Agosto del año 2.010, consta que el padre de las menores **NN y XX**, debe sufragar la pensión alimenticia mensual de quinientos dólares norteamericanos , a razón de doscientos cincuenta dólares por cada una de las menores de edad, más los beneficios de ley, pensiones y todos los gastos que requieran para su educación, valores éstos que deberán ser depositados en una cuenta del Banco Pichincha, a nombre de la madre.

Sin embargo el padre de las menores NN y XX única y exclusivamente ha venido depositando y cancelando las pensiones alimenticias mensuales acordadas, sin que haya depositado los valores correspondientes a los beneficios de ley, ni los valores por concepto de educación, a partir del 2 de Agosto del año 2.010, fecha de la sentencia.

Por lo que solicito a usted Señor Juez, se sirva nombrar a un Perito acreditado por el Ministerio Público, a fin de que realice las liquidaciones de los beneficios de ley a partir de la fecha de la sentencia, así como también todos los valores que se adjuntan al presente requerimiento mediante 73 fojas útiles y que corresponden a las facturas originales correspondientes a los pagos de las dos menores por concepto de gastos realizados por la madre por concepto de pensiones de educación escolar, mismos que ascienden a la suma de USD \$. 8.205,25, según detalle adjunto.

CITACIÓN: ...

Sírvase Señor Juez proveer conforme lo solicitado.

...

Según manifiesta la actora en su escrito: ... el padre de las menores NN y XX *única y exclusivamente ha venido depositando y cancelando las pensiones alimenticias mensuales acordadas, **sin que haya depositado los valores correspondientes a los beneficios de ley, ni los valores por concepto de educación, a partir del 2 de Agosto del año 2.010, fecha de la sentencia.*** (la cursiva nos corresponde)

Desconocemos la razón del **por qué la madre de las menores esperó dos años para exigir el pago de lo adeudado por el alimentante**, ya que lamentablemente la parte actora de este juicio, a través de su abogado manifestó no estar de acuerdo con que se le realice ninguna entrevista.

Pero el alimentante en la entrevista, manifiesta lo siguiente:

1. ENTREVISTADORA: ¿Cuénteme, el Mutuo Acuerdo suscrito conjuntamente con su esposa y validado ante el juez competente, se ha cumplido a cabalidad?

2. ENTREVISTADO: ... No, no se ha cumplido. No se cumplió porque en la parte pertinente referente a las pensiones que si fijaron de mutuo acuerdo, al final el señor Juez debió haber transcrito o haber respetado el mutuo acuerdo, sí, y me terminaron afectando con otros valores que no fueron parte del mutuo acuerdo.

3. ENTREVISTADORA: ¿Cuáles fueron los valores que no fueron parte del mutuo acuerdo?

Los gastos de educación. (Observa copia de la sentencia)...Y todos los gastos **que se requieran para su educación porque la educación ya está incluida dentro de la pensión.**

Pero el proceso tenía que continuar, así es como con el pedido realizado por la parte actora, el Señor Juez dispone mediante providencia de fecha 15 de noviembre del 2012, se practique el peritaje sobre la liquidación de lo adeudado por el obligado, para lo cual se designa como perito a la Contadora CC, a la cual se le concede un término de ocho días para la emisión de su informe:

15/11/2012 PROVIDENCIA GENERAL

Avoco conocimiento de la presente causa en mi calidad de Juez Temporal, según acción de personal N° 0000-DP-DPP de 20 de agosto del 2012. En lo principal, proveyendo el escrito presentado por la señora YY, nómbrase perito a la C. P. A. CC (Telf. 0999999999 / 2222222) a fin de que realice la liquidación de los valores adeudados por el señor ZZ, debiendo con juramento de ley, presentar su informe en el término de ocho días. Actúe la Secretaria Contratada por el Consejo de la Judicatura.- NOTIFÍQUESE

Acto seguido la perito contadora **presenta su informe el 30 de Enero del 2013**, conforme consta en el sistema de la página del Consejo de la Judicatura:

30/01/2013 INFORME PERICIAL

- 66 -
- 80 -
COSTA

SEÑOR JUEZ X X X X DE LO CIVIL DE PICHINCHA:

Contadora X X X , nombrada perito por su autoridad para liquidar las pensiones alimenticias adeudadas por el alimentante, con el juramento de ley emito el siguiente informe:

con el
Quito,

NRO DE JUICIO	029-2010-D.L.
TIPO DE JUICIO	DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO
ACTOR	X X X X X
DEMANDADO	X X X X X

BASE DE LA LIQUIDACIÓN

Mediante sentencia dictada y notificada el 02 de agosto del 2010 usted señor Juez dispone:

"...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA se acepta la demanda... debiendo el padre sufragar la pensión alimenticia mensual de quinientos dólares norteamericanos (\$500)... mas los beneficios de ley, pensiones y todos los gastos que se requieran para su educación..."

COMPETENCIA PARA LIQUIDAR

Mediante providencia que fue dictada y notificada el 15 de noviembre del 2012 usted señor Juez dispone:

... nombrose perito a la C. P. A. X X X X a fin de que realice la
trabaja a la liquidación de los valores adeudados por el señor X X X X ...

CASILLERO JUDICIAL

En caso de ser necesario señalo como mi casillero el Nro. para recibir notificaciones

LIQUIDACIÓN Y PARAMETROS PARA LA MISMA

1. La señora X X X X me ha manifestado que el alimentante señor X X X X adeuda solamente los gastos por educación de las niñas X X X X

GASTOS EDUCACION NIÑAS					
GASTOS DE MATRICULAS					
AÑO	BENEFICIARIO	CONCEPTO	NRO. DE COMPROBANTE	FECHA	VALOR
2010	X	MATRICULA	7009	8-jul-10	141,00
2010	X	MATRICULA	1037	3-sep-10	231,92
2010	X	MATRICULA	445	17-sep-10	425,00
2011	X	MATRICULA	304805	31-jul-11	71,25
2012	X	MATRICULA	2446	30-ago-12	150,00

2011	X	MATRICULA.	304776	31-jul-11	71,25
2012	X	MATRICULA.	2446	30-ago-12	150,00
2013	X	MATRICULA.	43601	4-ene-13	156,25
2013	X	MATRICULA.	43602	4-ene-13	153,75
GASTOS DE PENSIONES ESCOLARES					
AÑO	BENEFICIARIO	CONCEPTO	NRO. DE COMPROBANTE	FECHA	VALOR
2010	X	PENSIÓN OCTUBRE	54140	15-oct-10	138,00
2010	X	PENSIÓN NOVIEMBRE	5977	15-nov-10	175,00
2010	X	PENSIÓN DICIEMBRE	6444	15-dic-10	168,00
2011	X	PENSIÓN ENERO	6966	15-ene-11	168,00
2011	X	PENSIÓN FEBRERO	733	15-feb-11	168,00
2011	X	PENSIÓN MARZO	9112	15-mar-11	168,00
2011	X	PENSIÓN ABRIL	791	15-may-11	168,00
2011	X	PENSIÓN MAYO	8401	15-jun-11	168,00
2011	X	PENSIÓN JUNIO	8876	14-jun-11	168,00
2010	X	PENSIÓN NOVIEMBRE	469	9-nov-10	192,00
2010	X	PENSIÓN DICIEMBRE	499	3-dic-10	192,00
2011	X	PENSIÓN ENERO	SIN NUM.	3-ene-11	192,00
2011	X	PENSIÓN FEBRERO	SIN NUM.	2-feb-11	192,00
2011	X	PENSIÓN MARZO	SIN NUM.	3-mar-11	192,00
2011	X	PENSIÓN ABRIL	SIN NUM.	3-abr-11	192,00
2011	X	PENSIÓN MAYO	SIN NUM.	3-may-11	192,00
2011	X	PENSIÓN JUNIO	SIN NUM.	3-jun-11	192,00
2011	X	PENSIÓN SEPTIEMBRE	289965	8-sep-11	96,90
2011	X	PENSIÓN OCTUBRE	309162	3-oct-11	96,90
2011	X	PENSIÓN NOVIEMBRE	310243	7-nov-11	98,40
2011	X	PENSIÓN DICIEMBRE	311206	2-dic-11	96,90
2012	X	PENSIÓN ENERO	312094	3-ene-12	96,90
2012	X	PENSIÓN FEBRERO	313234	6-feb-12	96,90
2012	X	PENSIÓN MARZO	314010	1-mar-12	96,90

- 05 - octubres) año *revisado*

2012	X	PENSIÓN ABRIL	315075	8-abr-12	96,90
2012	X	PENSIÓN MAYO	315887	7-may-12	96,90
2012	X	PENSIÓN JUNIO	3165254	31-may-12	96,90
2011	X	PENSIÓN SEPTIEMBRE	289959	8-sep-11	96,90
2011	X	PENSIÓN OCTUBRE	309154	3-oct-11	96,90
2011	X	PENSIÓN NOVIEMBRE	310238	7-nov-11	98,40
2011	X	PENSIÓN DICIEMBRE	311200	2-dic-11	96,90
2012	X	PENSIÓN ENERO	312092	3-ene-12	96,90
2012	X	PENSIÓN FEBRERO	313226	6-feb-12	96,90
2012	X	PENSIÓN MARZO	314005	1-mar-12	96,90
2012	X	PENSIÓN ABRIL	315058	8-abr-12	96,90
2012	X	PENSIÓN MAYO	315879	7-may-12	96,90
2012	X	PENSIÓN JUNIO	316523	31-may-12	96,90
2012	X	PENSIÓN OCTUBRE	2564	2-oct-12	120,00
2012	X	PENSIÓN NOVIEMBRE Y DICIEMBRE	3165	23-ene-13	240,00
2013	X	PENSIÓN ENERO	43603	4-ene-13	188,40
2013	X	PENSIÓN ENERO	43604	4-ene-13	188,40
GASTOS TAREAS DIRIJIDAS					
AÑO	BENEFICIARIO	CONCEPTO	NRO. DE COMPROBANTE	FECHA	VALOR
2012	X	TAREAS DIRIJIDAS	288	30-ago-12	60,00
2012	X	TAREAS DIRIJIDAS	288	30-ago-12	60,00
GASTOS DE UTILES NESESARIOS PARA LA EDUCACION DE LAS NIÑAS					
AÑO	BENEFICIARIO	CONCEPTO	NRO. DE COMPROBANTE	FECHA	VALOR
2011	X	UTILES ESCOLARES	50522	10-ene-11	41,47
2011	X	MATERIALES ESCOLARES	4219	4-feb-11	3,09
2011	X	MATERIALES ESCOLARES	53557	4-feb-11	10,60
2011	X	MATERIALES ESCOLARES	4795	20-feb-11	11,56
2011	X	LISTA DE UTILES	24341	6-mar-11	22,02

2011	X	MATERIALES ESCOLARES	44400	17-mar-11	20,72
2010	X	LIBROS DE INLES	5696	30-ago-10	29,50
2010	X	LIBROS	9081	18-ago-10	6,99
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	111050	21-ago-10	14,76
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	119129	2-sep-10	3,67
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	21012	14-sep-10	167,30
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	3875	16-sep-10	16,76
2010	X	LIBROS	24984	16-sep-10	90,70
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	88823	17-sep-10	24,50
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	89115	18-sep-10	8,25
2010	X	LIBROS ESCOLARES	25032	17-sep-10	58,55
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	56498	17-oct-10	3,50
2010	X	MATERIALES ESCOLARES	248149	10-nov-10	70,35
2010	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	110095	10-nov-10	27,05
2010	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	81925	18-nov-10	8,30
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	106879	16-ene-12	10,49
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	106880	16-ene-12	4,75
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	65	22-ene-12	10,85
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	1198	25-ene-12	15,65
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	175321	5-feb-12	25,96
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	10165	9-feb-12	17,00
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	1291	25-feb-12	8,67
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	1956	20-mar-12	17,80
2012	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	2114	5-may-12	12,11
2012	NIÑAS	LIBROS ESCOLARES	259	1-sep-12	51,00
2012	NIÑAS	LISTA DE UTILES	18839	1-sep-12	187,04
2012	NIÑAS	LISTA DE UTILES	81547	1-sep-12	128,97

2012	NIÑAS	LISTA DE UTILES	52869	8-sep-12	75,38
2013	NIÑAS	LISTA DE UTILES	101539	4-ene-13	220,96
2013	NIÑAS	MATERIALES ESCOLARES	39981	6-ene-13	24,11
2013	NIÑAS	LIBRO DE INGLES	8088	7-ene-13	33,83
2013	NIÑAS	LIBROS ESCOLARES	8903	9-ene-13	25,15
2013	NIÑAS	LIBRO ESCOLAR	6694	10-ene-13	28,00
2013	NIÑAS	LIBROS ESCOLARES	4750	22-ene-13	226,89
GASTOS DE UNIFORMES					
AÑO	BENEFICIARIO	CONCEPTO	NRO. DE COMPROBANTE	FECHA	VALOR
2011	NIÑAS	MICHILAS	4089	16-ene-11	197,52
2012	NIÑAS	UNIFORMES	379	1-sep-12	476,00
2012	NIÑAS	ZAPATOS UNIFORME	124573	22-dic-12	199,94
2013	NIÑAS	MEDIAS UNIFORME	5743	5-ene-13	8,75
2013	NIÑAS	CALENTADORES DE UNIFORMES	5742	5-ene-13	106,00
2013	NIÑAS	UNIFORMES	5741	5-ene-13	184,35
2012	NIÑAS	MICHILAS Y LONCHERAS	23382	11-ene-12	159,50
2012	NIÑAS	CALENTADORES DE UNIFORMES	5809	18-ene-12	39,00
TOTAL GASTOS DE ECUCACION NIÑAS					10.508,53

C O N C L U S I Ó N

SON: DIEZ MIL QUINIENTOS OCHO DÓLARES CON 53/100 (\$10.508,53), valor que asciende la presente liquidación, en concepto de gastos escolares que adeuda el señor a favor de sus hijas menores de edad A ENERO DEL 2013, salvo su mejor criterio.

Con fecha 12 de marzo del 2013, las 15h15, la Judicatura corre traslado con el informe pericial a las partes procesales, providencia que en su parte textual dice:

12/03/2013 PROVIDENCIA GENERAL

... Con el informe pericial presentado por la perito Contadora Alexandra Cárdenas, córrase traslado a las partes procesales por el término de tres días.- NOTIFIQUESE.-

Conforme al procedimiento a seguir dentro de la causa, una vez presentado el informe por la perito contadora, las partes procesales pueden realizar observaciones al mismo, más sucede que el demandado no presenta ninguna observación al informe elaborado por la perito contadora, siendo así que , mediante providencia de fecha 22 de abril del 2013, el Juzgado se pronuncia de la siguiente manera:

22/04/2013 PROVIDENCIA GENERAL

... Por satisfecho el traslado y por cuanto no se han hecho observaciones al informe presentado por la perito CC, aprobándose la misma en todas y cada una de sus partes, se requiere al Sr. ZZ, para que en el término de veinticuatro horas, pague la suma de DIEZ MIL QUINIENTOS OCHO DÓLARES AMERICANOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (\$. 10.508,53) o dimita bienes equivalentes para el embargo. Notifíquese.

Queremos hacer dos acotaciones al respecto:

1.- En la providencia general le conceden al demandado el término de veinticuatro horas para que pague o dimita bienes; al realizar nuestra investigación, concurrimos a algunos Juzgados de la Niñez y Adolescencia, a fin de recopilar la información requerida nos percatamos de que la providencia general o mandamiento de ejecución, con la cual conminan al demandado a pagar; no es la misma en cada Judicatura, pues algunos consideran que al hacer constar en el texto de dicho auto: “pague la suma de ...o dimita bienes equivalentes para el embargo”, el proceso se dilata, ya que el demadado presenta bienes poco o nada interesantes para la ejecución del remate.

2.- En cambio hay otros juzgados que continúan exigiendo la dimisión de bienes, pues consideran que el mandamiento de ejecución es un título ejecutivo que bien puede cobrarse con el pago inmediato de la deuda o mediante la dimisión de bienes, ya que la idea es que el deudor de alguna manera cancele su deuda. Visto

desde ese punto de vista, es verdad que el auto de mandamiento de ejecución tiene todas las características de un título ejecutivo, pues contiene una deuda, el obligado a pagar la deuda y el beneficiario.

Sobre las discrepancias en las Judicaturas, creemos conveniente que se considere la unificación de criterios en cuanto a las providencias que emiten, ya que esta situación en la práctica da pie a una cadena de conflictos entre funcionarios, abogados y usuarios.

Continuando con nuestro análisis, según nos comenta el alimentante, en esos momento estaba en un estado de desesperación tal, que se vió en la obligación de realizar un requerimiento al Juzgado, mediante **escrito de fecha 29 de abril del 2013**, en el cual solicita se fije día y hora para audiencia formulación de pago, a fin de cumplir con su obligación, en referencia a este hecho, hay lo siguiente:

29/04/2013 Escrito

SEÑALE DIA Y HORA PARA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN

Parte textual del escrito presentado por la parte demandada, en donde solicita la audiencia para presentar un acuerdo de fórmula de pago

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA.

ZZ, dentro del juicio N° 000-2010 D.L.V., que sigue en mi contra YY, ante usted comparezco y manifiesto:

He sido notificado con el informe pericial en virtud de no contar con los recursos económicos en su totalidad, al tenor de lo establecido Art. 103 numeral 14 y Art. 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, dígnese fijar día y hora a fin de que tenga lugar la Audiencia para la formulación de pago.

...

Firmo conjuntamente con uno de mis abogados Defensores.

...

Antes de que se lleve a cabo la audiencia, la actora presenta un escrito con fecha viernes 13 de diciembre del 2013, a las once cuarenta y siete minutos, mediante el cual solicita el embargo de una embarcación, y la prohibición de salida del país del demandado. Nos permitimos transcribir textualmente dicho documento:

SEÑOR JUEZ DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE PICHINCHA:

YY en relación con el juicio No. 0000-2013 que se tramita contra ZZ, ante Usted, respetuosamente, comparezco y manifiesto:

1.- ANTECEDENTE:

Señor Juez, siguiendo vuestra sugerencia de que lleguemos a un acuerdo de voluntades a efectos de no profundizar en los problemas que afectan únicamente a mis hijas menores de edad NN y XX de 8 y 6 años de edad, respectivamente. Sin embargo, NO he tenido respuesta alguna del demandado ZZ, pese a los intentos que he realizado, al punto que ni el acuerdo de regulación de visitas ha aceptado firmar, bajo la consideración particular de que está ocupado trabajando. Este antecedente es de obligatoria cita, considerando mi predisposición a zanjar los problemas que hemos venido acarreado con el demandado, por su permanente actitud de serenidad con los problemas de nuestras hijas y crecimiento y desarrollo integral.

2.- MI PETICIÓN:

2.1. Adjunto la certificación extendida por la Capitanía Mayor ..., mediante la cual certifica *que la embarcación denominada, con número de matrícula P-04-00272, se encuentra registrada a nombre del señor ZZ con cédula de identidad 1111111111.*

2.2. Consta del proceso la providencia dictada el lunes 22 de abril de 2013, a las 14h04, mediante la cual dispone que el demandado en el término de 24 horas pague o dimita bienes que cubran el valor de la liquidación de DIEZ MIL QUINIENTOS OCHO DÓLARES AMERICANOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (USD. 10.508,53). Sin que posterior, a dicha notificación, el demandado haya cumplido con dicha obligación.

2.3 FUNDAMENTO DE DERECHO:

De conformidad con los Arts. Innumerados 20, 25, 30, 45 del Código de la Niñez y la Adolescencia, en concordancia con los Arts. 445 y más pertinentes del Código de Procedimiento Civil.

2.4 Solicito se sirva ordenar el EMBARGO del bien mueble descrito en el número en el número 2.1. de esta petición, para el efecto sírvase remitir atento oficio a la Capitanía Mayor de ..., para que se inscriba la orden del embargo.

2.5 Solicito e sirva ordenar la PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL PAÍS del Demandado ZZ con cédula de ciudadanía 1111111111.

...

Comparezco con mi abogado patrocinador debidamente autorizado.

f.....

f

Finalmente se lleva a cabo la audiencia programada, en donde el demandado presentó su fórmula de pago, la misma que fue aceptada por la parte actora. Según consta en el Acta de la Audiencia, dicho acuerdo fue suscrito de mutuo acuerdo por ambas partes, en tal virtud la petición de embargo realizada por la actora es negada por el señor juez.

19/02/2014 **AUDIENCIA CONFORME EL ART. 130 NUMERAL 11 COFJ**

AUDIENCIA DE CONFORMIDAD CON EL Art. 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial. CAUSA No. 0000-2013-MT NIÑO (a) - ADOLESCENTE: NN y XX. En la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, A LOS DIECINUEVE DIAS DEL MES DE FEBRERO DEL AÑO DOS MIL CATORCE, A LAS OCHO HORAS TREINTA Y NUEVE MINUTOS, ante el señor Juez (E) mediante acción de personal No. 0000- DP-DDP-2013, de fecha 20 de septiembre del 2013, e infrascrito Secretario encargado, mediante acción de personal No. 974-DP-DPP- de fecha 19 de febrero de 2014, siendo el día hora señalado comparecen: la actora señora YY, con cédula No. 4444444444, acompañada de su abogado defensor, con matrícula No. 0000 del Colegio de Abogados de Pichincha; y por otra parte el DEMANDADO señor ZZ, con cédula No. 1111111111, acompañado de su abogado defensor, con matrícula No. 17-2009-000 del Foro de Abogados, siendo el día y hora señalado se da inicio a la presente diligencia, el Juzgador procura la conciliación entre las partes CONCRETÁNDOSE LA MISMA, por lo que se concede el uso de la palabra a la parte demandada, quién a través de su abogado defensor dice: señor Juez, conforme se ha tratado en esta diligencia el monto de la deuda una vez restados los valores en común acuerdo asciende hasta el mes de febrero de 2014, a la suma de 15000,00 dólares, con el cual estoy de acuerdo y no tengo reclamo alguno que realizar, cantidad que de forma libre y voluntaria solicito pagarla de la siguiente forma: hasta el 1 de abril de 2014, cancelaré la suma de 10000,00 dólares mediante depósito en la cuenta que se abrirá para el efecto; el saldo restante, esto es, 5000,00 los cancelaré en siete cuotas mensuales de 714,28 dólares cada una, el primer pago será hasta los cinco primeros días del mes de mayo de 2014 hasta cancelar la totalidad del saldo referido.- SE CONCEDE LA PALABRA A LA PARTE ACTORA, QUIEN A TRAVES DE SU ABOGADO DICE: señor Juez, conforme se ha tratado en esta diligencia el monto de la deuda una vez restados los valores en común acuerdo asciende hasta el mes de febrero de 2014, a la suma de 15000,00 dólares, con el cual estoy de acuerdo y no tengo reclamo alguno que realizar, cantidad que de forma libre y voluntaria solicito sea pagada conforme la propuesta del demandado de la siguiente forma: hasta el 1 de abril de 2014, cancelará la suma de 10000,00 dólares mediante depósito en la cuenta que solicito se abra para el efecto; el saldo restante, esto es, 5000,00 dólares los cancelará en siete cuotas mensuales de 714,28 dólares cada una, el primer pago será hasta los cinco primeros días del mes de mayo de 2014 así mensualmente hasta cancelar la totalidad del saldo referido.- Este juzgado, de conformidad a lo establecido en el Art. 44 de la Constitución y en base a las múltiples Resoluciones emitidas por el Ex Tribunal Constitucional, hoy Corte Constitucional, de fecha 14 de agosto de 2008, RO. 403 - vinculantes para los Jueces del país - sobre las alternativas que dispone el Juzgador previo a ordenar el apremio o instrumentar la libertad del demandado, reivindicando el PRINCIPIO PRO-LIBERTATE, RESUELVE : aprobar el presente acuerdo de fórmula de pago que consiste en lo siguiente: conforme se ha tratado en esta diligencia el monto de la deuda una vez restados los valores en común acuerdo de las partes hasta el mes de febrero de 2014 asciende a la suma de 15000,00 dólares, mismo que es aprobado, sin que se acepten reclamos posteriores en torno al mismo, que será pagado por el demandado ZZ de la siguiente forma: hasta el 1 de abril de 2014, cancelará la suma de 10000,00 dólares mediante depósito en la cuenta que se abrirá para el efecto; el saldo restante, esto es, 5000,00 dólares los cancelará en siete cuotas mensuales de 714,28 dólares cada una, el primer pago será hasta los cinco primeros días del mes de mayo de 2014 hasta cancelar la totalidad del saldo referido; sin perjuicio se seguir cancelando la pensión alimenticia ya fijada dentro de

la presente causa; estos pagos se realizarán en la cuenta del banco de Guayaquil que se abrirá a nombre de la actora para el efecto; en caso de incumplimiento o atraso de la presente fórmula de pago el mismo quedará sin efecto y se liquidará la totalidad de la deuda, bajo las prevenciones del Art. Innumerado 22 del Código Orgánico de la Ley reformativa al Código de la Niñez y Adolescencia; remítase el proceso a la pagaduría a fin de que se registre el presente acuerdo y se aperture la cuenta.- En torno a la medida de embargo solicitada por la actora no ha lugar en base al presente acuerdo.- Quedan notificadas las partes en este mismo acto.- Con lo que termina la presente diligencia firmando para constancia, los comparecientes, abogados, en unidad de acto con el señor Juez e infrascrito secretario que CERTIFICA.- DR. JUEZ DE LA FAMILIA (E) ACTORA ABOGADO DEMANDADA ABOGADO SECRETARIO

En referencia a este hecho el alimentante manifiesta lo siguiente:

1. ENTREVISTADORA: No le explicaron las consecuencias de hacer la petición para presentar la fórmula de pago?

2. ENTREVISTADO:...En esa Audiencia (según el Art. 130 numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial), me iba a acompañar un amigo, que es abogado, lamentablemente él no pudo asistirme, dadas a mis condiciones económicas, él no pudo asistirme y envió a un amigo de él, que yo la verdad no lo conocía, entonces, siempre yo hago, tengo que la verdad es la verdad, entonces acudí, comparecí a esa audiencia, justamente dos días atrás había habido una audiencia para una salida del país de mis hijas, que yo nunca he negado pero me vi obligado a negarle, porque yo quería que una autoridad me escuche, de ahí hubo una conciliación ahí,... yo ya había presentado un poco de documentos, como dijo el juez esto se va para largo, entonces, ella cogió un número telefónico, me dice toma llámales a las nenas, que no sé qué, hubo una aparente, como puedo explicar, una aparente conciliación, un aparente ok; yo accedí, firmé, voluntariamente les di a mis hijas, esperando que a los dos días, ella también tenga lo mismo, porque en honor a una verdad, sin embargo no fue así, ella lo que hizo fue complicarme más la vida, ella no habla nunca en la audiencia, el que se limita a hablar es el abogado de ella, y lamentablemente al final, el juez tuvo unas palabras que me dijo sabe que, trate de arreglar, porque lo que le imponga yo, puede ser más fuerte, entonces yo me vi presionado y no tuve un profesional que realmente me diga, sabes que, no te va a pasar nada, no firmes, salte o algo, simplemente me dijo sí, no hay que hacer nada, sabe que, firme. ...Entonces luego de eso, yo tuve que buscar otro abogado, conseguí un abogado por un familiar de la otra parte mismo,... entonces vino en mi defensa, y ahora el abogado dice que vamos a luchar, y que no vamos a descansar porque es una injusticia lo que se está cometiendo conmigo. Yo he acudido a los centros de comunicación, estoy tratando de buscar ayuda también, que se siente un precedente, no necesito salir yo en la televisión, pero si me gustaría que se haga mucha justicia, a dónde voy a parar yo?, es mi pregunta, si estoy limitado trabajar, no puedo entrar a mi trabajo, no puedo coordinar las cosas, porque tengo una orden de apremio!, a pesar de todo esto, yo he prestado (pedir fiado) dinero, estoy comprobando y demostrando con documentos que trato de pagar mi pensión alimenticia, ahora resulta que tampoco tengo derecho a una rebaja de pensión hasta que no pague un dinero, ósea a dónde voy, a dónde va un padre o una madre que está en esta situación!.

En líneas anteriores, habíamos hecho mención al vicio de incongruencia por extra petita que dio origen a una deuda por gastos de educación que con el pasar del tiempo ascendió a la cantidad de USD. \$23.770 dólares americanos aproximadamente, valor que un inicio no estaba estipulado en el mutuo acuerdo firmado por las partes procesales, pero que dentro del Acta de la Audiencia de formulación de pago, ya adquiere el carácter de obligatorio, puesto que en este momento procesal el obligado libre y voluntariamente asume dicha deuda, y ofrece pagar en cuotas y fechas diferentes hasta cubrir la totalidad de la deuda.

Para el Dr. Juan Larrea Holguín ...“No existe una definición legal de los alimentos en nuestro sistema jurídico, pero su concepto se desprende claramente de las disposiciones del Código Civil en el título XV del libro I, cuyo epígrafe dice así, De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas se describen a las personas que tienen derecho a recibir alimentos de cuantas clases sean estos, cuáles son sus caracteres, como se reclaman, en qué forma se garantizan, cuando se exigen, y **finalmente se hace referencia a los alimentos cuya obligatoriedad no derivan directamente de la ley sino de la voluntad de la persona**, de todo esto se desprende que los alimentos legales son el auxilio de carácter económico que unas personas están obligadas a dar a otras necesitadas, para que cubran las principales exigencias de la vida”⁴³ (las negrillas nos corresponden).

Ciertamente la voluntad es trascendental en cuanto a obligaciones respecta, pero en el caso que estudiamos esta “voluntad” puede ser el resultado de una mala asesoría legal, entonces también estaríamos hablando de una **mala practica profesional**.

Se ha puesto de moda hablar de la mala practica médica, pero qué hay de la mala practica profesional de algunos colegas abogados?; si la mala practica médica ocasiona la muerte de la persona, la mala practica profesional de los abogados no esta lejos de ello, ya que al deudor de pensiones alimenticias se le arrebató el derecho más preciado del ser humano **-la libertad-**, adicionalmente si tiene un bien para embargar y rematar, se queda sin patrimonio; se lo incorpora como deudor moroso en Registrado de deudores del Consejo de la Judicatura, dicho listado tambien se registra en la Central de Riesgos, estas y otras inhabilidades, **matan socialmente al obligado**. Hacemos mención a este tema porque en este caso observamos con mucha sorpresa que el obligado firmó una sentencia totalmente diferente al acuerdo al que él se comprometió, no impugnó el informe presentado por la perito contadora, aceptó la deuda por concepto de gastos de educación y presentó fórmula de pago; se podría decir que se obligó a pagar una deuda que en la resolución se vició de ilegal e inconstitucional, todo esto sucedió pese a haber tenido un abogado defensor. Nuestro comentario tiene la

43. LARREA HOLGUÍN Juan, DICCIONARIO DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, pág. 29

mejor intención de hacer una reflexión a aquellos profesionales poco comprometidos con sus clientes, quienes depositan su total confianza en el profesional del derecho para tener una asesoría de calidad, una defensa de calidad y sobretodo un servicio de calidad.

Continuando con nuestro estudio de caso, tenemos que, de la revisión del proceso consta una actualización de la deuda remitida por la Oficina de Pagaduría, con fecha **18 de marzo del 2014**; desafortunadamente en la actualidad la cantidad real es de \$23.770 dólares americanos aproximadamente:

PAGADURÍA DE LOS JUZGADOS DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTÓN QUITO

Quito, 18 de marzo de 2014

Doctor
JUEZ DEL JUZGADO DE LA FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DEL CANTON QUITO
Presente;

Dando cumplimiento a lo ordenado en Auto del 19 de febrero del 2014, al as 08h39, de la causa **N° 00-2013, tarjeta N° 00-2013**, se informa, que se ha ingresado en el sistema de la Pagaduría el acuerdo de pago sobre el saldo a febrero 2014 de \$15.000,00; además se informa que se asigna a esta causa el número de cuenta **Bancod eG uayaquil 1000-00000** que se encuentra a nombre de la actora.

a. Adjunto al presente, el instructivo con el cual se deberá proceder para el pago de pensiones alimenticias y sean estas por transferencias, cheques o dinero en efectivo.

b. El valor actual de la pensión considerando el auto del 02 de agosto del 2010 es de **582,57** (incluye los incrementos de los años 2011, 2012, 2013 y 2014)

ALIMENTANTE: ZZ
ACTORA: YY
MENOR/ES: NN, XX

Se comunica para los fines de ley

Atentamente;

.....
ASISTENTE ADMINISTRATIVO 1

Con esta actualización del informe sobre la deuda a cargo del alimentante, con fecha 19 de marzo 2014, se pone en conocimiento de las partes procesales, a fin de que realicen las respectivas observaciones. A continuación la providencia en mención:

19/03/2014 PROVIDENCIA GENERAL

Agréguese al proceso el informe de pagaduría que antecede.- En lo principal el informe presentado por la señora recaudadora, se pone en conocimiento de las partes el informe emitido por pagaduría, por el término de 72 horas para que hagan sus observaciones y se pronuncie al respecto.- Interviene el doctor Secretario Encargado del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia mediante acción de personal No. 1111-DP - DPP de 25 de febrero del año 2014.- NOTIFÍQUESE

Luego con fecha 25 de abril de 2014, el Juez que avoca conocimiento de la causa, dispone mediante auto general que el demandado realice los pagos de las pensiones alimenticias en la tarjeta kardex asignada, y no en la cuenta personal de la actora, advirtiéndole que, de continuar depositando en dicha cuenta personal, no se tomaran en cuenta dichos pagos.

25/04/2014 GENERAL

VISTOS: Doctor ..., en calidad de Juez del Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, provincia de Pichincha con Acción de Personal No. 0000- DNTH-SBS, DEL 10 de abril del 2014, la misma que rige desde el 15 de abril del 2014.- Avoco conocimiento de la presente causa.- Agréguese al proceso los escritos e informe de pagaduría que antecede.- En lo principal el pedido de revocatoria se niega por improcedente bajo los siguientes preceptos: 1.- Revisados los autos se desprende que en sentencia de divorcio de fecha 2 de agosto del 2010, las 08h30, se fija la pensión alimenticia en la cantidad de U.S.\$ 500,00 para dos menores, valor que deberá ser depositado en la cuenta de Ahorros del Banco Pichincha No. 2222222222, conforme se desprende del documento de transferencia (que obra a fs. 144) de fecha 25/03/2014, fueron realizadas por concepto de pago de pensiones alimenticias correspondientes a Marzo, Abril y Mayo del 2014, toda vez que en Acta de Audiencia de Comparecencia de fecha 19 de febrero del 2014, las 08h39 las partes acuerdan que el valor total de lo adeudado hasta el mes de febrero del 2014 asciende la suma de U.S.\$ 15.000,00, es decir los valores transferidos fueron actualizados en la tarjeta kardex asignada a esta causa.- 2.- El demandado deberá realizar los pago por pensiones alimenticia en la TARJETA KARDEX NO. 00000 DEL BANCO DE GUAYAQUIL, se le previene al demanda de seguir realizando los pagos de las pensiones alimenticias en la cuenta personal de la actora, no serán tomados en consideración en lo posterior.- 3.- Previo a proveer lo que en derecho corresponda respecto a lo solicitado por la actora en su escrito de fecha 7 de abril del 2014, las 16h53, se dispone presente una certificación de propiedad del bien actualizada.- 4.- Respecto a lo solicitado por el demandado en su escrito del 15 de abril del 2014, las 13h29, se corre traslado a la parte actora a fin que haga sus observaciones y se pronuncie al respecto en el término de 72 horas.- ... Para efectos de la citación la parte interesada proporcione copias suficientes.- Tómese en cuenta el casillero judicial No. 3333, mail:@hotmail.com; señalado por el actor para recibir sus notificaciones, al designación y autorización dada a su abogada defensora. Se hace saber a su anterior abogado defensor que ha sido sustituido en la defensa de la presente causa.- Interviene el doctor en calidad de Secretario Encargado del Juzgado de la Niñez y la Adolescencia mediante acción de personal No. 1124-DP - DPP de 25 de febrero del año 2014.- NOTIFÍQUESE Y CÍTESE

Es loable, que el administrador de justicia privilegie los derechos del menor exigiendo que el demandado cancele las pensiones alimenticias, pero también es de vital importancia que se viabilicen los pagos, sin impedir su pago y embarazar su cobro con disposiciones como ...“se le previene al demandado que de seguir realizando los pagos de las pensiones alimenticias en la cuenta personal de la actora, no serán tomados en consideración en lo posterior.- ...” (texto tomado de la providencia general).

El tiempo sigue transcurriendo, y en perjuicio del alimentante el valor adeudado por concepto de gastos de educación también va aumentando. Es así, como la mencionada Judicatura, con fecha **24 de junio de 2014**, dispone mediante Auto de Mandamiento de Ejecución que el demandado pague en el término de 48 horas la cantidad de \$. 16.034,45 (DIECISEIS MIL TREINTA Y CUATRO CON 45/100 DÓLARES AMERICANOS). A continuación copia textual del auto en mención:

24/06/2014 MANDAMIENTO DE EJECUCION

VISTOS: Agréguese al proceso los escritos que antecede.- En lo principal ante la aceptación de la liquidación por la parte actora, revisados los autos el demandado no ha justificado haber realizado pago alguno de pensiones alimenticias adeudadas, en este sentido el demandado ZZ, se encuentra en mora de las pensiones alimenticias, quien deberá cancelar en el término de 48 horas, de no dar cumplimiento el Juzgado de conformidad con el Art. innumerado 22 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ordenará el apremio personal del señor ZZ, quien adeuda la cantidad de U.S.\$ 16.034,45 (DIECISEIS MIL TREINTA Y CUATRO CON 45/100 DÓLARES AMERICANOS).- ... Interviene el Secretario Encargado del Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón Quito, mediante acción de personal No. 0001 -DP - DPP del 9 de junio del año 2014.-NOTIFÍQUESE

De los recaudos procesales se desprende que el demandado presenta varios escritos a través de su abogado, solicitando revocatoria, y adicionalmente presenta fórmulas pago, para no ir a prisión por falta de pago de la deuda adquirida en sentencia por vicio de extra petita.

Sobre esto, él mismo nos cuenta en sus propias palabras, lo siguiente:

1. ENTREVISTADORA: Sus abogados le han dicho algo respecto al tema, qué posibilidades tiene?

2. ENTREVISTADO: Sí,...estábamos buscando nuevamente una fórmula, porque lamentablemente yo firmé un documento que nunca debí haber firmado de un acuerdo de pago, un abogado me decía que teníamos que tratar de llegar a un acuerdo de pago para que yo tenga más espacio, pero un acuerdo de pago en base a mi realidad económica. Se presentaron en ese oficio al Juzgado e incluso, aparte yo me movilizaba también, por pequeñas amistades trataba de llegar a donde ella a través del papá. Inclusive, ofrecía un terre-

no que mi madre me regaló cuando yo era soltero y todo, se lo ponía, y que me deje tranquilo, no; y, que yo pueda tener mi libertad, entonces, parece que querían más dinero, entonces eso era mi situación, inclusive el único bien con el cual yo actualmente estoy trabajando, o trato de trabajar, porque ni siquiera ya puedo llegar a donde está, querían ellos que embargaran, al final la jueza negó, pero mi situación continúa, y pasaron unos días, hasta que mi abogado me dice, el abogado que me está haciendo la defensa me dice que yo no voy a pagar un centavo, y me dio una luz, una esperanza, entonces eso fue un viernes tarde, acudí a una reunión un lunes, nos reunimos fuera porque yo tengo orden de apremio, no puedo estar por todos lados, él se había reunido, se encontró con un compañero de más edad y parece de más experiencia –abogado-, y él estudió mi caso, y me dijo exactamente lo que me habían hecho, y que yo no tenían por qué pagar un centavo, entonces desde allí hay una luz que tengo adentro en mi interior, y que me dicen que apelaron a la Corte, que ahí se va a disolver eso, pero nada más, pero todavía no termina de solucionarse, y mi cuenta sigue acrecentándose.

Una vez emitida la disposición de pago inmediato, y al no haber dado cumplimiento el alimentante, por más fórmulas de pago que presentare (lo cual solo dilataría el proceso), la emisión de la **Orden de Apremio Personal** era inevitable, así es como, con fecha **03 de julio de 2014**, el Juzgado ordena lo siguiente:

03/07/2014 APREMIO

VISTOS: En lo principal atendiendo lo solicitado por la actora, previa la razón de la oficina de pagaduría y ante la aceptación de la liquidación por parte de la actora, revisados los autos el demandado no ha justificado haber realizado pago alguno de pensiones alimenticias adeudadas, en este sentido el demandado señor ZZ, se encuentra en mora de las pensiones alimenticias, este Juzgado al no dar cumplimiento de conformidad con el Art. innumerado 22 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia ordena el apremio personal del señor ZZ, quien adeuda la cantidad de U.S.\$ 16.034,45 (DIECISEIS MIL TREINTA Y CUATRO CON 45/100 DÓLARES AMERICANOS).- Ejecutoriado el presente auto se girará la correspondiente boleta de apremio a fin de que sea detenido y trasladado al Centro de Detención Provisional, lugar donde permanecerá hasta por treinta días, sin perjuicio de que pueda recuperar su libertad al momento que cancele ésta obligación. La actora deberá proporcionar la copia de la cédula de ciudadanía o los datos como son el número de cédula y la edad del demandado previo a la entrega de la misma, documento requerido para el correspondiente envío al sistema de deudores. En caso de incumplimiento de lo adeudado, se oficiará a la Superintendencia de Bancos y Seguros para la incorporación del deudor en el Sistema de Registro de deudores, de conformidad con lo que dispone el inciso segundo del Artículo Innumerado 20 de la Ley Reformativa al Título V. Libro Segundo del Código de la Niñez y Adolescencia Se le conmina a la accionante acercarse a ésta judicatura a fin que se realice el trámite para la correspondiente emisión de la boleta de apremio, una vez que se encuentre ejecutoriado el auto.- A fin de salvaguardar el interés superior de los alimentarios, de conformidad a lo determinado en el Art. Innumerado 26 de la Ley Reformativa del Código

de la Niñez y Adolescencia, y en mérito a la copia Notariada del Certificado de Historia de Dominio, emitido por la Capitanía Mayor, Registro de inscripción, se ordena la PROHIBICIÓN DE ENAJENAR de la embarcación denominada LOS REYES, con Matricula P-04-00200, que se encuentra registrada a nombre del señor ZZ, con cédula de identidad No. 111111111, embarcación adquiridas con el nombre de PALOMO, mediante ADJUDICACIÓN que hizo el CONSEJO NACIONAL DE SUSTANCIA ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS DE CONSEP, registrada en ésta la Capitanía el 4 de agosto del 2008.- Oficiese en este sentido a la CAPITANÍA MAYOR, haciéndole conocer sobre esta prohibición de enajenar.- Interviene el Secretario Encargado del Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón, mediante acción de personal No. 3000 -DP - DPP del 9 de junio del año 2014.-NOTIFÍQUESE

1. ENTREVISTADORA: Conoce usted sobre el Apremio Personal, si (x) no (), en sus propias palabras cómo lo definiría?

2. ENTREVISTADO: En mis propias palabras, en mi vida he estado yo en denuncias o algo, para mí fue algo, y sigue siendo porque no puedo salir, siento que si estoy en la calle que si salgo, pienso que ya me van a detener, y que voy a ser trasladado a un Centro de Detención, porque tengo conocimiento que si uno no paga son treinta días, sí. Entonces, lamentablemente uno se quiebra, lamentablemente uno no puede coordinar sus ideas, si uno por lo más que quiera se trata de conciliar una tranquilidad, y enfrentar las cosas, pero de pronto se viene todo, es bien complicado, al punto de que uno no puede ni trabajar, para poder cubrir inclusive hasta para poder cubrir la misma alimentación, sí.

Cuando el alimentante expresa su malestar ante la medida coercitiva, expresa en su rostro angustia y preocupación, mientras toma entre sus manos un portafolio lleno de documentos concernientes al juicio de alimentos.; y, al respecto de su experiencia nos manifiesta lo siguiente:

• **ENTREVISTADORA: Desde su experiencia, que le ha significado en su vida personal la medida coercitiva del Apremio Personal?**

• **ENTREVISTADO:** Qué significó en mi vida, la perdida de mi libertad, la perdida de trabajar, la perdida, de mucho más, no puedo ni visitar a mis hijas, no puedo ver, no llamo, prefiero, prefiero mantenerme en la clandestinidad. Qué más puedo hacer, esperando que alguien dé una luz, esperando que alguien soluciones el problema del que lamentablemente estoy siendo víctima del error, no sé del error de un juez, o de la venganza de una persona que esta falta de sus principios.

De lo manifestado por el alimentante, debido al impago de su deuda no ha podido ver a sus hijas, como tampoco ha podido llevar una vida normal. Difícilmente, ha podido trabajar para obtener los recursos económi-

cos para tratar de pagar las pensiones alimenticias, esto debido a la Orden de Apremio Personal en su contra.

A continuación nos permitimos transcribir la parte pertinente del **auto general** de **fecha 12 de noviembre de 2014**, en donde el señor recaudador presenta el informe actualizado del valor que adeuda el alimentante:

12/11/2014 AUTO GENERAL

VISTOS: Agréguese al proceso los escritos e informe de pagaduría que antecede. En lo principal respecto a lo solicitado por las partes procesales hay lo siguiente: 1.-) Una vez que el demandado ha dado contestación al traslado inmediato anterior, lo solicitado por la actora se niega por improcedente, las partes estén a lo dispuesto en el auto inmediato anterior y presente.- 2.-) Previo a proveer lo que en derecho corresponda respecto a lo solicitado por la actora en el numeral 2 de su escrito. Se pone en conocimiento el informe presentado por el señor recaudador y la razón sentada por el señor Secretario de éste Juzgado, en el sentido de que el demandado se encuentra en mora del pago de las pensiones adeudadas, se pone en conocimiento de las partes por el término de 72 horas para que hagan sus observaciones al informe. Del informe se desprende que el demandado señor ZZ, adeuda la cantidad de U.S.\$ 23.770,40 (VEINTE Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA CON 40/100 DÓLARES AMERICANOS).- ... Interviene la... Secretaria del Juzgado de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del Cantón.- NOTIFÍQUESE

Según la información que consta en el sistema SATJE de la Función Judicial, el alimentante tiene una deuda de aproximadamente \$23.770 dólares americanos, deuda que no ha podido saldar, ya que inclusive su causa se encuentra en la Corte Provincial, por un recurso de apelación presentado por él, a fin de que su caso se revise, y según él manifiesta se haga justicia.

Con todo lo manifestado por el alimentante en cuanto a las duras experiencias que le tocó vivir, también nos habló acerca de sus esfuerzos por ver a sus hijas, y del por qué actualmente no mantiene comunicación con ellas. Para ello, exponemos textualmente las palabras del alimentante:

ENTREVISTADORA: Actualmente, cómo es su relación con su ex esposa, y con sus hijas?

ENTREVISTADO: Yo no mantengo ninguna relación con ellos, yo desde el divorcio, desde la separación, yo aproximadamente dos años tres años, siempre estuve luchando por visitarlas por verlas mediante mensajes, vía email, mensaje a los celulares, pero nunca he tenido una respuesta, hasta el punto de que luego fui acusado ante la comisaría de muchas cosas como pueden ver en los documentos, y de ahí un abogado me dijeron que dejara momentáneamente de

hacerlo hasta resolver muchas cosas, porque inclusive he sido acusado de intento de violación, de violación, de agresión en los colegios, de agredir a profesores, y etc, etc, como usted lo puede ver en los papeles.

ENTREVISTADORA: El tema del intento de violación fue registrado con alguna demanda, algún escrito?

ENTREVISTADO: Referente al tema de violación, yo nunca supe nada, solamente fue un domingo que me dijo que fuera a ver a mis hijas, yo iba a ver a mis hijas, oh sorpresa!, el rato que llego no pude salir con mis dos hijas sino que solamente me dio a una, porque decía que mi otra hija no quería salir, entonces salí con mi hija XX, la menor, fue la primera y única vez, salí, estuvimos en el vulcano park, pasamos ahí el medio día, jugamos, luego bajamos a la carolina, sí, y ya nos hizo tarde y la fui a dejar, porque inclusive estaba sola con ella no, y eso pasó, todo bien. De ahí hubo una acusación de intento de violación que yo nunca la supe, yo me enteré fue, porque han presentado documentos en el Colegio Borja 3, entonces ya anteriormente habían cambiado nuevamente de colegio a mis hijas. Entonces yo me enteré que estaban ahí, acudí, como yo no tenía una comunicación con ella, ella nunca me dejaba ver a mis hijas. Por recomendación de la psicóloga, me dijo Fabián deja de hacer eso, anda a ver a tus hijas al Borja 3 todos los días, y empecé todos los días, y eso lo hice durante un año escolar, todos los días estaba a las doce del día, a la hora de salida, las veía solamente del aula cinco minutos y se iban, sí. Muy bien con mis hijas, con ella así no, procuraba mantener la distancia, entonces yo hice por eso. Entonces que pasa, pasaron tres meses que yo iba a ver a mis hijas, ya me ubicaban ciertos profesores, hasta que la psicóloga del colegio me cogió a parte un día y me dijo, papito me dice, yo necesito una reunión con usted a solas, le dije que por supuesto, me dieron el teléfono, le di, ok me llamaron, hicimos una cita yo acudí al colegio a una reunión con ella, con la psicóloga, en donde la psicóloga me dijo que yo había sido objeto de observación durante tres o cuatro meses, Entonces yo dije, perfecto, porque mi ex esposa había presentado documentos allí e inclusive, había pedido ayuda donde ella para que a mí me cierren las puertas y no me permitan entrar al colegio, y en vista que con ella no pudo conseguir nada, ella le remitió al rector, que tampoco le dijo, que no podía hacer eso, entonces, pero eso fue el inicio para que ellos se enteren, y yo he estado siendo objeto de observación porque inclusive luego de unos días, ella presentó un documento, dos documentos perdón, dos documentos, el uno donde presenta la resolución de mi divorcio, no presenta el mutuo acuerdo, solamente presenta la hoja que emite el juez, donde cometen el error y hacen creer de que yo estoy impago en mis pensiones alimenticias, presentó solo esa parte pertinente, y presentó una hoja donde se decía que yo había intentado o una presunta violación, entonces, eso había transcurrido ya tres o cuatro meses y la psicóloga me llamó, y fue ella quien me pone en alerta de todo, por eso me dijo que me cuidara. Que allí en el colegio quedaba la carpeta y que se habían dado cuenta que el problema no era yo, el problema era mi ex esposa y que tenía mucho problemas psicológicos porque ya había tenido problemas con

otras profesoras, sí; y que llegaba a gritarles, justamente eso, entonces abogada, allí fue donde yo me enteré, inclusive posteriormente, pude tener vía telefónica un acceso una comunicación con la hermana, y la hermana me dijo que totalmente de acuerdo que eso era un error y que ella nunca me iba a demandar, pero yo empecé a luchar ahí. Ahí fue que vino mi primera, me enteré de eso, luego a los siguientes meses, terminó el año escolar, las cambió a otro colegio “Unidad Educativa Las Américas del Valle, en el Valle y viviendo en el parque de los recuerdos. Yo iba al “Borja 3”, empezó el nuevo año de clases, iba al “Borja 3” todos los días, no encontraba a mis hijas, no encontraba, le mensajaba a ella al celular vía e-mail, decía por favor quiero ver a mis hijas, por favor donde están, que pasó, entonces yo fui al “Borja 3” en el nuevo período, cuatro o cinco días me paraba no las veía, pregunté, ya entre al colegio pregunté, y me dijeron que ya mis hijas habían sido cambiadas de colegio; empecé a mensajearles a ellas para preguntarles en donde las había puesto, en donde las había puesto, y nunca tuve una respuesta. Hasta que un día tomé la decisión y me fui a las cinco y media de la mañana, a pararme afuera en un taxi, de la casa del domicilio de ella, sí. Dieron las seis y cuarto de la mañana y la vi que salió ya en el carro, en el auto de ella con mis dos hijas, desde el parque de los recuerdos hasta el valle de San Rafael, en la autopista General Rumiñahui, a la altura aproximadamente del puente ocho, ya para bajar al triángulo en la “Unidad Américas del Valle”, vi que ella ingreso con mis hijas ahí, yo en un taxi atrás, le dije que no ingresara, y me retorné a Quito a mi casa, vine me cambié de ropa, fui a mi trabajo, hice unas cosas, y salí a la altura más o menos de las diez de la mañana al colegio, me presenté en este colegio, hablé con la coordinadora, la señora coordinadora, le comenté que sí, si, estaban mis hijas allí todo, entonces conversamos y a aproximadamente once de la mañana, la coordinadora le llamó a Lucía a comentarle de que yo estaba ahí, y la tenía en alta voz, en ese momento ella reventó de iras, le dijo que no me permita ver a mí a mis hijas, que me saque del colegio, y que no se haga nada sin autorización de ella, ósea estaba muy, muy, bueno, muy efusiva, no sé cómo decir, muy acalorada; entonces cerraron la línea telefónica y yo me quedé allí conversando con la coordinadora, me atiende muy amable y seguimos la conversación, desde que cerraron la llamada, transcurrieron unos cuatro minutos o cinco minutos, y la coordinadora recibe una llamada, entonces era ella mismo, diciéndole que me permita ver a mis hijas, porque mis hijas estaban allí y se quedaban hasta las cuatro de la tarde, ahí mismo comían y hacían estudios dirigidos, entonces le dijo que me deje ver a mis hijas, y que me permita el almuerzo con ellas, ...ok, así lo hice. Almorcé con mis hijas, asimismo en compañía de ella, de vigilancia de ellos, compartimos, luego mis hijas tuvieron que retornar a clases dirigidas y yo continué la conversación con la coordinadora, luego volvió a llamar ella, le dijo que me dijera que no me fuera que yo le esperara allí, vino ella, muy otra vez acelerada, tratándome de irresponsable y de tantas cosas, sí, y que yo no vea a mis hijas, ok, está muy bien, se terminó la conversación porque no se pudo continuar más, me retiré y oh sorpresa!, al cabo de los tres, unos cinco o seis días me llegan a la casa una citación de una demanda ante la comisaría que me demandaron por agresión a un profesor, entonces pasaron los días, yo acudí a la comisaría, me presenté, llegó un abogado que ha sido el abogado de ella, yo estaba con mi abogado de la Fundación Papá por siempre, entonces me dijo, bueno se identificó que éramos nosotros, y me

mando a decir que de parte de ella, que ella no quería pelear conmigo, que quedáramos ahí, que ella me iba a retirar la demanda, a cambio de yo no diga nada, entonces yo le dije que no le aceptaba, y que si ella me acuso a mí de algo tenía que comprobarlo. Entonces el abogado de ella me dijo que si yo no aceptaba que ella me retire la demanda, me iban a acusar por alimentos a mí, me iban a demandar por alimentos, y mire a donde vino mi situación.

Se ventiló todo esto en la comisaría durante más de un año, a ella le retiraron las medidas de amparo, le declararon una persona confesa, le mandaron a psicólogos, creo que nunca ha acudido, cuando salió eso, esa resolución de la comisaría, después de unos catorce, quince días, ella intenta nuevamente en la comisaría mediante documentos ponerme otra denuncia, aquí está acusándome de secuestro, acusándome de muchas cosas, que aquí están en los documentos, lo cual no fue, esa denuncia no fue calificada por la comisaria la doctora. Y eso me hicieron saber y me dijeron que por favor me cuide, sí, yo inmediatamente cuando vi estos documentos, sí, yo ya estaba en el Centro “Las Tres Manuelas”, donde le habían enviado a ella para exámenes psicológicos, y yo pedí que me hagan los exámenes por voluntad propia y me los han estado realizando. Yo esto lo comenté con la psicóloga de Las Tres Manuelas y con ayuda de ellos, como allí también existe el departamento de la fiscalía inmediatamente pusimos la denuncia en la fiscalía de lo que se me estaba a mí acusando por intento de secuestro, sí, y aquí está la documentación... Ella decía que mis hijas iban a ser secuestradas y envenenadas y pedía boleta de auxilio para ella y para la rectora una monja Marta Gallo, del Colegio Saint Dominic, que yo ni siquiera porque otra vez mis hijas habían sido cambiadas de colegio, retrocediendo un poco más atrás, del colegio anterior, yo posteriormente de todo esto, yo acudí cuando mis hijas no estaban ahí, nuevamente esa unidad, hablé con la coordinadora y le comenté de mis hijas, y me dijo que mis hijas ya no estaban tampoco ahí, que habían sido retiradas, entonces le pregunté por qué, y lo único que me dijo, a mí la señora, que se deje de cosas... sus hijas son muy bien, me dice, ella tuvo problema aquí con la dueña, sí, y que no lo meta a usted. Ella tuvo un problema personal aquí con la dueña, por eso las retiró a las niñas, obviamente que yo no sé qué pasó abogada, el problema no lo sé, por eso me dijo, si a mí me sigue metiendo ella, yo voy a decir por qué fueron a retirar a las niñas de aquí, por el problema que tuvo ella aquí, porque es muy grosera. Y de ahí, exactamente no supe más, no sé, no sé, cual fue el problema o el inconveniente que tendría ella, ahí en el colegio. Y eso pasó también en el Borja 3, que las retiró a mis hijas, sé que tuvo inconvenientes con la psicóloga, con el mayor que era rector, perdón, con el master que era rector del colegio, en la unidad de mi hija ..., Burbujitas del saber una vez que yo acudí a visitar a mis hijas, al día siguiente fueron retiradas d ahí, abogada, no sé exactamente pero fue un problema que ella armó ahí a la dueña de la guardería, sí, ojala hubiera la oportunidad de que ustedes pudieran conversar con estas personas, a ver exactamente q fue lo que pasó, sí.

El caso que tomamos para nuestra investigación, ha sido de mucha utilidad para efectos de hacer una reflexión y poner a vuestra consideración el perjuicio psico-emocional que ocasionan ciertos errores judiciales,

y la falta de mediación en los conflictos referentes a los temas de la familia, niñez y adolescencia (abogados (as), juezas, jueces, y todos los estudiosos del derecho); si pretendemos proteger los derechos y garantías constitucionales del menor –en este caso del derechohabiente-, es importante trabajar en acuerdos conciliatorios que faciliten las buenas relaciones dentro del entorno familiar en el que se desarrolla el titular de éstos derechos. No podemos darnos el lujo de plantear soluciones a corto plazo, que únicamente, dilaten los procesos, incrementen los litigios, genere insatisfacción al alimentario, y provoque la colisión de derechos constitucionales; coartándose el derecho al buen vivir que tiene el menor – entendiéndose como derecho al buen vivir, el derecho que tiene el niño a gozar de alimentación, educación, amor, cuidado y protección de sus padres; es decir, todo aquello que le da equilibrio físico, emocional y psicológico-.

Es posible que el caso que ha sido motivo de estudio, sea la realidad de algunas familias, es posible que lo que denuncia el alimentante sea el cotidiano de algunos demandados por pensiones alimenticias; lo que no constituye una posibilidad, y por el contrario es una realidad, es que no se está garantizando el principio del Interés Superior del menor con la prisión por pensiones alimenticias adeudadas.

3.2.- Análisis de Sentencias

Para el análisis de las sentencias nos planteamos 8 incógnitas, en relación al tema que investigamos sobre la efectividad del Apremio Personal, en cuanto al cumplimiento en el pago de pensiones alimenticias adeudadas, las mismas que exponemos a continuación:

Resultados de revisión de sentencias

Pregunta No. 1: ¿La demanda de alimentos es litigiosa o de mutuo acuerdo?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
LITIGIOSOS	23	96%
MUTUO ACUERDO	1	4%
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 1



ANÁLISIS:

Con ésta pregunta verificamos que existe un porcentaje considerable de demandas de alimentos litigiosos, lo cual no facilita los acuerdos y las mediaciones entre los litigantes, esto se debe básicamente a que no existe una cultura para mediar los conflictos y llegar a mutuos acuerdos.

Pregunta No. 2: ¿Qué es lo que se exige en la demanda?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
ALIMENTOS	19	86%
PATERNIDAD Y ALIMENTOS	2	9%
DIVORCIO Y ALIMENTOS	1	5%
OTROS	0	0
TOTAL	22	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 2



ANÁLISIS:

En la presente pregunta observamos que el porcentaje más importante en cuanto a lo que se exige en la demanda tiene que ver con pensiones alimenticias, y en menor cantidad existen otras demandas como la presunción de paternidad, que una vez declarada por el juez, obliga al padre del menor a pagar la correspondiente pensión alimenticia, así también tenemos que dentro de los juicios de divorcio -si existen hijos- el juez fija la pensión alimenticia, tenencia y visitas de ser el caso. Es bien conocido por todos, que los Juzgados de la Familia, Niñez y Adolescencia son los más saturados en cuanto a carga procesal se refiere, sobre todo por las demandas de Pensiones Alimenticias, por lo que consideramos que la medida coercitiva del Apremio Personal, no ha arrojado los resultados deseados, sino las estadísticas reflejarían lo contrario.

Pregunta No.3.- ¿Qué medidas cautelares solicita la parte actora dentro del juicio de alimentos, apremio personal, prohibición de salida del país, otras?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
APREMIO PERSONAL	11	46%
PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL PAÍS	13	54%
OTRAS	0	0
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 3

**ANÁLISIS:**

El gráfico nos indica que las medidas cautelares más solicitadas por la parte actora dentro del juicio, son la prohibición de salida del país, obviamente para asegurar la presencia del demandado a juicio y para que

cumpla con su obligación; y, adicionalmente solicitan el Apremio Personal, para garantizar el pago efectivo de las pensiones alimenticias adeudadas por el alimentante.

Pregunta No.4.- ¿Qué alega el alimentante para justificar el impago de pensiones alimenticias, no tiene capacidad económica, tienen más cargas familiares, son declarados en rebeldía, tienen discapacidad física, o llegan a un mutuo acuerdo?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO TIENE CAPACIDAD ECONÓMICA	1	4%
TIENEN MAS CARGAS FAMILIARES	5	21%
DECLARADOS EN REBELDIA	8	33%
DISCAPACIDAD FÍSICA	1	4%
MUTUO ACUERDO	9	38%
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 4



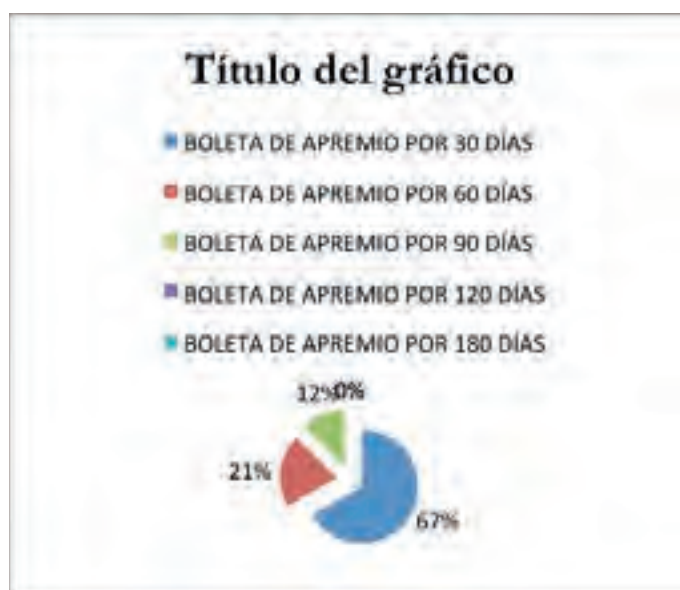
ANÁLISIS:

Hemos querido hacer un sondeo, para saber cuáles son las razones que alega el demandado para caer en mora en el pago de pensiones alimenticias?, y llegamos a la conclusión de que los porcentajes más altos tienen que ver con los mutuos acuerdos que firman los demandados después de emitida la primera boleta de apremio (por treinta días), otro porcentaje importante tiene que ver con aquellos obligados que prefieren no presentarse a juicio pese a estar legalmente citados y notificados, y finalmente tenemos a quienes alegan tener más cargas familiares, lo cual les impide cumplir en tiempo y cantidad su obligación de prestar alimentos. De las tres razones, consideramos que la más criticable es la no comparecencia a de los demandados a juicio, pues eso da la medida de la importancia que éstos le restan a este preciado Derecho de Alimentos del menor.

Pregunta No.5.- ¿Cuántas boletas de apremio tiene en su contra el deudor de pensiones alimenticias?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
BOLETA DE APREMIO POR 30 DÍAS	16	67%
BOLETA DE APREMIO POR 60 DÍAS	5	21%
BOLETA DE APREMIO POR 90 DÍAS	3	12%
BOLETA DE APREMIO POR 120 DÍAS	0	0%
BOLETA DE APREMIO POR 180 DÍAS	0	0%
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 5



ANÁLISIS:

Según la gráfica, el porcentaje más alto obedece a los apremios personales emitidos por 30 días, lo cual nos indica una vez más, que existe una falta de voluntad de los alimentantes para cumplir con su obligación de prestar alimentos, por ende quienes quedan al cuidado de los menores no encuentran mejor manera de exigir dichas pensiones sino a través del Apremio Personal, esto a pesar de que les demanda tiempo, dinero, ausencia en sus trabajos, y otras vicisitudes. De igual manera constatamos que existen alimentantes que son reincidentes por incumplir inclusive en las fórmulas de pago que ellos mismos presentan.

Pregunta No.6.- ¿El alimentante moroso ofrece dimisión de bienes, fórmula de pago de pensiones alimenticias adeudadas, o nada?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
DIMISIÓN DE BIENES	0	0%
FÓRMULA DE PAGO	7	29%
NADA	17	71%
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 4



ANÁLISIS:

El tiempo y los recursos económicos que demanda la captura del deudor, dan como consecuencia que el alimentante moroso continúe libre y la parte actora no pueda hacer efectiva la orden de apremio personal, de tal manera que la deuda se sigue acumulando, sin que exista una propuesta de pago, motivo por el cual vemos en el gráfico que el porcentaje es alto de quienes no ofrecen ni dan nada por concepto de pensiones alimenticias. Y aunque existe otro porcentaje de quienes presentan fórmulas de pago, muchos de ellos tampoco cumplen con dichas propuestas, dilatando el proceso y negando el pago de las necesidades básicas que tiene el alimentario.

Pregunta No.7.- ¿El mandamiento de ejecución emitido por el Juzgado conmina al demandado a pagar la totalidad de la deuda, a pagar y dimitir bienes, o sólo a dimitir bienes?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
PAGAR LA TOTALIDAD DE LA DEUDA	23	96%
A PAGAR Y DIMITIR BIENES	1	4%
SÓLO DIMITIR BIENES	0	
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 5



ANÁLISIS:

La orden emitida por el respectivo Juzgado, por regla general conmina al demandado al pago de la totalidad de lo adeudado por concepto de pensiones alimenticias, aunque existen Judicaturas que en un porcentaje menor ordenan el pago de lo adeudado o la dimisión de bienes, dándole al demandado la oportunidad de que ésta cancele en especie, aunque esto implicaría en algunos casos que el proceso se dilate y el menor no pueda acceder a las pensiones alimenticias.

Pregunta No.8.- ¿El alimentante moroso recupera su libertad con Hábeas Corpus, fórmula de pago, por el pago total de la deuda u otros?

INDICADOR	FRECUENCIA	PORCENTAJE
HÁBEAS CORPUS	2	8%
FÓRMULA DE PAGO	7	29%
PAGO TOTAL DE LA DEUDA	8	33%
OTROS	7	29%
TOTAL	24	100%

GRÁFICO PREGUNTA No. 4



ANÁLISIS:

De acuerdo con la gráfica y los porcentajes asignados a cada indicador, vemos que en mayor medida el alimentante realiza el pago total de la deuda, aclarando que esto sucede una vez que ya existe una boleta de apremio de por medio, aquí es en donde entran los familiares de los deudores, puesto que es con su sacrificio que el alimentante moroso cancela su deuda. EL pago de las pensiones sí se efectiviza, pero con el dolor, la angustia, el sacrificio de parientes, madres, y alimentarios. Hay porcentajes iguales de los deudores que prefieren presentar una fórmula de pago para no ir a prisión (compromiso que no es respetado), y hay quienes prefieren ir a prisión (falta de voluntad para cumplir con su obligación); y, quienes salen con hábeas corpus (para asegurar el pago, los jueces han optado porque los deudores, firmen actas de compromiso, que dicho sea de paso no son cumplidas a cabalidad, dando como resultado la reincidencia del moroso); cabe recalcar que estos últimos pese a que la Constitución garantiza su derecho a la Libertad, también tienen la obligación de comprometerse a pagar la deuda para poder recuperar su libertad. Pero, todo lo manifestado no solo parece sino que es toda una odisea para quienes (madres o quienes representan al menor) luchan durante meses y años en los Juzgados, para hacer efectivo el cobro de las pensiones alimenticias que le corresponden al derechohabiente.

• DISCUSIÓN**a. Verificación de objetivos:**

Para el desarrollo de nuestra investigación, nos planteamos como Objetivo general, **determinar si el Apremio Personal realmente está surtiendo el efecto esperado en cuanto a garantizar el cumplimiento de los derechos de los alimentarios.**

Ciertamente, el uso de ésta medida coercitiva no brinda al menor las garantías estipuladas en nuestras leyes, pues como constatamos en el estudio de caso y en los gráficos, sólo se están llenando las cárceles de alimentantes morosos -como si fueran delincuentes-, pudiendo en todo caso ejecutarse medidas alternativas en vías de fomentar una buena relación entre padres e hijos para que ésta no se fracture por ningún concepto.

Existen alimentantes que ofrecen fórmulas de pago o se comprometen a pagar la totalidad de la deuda por concepto de pensiones alimenticias atrasadas, pero una vez que recuperan su libertad, tales ofrecimientos quedan en papel. Se crea un círculo vicioso al que los actores, demandados y alimentarios, se van acostumbrando de a poco, sin que se proteja los derechos y garantías del menor.

Suponemos que la medida de la prisión por alimentos es para velar por el bienestar y protección del Principio Constitucional del Interés Superior del Menor, más no para sancionar al deudor como un delincuente, acrecentar una deuda, llenar las cárceles de alimentantes morosos, y consecuentemente dejar desamparado al sujeto, objetivo, y fin del derecho de alimentos (menor).

De nuestro Objetivo General, también nos planteamos algunos objetivos específicos como: **Determinar si existen y si están aplicando mecanismos para proteger el derecho a alimentos de los menores, para lo cual se realizó el estudio de caso.** De la revisión del proceso se desprendió que, en primer momento el Juez cometió una incongruencia en la sentencia reflejada en el vicio de extra petita, situación ésta que ocasionó graves perjuicios al alimentante, quien al haber adquirido una deuda por un error del juez, tuvo que responsabilizarse por una deuda que no le correspondía, perdió contacto con sus hijas, y perdió su tranquilidad, debido a que por el impago de estos valores se le emitió una orden de Apremio Personal en su contra. Con el estudio de caso, verificamos que no se protegieron los derechos de las menores en cuanto a pensiones alimenticias, visitas y otras garantías como el derecho al buen vivir que nuestra Carta Magna nos brinda, pero que lamentablemente no se ejecutan.

Otro objetivo específico fue, **transparentar el problema planteado, mediante una muestra de 24 resoluciones tomadas de primera instancia.** La muestra escogida arrojó como resultado una evidente falta de preocupación por parte de los alimentantes en lo que se refiere al pago de pensiones alimenticias, no se refleja una verdadera concientización de la importancia que tiene la prestación de alimentos; algunos obligados esperan la emisión de la primera orden de apremio para preocuparse por pagar las pensiones alimenticias, o al menos proponer una fórmula de pago, aunque esta situación sólo dilata el proceso, provocando conflictos entre los progenitores, sin que se puedan cubrir las necesidades del derechohabiente.

Finalmente, nuestro último objetivo fue **plantear mecanismos diferentes a la prisión por falta de pago de pensiones alimenticias.** Los mecanismos deben ir en función de las necesidades del alimentario, para proteger, amparar y beneficiar al menor. Para aportar medidas alternativas a la prisión, y soluciones al problema planteado, es necesaria la intervención del Estado, en un trabajo conjunto con la familia y la sociedad (corresponsabilidad tripartita), a fin de ejecutar las garantías y derechos del derechohabiente.

4.2. Contrastación de hipótesis:

En lo referente a la hipótesis, **la nuestra se basa en determinar y verificar si efectivamente el Apremio Personal constituye una garantía para los derechohabientes, para que los obligados cumplan con el pago de pensiones alimenticias, tutelando de esta manera el derecho del menor a una vida digna.** Definitivamente, hemos constatado que el Apremio Personal no garantiza el derecho de alimentos

del menor, pues tal y como lo ha manifestado el ex Tribunal Constitucional, al encarcelar al alimentante las posibilidades de que éste obtenga los recursos económicos disminuyen y por ende se deja en desamparo al derechohabiente. Una vez más, se evidencia que éste problema motivo de nuestra investigación acarrea consecuencias negativas para el desarrollo y bienestar del menor.

Tenemos la errónea idea de que imponiéndole el castigo máximo al incumplido, el menor va a resultar beneficiado y resguardado, cuando la realidad es que se restan las posibilidades de que éste disfrute de sus derechos y mejore su desarrollo integral.

- Fundamentación de propuesta:

En líneas anteriores hablamos de la corresponsabilidad tripartita, dentro de la cual el Estado, la familia y la sociedad tienen la obligación de brindar las garantías y derechos al menor; esto implica que se efectivicen las garantías, que se planifique con las instituciones respectivas para generar fuentes de trabajo, facilitar la tarea de los progenitores que se quedan al cuidado de los menores- mejorando el servicio de guarderías-, realizar insistentes campañas para que las personas opten por la mediación, los mutuos acuerdos, y el brindar alimentos voluntarios a sus hijos; brindar apoyo psicológico a las familias que se desintegran o que son disfuncionales; promover la unión familiar y la relación parento-filial. Inclusive, en el caso de quienes tienen bienes, proteger ese patrimonio, para de esta manera garantizar el derecho al buen vivir, el desarrollo integral y el ejercicio de los derechos del menor.

5.- CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

CONCLUSIONES.-

Las conclusiones a las que hemos llegado en el presente trabajo investigativo son las siguientes:

1. Hace falta una cultura de procuración mutua, para lograr que esta obligación consustancial no resulte una camisa de fuerza para quienes deben prestar los alimentos, así habría más presencia de alimentos voluntarios, lo cual reduciría notablemente la carga procesal de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia.
2. No podemos coaccionar la voluntad de quienes tienen la obligación de prestar alimentos, y de esta manera evitar la colisión de dos derechos constitucionales –el Interés Superior del Menor y el Derecho a la Libertad-, pero si podemos proponer mecanismos alternativos a la prisión por alimentos.
3. Las disputas entre los padres no permiten que se den mutuos acuerdos en lo que respecta al pago de pensiones alimenticias.

4. No existen formularios para demandar alimentos voluntarios.
5. Al imponer al demandado varias inhabilidades y medidas coercitivas por el impago de pensiones alimenticias, solo se están disminuyendo las posibilidades de que éste pueda pagar su deuda, y por ende se embaraza el derecho de alimentos del menor.
6. El Apremio Personal causa una afectación psicológica y económica en el obligado a prestar alimentos, la misma que repercute directamente en los alimentarios.
7. Consideramos que no existe una cultura de responsabilidad de los progenitores hacia los hijos.
8. Es evidente que el Apremio Personal constituye una medida demasiado tediosa, principalmente para quienes reclaman este derecho, pues tienen que esforzarse mucho para poder cobrar las pensiones adeudadas, -iniciando una cacería de los alimentantes morosos, pasando necesidades para pagar los honorarios de un abogado, y haciendo largas colas en los juzgados-.
9. Con el Apremio Personal, se está poniendo una barrera en las relaciones entre padres e hijos.
10. Los juzgados de la Niñez y Adolescencia todavía conservan una carga procesal importante, que impide que se dé un servicio de calidad a los usuarios, por lo que crear más unidades judiciales no constituye una solución.
11. Se debe hacer mayor énfasis en resolver las demandas de alimentos a través de la mediación.
12. Existen juzgados que conminan al demandado a través del mandamiento de ejecución para que pague o dimita bienes, mientras que en otras Judicaturas solo ordenan el pago total de lo adeudado, esto sucede debido a que este hecho no se encuentra normado en la ley.

RECOMENDACIONES:

- 1) Se debería regular lo concerniente a dimisión de bienes, ya que en tema de pago de alimentos no existe una norma que mande, prohíba o permita que el demandado dimita bienes.
- 2) Para el levantamiento de la información estadística referente a las ordenes de apremios personales, y los porcentajes de deudores reincidentes, debería crearse una base de datos con filtros que nos permitan identificar más fácilmente la gravedad del problema que se investiga, puesto que la información enviada desde los Juzgados de la Familia, Niñez y Adolescencia al Consejo de Judicatura no esta debidamente compilada.

- 3) Se deberían unificar todas las providencias -más aún en los autos de mandamiento de ejecución- que se utilizan dentro del proceso en los Juzgados de la Familia, Niñez y Adolescencia, a fin de evitar confusiones, dilatación del proceso o controversias entre los usuarios y los funcionarios.
- 4) Se deberían crear, publicar y utilizar formularios para alimentos voluntarios, y evitar los alimentos litigiosos.
- 5) Se debería reforzar las propagandas sobre la mediación, a través de la socialización de las consecuencias negativas que acarrearán los juicios litigiosos.
- 6) Se debería promover campañas sobre sexualidad, planificación familiar, la responsabilidad que tienen los progenitores frente a sus hijos, y sobre la cultura del buen vivir, entre otros.

PROPUESTA:

- 1) El Estado se encargará de asumir la responsabilidad de ejecutar las garantías constitucionales del derecho de alimentos.
- 2) Se debe crear fuentes de trabajo para quienes lo necesiten, esto a través del Ministerio de Relaciones Laborales, priorizando a los deudores morosos de pensiones alimenticias, a fin de salvaguardar el Interés Superior del Menor.
- 3) El Estado debe crear una cuenta que tendrá como finalidad principal captar los valores por concepto de pensiones alimenticias, que se les descontará de los sueldos de los obligados; y, custodiar dichos recursos económicos en beneficio de los derechohabientes. De esta manera se cubriría las necesidades del alimentario y se erradicaría la larga lista de deudores morosos.
- 4) Los jueces deben estar capacitados de mejor manera para promover e impulsar una cultura de mediación en los juicios de los alimentos, para evitar la ruptura de las relaciones paternofiliales, y mejorar la calidad de vida del menor.
- 5) Reformar el Código de la Niñez y Adolescencia, a fin de suprimir el Apremio Personal, y las inhabilidades que estipulan los artículos innumerados 20 y 21 de dicho cuerpo legal, ya que estas medidas constituyen una afectación psico-emocional para el obligado.
- 6) Finalmente proponemos un trabajo conjunto de la corresponsabilidad que tienen el Estado, la Familia, y la Sociedad

BIBLIOGRAFÍA

CABRERA Vélez, Juan Pablo. *Alimentos, Legislación, Doctrina y Práctica*. Editora Jurídica Cevallos.

CEVALLOS Alvarez, Patricio. *Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad: Procedimiento Verbal Sumario y Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (Reformado). Manual de Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano.

SALTOS Espinoza, Rodrigo. “*Sistema Didáctico, Teórico y Práctico*”. El Derecho Especial de Menores y el Código de la Niñez y Adolescencia. Juicio de Alimentos de la Niñez y Adolescencia. Editora Biblioteca Jurídica.

Art. 67 de la Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial No. 449- Lunes 20 de Octubre de 2008)

Claro Solar, Luis: Explicaciones del Derecho Civil Chileno y comparado. Tomo 3° p. 448, Santiago, 1944

Fueyo, Fernando: Derecho de Familia 2a . Ed. Buenos Aires 1952 p.57

Cevallos Alvarez, Patricio. Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad.. pp. 92-93

Derecho de Alimentos. Simón Zavala Guzmán Pág. 13. Editorial Universitaria 1980

Cevallos Alvarez, Patricio. Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad.. p. 22

Op. Cit., Farith Simon Campaña, *Derecho de la Niñez y...*, Tomo II, p. 554. Que textualmente decía: Si el monto adeudado corresponde a más de un año de pensiones de alimentos, la libertad procederá con el pago íntegro de lo adeudado.

Resolución No. 0057-08-HC, de 26 de agosto de 2008, Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Ponente: Dr. Roberto Bhrunis Lemarie

Resolución No. 0036-2008-HC de 16 de septiembre de 2008, Pleno del Tribunal Constitucional, Magistrado ponente: Dr. Hernando Morales Vinuesa.

Ingrid Brena, lo explica con las siguientes palabras: “La familia no es desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, diseñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales”, “Personas y familia”, Enciclopedia Jurídica Mexicana, 2a edición, México, IIJ-UNAM, Porrúa 2004, Tomo XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Gafias, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso, Parte General. Personas. Familia. 21a edición, México, Porrúa, 2002.

Sociología, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 190.

Salto Espinoza, Rodrigo: El Derecho Especial de Menores y el Código de la Niñez y Adolescencia. Editora Biblioteca Jurídica. p. 18

Espasa: Diccionario Jurídico Espasa, Madrid 2005, p. 128.

Op. Cit., Antonio Vodanovic, Derecho de Alimentos, No. 151, p. 101

Véase: <http://papaporsiempre.es.tl/Mensaje.htm>. Acceso 28 de septiembre de 2011.

Art. 102 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Cevallos Alvarez, Patricio. Derecho de Alimentos, Filiación, Paternidad. p. 89.

Juan Pablo Cabrera Vélez, *Alimentos, Legislación, Doctrina y Práctica*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2007, p. 14.

Fernando Albán Escobar y otros, *Derecho de la Niñez y Adolescencia*, Quito, s.e., 2006. Pág. 167.

Antonio Vodanovic Haklicka, *Derecho de Alimentos*, Santiago, Lexis Nexis, 4ª Edición, 2004. Pág.

Borda Guillermo, Manual de Derecho de Familia, Buenos Aires 1960, p. 398.

Así tenemos a José Arias Ramos y Sara Montero Duhalt.

Op. Cit. Juan Pablo Cabrera, *Alimentos, Legislación, ...*, p. 18.

Véase: Marcel Planiol y Georges Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, Vol. III, La Habana, 1939, p. 47, citado por Juan Pablo Cabrera Vélez, op. cit., p. 19.

Véase Adán Luis Carmona Pérez, *Obligación Alimentaria: estudio jurídico social de la pensión alimentaria provisional*, Tesis, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2008, p. 101.

Arias José, cit. P. 57-59; Fueyo Fernando, Tomo III, p. 557.

Planiol y Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil*, Vol. III, p. 47, La Habana, 1939.

Ver sobre el punto: Giuseppe Barile, *Sul diritto alimentare legale del figlio non riconosciuto nel diritto internazionale privato italiano*, Italia, 1954, p. 102. El derecho alimentario se originaría exclusivamente por la responsabilidad derivante del hecho de la procreación. No tendría ni fundamento, ni carácter familiar sino que constituiría un derecho de crédito de índole patrimonial ubicable en el campo de las obligaciones. El crédito estaría únicamente justificado por la procreación.

Ruben Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999. P. 34-35.

Quintín Alfonsín, *Sistema de Derecho Civil Internacional*, Montevideo, Vol. 1, 1961, p. 292.

Elie Alfandari, *Droits alimentaires et droits sucesoraux*, Francia, Dalloz, 1965, p. 6-7. Quintín Alfonsín, *Sistema de Derecho...*, p. 287. El informe Verwilghen consignaba que la obligación alimentaria en el terreno de la moralidad civil, engendraría a veces consecuencias penales debido a que el desconocimiento del deber natural de subvenir a las necesidades vitales de los familiares más próximos perturba la organización social y obliga a los poderes públicos a prestar asistencia al indigente, citado por el Michel Verwilghen, *Rapport de la Comission spéciale des obligations alimentaires envers les adults*, La Haye, 1971, p. 107.

Op. cit., Rubén Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre ...*, p. 35.

Op. cit., Antonio Vodanovic, *Derecho de Alimentos*, p. 24.

Diario Oficial “El Peruano”, Ley N° 28439, 28 de Diciembre del año 2004.

Ley de pensión de alimentos N° 19.741, 24 de julio del año 2001

Jorge W. Peyrano, op. cit., p. 64.

Joan Picó I Junoy, op. cit., p. 66.

Andrade Ubidia, Santiago “La Casación Civil en el Ecuador, Andrade & Asociados Fondo Editorial, Quito, 2005, p. 147

LARREA HOLGUÍN Juan, DICCIONARIO DE DERECHO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, pág. 29

BELLUSCO, Claudio Alejandro. PRESTACION ALIMENTARIA., Universidad S.R.L., Rivadavia, Buenos Aires. 2006. Pág.98

GARCIA ARCOS, Juan. MANUAL TEÓRICO PRÁCTICO DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Ediciones Del Arco, Cuenca, Ecuador. 2007, Pág. 78

NETGRAFIA

RECALDE de la Rosa, Cristhian Mauricio. “*Dilemas y Tensiones del Nuevo de Alimentos Contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano*”, 2012.

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2906/1/T1029-MDP-Recalde-Dilemas.pdf>.

GAON Narváez, Lorena Alexandra. “*El Derecho de Alimentos que tienen los menores frente a la actuación de los Juzgados de la Familia, Niñez y Adolescencia en el Distrito Metropolitano de Quito*”, 2012.

<http://repositorio.uide.edu.ec/handle/37000/245>.

ITAS Bernal, Olga Josefina. “La Prisión del Alimentante por falta de pago en pensiones alimenticias, su regulación, prevención, sanción y propuesta de reforma”. Ibarra, 2010.

<http://repositorio.utn.edu.ec/bitstream/123456789/301/1/PG%20191%20TESIS%20MAESTRIA.pdf>

Trabajo Elaborado por **CANALES** Patricia con la colaboración de **LOISEAU** Virginie. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones. Incumplimiento de la Obligación de pagar alimentos a los hijos menores en la Legislación de Argentina, España y Francia. DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS AÑO XV, N° 313. Santiago de Chile Junio de 2005.

http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro313.pdf.



Eduardo Kingman Riofrío
Ataduras
Óleo sobre lienzo
100 x 137 cm
1982

- DOCTRINA ARTICULOS DIVULGATIVOS -

ILLUMANTA
REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

2.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO AMBIENTAL

Dr. Wilson Andino Reinoso
Juez Nacional
Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia

SUMARIO:

1. Introducción.-
2. Legitimación de los Derechos Colectivos.-
3. Autoridades a la corresponde la tutela de los Derechos Ambientales.-
4. Sanciones punitivas para la efectiva tutela de los derechos.-
5. Desarrollo.-
6. Conclusiones.

a) Introducción

El respeto por la naturaleza y la conservación del ambiente ha sido una de las mayores preocupaciones actuales, en procura de una mejor calidad de vida y desarrollo sustentable como legado para las futuras generaciones, paradigma que se hará realidad cuando los gobiernos tomen decisiones trascendentales en materia económica y ambiental.

Múltiples iniciativas y propuestas se han tratado de implementar a nivel nacional e internacional en cuanto a la conservación del ambiente. En nuestro país el Derecho Ambiental tuvo cierto desarrollo en la Constitución de 1998, que finalmente prosperó y plasmó su máximo valor en la Constitución del 2008, con cambios constitucionales, como tesis ideológicas dirigidas a la protección y defensa de los derechos humanos y colectivos, el derecho a preservar no solo la naturaleza y el medio ambiente sino que introduce novedades relacionadas al reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos.¹ Es conocido que los marcos legales por sí solos no suelen ser suficientes, debiendo contarse con una normativa secundaria que tutele la protección del medio ambiente e implemente mecanismos de protección judicial frente a su vulneración, y, en lo que concierne a quienes desempeñamos la facultad jurisdiccional, actuar con conocimiento profundo e íntegro de la normativa y la jurisprudencia, formar criterios con convicción, obrar con la debida diligencia, cumplir con eficiencia, ética y honestidad nuestra función.

El derecho al medio ambiente es *un interés de todos*, tema ampliamente desarrollado en los Estados Unidos², por tanto, ante un daño al medio ambiente la legitimación es de todos los sujetos que forman parte de una colectividad y que la doctrina considera³ corresponden a un conjunto plural de personas absolutamente indeterminadas e indeterminables.

b) Legitimación de los Derechos Colectivos

La titularidad de derechos en materia ambiental corresponde, como queda dicho, a un conjunto impreciso e indeterminado de personas, no ligadas por base asociativa alguna, pero aunadas por expectativas y necesidades comunes por una mejor calidad de vida.

En el Ecuador, la legitimación para promover acciones preventivas o procesos de reparación, por amenazas o daños causados a los derechos colectivos, de acuerdo a nuestra Constitución, el artículo 86, numeral prime-

1. Narváez Iván y Narváez María José, Derecho ambiental en clave neoconstitucional (Enfoque político), FLACSO Sede Ecuador, cuadernos de trabajo, 1ª edición, Quito Ecuador, 2012. Pág. 295.

2. Sarmiento, Germán 1988. "Las Acciones populares en el derecho privado colombiano", Banco de la República, Bogotá, p 79

3. Tam Pérez, José, 2009. "Proceso, Poder Jurisdiccional y Tutela Procesal Efectiva", Ara Ediciones, Lima, p 95

ro, dispone que, cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrán proponer las acciones previstas en ella. De igual forma el numeral primero del artículo 397 de la Norma Suprema permite a cualquier persona natural o jurídica, colectividad o grupo humano, ejercer las acciones legales y el acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, para obtener de ellos la tutela efectiva en materia ambiental.

c) Autoridades a la que corresponde la tutela de los Derechos Ambientales

El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado, las políticas de gestión ambiental se aplicará en forma transversal y será de obligatorio cumplimiento, así también se debe garantizar la participación activa y permanente de las personas comunidades y pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de aquello que pueda generar impactos ambientales y siempre se aplicará las normas que más favorezcan la protección a la naturaleza.

Esta temática hace que sea relevante hablar y considerar las consecuencias legales que se generan de la vulneración del medio ambiente y sus secuelas sociales y económicas, en el estudio del tema de daño ambiental, en este artículo se especificará <la responsabilidad civil> frente a estos hechos.

La Ley de Gestión Ambiental otorgó el derecho a los ciudadanos en forma individual o colectiva para proponer acciones judiciales en contra de quienes contaminan el medio ambiente, sin embargo es necesario que nuestra legislación camine a la par con la Constitución, a fin de lograr una mayor protección al medio ambiente, pero en especial a fin de que las empresas que utilizan los recursos lo hagan con responsabilidad, utilizando la mejor tecnología de acuerdo a los avances de la ciencia especializada, a fin de causar el menor impacto ambiental y pudiéndose incluso establecer medidas de compensación, por ejemplo con la siembra de hectáreas de árboles y la distribución equitativa de la riqueza en obras y servicios para los habitantes de las regiones donde se lo realiza. En la actualidad el gobierno nacional ha establecido la entrega de recursos económicos para los municipios amazónicos por la exploración y explotación del petróleo. Lo que se concluye es que aún faltan leyes en nuestro país que desarrollen este tema tan importante. La Asamblea Nacional debe emitir una normativa acorde a la realidad de nuestro país para la defensa de los derechos ambientales y humanos puede evitar grandes desastres como los que han ocurrido en la Amazonía ecuatoriana.

En la actualidad en la Asamblea Nacional cursa un proyecto de ley sobre materia ambiental que ha de so-

27. Arias José, cit. P. 57-59; Fueyo Fernando, Tomo III, p. 557.

28. Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil, Vol. III, p. 47, La Habana, 1939.

cializarlo, enfocada, como reiteramos, en la realidad nacional, pues somos un país diverso y con riquezas inconmensurables como la agricultura, la ganadería, la fruticultura, y por ende, las minas y el petróleo, luego tendrá que debatirse la línea a seguirse en la ley sin descartar la doctrina universal y las experiencias de países que han sucumbido en la explotación inmisericorde de sus recursos para entonces sí contar con una legislación ambiental, en fin, todas y todos los ciudadanos estamos inmersos en el tema de la sobrevivencia que significa mantener la naturaleza *libre de contaminación* y con un medio ambiente que sea nuestra protección.

La Constitución del Ecuador garantiza el acceso a la justicia ambiental sin perjuicio del interés directo, lo cual concuerda con las directrices del Principio 10 de la Declaración de Río que recomienda a los Estados abrir cauces para el libre acceso a la Justicia Ambiental.

La Carta Magna también insta una serie de principios, derechos y mecanismos ambientales que deberían facilitar y hacer más eficientes las posibilidades de acceso a la justicia ambiental tanto constitucional, administrativa, civil y penal. Entonces la labor de los jueces es importante para fortalecer la justicia ambiental. El rol de los ciudadanos es esencial para promover una mayor justicia ambiental en el Ecuador. Es importante establecer de manera clara e informar sobre los mecanismos de acceso a la justicia ambiental.

La Declaración de Buenos Aires está dirigida a las Cortes de máximo nivel y Consejo de la Judicatura para viabilizar a través de los órganos competentes temas sobre la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental.

El artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador instituye que el estado garantizará la salud, la restauración de los ecosistemas, así también se implantarán las sanciones correspondientes a quien contamine el ambiente y, la responsabilidad sobre las o los servidores responsables de realizar el control ambiental. Por tanto, todas las personas pueden acudir a los órganos judiciales y administrativos para obtener una tutela efectiva, recordemos además que la naturaleza es sujeta de derechos.

La corresponsabilidad es de la ciudadanía se gestiona a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental.

d) Sanciones punitivas para la efectiva tutela de los derechos

Un ambiente sano y saludable es indispensable para la humanidad, por lo tanto es necesario que existan directrices y normas claras, pues, de no existir esto se pondría en riesgo la protección de la naturaleza y el me-

dio ambiente ante conductas que lo menoscaben. Es justo tomar en cuenta que la responsabilidad por daño ambiental *es objetiva*, y que las sanciones que debe implantar la legislación deben ser condenas *ejemplificadoras* para así tener una efectiva tutela jurídica y que además sea accesible para todos los miembros de la sociedad. De ahí que nuestro sistema jurídico debe establecer sanciones punitivas tanto por los daños y provecho de quien lo causa como por el incumplimiento o desacato de las resoluciones judiciales en materia de daño ambiental a lo que nos referimos son a los daños punitivos o *punitive damages* que es la suma adicional o importe de dinero que se debe añadir por el beneficio que recibió quien comete el daño, es decir se configura un beneficio superior al monto del perjuicio, la finalidad de los daños punitivos es una sanción por un hecho reprochable y evitar que este tipo de conductas se vuelva a repetir.

Nuestra legislación prescribe que quien ha cometido un delito o un cuasi delito que ha inferido daño a otra persona está obligado a indemnizar, está obligado a la indemnización quien hizo el daño. Es así que el ebrio responde por los delitos o cuasidelitos cometidos, lo mismo sucede con los padres de familia o quien está obligado a la guarda de personas, animales, o cosas (edificios). Se consagra entonces en el Código Civil ecuatoriano la reparación a la víctima pero no existe en este ámbito los daños punitivos que son los que imponen una pena, para que operen los daños punitivos debe estar expresamente establecidos en la ley, tomando en cuenta que generalmente el derecho administrativo y penal son los que imponen penas y no el derecho civil, por tanto no se ha establecido medidas ejemplificativas que pueden justificar el aplicar precedentes o jurisprudencias de otras legislaciones como es la americana. Este derecho reparatorio debe formularse y discutirse en la Asamblea Nacional, es hora de que se expidan leyes en torno a este trascendental tema para que en los derechos fundamentales del hombre y la naturaleza se vayan incorporando sus derechos frente a los daños que se ocasionen a ésta y al medio ambiente a efecto de que el daño punitivo por falta de una ley que lo sancione no pueda originar una condena, y la nueva ley no solo ejemplifique sino reivindique en el ser humano su derecho a un medio ambiente sano y equilibrado; tomando en cuenta que *los daños punitivos van más allá de la reparación*. Sin embargo, para la procedencia de los daños punitivos debe probarse la malicia con que ha actuado quien produjo el daño y por otro lado la legislación en caso de prever daños punitivos debe establecer máximas y mínimas de las multas a fin de no generar fraudes o la búsqueda de enriquecimientos sin causa; cantidades de dinero que sean ejemplificativas y que jamás destruyan la economía de una persona natural o jurídica.

Útilmente, con la Constitución de Montecristi hoy contamos con la implementación adecuada de procesos institucionales necesarios que hacen efectiva la administración de justicia, basada esencialmente en valores

y principios de transparencia, integridad y rendición de cuentas, ya no existe el riesgo de una justicia tardía y deshonesta que primó en el pasado lo que garantiza el desarrollo del individuo y la sociedad con libertad y en paz.

El Estado previo a la explotación de sus recursos naturales debe exigir la utilización de la tecnología más avanzada y amigable con el medio ambiente así como garantizar una justa distribución de la riqueza que ella produce.

La responsabilidad de precautelar y preservar el medio ambiente corresponde a las instituciones públicas que están a cargo del manejo del tema ambiental, en algunos casos, son los municipios y consejos provinciales que no valoran y no cumplen con el rol ambiental que les confiere la ley, principalmente para controlar y ante todo para no contaminar.

La protección del medio ambiente no es solo una obligación del Estado es también un deber de los ciudadanos, -de todos es la responsabilidad- para preservar el medio ambiente, las ciudadanas y ciudadanos debemos utilizar los mecanismos constitucionales y legales, es un tema de actitud, de cultura de las entidades públicas para lograr que la Constitución y la ley se acerquen a la gente. En suma la protección y gestión eficiente de las áreas protegidas debe ser un tema de interés de la sociedad en función a los beneficios que estos espacios brindan a la humanidad a nivel global y local, pues contribuyen positivamente frente a la problemática mundial del cambio climático.

e) Desarrollo

A efecto de ubicarnos en el tema es importante dejar en claro criterios básicos, entendiéndose por responsabilidad como la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. La responsabilidad civil, en esencia, se sustenta en que nadie debe sufrir injustamente, una carga a la que no está obligado, en consecuencia ante la existencia de una conducta dolosa o culposa, acción u omisión que cause daño surge la obligación de reparar el daño que se ha causado, generalmente ésta reparación será pecuniaria, no sin antes determinar el nexo causal, es decir la conexión adecuada entre la causa (acción u omisión) y el efecto (daño).

La función de la responsabilidad civil es básicamente resarcitoria y preventiva.

“En cuanto al Derecho Civil, la característica de la responsabilidad es la de ser principalmente reparador. La finalidad suprema de todo sistema de responsabilidad civil no es otra que la de obtener la reparación del bien jurídico dañado.”⁴ “Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado”⁵

Luis Díez-Picazo en su libro Derecho de Daños indica que la función del derecho de daños es de demarcación, punitiva, preventiva. Recordemos que el término daños y perjuicios es el genérico de donde se derivan las afectaciones patrimoniales o extra patrimoniales y la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual. El artículo 1453 del Código Civil determina que: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

La doctrina como queda dicho ha establecido dos clases de responsabilidad civil: contractual y extracontractual, la primera aquella que nace de un contrato o de una relación contractual, por el incumplimiento del mismo sea en forma total o parcial, de lo que derivarán el derecho a ser resarcido.

La principal obligación contractual que el deudor debe asumir es el cumplimiento de la prestación pactada, porque si no lo hace incurrirá en mora, salvo las excepciones previstas en la ley (caso fortuito o fuerza mayor). Como bien sabemos el contrato es ley para las partes, si una de las partes no cumple y la otra si ésta puede demandar su cumplimiento o los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

Por ejemplo, si una persona incumple la obligación de pagar el precio convenido de un vehículo que se lo da en venta, y esto le ocasiona al acreedor el perjuicio de no poder contar con ese dinero, para a su vez pagar una deuda que él tenía por la que le cobrarán intereses, pueden ser alegados estos perjuicios para que sean abonados por el deudor que no ha pagado.

Al respecto nuestra legislación en el artículo 1572 del Código Civil establece que: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”

4. Silva Repetto, Rossana, 2003, La responsabilidad por el daño ambiental en América Latina, PNUMA, México, p7

5. En www.academia.edu/login, 05/11/14, Complemento Clase (2), Extractos Sentencia C-1008-10

A su vez la responsabilidad extracontractual se la define como “aquella que existe cuando una persona causa, ya sea por sí misma, por medio de otra de la que responde, por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido”⁶. Esta área del derecho civil también se conoce como delitos y cuasidelitos civiles que son fuente de obligaciones.

Como dejamos anotado esta responsabilidad no nace de una relación contractual, es así que el artículo 2214 del Código Civil señala que quien ha cometido un delito o cuasidelito o que ha inferido un daño está en la obligación de indemnizar. En síntesis la obligación de indemnizar surge del comportamiento antijurídico causado por una persona o por sus dependientes.

De la misma forma en la doctrina se ha establecido que todo tipo de responsabilidad tiene elementos como: el daño, la imputación del daño, y el fundamento del deber reparatorio.

Toda legislación busca la tutela de los derechos en su condición individual y social, a efecto de evitar toda acción dañosa que provenga de conductas antijurídicas, el mecanismo para evitar aquello es la regulación de normas jurídicas en las que se desarrolle el individuo dentro del marco de una relación contractual o fuera de ella (extracontractual).

El daño o perjuicio es un presupuesto imprescindible de la responsabilidad civil junto con la acción u omisión negligente y con el nexo de causalidad, lo primero que se debe determinar es el daño porque de él dependerá su resarcimiento.

El daño significa perjuicio, afectación, lesión que merma el patrimonio, el daño como fenómeno jurídico; es decir que el daño es cualquier menoscabo a un interés de la persona o grupo de personas.

Para definir el daño se recurre al Código Civil que define el daño como la pérdida, menoscabo o deterioro que se causa a un individuo o a sus bienes lo cual genera la obligación de reparar según lo señala el artículo 1493 del Código Civil.

La doctrina ha definido el daño ambiental no solo como aquel que lesiona el derecho colectivo del medio ambiente, sino como aquel que lesiona derechos individuales apropiables.

6. Díez Picazo, Luis, 2000, Derecho de Daños, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, p 245

El daño ambiental no se encuentra definido de forma clara en las legislaciones pero es preocupación de los Estados y los organismos internacionales, a efecto de dotar al hombre de un entorno donde los elementos de la naturaleza procuren una vida digna y segura, generando salud y bienestar.

Siguiendo esta línea nuestro país mediante la Constitución del año 2008, reconoce a las personas, el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación; declara de interés público la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país; establece un sistema nacional de áreas naturales protegidas y de esta manera garantiza un desarrollo sustentable; así como establece aspectos básicos en materia ambiental como: derechos de la naturaleza, el derecho humano al agua, el principio de prevalencia a favor de la naturaleza, el principio de restauración integral, el principio de solidaridad, el de subsidiaridad del Estado y la imprescriptibilidad de las acciones ambientales.

De la misma manera es importante establecer que la Ley de Gestión Ambiental constituye el cuerpo legal específico relacionado con la prevención, control y sanción a las actividades contaminantes a los recursos naturales y trata sobre las directrices de política ambiental, así como determina las obligaciones, niveles de participación de los sectores público y privado en la gestión ambiental y señala los límites permisibles, controles y sanciones dentro de este campo, pero que a la época actual y por la evolución del Derecho la referida ley resulta insuficiente a la cosmovisión de los acontecimientos de catástrofe de la naturaleza y degradación del medio ambiente, ante lo cual es necesario una adecuada normativa que esté a la par y vaya de la mano con lo que prevé la Constitución.

La justicia ambiental tiene dos enfoques: el uno relacionado con la propiedad, que por efectos ambientales puede afectarse, al hablar de la reparación de daños ambientales a propietarios privados, y por otro lado la justicia ambiental persigue un fin esencialmente público.

Ahora al enfocarnos al reclamo por la vía civil nos referimos a los aspectos patrimoniales que deben repararse a consecuencia de un daño ambiental ya sea en relación a las propiedades o a la salud de las personas afectadas por un daño ambiental o respecto al patrimonio de la naturaleza en sí misma o en relación a su patrimonio genético; *la sanción en materia civil* se traduce en un pago a favor de las víctimas o en acciones dirigidas a la reparación integral de la naturaleza.

Una vez establecido y delimitado el daño causado corresponde la imputación del mismo al responsable, este sin duda es uno de los mayores problemas en cuanto a quien atribuir la responsabilidad del daño sobre todo en casos en los que no es fácil determinar cuál es el responsable del daño contra el medio ambiente como sucede en las quemas y destrucción de bosques, contaminación del aire y en algunos otros casos de contaminación.

La imputación es establecer responsabilidad a quien haya causado un daño. Para Rubén S. Stiglitz la responsabilidad civil es la obligación impuesta como reacción del ordenamiento a quien infringe un deber jurídico dañando a otro, es decir que esta responsabilidad puede nacer bien sea de un pacto previo lo que le convertiría en responsabilidad contractual o de actos no pactados con anterioridad situándonos en la responsabilidad extracontractual.

Uno de los campos con mayores transformaciones en materia de derecho ambiental es sin duda la responsabilidad civil que se arrastra de la vulneración de los intereses colectivos en relación al medio ambiente frente a los incesantes ataques medioambientales que sufre el globo terráqueo, llegando incluso a implementarse un principio generalizado el *que contamina paga*, cuando lo que debe primar es la prevención y manejo de los medios e instrumentos más idóneos y adecuados en la exploración y explotación de los recursos de la naturaleza. Lo importante es establecer los límites de la responsabilidad y la manera de proceder frente a la figura de vulneración tipificada, pero a la vez cuestionar entonces, si ante una incipiente Ley Ambiental es ineludible en nuestro sistema jurídico ir planteándose hasta dónde la afectación a la ecología y el medio ambiente ocasionada por el hombre debe ser medida por la indemnización del daño, únicamente o para casos reprochables de catástrofe de la naturaleza y el medio ambiente, la utilización de un mecanismo disuasivo que afecte el motivo de la conducta dañosa; y más aún ante el incumplimiento de lo ordenado en sentencia por el dañador no quede en una desnuda indemnización la reparación del daño, sino como dice la doctrina ir más allá de los daños indemnizables <intra rem>, extendiéndolos a los <extra rem>, y que se condene mediante el daño punitivo a una cantidad adicional de la reparatoria inicial por los beneficios recibidos por el causante del daño y siempre que se demuestre que se actuó con malicia, sólo así el sistema condenatorio funciona en forma eficaz.

Ya sobre la responsabilidad, ella puede ser *objetiva y subjetiva*. La responsabilidad es objetiva cuando el responsable ha obrado sin discernimiento, prescindiendo en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad, únicamente se determina el daño producido, es decir, basta ser autor para ser culpable.

Y es subjetiva cuando quien causa el daño no incurrió en culpa al ocasionarlo, existiendo responsabilidad civil si el agente procede con culpa, es decir que dependen de la condición subjetiva de la actuación culposa.

El punto más importante frente a la existencia del daño es sin duda la reparación del mismo, el buscar una reparación integral no solo en valoración económica, sino la protección y reparación de derechos afectados, y en caso de incumplimiento como queda insinuado debe contarse con una normativa que condene mediante el daño punitivo a una cantidad adicional de la reparatoria inicial, ello le corresponde legislar al asambleísta.

La reparación es el acto jurídico por el cual, una vez establecida la responsabilidad, sea por el criterio objetivo o subjetivo, se ha de fijar la enmienda correspondiente al valor del bien dañado; la reparación del daño en materia ambiental no solo se encuentra encaminada a las personas que han sido afectadas en sus patrimonios y derechos; sino también tiene que ver con los mecanismos de reparación o restauración que ha de efectuarse para resolver el daño material concreto del ambiente.

En el juicio seguido por María Aguinda y otros en contra de Chevron Corporation se determinó por el Tribunal de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia que la responsabilidad civil en el daño ambiental *es objetiva*, es decir lo importante en la responsabilidad objetiva son las consecuencias del daño causado, en este caso el daño ambiental producido en la Amazonia ecuatoriana.

En el caso del medio ambiente se parte de la premisa de « *quien contamina paga* », lo que responde a la teoría objetiva, que la hemos revisado en el presente trabajo. El nacimiento de la responsabilidad civil en el daño al medio ambiente se origina desde el momento en que se produce la contaminación en la Amazonia ecuatoriana, debido a los trabajos que realizan las empresas o el propio Estado a fin de obtener materias primas.

La contaminación se produce especialmente en los ríos afectando a miles de personas que obtienen el agua para bañarse, para cocinar, para lavar su ropa, a su vez esto afecta gravemente la salud, la afectación de los suelos que como consecuencia se afecta a la flora y fauna de los lugares que sufren daño ambiental, por lo tanto, es necesario medidas de mitigación para contrarrestar la contaminación producida en aguas, por ejemplo con la implementación de agua potable para las personas afectadas, es una medida de compensación.

La contaminación ambiental afecta al mundo entero, sea el lugar donde se produzca, afecta así también a futuras generaciones, a quienes están por nacer, es por eso que el derecho de daños en lo que se refiere a daños

en el medio ambiente necesita de normas fuertes y bien establecidas que tutele los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos, puede parecer una creación novedosa en la legislación que ahora la naturaleza sea sujeto de derechos, sin embargo esto simplemente se debe a la importancia que toma día a día el medio ambiente para la propia supervivencia humana, es por eso que existen grandes esfuerzos a nivel mundial para protegerla, es entonces que el derecho al ser tan solo el reflejo de las preocupaciones humanas se ha traducido en declarar a la naturaleza como un sujeto más de derechos, ya que el conflicto con la naturaleza ahora es latente, el ejemplo más cercano es justamente la explotación petrolera, el petróleo es necesario para la humanidad casi como el agua, y es justamente en este punto que los problemas entre la preservación del medio ambiente encuentra su punto de quiebre, pero la responsabilidad civil surge ante la negligencia y poca preocupación con que se explota la naturaleza, yendo incluso contra la vida misma.

Sin embargo el hombre podrá vivir sin petróleo pero jamás podrá sobrevivir un día sin la naturaleza, así que a pesar que existe este aparente problema todos al final del día concordaran con que la naturaleza es lo más importante para la vida, para la salud para el bienestar físico y espiritual y también cultural por el saber de nuestros actos en cuidarla y preservarla, es por eso que es necesario que en nuestro país se cree una legislación acorde a la nueva Constitución que desarrolle la responsabilidad en los daños ambientales.

La Ley de Gestión Ambiental fue el inicio en nuestro país de regulaciones de tipo ambiental y otorgó el derecho a los ciudadanos en forma individual o colectiva para proponer acciones judiciales en contra de quienes contaminan el medio ambiente, sin embargo es necesario que nuestra legislación avance con la Constitución a fin de lograr una mayor protección al medio ambiente, pero en especial a fin de que las empresas que explotan el medio ambiente lo hagan con responsabilidad, utilizando la mejor tecnología a fin de causar el menor impacto ambiental y pudiéndose incluso establecer medidas de compensación, por ejemplo con la siembra de hectáreas de árboles. Lo que se concluye es que aún faltan leyes en nuestro país que desarrollen este tema tan importante. La Asamblea Nacional con una normativa acorde a la realidad de nuestro país puede evitar grandes desastres como el ocurrido en la Amazonía ecuatoriana.

f) Conclusiones

La Constitución del Ecuador garantiza el acceso a la justicia ambiental sin perjuicio del interés directo, lo cual concuerda con las directrices del Principio 10 de la Declaración de Río que recomienda a los estados abrir cauces para el libre acceso a la Justicia Ambiental.

También establece una serie de principios derechos y mecanismos ambientales que deberían facilitar y hacer más eficientes las posibilidades de acceso a la justicia ambiental tanto constitucional, administrativa, civil y penal.

La labor de los jueces es importante para fortalecer la justicia ambiental, por tanto debe implementarse la materia ambiental de manera obligatoria en las Universidades.

El rol de los ciudadanos es esencial para promover una mayor justicia ambiental en el Ecuador, pues todas y todos somos responsables de la supervivencia del Planeta Tierra.

Es importante establecer de manera clara e informar sobre los mecanismos de acceso a la justicia ambiental. Se ha de poner en vigencia normas que emanen de las altas autoridades judiciales, en que de alguna manera se haga referencia o se fundamente en la Declaración de Buenos Aires sobre la actuación de los jueces y poderes judiciales iberoamericanos con respecto a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental.

Deben instituirse normas que emanen del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, en que se regulen las materias contempladas en la Declaración de Buenos Aires sobre la actuación de los jueces y poderes judiciales iberoamericanos con respecto a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental.

Los órganos del Poder Judicial como la Corte Nacional de Justicia y Consejo de la Judicatura han de cumplir con la responsabilidad de la ejecución y evaluación de las materias contempladas en la Declaración de Buenos Aires sobre la actuación de los jueces y poderes judiciales iberoamericanos con respecto a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia ambiental.

El artículo 397 de la Constitución de la República del Ecuador establece que el Estado garantizará la salud, la restauración de los ecosistemas, así también se establecerán las sanciones correspondientes a quien contamine el ambiente. Todas las personas pueden acudir a los órganos judiciales y administrativos para obtener una tutela efectiva, recordemos además que la naturaleza es sujeta de derechos.

La corresponsabilidad es de la ciudadanía se gestiona a través de un sistema nacional descentralizado de

gestión ambiental. Un ambiente sano y saludable es indispensable para la humanidad, por lo tanto es necesario que existan directrices y normas claras pues de no existir esto se pondría en riesgo la protección de la naturaleza y el medio ambiente ante conductas que lo menoscaben.

Es necesario tomar en cuenta que la responsabilidad por daño ambiental es objetiva, y que las sanciones que debe establecer la legislación deben ser condenas ejemplificadoras para así poder tener una efectiva tutela jurídica y que además sea accesible para todos los miembros de la sociedad. Entonces nuestro sistema jurídico debe establecer sanciones punitivas tanto por los daños y provecho de quien lo causa como por el incumplimiento o desacato de las resoluciones judiciales en materia de daño ambiental.

Debe darse una difusión externa sobre el contenido de la Declaración de Buenos Aires, pues lo único que se ha hecho a través de revistas institucionales es informar sobre la participación de los jueces en la Cumbre, cuando mediante seminarios se debe exponer en conocimiento los lineamientos y principios de la Declaración, y la forma de ejecución por parte de los jueces o juezas que hayan participado en la Cumbre.

Es necesario que exista una sociabilización de las normas vigentes a las cuales cada persona puede acudir en defensa del medio ambiente y de su derecho a vivir en un ambiente sano y libre de contaminación, y debe llevarse a la práctica la defensa del medio ambiente por medio del Ministerio del Medio Ambiente, la Defensoría Pública mediante políticas del Estado.

Así también es menester la ejecución de reglas procesales que permitan una tutela judicial efectiva, con procedimientos ágiles, oportunos, eficaces por lo que es necesario la colaboración entre países y sanciones fuertes que sean ejemplificadoras para que actos de contaminación no ocurran, creando conciencia en quienes explotan el medio ambiente.

El Estado debe exigir la utilización de la tecnología más avanzada y amigable con el medio ambiente así como una justa distribución de la riqueza que ella produce.

2.2 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA PRINCIPLE OF LENITY AND JUDICIAL DETERMINATION OF THE SENTENCE

Dr. Richard Villagómez Cabezas¹
Conjuez Nacional
Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN:

La vigencia total del COIP lo enfrenta con las leyes (sustantivas) penales anteriores, por lo que será necesario determinar que sanción imponer en el caso concreto. Para este fin, el principio de favorabilidad previsto constitucionalmente (art. 76.5) ordena que frente a una antinomia sobre la medida de la pena, se ha de aplicar la sanción más benigna (menos gravosa), sea anterior o posterior (ley ultractiva). Análisis que debe efectuarse tanto por Abogados, como por Fiscales y Jueces para solucionar los casos en trámite (hasta su conclusión) e incluso para el juzgamiento de los delitos suscitados con anterioridad al COIP y que aún no se han judicializado

Palabras clave: favorabilidad, pro reo, sanción, ultra actividad.

SUMMARY:

The total duration of COIP confronts him with the laws (substantive) criminal past, so it will be necessary to determine what sanction to impose in the case. To this end, the principle of lenity provided constitutionally (art.76.5) orders against a contradiction on the extent of the penalty is to be applied (less burdensome) milder sanction, either upstream or downstream (ultra active law). Analysis to be carried by both lawyers, for prosecutors and judges to resolve cases pending (in full) and even for the trial of offenses arising prior to COIP and have not yet been brought before the courts.

Keywords: favorability, pro reo, sanction, ultra activity.

1. Actualmente es Conjuez Nacional, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

El COIP es un cuerpo normativo cuya principal virtud es la de aglutinar los tres ejes del derecho penal, anteriormente atomizados y desperdigados en el ordenamiento jurídico interno. De este modo, lo adjetivo, sustantivo y la ejecución penal, confluyen, por el principio de unidad, en un solo código. Por ello, su puesta en vigencia supuso varios momentos. A partir de la publicación en el Registro Oficial² se puso en vigencia la parte adjetiva, esto por determinación de la segunda disposición transitoria *ibídem*³, en tanto que por efecto de la disposición final⁴, se declaró *vacatio legis* para fines de las partes: sustantiva (teoría del delito) y de la ejecución penal, que rigen a partir de 180 días contados desde la publicación. Por tanto, la vigencia total del COIP, plantea la posibilidad de antinomias entre éste y el CP (y otras leyes penales como: LSEP, CT, LPI, etc.) para fines de los tipos y las sanciones a imponer en procesos.

Para los hechos punibles perpetrados con anterioridad a la vigencia del COIP, caben dos posibilidades: a) que los hechos se hayan judicializado o no y se encuentren o no en trámite; y, b) que los hechos no se hayan denunciado ni judicializado.

En el primer caso, el procesamiento penal (incluida la fase de indagación previa) se realizará de conformidad con la ley (adjetiva) vigente al momento de perpetración del delito, de lo cual el Código de Procedimiento Penal sigue ultractivo. Por tanto, los procesos penales e incluso la indagación previa iniciados con norma procesal anterior concluirán con la misma, como consecuencia de la regla prevista en la primera disposición transitoria del COIP⁵ que exige: (...) *siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente código*.

De modo que, para que exista proceso penal, sea con norma penal (sustantiva) anterior o posterior, el requisito exigido es la existencia de la conducta punible en el COIP. Mientras que cuando una conducta es despenalizada (por ley posterior) no cabe sanción mediante un proceso.

El art. 19 COIP mantiene aún que las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones. De lo cual la conducta puede seguir siendo punible pero ya no bajo la forma de delito sino de contravención, tal cual sucede en la injuria no calumniosa, tipificada como delito en el art. 490 CP y sancionada en el art. 495 *ibídem*; en tanto que, en el COIP persiste como conducta punible pero bajo la figura de contravención⁶, descrita y sancionada en el art. 396

2. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014

3. Las audiencias establecidas en el Libro II, Procedimiento de este Código, entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

4. El COIP entrará en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las disposiciones reformativas al Código Orgánico de la Función Judicial, que entrarán en vigencia a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial.

5. "Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República (...)"

6. Art. 396.- Contravenciones de cuarta clase.- Será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días: 1. La persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonra en contra de otra. (...)

Por tanto, la (posterior) inexistencia de la conducta en el COIP ya sea bajo la forma de delito o contravención, impide la prosecución penal al haberse suscitado la despenalización de la conducta. No obstante, cuando la conducta subsiste en la ley posterior con la forma de contravención y no de delito trae una secuencia de efectos que se trasladan no solo a lo sustantivo sino a lo adjetivo e incluso a la ejecución penal.

Cuando la conducta deja de ser delito y pasa a ser contravención en la ley penal posterior, la escala penal, esto es la medida de la pena privativa de libertad y/o pena pecuniaria se reduce como consecuencia de la lesividad; luego afecta las reglas de procedimiento tanto en el trámite (en que se incluyen los medios impugnatorios) cuanto en la facultad competencial del órgano jurisdiccional encargado de su resolución; y, finalmente, la condena contravencional tiene otro esquema de cumplimiento que difiere del delictual en cuanto al lugar y el sistema de ejecución.

Para fines de los casos que se encuentran en trámite, se ha de considerar necesariamente las etapas procesales, debiéndose diferenciar si se encuentra en instrucción fiscal, etapa intermedia, etapa de juicio, o cuando se encuentra pendiente de recursos, ya sea el ordinario de apelación, o el extraordinario de casación e incluso el de revisión⁷ que ha sido restringido en sus causales.

La despenalización de un tipo penal que no se mantiene como conducta punible en el COIP (ni delito ni contravención) da lugar a que la instrucción fiscal en trámite concluya con una abstención del fiscal y luego mediante el sobreseimiento dictado por el juez, conforme el artículo 605.2 COIP.⁸

En etapa de juicio, la consecuencia lógica de la despenalización desembocará inexorablemente en la confirmación del estatus de inocencia, conforme el artículo 619.2 *Ibidem*.⁹ Mientras que, con ocasión de los medios impugnatorios ya sea de apelación o casación, inevitablemente se planteará este tópico sobre la favorabilidad y la determinación de la pena. Argumentación que bien puede ser principal, lo que evitaría ciertamente conocer el medio impugnatorio, o bien cuando se lo formula como “*argumento en subsidio*”, ya sea por la despenalización total de la conducta (ni delito ni contravención) o bien por la medida justa y proporcionada de la pena.

7. En el COIP la impugnación no se considera etapa al no ser obligatoria y estar supeditada al ejercicio de la parte procesal legitimada. Nótese que la nulidad desaparece como recurso y se mantiene como facultad de control jurisdiccional, a discutirse únicamente con ocasión de otro recurso, conforme el art. 652.10.- Reglas generales.- La impugnación se regirá por las siguientes reglas: (...) 10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso (...)

8. Art. 605.2 COIP.- “La o el juzgador dictará auto de sobreseimiento en los siguientes casos: (...) 2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada(...)

9. Art. 619.2 COIP.- “La decisión judicial deberá contener: (...) 2. La determinación de la existencia de la infracción y la culpabilidad de la persona procesada” (...)

Sobre el recurso extraordinario de revisión, a partir de la vigencia del COIP, las causales se han restringido a tres, por lo que se tendrá que hacer uso de la primera disposición transitoria por la que los trámites iniciados con ley procesal anterior se agotarán bajo tal esquema, de lo cual se mantiene ultractivo el artículo 360 CPP que prevé seis causales, en tanto que luego que para lo venidero se aplicará el COIP con el esquema restringido de tres causales.¹⁰

En suma, la vigencia del COIP lo confronta con el esquema sustantivo anterior, mismo que se encontraba difuso en diversas leyes penales como el CP, LSEP, CT, LPI, etc. De modo que, la antinomia será entre leyes sustantivas, anterior versus posterior. Confrontación que puede ser total o parcial. Total en tanto se discute si la conducta ha sido suprimida en la nueva ley, ya sea como delito o contravención. La antinomia será parcial en tanto involucre una comparación y luego discrepancia en uno o varios elementos del delito.

Para resolver las antinomias que contienen la descripción de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible se realizará un estudio de micro derecho comparado en que se coteje uno a uno los elementos del tipo para verificar el objeto de la divergencia. Aparentemente el principal motivo de la divergencia en la praxis se circunscribe a la pena, que es uno de los varios elementos del delito. Por tanto, para la determinación del ámbito de la antinomia y sus efectos subsecuentes, se ha de realizar un análisis comparativo que involucre los elementos en pugna, luego de lo cual se concluirá qué norma (anterior o posterior) es menos gravosa (benigna) para el procesado, para lo cual se propone la siguiente matriz:

CODIGO PENAL	COIP
ACTO	ACTO
TIPICIDAD	TIPICIDAD
ANTI JURIDICIDAD	ANTI JURIDICIDAD
CULPABILIDAD	CULPABILIDAD
PENA	PENA

Pese a la amplia gama de posibilidades de discusión sobre el contenido de antinomias por la confrontación de los elementos: acto, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la praxis apunta a que el mayor número de divergencias se focaliza casi exclusivamente en el elemento pena y su determinación judicial en el caso concreto como consecuencia de la aplicación de la ley menos gravosa (benigna) para el procesado.

10. Villagómez, Richard. (2014). "Revisión Penal en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia", Zona G, Quito.

La pena, como elemento del delito, en definitiva constituye la consecuencia de los elementos anteriores (acto, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) ya que solo se puede atribuir la consecuencia pena en tanto y en cuanto se encuentre comprobado conforme a derecho la existencia del delito y luego la responsabilidad penal, ya sea en calidad de autor o cómplice.¹¹

El artículo 76.6, manda que: *“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: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza (...). Esta limitación constitucional al ius puniendi luego se desarrolla en el esquema legal sustantivo¹² que es la base para la dictación de la justa medida de la pena por el órgano jurisdiccional en el caso concreto. Por tanto, la proporcionalidad de la pena puede ser conceptualizada en una doble dimensión: ya sea como una técnica legislativa (pena en abstracto)¹³ o como una facultad jurisdiccional (pena en concreto).¹⁴*

En este sentido, la Corte Constitucional (para el período de transición) en la sentencia 006-12-SCN-CC, caso 0015-11-CN considera que la proporcionalidad de la pena es una técnica legislativa que determina la medida de la sanción privativa de la libertad mediante la norma sustantiva penal, y dentro de éstos parámetros se debe determinar la medida de la pena considerando un mínimo (piso) y un máximo (techo) que el órgano jurisdiccional debe determinar y motivar en el caso concreto.¹⁵

De su parte, para la moderna doctrina, la medida de la pena en el caso concreto es parte del desarrollo de las facultades del Juez que en la función de garante debe considerar no sólo la norma sustantiva penal que determina el rango de la pena, sino otros elementos tales como: la vulnerabilidad del condenado, sus condiciones personales, la lesividad, el bien jurídico protegido por la norma penal, etc.¹⁶ Cuestión que en nuestro ordenamiento jurídico no opera porque aplica el criterio de la pena pendular, conocido como sistema de

11. En el COIP se suprime el encubrimiento como grado de participación que estaba previsto en el art. 44 CP y actualmente se lo considera como tipo penal autónomo (delito contra la actividad judicial) en el inciso segundo del art. 272

12. Ferrajoli, Luigi. (2009) *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Colección Estructuras y Procesos”*. Serie Derecho, Editorial Trotta, Madrid, p. 93. Estos diez axiomas son: A1. Nulla Poena sine Crimine. A2. Nullum Crimen sine lege. A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4. Nulla Necesitas sine iniuria. A5. Nulla iniuria sine actione. A6. Nulla actio sine culpa. A6. Nulla culpa sine iudicio. A8. Nullum iudicium sine accusatione. A9. Nulla Accusatione sine probatione. A10. Nulla Probatio sine defensione. Este modelo es un límite solo tendencial y nunca perfectamente satisficible del ius puniendi en manos del Estado. Estos axiomas se desarrollan a través de principios que regulan el sistema.

13. Paladines, Jorge, (2012), *“La desproporcionalidad de la ley y la justicia antidrogas en Ecuador”*, en Cuadernos Defensoriales, Defensoría Pública del Ecuador, Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, pp. 42, 43. En la determinación judicial de la pena en los casos de drogas, destaca que la forma de modular, casi exclusivamente, descansa en la determinación de la medida de tiempo de duración de la privación de la libertad.

14. Véase Mir Puig, Santiago, (2012), *“Derecho Penal. Parte General”*, Barcelona, Editorial Repertor, Octava edición, pp. 721. Hay tres formas de determinación de la pena: abstracta, por el legislador; judicial, por el juez en el caso concreto; y penitenciaria, en el régimen de cumplimiento de la pena una vez declarada en juicio.

15. Véase el contenido íntegro de la sentencia indicativa en: www.corteconstitucional.gob.ec

16. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, (2012), *“La racionalidad de la ponderación en Argumentación Jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad”*, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda Edición.

Véase también a Lopera Mesa, Gloria, (2012), *“Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes”*, en Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Segunda edición.

determinación legal relativo¹⁷ que impone un mínimo (piso) y oscila hacia el máximo (techo), siendo obligatoria entonces la verificación, en su orden, de: a) la existencia de los elementos constitutivos del delito; b) la concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes que conduzcan a la fijación de la justa medida de la pena y de modo individual. (art. 76.6 CR); y, c) la individualización del grado de participación de los procesados, ya sea en calidad de autor o cómplice.¹⁸

Como se puede observar, la antinomia por la medida de la pena, es de ámbito parcial al circunscribirse sólo a este elemento. Por tanto, se entendería que no existe discrepancia respecto de los otros elementos que constituyen el tipo, pues como se ha explicado infra, éstos constituyen el antecedente para la atribución judicial de la pena en un caso concreto. Para salvar esta antinomia (sobre la medida de la pena) existe una regla con rango constitucional, determinada en el art. 76.5 que dice: *“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”*(...)

Esta norma (regla) -parte del debido proceso y por tanto límite del ius puniendi- resuelve únicamente la antinomia por la medida de la pena (más no de los otros elementos del tipo penal), en cuyo caso se aplicará la pena menos gravosa, ya sea ésta anterior o posterior. De lo cual, al aplicarse la norma anterior, ésta se encuentra ultractiva pese a la vigencia de la posterior. En tanto, que la aplicación de la ley posterior ratifica la vigencia para lo venidero, aunque los hechos por los que se juzga sean anteriores a su vigencia.

Para una mejor explicación, partamos del caso en que un ciudadano ha sido procesado y condenado por el delito tipificado y sancionado en el art. 62 LSEP por el que inicialmente el tribunal de garantías penales le ha impuesto la pena privativa de libertad (modificada) de 8 años de reclusión mayor ordinaria, y que luego el tribunal de apelación le ha impuesto la pena privativa de libertad (no modificada) de diez años de reclusión, esto pese a que en la decisión se estiman probadas las circunstancias atenuantes de los numerales 6 y 7 del art. 29 CP, en razón de la cantidad y calidad de la sustancia aprehendida al procesado, esto es, 14.919 gramos de clorhidrato de cocaína. Sentencia de la que el justiciable plantea casación y obliga (en su orden) a establecer si existe error in iudicando, a lo que se ha de sumar que “en subsidio” se plantea de modo genérico la apli-

17. Véase Gómez Rivero, María del Carmen Gómez et al, (2007), *“Nociones Fundamentales de Derecho Penal”*. Sevilla, Tecnos, Segunda edición, pp. 435,436 Este sistema es el que opera en España en que la pena está determinada en la ley dentro de un rango mínimo y máximo al igual que en Ecuador.

18. López Barja de Quiroga, Jacobo, (2010), *“Tratado de Derecho Penal. Parte General”*, España, Editorial Aranzadi, pp. 153-156. La culpabilidad tiene doble faceta: como fundamento de la pena y como medida de la pena. Como fundamento de la pena, el principio de culpabilidad conforma el principio axiomático de que **no hay pena sin culpabilidad**, lo que significa que no cabe culpabilidad sin que concurra dolo o imprudencia según el delito de que se trate. Como medida de la pena se ha de tener en cuenta que: a) permite establecer graduaciones (autoría-complicidad); y, b) impide que por fines de prevención se imponga una pena más grave de la medida de la culpabilidad. La pena se fundamenta en la culpabilidad. Por ello la culpabilidad limita la medida de la pena en concreto.

cación de favorabilidad sin que se explique si existe antinomia total (despenalización) o parcial (en cuanto a la medida de la pena).¹⁹

De lo expresado, el casacionista circunscribe su argumento casacional a dos puntos: a) la discrepancia sobre la medida de la pena; y, b) la aplicación de favorabilidad.

Para atender la casación corresponde focalizar el problema y definir si la cantidad y calidad de sustancia apprehendida es circunstancia agravante.

La repuesta evidente es que no, porque no constan en el catálogo de circunstancias agravantes genéricas (CP) ni específicas de LSEP, lo que configura error in iudicando por contravención expresa de los artículos: de los artículos: 4 CP (que obliga a la interpretación restrictiva y proscribela analogía),²⁰ 29.6, 7 y 72 CP, siendo la pena justa a imponer al procesado la de 8 años de reclusión mayor ordinaria, la multa de 60 SMVG, la suspensión de derechos de ciudadanía por el tiempo de la condena.

De otro lado, para fines de favorabilidad se ha de precisar: a) si la conducta por la que se ha dictado condena se mantiene; b) si existe discrepancia en la medida de la pena entre una y otra ley, para lo cual se seguirá esta matriz:

ART. 62 LSEP	ART. 220 COIP
<p>Art. 62.- Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.- Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con <i>la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.</i></p>	<p>Art. 220.- Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.- La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente:</p> <p>a) Oferte, almacene, intermedie, distribuya, compre, venda, envíe, transporte, comercialice, importe, exporte, tenga, posea o en general efectúe tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con pena privativa de libertad de la siguiente manera:</p> <p>a) Mínima escala de dos a seis meses. b) Mediana escala de uno a tres años. c) Alta escala de cinco a siete años. d) <i>Gran escala de diez a trece años.</i></p>

19. Proceso Nro. 774-2014, por recurso de casación. Tribunal integrado por las señoras doctoras: Ximena Vintimilla y Lucy Blacio, Juezas Nacionales; y, Richard Villagómez Cabezas, Conjuez Nacional.

20. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, (2010) "Derecho Penal, Parte General", Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 122-125. La analogía no es una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma, de lo que se trata en analogía es que, una vez interpretada la ley (una vez establecidos los supuestos que contiene), se extienden sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos.

Véase también:

Bacigalupo, Enrique, (1999).

No cabe la descripción vaga de los delitos porque aquello se presta para el abuso. El derecho penal es límite para el ejercicio del ius puniendi. El mal social de la pena debe ser sometido a los más estrictos controles y restricciones.

Fernández Carrasquilla, Juan, (1995), "Derecho Penal Fundamental", Editorial Temis, Bogotá, tomo II, p. 3 López Barja de Quiroga, Jacobo, (2010), "Tratado de Derecho Penal. Parte General", España, Civitas, pp. 143- 149. El principio de legalidad está dentro de los principios básicos del Derecho Penal y sus características son: lex certa, lex scripta, lex stricta, lex previa.

De lo analizado, la conducta se mantiene. Sin embargo, en la ley penal anterior la cantidad y calidad de sustancia no eran consideradas circunstancias agravantes (genéricas o específicas) sino constitutivas, al no estar predeterminadas mediante el principio de legalidad sustantiva, (art. 76.3 CR), que impide realizar analogía (in malam partem). Igual sucede en el COIP que además construye la medida proporcional de la pena a partir de estos elementos, diferenciando entre: mínima, mediana, alta, gran escala.

En el caso concreto, el procesado fue detenido en porte de 14,919.00 gramos de clorhidrato de cocaína, que en la actualidad configura la descripción de gran escala, delito sancionado con pena privativa de libertad de diez a trece años de prisión y pena pecuniaria de 40 salarios básicos unificados (art. 70.10 COIP). Pena que en comparación es más gravosa que la dispuesta en la ley anterior.

Para fines de la pena, el tribunal estimó probadas las circunstancias atenuantes de los numerales 6 y 7 del art. 29 CP. Circunstancias que no se replican en el COIP, por lo que no cabe modificar pro rei la pena conforme el artículo 44 ibídem, como se explica a continuación:

CP	COIP
<p>Art. 29.- Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor, como en los casos siguientes:</p> <p>6o.- Ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción;</p> <p>7o.- Conducta anterior del delincuente que revele claramente no tratarse de un individuo peligroso;</p>	<p>Art. 45.- Circunstancias atenuantes de la infracción.- Son circunstancias atenuantes de la infracción penal:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cometer infracciones penales contra la propiedad sin violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes. 2. Actuar la persona infractora por temor intenso o bajo violencia. 3. Intentar, en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción o brindar auxilio y ayuda inmediatos a la víctima por parte de la persona infractora. 4. Reparar de forma voluntaria el daño o indemnizar integralmente a la víctima. 5. Presentarse en forma voluntaria a las autoridades de justicia, pudiendo haber eludido su acción por fuga u ocultamiento. 6. Colaborar eficazmente con las autoridades en la investigación de la infracción.

La modificación de la pena en uno y otro esquema, exigen la concurrencia de circunstancias atenuantes, sin agravante. Mientras en la ley penal anterior se pasa de la escala (base) de 12 a 16 años de reclusión mayor especial a la de 8 a 12 años de reclusión mayor ordinaria. En el COIP se atenúa la pena en un tercio tomado desde el piso. En uno y otro caso, el factor que permite la atenuación de la pena es la concurrencia de atenuantes, sin agravante.

Así, las circunstancias atenuantes (genéricas) que se estiman probadas en el caso concreto, (art. 29.6.7 CP), no se replican en el COIP, por tanto son inexistentes para los procesos venideros, lo que impide la modificación

pro rei de la pena, tanto más que no se puede mezclar reglas de ley anterior con posterior, porque cada cuerpo normativo tiene un diseño específico con una ecuación preconcebida en la que no necesariamente se replican las circunstancias atenuantes y la fórmulas de cálculo, como acontece en este caso, esto pese a que ambas leyes mantienen idéntico sistema de pena en concreto, difieren en las circunstancias atenuantes, reglas de modificación, rango de oscilación de la pena, conforme se explica:

ART. 72 CP	ART. 44 COIP
<p><i>Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:</i></p> <p><i>(...) La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años (...)</i></p>	<p>Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva.</p> <p><i>Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción.</i></p> <p>Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.</p>

Nótese que en los tipos penales calificados, (p.e. femicidio), la pena en concurrencia de agravantes, obliga a la aplicación del máximo con un aumento de un tercio, de lo cual el margen de oscilación del péndulo ha aumentado por fuera del tipo, con un tope de hasta cuarenta años,²¹ que en comparación con el CP (anterior) la pena máxima es de 35 años en concurrencia de delitos reprimidos con reclusión mayor especial.²²

CODIGO PENAL	COIP
PENA PENDULAR (PISO-TECHO)	PENA PENDULAR (PISO-TECHO)
AGRAVANTES GENERICAS	AGRAVANTES GENERICAS
ATENUANTES GENERICAS	ATENUANTES GENERICAS
AGRAVANTES ESPECIFICAS (p.e. delitos sexuales)	AGRAVANTES ESPECIFICAS (p.e. delitos sexuales)
ATENUANTES ESPECÍFICAS p.e. delitos sexuales	ATENUANTES ESPECIFICAS p.e delitos sexuales

21. Art. 59 COIP.- Penas privativas de libertad.- Las penas privativas de libertad tienen una duración de hasta cuarenta años.

22. Art. 81 CP.- En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes:

(...) 3. (...) Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años (...)

El COIP está diseñado con circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, y también con atenuantes y agravantes especiales, mismas que deberán ser analizadas en micro comparación para determinar una a una, si son iguales a las del CP y otras leyes penales (especiales).

Aunque en uno y otro sistema se mantiene el esquema de pena privativa de libertad, pena pecuniaria, comisos, suspensión de derechos, etc., en el COIP se evidencia la construcción de la pena pecuniaria, en relación con la medida de la pena privativa de la libertad²³, factor que no era considerado en el CP en que la medida de la multa resultaba estándar e inamovible.

En el COIP se visibiliza a la víctima para fines de la reparación (material e inmaterial) que no se circunscribe únicamente a los daños y perjuicios tal y como se encontraba dado en el CP, en que esta reclamación incluso se prolongaba en una ulterior reclamación ante el órgano de la condena pero en la vía verbal sumaria, suscitándose así una revictimización dada desde en la norma y la prolongación de las facultades competenciales del órgano judicial que dictó la sentencia condenatoria.

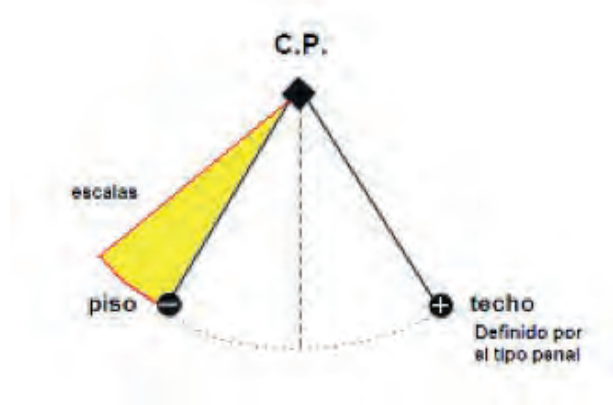
CÓDIGO PENAL	COIP
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
PECUNIARIA	PECUNIARIA (en relación con la ppl)
REPARACION	REPARACION
COMISO/costas	COMISO/costas
SUSPENSION DE DERECHOS	SUSPENSION DE DERECHOS
INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS	REPARACION (MATERIAL/INMATERIAL)
INHABILIDAD PARA SER SERVIDOR PUBLICO	INHABILIDAD PARA SER SERVIDOR PUBLICO
SUSPENSION DE LICENCIA DE CONDUCIR (concomitante a la ppl)	SUSPENSION DE LICENCIA DE CONDUCIR (luego de cumplida pena privativa de libertad)

En la ley penal anterior, para fines de la determinación judicial de la pena en el caso concreto el órgano jurisdiccional verifica los elementos y circunstancias que se detallan:

Elementos constitutivos	Piso
Agravantes sin atenuantes	Techo
Atenuantes sin agravante	Pasa a escala inferior

23. Art. 70.- Aplicación de multas.- En las infracciones previstas en este Código se aplicará además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones: (...)
 (...) En las infracciones en las que no existan penas privativas de libertad se aplicará la multa prevista en cada tipo.

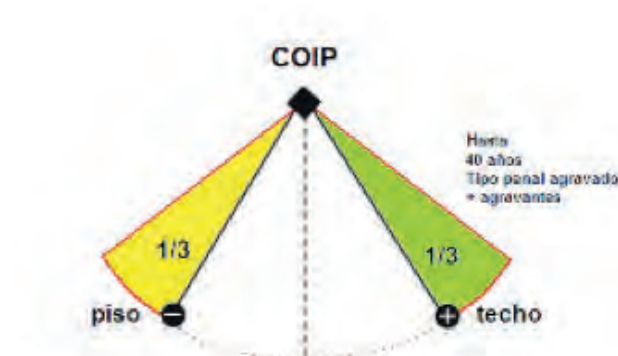
Elementos a los que se ha de sumarse el análisis de la determinación individual de la pena en razón de la participación ya sea en calidad de autor o cómplice. Recuérdese que por vigencia del COIP se ha suprimido el encubrimiento, hecho que desde luego será motivo de análisis de favorabilidad. Como se puede resumir entonces la medida de la pena con la norma penal anterior se desarrolla dentro del siguiente margen de oscilación:



En tanto que, la determinación judicial de la pena con el COIP, está configurado en el siguiente esquema:

Elementos constitutivos	Piso
Agravantes	Máximo
Tipo agravado más agravantes	Máximo más 1/3 p.e. femicidio
Atenuantes sin agravante	Piso - 1/3

Elementos a los que se ha de sumar el análisis sobre la individualización de la pena en razón de los actos ejecutados por los que se les atribuye a los procesados la responsabilidad penal ya sea como autores o cómplices, de donde el margen de oscilación del péndulo es el siguiente:



2.3 LA ETAPA DE EVALUACIÓN Y PREPARATORIA DE JUICIO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)

Dr. Edgar Wilfrido Flores Mier
Conjuez Nacional
Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar,
Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Finalidad de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio:
 - 2.1. Conocer y resolver sobre cuestiones de procedimiento, prejudicialidad, competencia y procedimiento.
 - 2.2. Establecer la validez procesal.
 - 2.3. Valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción ilegales.
 - 2.4. Anuncio y exclusión de pruebas que serán presentadas en el juicio. Conclusión.
 - 2.5. Aprobar los acuerdos probatorios. Conclusiones

Introducción

En el anterior Código de Procedimiento Penal, el proceso penal se desarrollaba a través de las siguientes etapas: la instrucción fiscal, la intermedia, la de juicio y la de impugnación; en cambio, dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el procedimiento ordinario se desenvuelve con las etapas de: instrucción, evaluación y preparatoria de juicio, y juicio, desapareciendo la etapa de impugnación como parte del procedimiento ordinario. Es decir que, la etapa intermedia o preparatoria de juicio sigue vigente con el actual Código Orgánico Integral Penal cuyo desarrollo está previsto a partir del artículo 601 hasta el 608.

Es necesario hacer hincapié que desde el momento que el fiscal dicta el auto de instrucción dentro de la audiencia de formulación de cargos (art. 591 COIP) y el o la juez de garantías penales notifica a los sujetos procesales: procesado, a la víctima y al defensor público o privado, es a partir de esta diligencia que la o el juzgador controla la acción penal hasta llegar a la etapa de evaluación y preparatoria de juicio; etapa que se respalda en la acusación cuando él o la fiscal cuente con los elementos suficientes que le permitan imputar una infracción en contra de la persona procesada, para luego de la intervención de los sujetos procesales dentro de la audiencia correspondiente, la o el juzgador dictar su resolución que puede ser: un auto de sobreseimiento -sin que exista los tipos de sobreseimiento que tenía el CPP- o un auto de llamamiento a juicio, dependiendo de los elementos de convicción de cargo y de descargo que hayan presentado los sujetos procesales.

Dicho sea de paso, en cuanto a la naturaleza jurídica de la acusación fiscal sobre la cual se sustenta la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, de acuerdo al nuevo sistema procesal acusatorio no la emite el juez, sino que es dictada por el fiscal en su condición de ente administrativo autónomo a cargo exclusivo de la investigación e instrucción, por lo tanto, no constituye una resolución judicial, sino que es un acto administrativo solemne porque es un acto que debe contener en forma clara y precisa los requisitos determinados en el artículo 603 del COIP. Por lo dicho, la acusación fiscal no es decisoria, ni resolutoria, no “causa estado”, es decir no es final ni definitivo, y, por lo mismo tampoco es inexpugnable, se trata de una decisión fiscal preparatoria o de mero trámite que no pone fin al objeto del proceso y que bien no puede ser acogida por la o el juzgador.

Es en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio que el juez o la jueza de garantías penales tiene un protagonismo principal, ajustándose a los principios constitucionales y legales del debido proceso. El juez o la jueza de garantías penales no conocen nada de lo actuado por la Fiscalía, recibe un expediente para ellos

desconocido, a excepción de aquellos medios de prueba testimoniales anticipados que hayan sido solicitados y practicados por éstos en la forma prevista en el COIP. La etapa de evaluación y preparatoria de juicio al igual que todas las otras etapas del proceso se desarrolla en audiencia oral, pública y contradictoria tramitada ante el mismo juez de control de la instrucción fiscal y que tiene por objeto "...la preparación del juicio, fijándose de modo preciso su objeto, los sujetos intervinientes así como la prueba que deberá ser examinada..." (Reinoso 2002: 227).

El artículo 604 del COIP, regula la etapa de evaluación y preparatoria de juicio que al propio tiempo sirve de enlace entre la etapa de instrucción y la de juicio, tiende a resguardar la garantía de la inviolabilidad de la defensa, exigiendo una actividad requirente previa que no solo permite la igualdad ante la ley y el libre desenvolvimiento de la defensa, sino que tiende a precisar el objeto principal alrededor del cual girará la audiencia de evaluación y preparatoria del juicio y la del propio juicio.

Finalidad de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio

Es importante anotar que en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, a más de lo anotado anteriormente, tiene las siguientes finalidades y que se hallan detalladas en el Art. 601 del COIP, a saber:

- Conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento.

Lo primero que tiene que establecer la jueza o juez en todo proceso y particularmente en el penal es la **competencia**, la misma que está limitada en razón del territorio, la materia, las personas y de los grados. Teniendo en cuenta que la competencia nace de la ley, por lo tanto, ésta es indelegable, improrrogable y es excluyente, es decir que las partes no pueden acordar o elegir a la o el juzgador para que resuelva su caso; tampoco el juez o la jueza de garantías penales puede delegar sus funciones a otro juez o jueza y peor de otra materia, lo que sí es permitido practicar diligencias judiciales a través de deprecatorios o comisiones; y, una vez radicada la competencia ningún otro juez puede conocer el caso concreto. Para radicar la competencia deberá seguirse las reglas previstas en los artículos 404 y siguientes del COIP.

Una vez radicada la competencia, se debe verificar si no existen obstáculos para el inicio de la acción penal como son: cuestiones de **procedibilidad** que hacen referencia a aquellas condiciones que permiten la admi-

sibilidad de la prosecución de la acción penal y por ende constituyen supuestos imprescindibles para el nacimiento y desarrollo del proceso penal, lo que significa que son independientes y anteriores al proceso, por ejemplo para el caso del delito de peculado, previamente debe existir el informe de la Contraloría General del Estado en el que se establezcan indicios de responsabilidad penal¹. No se debe confundir las cuestiones de procedibilidad con presupuestos procesales, ya que de éstos depende la existencia de la relación jurídica procesal como son: “1) la promoción de la acción penal por el legitimado para deducirla; 2) la actuación de un órgano jurisdiccional competente e imparcial que conozca y juzgue el litigio penal; y, 3) la existencia de los demás sujetos procesales esenciales, cuales son: el ministerio público (Fiscalía) y el imputado”². Por lo dicho, si faltan las cuestiones de procedibilidad, la relación procesal existe, pero es carente de contenido y como consecuencia de ello, la o el juzgador deberá dictar una providencia de mero contenido procesal que declare la improcedibilidad o la improseguibilidad del procedimiento. Si faltan los presupuestos procesales, la relación procesal no existe y por lo tanto, la o el juez no está obligado a pronunciarse sobre ella, ni sobre la infracción o noticia críminis.

Con respecto a las cuestiones de **prejudicialidad**, según el artículo 414 del COIP se refiere a aquellos casos señalados en la Ley y cuya decisión compete exclusivamente a los jueces civiles, y, por ende, deben ser resueltos como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal. Como por ejemplo la falsedad de instrumentos públicos conforme lo dispone el artículo 184 del Código de Procedimiento Civil. Los casos de prejudicialidad no solo son un obstáculo para el ejercicio de la acción penal, sino un obstáculo para el inicio del proceso penal.

No debemos equivocarnos en creer que las cuestiones *prejudiciales* son iguales con las cuestiones previas, pues la primeras impiden el ejercicio de la acción penal en tanto que las segundas impiden el inicio del procedimiento penal; de otro lado, podemos manifestar que toda cuestión prejudicial es previa, pero no toda cuestión previa es prejudicial, por ejemplo: la declaración sobre la falsedad de un documento público debe hacerla un juez civil, es prejudicial y es previa; en cambio, la notificación que debe hacer el IESS al empleador para que deposite el valor de la afiliación de un trabajador³, o también la autorización de la Asamblea Nacional para el enjuiciamiento penal del Presidente de la República, son previas pero no prejudiciales.

- *Establecer la validez procesal.*

1. Art. 581.3 COIP.

2. NÚÑEZ, Vásquez Cristóbal. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Edit. Jurídica - Chile-2001. Pág. 156.

3. Art. 243 COIP.

Dentro del COIP como lo señalamos ya no consta la impugnación como etapa del proceso penal, no que-remos entrar al análisis del porqué de la supresión, pero ello no significa que tampoco conste dentro los extraordinarios como: el de casación y el de revisión. Sin embargo, ya no consta el recurso de nulidad como estaba previsto en el Código de Procedimiento Penal, donde expresamente podía declararse la nulidad en los siguientes casos: Cuando la jueza o juez o el tribunal de garantías penales actuaba sin competencia; cuando la sentencia no reunía los requisitos establecidos en la ley; y, cuando existía violación del trámite siempre y cuando influya en la decisión de la causa⁴.

Sin embargo de aquello no podemos decir que la jueza o el juez de garantías penales no pueda declarar la nulidad total o parcial del proceso, cuando verifique que se ha vulnerado las garantías del debido proceso determinadas en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el COIP, precisamente la evaluación y saneamiento del proceso es una de las finalidades de la etapa procesal que estamos comentando. Lo que sí debe tener en cuenta la jueza o juez para declarar la nulidad son los principios de especificidad y de trascendencia, es decir que la violación sea de una norma expresa y que sea trascendente, lo que significa que esto impida a que el proceso pueda cumplir su misión, lo que equivale a decir que aquello influya en la decisión de la causa, como por ejemplo: cuando exista incompetencia en razón de la materia o cuando exista falta de jurisdicción o cuando no se hubiere citado legalmente al procesado, deján- dolo en indefensión. Al respecto, vale recordar que el fin del derecho procesal penal es garantizar la tutela judicial efectiva y por tanto la armonía y la paz sociales, mediante la realización pacífica, imparcial y justa del derecho objetivo penal en los casos concretos a través de los órganos de la Función Judicial. Las normas del derecho procesal penal no tienen vida autónoma o por sí mismas, sino en razón o en función del derecho sustantivo penal y cuya vigencia se tutela por medio de aquellas; por lo tanto, solamente la violación de las normas procesales que afecte a la aplicación del derecho sustantivo, en forma tal que impida esa aplicación, determina que el juez o la jueza deba declarar la nulidad.

La validez del proceso tiene mucho que ver con determinar los requisitos del debido proceso, la Constitución de la República en el artículo 76 garantiza el debido proceso y establece: *“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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes...”*

4. Art. 330 CPP.

Es importante señalar que por la disposición constitucional referida, debemos entender por debido proceso aquél que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley procesal: inicio del proceso, actos de investigación, actividad probatoria, las distintas diligencias judiciales, los mecanismos de impugnación, el respeto de los términos procesales, etc.

El debido proceso legal importa que: **1)** Ningún sujeto procesal puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley; **2)** Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el “debido”; **3)** Para que sea el “debido” tiene que dar suficiente oportunidad a la persona procesada de participar con libertad en el proceso; **4)** De esta oportunidad requiere tener noticias fehacientes (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia (ser oído). Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser escuchado, y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto del debido proceso. De ser un proceso legal se pasó a estimar un proceso constitucional.

Queremos significar así, que el proceso debido es aquél que no tiene fronteras ni características por Estado. Es una noción unívoca que obliga a adaptaciones singulares y a estándares propios que afinan, al unísono, en la garantía procesal por excelencia. La voluntad que se protege no es particular sino la universal de la persona que quiere para sí y por sí, con independencia de los particulares. En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que “es debido”, hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia fundada que pueda ser ejecutada y cumplida como las juezas o los jueces han ordenado. El debido proceso constitucional no se concreta en las afirmaciones de una ley, o en los preceptos de un código; se proyecta más que en los derechos, hacia los deberes jurisdiccionales que se han de preservar con la aspiración de conseguir un orden objetivo más justo.

Acerca de lo que constituye el debido proceso penal la Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto: “...*En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado (noción formal más cumplimiento de los fines y derecho constitucionales).*...*Hay debido proceso desde un punto de vista material, si se respeta los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales como la legalidad, la controversia, la celeridad, la publicidad, la prohibición de la reforma in pejus, y el doble procesamiento por el mismo hecho etc.*”⁵.

5. Caso 002-08-CN, Registro Oficial Suplemento 602, de 1 de junio de 2009.

Es deber de todos los juzgadores sujetarse y garantizar el debido proceso, la Corte Constitucional para el periodo de transición ha determinado: *“El primero de los subderechos del debido proceso es el deber de las autoridades administrativas o judiciales de garantizar el cumplimiento de las normas o los derechos de las partes; constituye un principio fundamental para garantizar la existencia del Estado constitucional de derechos y justicia y una garantía indispensable para evitar la arbitrariedad en las decisiones y resoluciones de las autoridades administrativas o judiciales.*

Al respecto, el Estado constitucional de derechos y justicia “se dota de una Constitución normativa, que sujeta todos los poderes a la legalidad, sitúa los derechos fundamentales en el centro del sistema y prevé para ellos garantías institucionales inéditas”⁶.

Todavía no se le da el valor que realmente representa la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, que constituye un puente necesario entre la preparación de la “acción” y el debate. No hay como señala Alberto Binder citado por Walter Guerrero Vivanco, pase automático de la investigación al juicio. “Un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar, también que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria. Igual control puede decirse que ocurre con el examen que hace el Juez de la solicitud de sobreseimiento, clausura, archivo o desjudicialización, ya que se busca evitar el abandono o declinación injustificada de la acción penal.” (Walter Guerrero 2002: 117).

En términos generales la nulidad procesal que pueda declarar la o el juzgador en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, debe ser tomada en cuenta como el remedio jurídico que el COIP establece para sanear los defectos o vicios de que adolecen las actuaciones judiciales, principalmente cuando causen un perjuicio a los sujetos procesales por no cumplir con las formalidades o requisitos exigidos, en garantía de los intereses relativos al debido proceso y al derecho de defensa de las partes intervinientes en el proceso penal.

- Valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales.

La Fiscalía General del Estado como parte de la Función Judicial es la titular y responsable del ejercicio de la acción penal pública, es decir es quien dirige la investigación preprocesal y procesal penal, interviniendo como parte en la tramitación del proceso hasta su finalización; por lo tanto, cuando tenga conocimiento de un hecho que presuma se trata de una infracción y no exista obstáculos de procedibilidad o prejudicialidad, debe iniciar la instrucción fiscal para recabar los elementos de convicción suficientes que le permitan establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. Pero estos elementos

6. Sentencia No. 035-12-SEP-CC, de fecha 08 de marzo del 2012, dictada en el caso N°. 0338-10EP.

de convicción no solo deben ser de cargo sino también de descargo, cumpliendo para ello con las atribuciones señaladas en el artículo 444 del COIP y siguiendo las reglas del debido proceso en la obtención de los elementos de convicción y que serán presentados como prueba en la etapa del juicio, por ejemplo: solicitar motivadamente a la jueza o el juez la autorización para retener, abrir y examinar la correspondencia que tenga relación con los hechos y circunstancias de la infracción y sus participantes⁷. Precisamente una de las finalidades de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, es que el juez o la jueza tengan que valorar los elementos de convicción sobre los cuales se fundamenta la acusación fiscal que solo podrá referirse a hechos y personas determinados en la formulación de cargos; y, que estos elementos se hayan recabado respetándose las reglas procesales señaladas en el COIP, a fin de que cumplan con su eficacia jurídica, caso contrario deberán excluirse, porque resultaría contradictorio que se trate de combatir la criminalidad en base de elementos de convicción obtenidos ilegalmente, tal sería el caso del allanamiento de un domicilio donde se encuentra la evidencia (droga), pero por una manifestación del procesado, sin que se le haya advertido de su derecho de guardar silencio o sin la asistencia de un abogado defensor⁸.

De tal manera que, en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, los sujetos procesales tienen la oportunidad de impugnar aquellos elementos de convicción que presente la fiscalía, para que la o el juzgador acepte o rechace las peticiones en la misma audiencia, concretando con ello los temas que se debatirán en la etapa del juicio si considera que existen suficientes méritos procesales para dictar auto de llamamiento a juicio, en los términos previstos en el artículo 608 del COIP, o caso contrario dictará sobreseimiento cuando concluya que los hechos no constituyen infracción o que los elementos de convicción en los que la Fiscalía ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia de la infracción o participación de la persona procesada o cuando encuentre que se han justificado causas de exclusión de la antijuricidad⁹.

- Anuncio y exclusión de pruebas que serán presentadas en el juicio.

Es importante dejar constancia que en el Código de Procedimiento Penal, existían tres momentos en los cuales los sujetos procesales podían anunciar las pruebas: en la audiencia de preparación del juicio y formulación del dictamen; en los siguientes tres días posteriores a que se encuentre ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio; y, hasta tres días antes de que se reúna el Tribunal de Garantías Penales para la audiencia de juicio, pero siempre y cuando no hubieren sido anunciadas y discutidas en la audiencia preparatoria del juicio.

7. Art. 475 COIP.

8. Art. 76.7.e, y Art. 77.7.b CR.

9. Arts. 605 y 30 del COIP.

En cambio, ahora con la vigencia del COIP la prueba solo debe ser anunciada dentro de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, esto significa que si alguno de los sujetos procesales no anunció la prueba que desea que se practique dentro de la audiencia de juicio, habrá operado el principio de preclusión, que como bien lo señala la jurisprudencia del máximo organismo de la administración de justicia, surte los siguientes efectos: *“La preclusión es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercitado oportunamente y en forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido alguna obligación de la misma naturaleza. La preclusión es una de las características del proceso moderno porque mediante ellas se obtienen: a) Que el proceso se desarrolle en orden determinado, lo que sólo se consigue impidiendo mediante ella, que las partes ejerciten sus facultades procesales cuando les venga en gana sin sujeción a principio temporal alguno; b) Que el proceso esté constituido por diversas secciones o períodos, dedicados cada uno de ellos al desenvolvimiento de determinadas actividades. Concluido cada período, no es posible retroceder a otro anterior. Así se logra en nuestro Derecho que la primera parte del proceso esté consagrada a formar la litis, la segunda a ofrecer las pruebas, la tercera a rendirlas, la cuarta a producir alegatos, la quinta al pronunciamiento de la sentencia y la sexta a la vía de apremio. En otras palabras la preclusión engendra lo que el procesalismo moderno llama fases del proceso; c) Que las partes ejerciten en forma legal sus derechos y cargas procesales, es decir no solo dentro del término que para ello fije la ley, sino también con las debidas formalidades y requisitos¹⁰.”*

De lo expuesto se desprende que los actos jurídicos procesales deben cumplir ciertos requisitos como: **Lugar**, determinado por el territorio jurisdiccional de la jueza o el juez y el momento procesal; tiempo, se refiere a la oportunidad en que deban expedirse o ejecutarse; y, **modo**, a las formalidades que deben cumplirse. En el caso de la prueba ésta tiene que ser anunciada o propuesta en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, donde las partes tienen libertad para proponer la prueba que crean pertinente¹¹. Como excepción se puede ordenar la recepción de una prueba por parte de la o el presidente del tribunal de garantías penales, cuando ésta no ha sido solicitada oportunamente por alguna de las partes procesales, previo al cumplimiento de los siguientes requisitos: Que se justifique su desconocimiento hasta el desarrollo de la audiencia de juicio y que la prueba solicitada sea relevante para el caso que se juzga¹².

Pero el juez tiene la obligación de admitir la que no es prohibida como por ejemplo: admitir como testigos en contra de la persona procesada a sus hermanos¹³, de allí que el juzgador no solo debe calificar la legalidad de la prueba sino también el momento procesal en que se lo anuncia. También debe calificar la pertinencia de la prueba y su utilidad dentro del proceso, esto de acuerdo a los principios: dispositivo y de verdad procesal señalados en los artículos 19 y 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, en relación con el artículo 454.5 del COIP. Esto significa que en ningún caso y bajo ninguna circunstancia la o el juzgador podrá ordenar de oficio la práctica de pruebas.

10. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2263.

11. Art. 454.4 del COIP.

12. Art. 617 del COIP.

13. Art. 77.8 CR

No obstante a la libertad probatoria, el objeto de la prueba no puede ser fijado al arbitrio de la o el juzgador, sino que su contenido debe versar estrictamente sobre las materias que se discuten, es decir debe referirse a hechos o circunstancias concernientes al establecimiento del delito y a la determinación de la responsabilidad de la persona procesada, esto es la pertinencia de la prueba y su utilidad dentro del proceso. Acorde a lo anterior la prueba a más de ser pertinente debe ser relevante, lo cual consiste en que sea prevaleciente, como para excluir otros hechos o circunstancias insubstanciales, superfluas o inadecuadas para la comprobación del hecho punible y para determinar a los partícipes en la infracción. En definitiva la o el juzgador debe resolver acerca de las solicitudes, objeciones y planteamientos que hagan las partes procesales y que estimen sean relevantes respecto a la prueba anunciada, así mismo excluirá los medios de prueba que se hayan obtenido con violación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el COIP.

De acuerdo a la Constitución de la República, en nuestro sistema procesal opera la regla de la exclusión absoluta, ya que toda prueba obtenida ilícitamente no puede ser aceptada, de manera tal que el proceso judicial no puede beneficiarse de ellas, pues aceptar lo contrario equivaldría a reconocer valor a la violación de los derechos humanos¹⁴, por lo tanto, la jueza o el juez no solo excluirá la práctica de medios de prueba ilegales, sino también aquellos que se hayan obtenido o practicado con violación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y el COIP, como por ejemplo: la recepción del testimonio anticipado de la víctima u ofendido, sin la notificación a la persona procesada. También puede excluirse, rechazarse o inadmitirse los medios de prueba que tiendan a demostrar o justificar hechos notorios o que no requieran de prueba¹⁵, como por ejemplo tratar de demostrar que el economista Rafael Correa es Presidente de la República. Insistimos para que un medio de prueba sea admitido como válido es preciso que sea legítimo: tanto por haber sido anunciado e incorporado al proceso, en lugar, tiempo y forma señalados por la ley, cuanto por provenir de actuaciones o diligencias válidas y no nulas, así como también por haber sido obtenido con observancia estricta de las garantías del debido proceso que la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y el COIP establecen. Ahora bien, la nulidad solo podrá ser solicitada por el sujeto procesal perjudicado por el vicio y que no hubiere concurrido a causarlo, ya que por principio nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa, para ello la solicitud debe ser debidamente fundamentada.

Las resoluciones que la o el juzgador adopte respecto a las solicitudes de nulidad, inadmisión o rechazo y exclusión de medio probatorios que fueren manifiestamente impertinentes, son inimpugnables por los sujetos procesales, pues no aparecen dentro de la disposición taxativa y expresa del artículo 653 del COIP. Esto no

14. Arts. 76.4 CR, 454.6 del COIP.

15. Ver art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial.

quiere decir que la o el juzgador actúe arbitrariamente disponiendo la exclusión de medios de prueba según su capricho o que a su vez, disponga su práctica sabiendo que no conducen precisamente a probar la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada o que sean manifiestamente prohibidas, sino que debe actuar aplicando la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas, observando el principio de la debida diligencia en todos los procesos a su cargo y en aplicación del principio de imparcialidad, bajo las prevenciones legales señaladas en el Código Orgánico de la Función Judicial. Por eso cualquiera sea su resolución debe ser debidamente motivada en los términos del artículo 76.7.I de la Constitución de la República.

Es esta parte es oportuno referirnos a la motivación y al respecto la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, ha manifestado que la motivación constituye una obligación de los órganos jurisdiccionales, una garantía del debido proceso, que asegura a los justiciables conocer las causas por las que la o el juzgador aceptó o negó las pretensiones planteadas por los sujetos procesales, por lo tanto no puede ser vista como una formalidad, sino como un derecho. La Corte Constitucional para el periodo de transición, sobre la motivación ha dicho: “...*Como parte esencial de los principios que forman parte del derecho al debido proceso se encuentra la motivación de las sentencias, puesto que con ellos se configura el accionar conforme a la Constitución y Derecho por parte de las diversas autoridades públicas, quienes son las primordialmente llamadas a velar por el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales. En la especie, este principio de motivación se articula simbióticamente con el derecho a una tutela judicial efectiva, y obviamente aquello contribuirá a garantizar la seguridad jurídica dentro de un estado constitucional, con el objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales no queden en la indefensión, y de generar la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; empero, aquello no significa exclusivamente a acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, los jueces y las juezas deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia, y es precisamente a través de la motivación de las resoluciones judiciales cuando los jueces y juezas determinan que sus actuaciones se han producido con apego a la Constitución y las leyes que rigen un caso en concreto*”¹⁶.

De su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del estándar mínimo que debe cumplir una resolución para ser considerada debidamente motivada, ha señalado: “*El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que pueda afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomadas en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Así mismo, la motivación demuestra*

16. Sentencia N°003-10-SEP-CC. Registro Oficial 117 de 27 de enero de 2010.

*a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las debidas garantías incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.*¹⁷

2.5. *Aprobar los acuerdos probatorios.*

Conforme lo dispone el literal d) del artículo 604.4 del COIP, “*Los acuerdos probatorios podrán realizarse por mutuo acuerdo entre las partes o a petición de una de ellas cuando sea innecesario probar el hecho, inclusive sobre la comparecencia de los peritos para rindan testimonio sobre los informes presentados*”. Al respecto debemos señalar que los acuerdos probatorios se refieren únicamente a la prueba que justifica la existencia de la infracción, más no a la participación o responsabilidad de la persona procesada. Este tipo de acuerdos ya se venían realizando en la práctica judicial después de la reforma al Código de Procedimiento Penal, mediante Ley S/N publicada en el Registro Oficial N° 555 del 24 de marzo de 2009, en la que se agregó el artículo 226.1 donde se establecieron las finalidades de la “audiencia preparatoria de juicio y de formulación de dictamen”, entre las que consta el número 5) que decía: “*Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios con el fin de dar por demostrados ciertos hechos y evitar controvertirlos en la audiencia de juicio*”, acuerdos probatorios que se dan especialmente en aquellos delitos flagrantes o de resultado, donde no se discute la existencia material de la infracción, por ejemplo: en los delitos de lesiones donde existe el reconocimiento médico legal, el informe pericial en el cual se determinan las lesiones y el tiempo de imposibilidad para el trabajo; es decir, los hechos son evidentes e irrefutables, imposible de negar su existencia, entonces para qué empeñarse en tratar de desvirtuarlos pudiendo acordar en esta etapa procesal, para que en el juicio el debate se concentre únicamente en aquellos hechos controvertidos, principalmente respecto a la participación y responsabilidad de la persona procesada.

Pero lo curioso de estos acuerdos probatorios, es que no pocos abogados llegan a la audiencia de juicio a impugnarlos aduciendo de que ese no fue el acuerdo pactado, inclusive han pretendido impugnar a través de los recursos de casación y de revisión, tratando de sorprender a la administración de justicia, abusando del derecho y violando el principio de buena fe y lealtad procesal. Una vez aprobados por la o el juzgador los acuerdos probatorios que han convenido los sujetos procesales, éstos no son objeto de debate en la etapa del juicio, de ahí que, como lo hemos expuesto anteriormente una de las finalidades de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio es “delimitar los temas por debatirse en el juicio oral”, con el propósito de hacer efectivo el principio de celeridad y sobre todo hagamos del sistema procesal el medio adecuado para la realización de la justicia.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apizt Barbera y otros vs Venezuela, 5 de agosto de 2008, párrafos 77 y 78.

Conclusión:

Como lo venimos reiterando dentro de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio opera la “controvertibilidad”, es decir que el fiscal acusa y la parte alega y por supuesto quien acusa y quien alega tienen que probar, y es aquí donde la o el juzgador debe entender que no tiene relación con la persona procesada, sino con el resultado de lo expuesto por las partes; en tal virtud, se opera una auditoria del proceso, para que sea el Tribunal de Garantías Penales quien resuelva a través de la sentencia.

Por otra parte la justificación dentro del Código Orgánico Integral Penal de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales (control formal) o insuficientemente fundadas (control material). En este presupuesto formal se encierra la hipótesis fáctica del acusador y se determina el objeto procesal (el hecho) sobre el que han de girar en el futuro todas las actividades de los sujetos procesales, *“instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a los sujetos procesales se pronuncien sobre los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal; de ser pertinentes serán subsanados en la misma audiencia”* (art.604.4 COIP), con la finalidad de que la “resolución” que dicte el juez o la jueza de garantías penales, guarde relación objetiva con la acusación para que no resulte ilusorio el principio de inviolabilidad de la defensa y se cumpla en todo caso con el “debido proceso”.

Pero lamentablemente insistimos los operadores de la justicia incluidos los abogados en el libre ejercicio profesional han hecho de la etapa intermedia un mero trámite, sin darle el auténtico sentido epistemológico, sabemos de la conexión que existe entre la instrucción fiscal y el juicio, pero no se entiende la coyuntura que tiene con la acusación fiscal.

La experiencia que nos ofrece la praxis judicial en muchos casos, aparecen actas elaboradas por el secretario o la secretaria del juzgado lo siguiente. *“Al efecto, el señor Juez declara iniciada la presente diligencia de Audiencia Preliminar (hoy audiencia de evaluación y preparatoria de juicio) en esta causa, preguntando a los concurrentes (fiscal, abogado defensor e imputado) si tienen que realizar alegaciones sobre cuestiones de procedimiento, procedibilidad, competencia o asuntos prejudiciales, a lo que las partes y en su orden manifiestan que no tienen nada que alegar a este respecto, por lo que piden se continúe con esta diligencia...”*, esto evidencia la falta de aplicación de la norma contemplada en el Art. 604.2 del COIP; no se opera la “controvertibilidad” por las partes en este proceso, distorsionando una de las finalidades de esta etapa como es corregir los vicios de forma y exponer criterios de las partes en base a los resultados de la instrucción que se los advierte en el dictamen fiscal acusatorio, evidentemente que dentro de una concepción procesal coherente e integral, la etapa de evaluación y preparatoria de juicio está llamada a entregar un cuadro completo que permita un juicio adecuado, que presente los datos suficientes que

permitan al tribunal de garantías penales, advertir especialmente la incorporación de la prueba del proceso, ya que la prueba indebidamente actuada en la instrucción fiscal, cuando se incorpora en el proceso no surte ninguna eficacia.

Es de advertir que con el nuevo sistema acusatorio, la Fiscalía General del Estado, a través del fiscal dirige la instrucción en la que no se prueba sino que se investiga y se recogen todos los elementos que permitan al fiscal mantener la acusación, es en la etapa del juicio en la que se debe practicar la prueba, como lo hemos señalado. Lo que interesa en este momento, es que la o el juzgador escuche a las partes, con vista al “expediente” realizado en la instrucción fiscal, quienes en su orden, deberán referirse a la existencia o inexistencia del delito, y a la participación delictuosa del procesado o su ninguna intervención. En este estado procesal, caben las excepciones sustantivas, como aquellas que constituyen una simple negativa de la participación delictuosa, la coartada, ya que son formas de oponerse a la pretensión punitiva exhibida por el Fiscal o el acusador particular. Igualmente puede alegarse la atipicidad del hecho o causas de justificación de la antijuricidad.

En la audiencia de preparación de juicio no se aporta prueba sino que se anuncia los medios de prueba con los que la o el fiscal sustentará su acusación en la etapa de juicio, así como los medios de prueba que la o el defensor pretenda evacuar en el juicio para justificar su teoría del caso, únicamente se debate todas las cuestiones planteadas por las partes y en primer lugar las cuestiones formales, y por supuesto la “resolución” de la o el juzgador, debe versar sobre todas las cuestiones planteadas en la audiencia, no otras, sino aquellas que fueron alegadas por las partes, sin que tenga que acusar al procesado, ya que la o el juzgador no puede volverse fiscal, porque no tiene relación con el procesado, sino que su relación es con el resultado de lo expuesto por las partes como lo venimos sosteniendo.

La etapa de evaluación y preparatoria de juicio al igual que la etapa de instrucción fiscal tiene plenamente establecido que “...tiene la finalidad el conocimiento, evaluación y resolución jurisdiccional de la acusación o del pedido de sobreseimiento que presenta el fiscal”; así mismo esta etapa constituye “un mecanismo que impide que el criterio exclusivo del fiscal conduzca al imputado en forma irremediable al juicio penal, o al revés que la voluntad privativa del representante del Ministerio Público deje en la impunidad el acto delictivo” (Walter Guerrero 2002: 175-176).

Dentro del nuevo sistema acusatorio penal, el control de la o el juzgador, no es un encargo dentro de la estructura orgánica de la justicia sino una función. Esta función como lo expresamos tiene varias facetas: controla la legalidad del ejercicio del principio de oportunidad que está a cargo de la Fiscalía; adopta las medidas necesarias para asegurar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para garantizar el cumplimiento de la pena; adopta medidas para la conservación de la prueba y la protección de la sociedad.

2.4 LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SITUACIÓN EN EL ECUADOR

Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia
Juez Nacional
Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

SUMARIO:

1. Aspectos Generales del Derecho Internacional y las relaciones internacionales.
 - 1.1 Sistemas Normativos que se desarrollan en el marco del Derecho Internacional Público.
2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.- Definiciones.
 - 2.1 Noción General.
 - 2.2 Definición de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional.
 - 2.3 Definición del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco internacional.
 - 2.4 Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
 - 2.5 Principales Fuentes Convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
 - 2.6 Principales Instrumentos Regionales de Derechos Humanos.
 - 2.7 Declaraciones del 1948.
3. Sujetos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
4. Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a Nivel Internacional.
 - 4.1 Principios Fundamentales relativos a los niños, niñas y adolescentes.
 - 4.2 Convención de los Derechos del Niño.
5. La exigibilidad del Derecho Internacional.
6. La Globalización del Derecho.
7. Planteamiento del paso del Constitucionalismo Nacional al Constitucionalismo Internacional.

Aspectos Generales del Derecho Internacional y las relaciones internacionales.

El Derecho Internacional es un sistema jurídico que regula las relaciones entre los Estados, es en ese sentido que *“A medida que los Estados han formado organizaciones entre sí, esa disciplina ha debido ocuparse también de las organizaciones internacionales, y es de esperar que su preocupación por ellas ha de aumentar aún más por la corriente que presenciamos hacia la integración de la comunidad de los Estados. Y como estos se componen de individuos y existen principalmente para satisfacer las necesidades de ellos, el derecho internacional que en su esencia regula la relación entre estados, sin embargo ha prestado siempre cierta atención, asimismo, a las relaciones de los individuos.*

Sistemas Normativos que se desarrollan en el marco del Derecho Internacional Público

Al desarrollarse el Derecho Internacional Público, éste ha ido modelando la formación de sistemas normativos tendientes a otorgar mecanismos de protección a la persona humana a través del reconocimiento de derechos y fijación de obligaciones garantizados por tratamientos especializados y organismos competentes que cumplan ese propósito.

Así se ha ido construyendo de una parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; y, en forma complementaria otros sistemas como: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional del Trabajo, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional, mismos que reconocen Derechos Humanos que en su conjunto protegen derechos fundamentales de las y los ciudadanos.

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.- DEFINICIONES

- NOCIÓN GENERAL

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, acogidas y establecidas para proteger los derechos humanos, en los que se establecen normas mínimas en cuanto al trato que los ciudadanos deben recibir de los gobiernos, y con relación a los límites y obligaciones que tienen los poderes públicos para actuar frente a los colectivos o a los individuos.

2.2. DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Con el avance del Derecho Internacional se ha generado un proceso en el cual se reconoce la capacidad jurídica internacional de la persona humana para ser titular de los derechos que le son reconocidos por su condición humana y cumplir los deberes y las consecuencias jurídicas que surgen de su incumplimiento, de esta manera el Derecho Internacional de los Derechos Humanos *“(..). es una manifestación amplia del DIPPH (Derecho Internacional de Protección de la Persona Humana) que tiene por propósito establecer un orden público internacional, concebido en beneficio de la humanidad, mediante el reconocimiento de derechos inherentes de las personas y el establecimiento, a cargo de los Estados, de obligaciones correlativas y de sendos mecanismos internos e internacionales para su protección. Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que el DIDH (Derecho Internacional de Derechos Humanos) tiene como finalidad proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes y todos aquellos que actúan en su nombre)”*¹

DEFINICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO INTERNACIONAL

De lo indicado se establece que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco internacional, es aquel que se define por los contenidos del conjunto de normas que constan de manera preferente en los Instrumentos Internacionales establecidos para proteger los Derechos Humanos, como los tratados, convenios, resoluciones y declaraciones que se han dictado a través de los tiempos.

2.4 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la doctrina se considera que siendo el Derecho Internacional de Derechos Humanos un desarrollo normativo del Derecho Internacional Público por lo que las fuentes normativas de uno y otro mantienen coincidencia con sus particularidades propias en cada caso; desde esta perspectiva las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos surgen de lo que establece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y que se concretan en las siguientes:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

1. Compilación de Instrumentos Internacionales sobre protección de la persona aplicables en México, Tomo I, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina del alto comisionado, México

- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y,
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2.5 PRINCIPALES FUENTES CONVENCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Las principales fuentes convencionales del Derecho Internacional de Derechos Humanos son las que siguen:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948)
- La Convención Internacional Sobre La Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)
- La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (1984)
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (1990)
- La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992)
- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)

2.6 PRINCIPALES INSTRUMENTOS REGIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los principales instrumentos regionales de derechos humanos son:

- El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José (1969);y,
- La Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos

2.7 Declaraciones de 1948

Las declaraciones no tienen la condición de convenciones sin embargo dos de ellas han rebasado los límites de tales, ese es el caso de:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948);y,
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

SUJETOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

En el Derecho Internacional Público, los sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son de una parte, el Estado; y de otra, las y los individuos o como actualmente se denomina las y los ciudadanos.

LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A NIVEL INTERNACIONAL

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES RELATIVOS A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

4.1.1 El principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás,

4.1.2 EL principio de protección especial por parte del Estado, la familia y la sociedad,

- El principio del interés superior del niño,
- El principio de la dignidad humana,
- El principio de la solidaridad social,
- El principio del reconocimiento pleno de los derechos; y,
- El principio de la intangibilidad de los derechos, garantías y libertades de los niños.

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Entre los distintos instrumentos internacionales que tutelan los derechos de niños, niñas y adolescentes está la Convención de los derechos del niño que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, que tuvo como antecedente la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 y que en el preámbulo de este instrumento internacional se expresó “considerando que la necesidad de esta protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y

reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”, base teórica sobre la cual se proclamó la Declaración en referencia y es por tanto en este sentido que la Convención sobre los derechos del niño de 1989 tiene una significación de profunda dimensión que responde a los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas relacionados con la libertad, la justicia y la paz en el mundo sobre la base del reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana y en la imperiosa necesidad de proporcionar a niñas, niños y adolescentes una protección especial teniendo en cuenta para ello sus derechos y la cosmovisión desde las distintas tradiciones y valores culturales de cada pueblo con respecto a la protección y su desarrollo. Es por ello que esta Convención constituye el pilar fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes.

LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL.-

El Derecho Internacional con respecto a la exigibilidad ha sido mirado desde varias posiciones, de ahí que para abordar este tema es necesario efectuar varias reflexiones como las siguientes:

5.1 Es importante ver como en cada Estado – Nación se estructura el sistema nacional de incorporación del Derecho Internacional en el derecho interno y para ello se debe distinguir los países denominados monistas de los llamados dualistas.

En líneas generales se consideran monistas a los países en los cuales el derecho interno y el derecho internacional se tienen como integrantes de la misma esfera jurídica, y donde, como consecuencia de aquello, los tratados ratificados por ese país pasan a ser parte integral del derecho nacional, ese es el ejemplo de los países europeos de tradición romano – germánica, Rusia, los países de Europa Oriental, los de África Francófona y los países de América Latina, entre los cuales está el Ecuador. De modo similar se consideran que son países monistas: Japón, Namibia y las Filipinas.

A diferencia de los países antes indicados, se consideran dualistas los países en los que el derecho nacional y el derecho internacional son concebidos como dos esferas herméticas y separadas, no bastando la ratificación de los tratados internacionales para integrarlos al derecho interno.

5.2 De lo antedicho se desprende que en el caso de los países monistas, el derecho internacional y más el derecho internacional de los derechos humanos se torna exigible, dado que en cada Constitución de los distintos Estados – Naciones que se rigen por la corriente monista, en sus cartas fundamentales se establece el principio de la supremacía de la Constitución y por este principio se produce a su vez la supremacía de los instrumentos internacionales, con la particularidad de que en el Ecuador, por lo dispuesto en el Art. 424 de la Constitución de que si en un instrumento internacional se tutela de mejor manera que en la Constitución uno o más derechos fundamentales, se aplica la norma del Derecho Internacional y no la norma de la Constitución; sin que ello signifique que ésta pierda su carácter de supremacía.

Por tanto, en el caso del Ecuador el derecho internacional de los derechos humanos es de obligatorio cumplimiento.

En cambio en los países dualistas por la concepción que tienen y la separación que realizan entre derecho nacional y derecho internacional como esferas separadas, no es suficiente la ratificación de un tratado internacional para integrarlos al derecho interno, a consecuencia de lo cual el derecho internacional de los derechos humanos se debilita en cuanto a su aplicación y supremacía.

LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO.-

La globalización en términos generales hace referencia al fenómeno específico de progresiva y tendencial unificación a escala mundial de los mercados en relación ya sea a la reducción de barreras proteccionistas construidas por varios estados en defensa de sus propios mercados nacionales o por el proceso de uniformación u homologación cultural que ha generalizado a escala mundial estilos de vida y modelos de consumo, lo que ha dado inicio a lo que se conoce como sociedad global en donde las organizaciones conocidas como transnacionales son el centro en esta clase de economía, a través de las cuales se movilizan los grandes capitales financieros de orden internacional.

En este marco, la Organización Internacional del Trabajo que durante mucho tiempo no hizo pronunciamientos mayores sobre la globalización, con el paso del tiempo, en la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión en Ginebra el 10 de junio de 2008 efectuó la Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa y en esta se plasma lo que se conoce como el Programa de Trabajo Decente, para promover el empleo, adoptar y ampliar las medidas de protección social, promover el diálogo

social y respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales del trabajo, a partir de la cual los Estados - Naciones vienen desarrollando sendos programas para responder a los principios que inspiraron esta Declaración.

La globalización con el paso de los tiempos cada vez se va ampliando a todos los niveles de la vida de las sociedades y en ese sentido se comienza ya a realizarse planteamientos que tienden a desarrollar lo que se conoce como la globalización del derecho, que pasa por las concepciones de una economía global de la solidaridad, en el propósito de lograr derechos laborales internacionales como el de sindicalización transfronterizo, el de ampliar los derechos de propiedad intelectual y de acceso libre a medicamentos, el de la elaboración de una agenda que proteja el derecho de los inmigrantes a la movilización internacional y otros aspectos.

Todo ello comienza a ser tratado a partir de lo que en estos momentos se denomina la justicia global.

En este contexto, si bien al momento existe una diversificación en la justicia regional e internacional, hay muestras de que con el nuevo ordenamiento mundial se avizora un nuevo ordenamiento jurídico internacional y un buen paso para ello es, de una parte, el establecimiento de la Corte Penal Internacional con sede en la Haya con competencia para resolver los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional como los de: genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión; y de otra, la Corte Internacional de Justicia, establecida por la Carta de Naciones Unidas como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, con sede también en la Haya, cuya competencia se extiende a los litigios que las partes le sometan y a los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenios vigentes.

PLANTEAMIENTO DEL PASO DEL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL AL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL.

En los últimos tiempos Luigi Ferrajoli y varios científicos sociales vienen hablando sobre la crisis de la legalidad, y en ese marco la crisis de derecho lo cual está ligado a la crisis del Estado nacional.

Como muestra de lo antedicho se sostiene que el proceso de integración mundial y especialmente el que ocurre en Europa ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales; en

este marco de la realidad mundial Ferrajoli propone que se inicie un proceso que lleve del constitucionalismo nacional a un constitucionalismo internacional; es así, que desde esta perspectiva global propone la creación de un texto constitucional universal que sirva como modelo de Carta Magna Internacional para todos los Estados del mundo y que presida un constitucionalismo internacional del que todas las naciones sean parte; desde luego teniendo en cuenta las particularidades de cada Estado Nación y de manera fundamental las de orden cultural.

De ocurrir aquello, se construiría un derecho internacional exigible a través de un ordenamiento jurídico que responda a esa nueva superestructura.

Quito, 1 de noviembre de 2014



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA