



UNIVERSIDAD LAICA “ELOY ALFARO” DE MANABÍ

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

**“EL DAÑO MORAL Y LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE
PROTECCIÓN”**

AUTORA:

GÉNESIS YARITZA ROCA MACIAS

TUTOR:

DR. FAUSTO ALARCÓN CEDEÑO, MG

MANTA– MANABÍ – ECUADOR

2016 (2)

DECLARACIÓN DE AUTORIA

Yo **GÉNESIS YARITZA ROCA MACIAS**, declaro ser la autora del presente trabajo de titulación y todos los efectos legales y académicos que se desprendieren del mismo son de mi absoluta responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autora así como el contenido, ideas, resultados, conclusiones y recomendaciones aquí presentados a la Universidad Laica “Eloy Alfaro” De Manabí, para que pueda hacer uso del texto “**EL DAÑO MORAL Y LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN**”, con fines académicos y/o de investigación.

Génesis Yaritza Roca Macias

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado con mucho amor a Dios, a mis padres, a mis hermanos, a mis abuelos en fin a cada una de las personas que me han brindado su apoyo de una u otra manera a lo largo de este ciclo de tercer nivel académico. Ustedes son mi mejor inspiración.

A todas y todos aquellos que han formado parte de mi formación académica. Infinitamente los llevaré en mis recuerdos y en mi corazón.

Génesis Yaritza Roca Macias

RECONOCIMIENTO

A la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí por formar nuevos profesionales con amor y ética.

A mi querida Facultad de Derecho mi mayor reconocimiento porque hoy hace realidad mis sueños, los mismos que no hubiesen sido posibles sin la destacada labor de cada uno de mis docentes, quienes con mucha dedicación han logrado proveerme de grandes conocimientos los cuales ahora aplicaré en mi etapa como profesional.

A mi Tutor de Investigación, Dr. Fausto Alarcón Cedeño, Mg, quien siempre estuvo dispuesto a colaborar de manera desinteresada para el correcto desarrollo de este trabajo ya que sin su infinita ayuda hoy no fuera posible alcanzar esta meta.

Génesis Yaritza Roca Macias

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
DECLARACIÓN DE AUTORIA.....	I
DEDICATORIA.....	II
RECONOCIMIENTO.....	III
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	01
RESUMEN EJECUTIVO.....	04
 CAPÍTULO I	
ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	06
1.1. ANTECEDENTES DEL DAÑO MORAL.....	07
1.2. CONCEPTO DEL DAÑO MORAL.....	11
1.3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO	13
1.4. CONCEPCIONES DOCTRINALES NEGATIVAS	16
1.5. CONCEPCIONES DOCTRINALES POSITIVAS.....	17
1.6. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL	18
1.6.1. REPARACIÓN IN NATURA O ESPECÍFICA.....	18
1.6.2. RESARCIMIENTO PECUNIARIO.....	19
1.7. LA ARBITRARIEDAD DE LA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA.....	22
1.8. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL	24
1.9. COMENTARIOS A LA CORRIENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.....	26
1.10. RAZONES DE ORDEN PROCESAL QUE OBLIGAN A PROBAR EL DAÑO MORAL EN EL PROCESO.....	28
1.11. RAZONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO QUE OBLIGAN A ACREDITAR EL PERJUICIO NO PATRIMONIAL	30
1.12. LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL EN EL ECUADOR	31
1.13. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, COMO PARTE DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES PARA REPARAR EL DAÑO MORAL.....	33

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE CASO	37
2.1. ESTUDIO DE CASO.....	38
2.2. COMENTARIO.....	76

CAPÍTULO III

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	86
3.1 RESULTADOS EN RELACIÓN A LOS OBJETIVOS.....	87
3.1.1. OBJETIVO GENERAL.....	87
3.1.1.1. LOGRO DE RESULTADO.....	87
3.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	89
3.1.2.1. LOGRO DE RESULTADO.....	89
3.2. CONCLUSIONES.....	90
3.3. RECOMENDACIONES.....	91
4. BIBLIOGRAFÍA.....	92
5. ANEXOS.....	95

INTRODUCCIÓN.

El objetivo del presente trabajo es demandar una solución uniforme e integradora al problema de la prueba del daño moral dentro de nuestro ordenamiento jurídico, fundando la inexistencia de un régimen probatorio especial, y la necesidad que la prueba del daño moral se sujete a las reglas generales de la prueba.

Para lograr nuestro objetivo comenzaremos definiendo conceptualmente al daño moral a fin de determinar su contenido esencial que permita al litigante saber objetivamente lo que debe probar en el litigio.

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

La jurisprudencia argentina dice, que daño moral es la privación y disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre que son la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad individual que constituyen sus más gratos afectos.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho que perjuicio moral es el que proviene de un hecho ilícito que ofende, no a los derechos patrimoniales ni a la persona física, sino a la personalidad moral del damnificado, hiriendo sus sentimientos legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

Otra jurisprudencia extranjera dice, que daño moral es cualquier inquietud o perturbación al ánimo, originados en un mero perjuicio patrimonial, como la simple invocación de molestias, aflicciones, fatigas, etc., no justifica la reparación de un daño moral dice esta jurisprudencia.

Por las consideraciones mencionadas, existe dificultades de establecer si un sujeto ha sufrido o no dolor y en su caso en que medida o intensidad como consecuencia del hecho dañoso.

El daño moral se configura con la violación de los derechos que protegen, la seguridad personal, la paz, la tranquilidad del espíritu, la privacidad, la libertad individual, la integridad física y las afecciones legítimas como: el honor, la honra, los sagrados afectos etc.

En los últimos tiempos los procesos judiciales por daño moral, han ido en aumento, por lo que se ha convertido en un tema de total actualidad y de conocimiento público, dejando de ser una institución meramente privada, como hasta hace poco tiempo en que únicamente los involucrados conocían los hechos y no existía una conmoción social por tales acciones. Esto se debe a que se han producido acciones que verdaderamente impactaron en la sociedad, no solo por quienes eran los autores de tales hechos, sino principalmente por su alcance no únicamente a nivel interno, sino a nivel internacional, las repercusiones han sido muy grandes, y digo no solo por los actores, ya que lo que más ha impactado es el monto de la cuantificación fijada en la sentencia, por reparación del daño moral, cantidades que definitivamente han sentado verdaderos precedentes en nuestra legislación.

Entre los problemas que presenta esta figura del daño moral es el llegar a una cuantificación lo más justa tanto para quien recibe el resarcimiento, cuanto para quien debe pagarlo, pues este pago si bien es una sanción que debe ser cumplida, esta no debe provocar un nuevo daño a quien la realiza. Aunque actualmente se considera que es necesario resarcir el daño moral derivado de la responsabilidad extracontractual ha existido a lo largo de la historia una gran dificultad para admitir la necesidad de resarcir estos daños.

RESUMEN EJECUTIVO

El trabajo que presentamos, aborda un tema que demuestra a nuestro juicio un especial interés por ser uno de aquellos institutos de la responsabilidad civil que menos desarrollo dogmático han presentado.

En efecto, salvo particulares excepciones de algunos especialistas, todos los autores y comentaristas del derecho civil, han descuidado profundizar y desarrollar a cabalidad, una esfera que se juzga sustancial en el universo de la responsabilidad civil, como lo es, la cuestión de la prueba del daño moral.

Así, por diversos motivos que pretendemos exponer en este trabajo derivados principalmente de la concepción que se tiene del daño moral la cuestión de la prueba del menoscabo no patrimonial, no ha sido estudiada en profundidad, dejando como alguna vez se dijo un sensible vacío en la materia, tanto más cuanto, se trata de uno de los tópicos fundamentales al momento de llevar a la praxis jurídica las teorizaciones que sobre el particular se han elaborado.

El presente trabajo consta de los siguientes Capítulos:

El **Primer Capítulo titulado:** MARCO TEÓRICO define los conceptos fundamentales de la investigación.

En el **Segundo Capítulo denominado:** Estudio de caso, exponemos nuestra reflexión personal de un caso, motivo de esta investigación. Realizaremos un análisis al procedimiento aplicado.

El **Tercer Capítulo** comprende los Resultados de la Investigación la justificación e importancia y Comprobación de Objetivos Generales y específicos. Terminamos el estudio investigativo con un conjunto de conclusiones generales y recomendaciones sobre la investigación realizada.

CAPÍTULO I

ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE

LA INVESTIGACIÓN.

1.1. ANTECEDENTES DEL DAÑO MORAL.

Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: honeste vivere (vivir honestamente), suum cuique tribuere (dar a cada uno lo suyo) alterum non laedere, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás.

El principio del alterum non laedere es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante cuando la víctima ha sido culpable del daño. Por eso Ricardo de Angel Yágüez comienza su libro sobre el tema diciendo que “el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”.¹ El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación en sentido jurídico de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder” o ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona². La obligación de reparar el daño ha sido considerada por los

¹ Angel Yágüez, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21.

² Diccionario de la real academia de la lengua española.

autores como una sanción, más propiamente como una sanción resarcitoria, para diferenciarla de la sanción represiva propia del ámbito penal.³

En el Derecho romano los intereses no patrimoniales se llegaban a reparar de manera pecuniaria. Así la *actio iniuriarum* daba a la víctima de los delitos contra la integridad física o moral una amplia protección de esos bienes jurídicos no patrimoniales. Debido a la imposibilidad para estimar el valor pecuniario de la persona libre y de sus bienes no patrimoniales, se consideraba que en la mayoría de los casos era la propia víctima la que debía fijar la cuantía de la lesión de esos bienes. Sin embargo, en el Derecho romano también había ciertos casos en los que la cuantía del resarcimiento estaba fijada por el Edicto de los Ediles como la muerte producida por animales salvajes fijada en doscientos sueldos.

La ley *Aquilia*⁴ es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quien realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos. Era como lo dice un profesor europeo un talión económico⁵, lo cual también era un gran avance.

³ Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 15-16. Alterini Atilio A. *Responsabilidad civil. Límites a la reparación*

⁴ Digesto de Justiniano, 9.2.1

⁵ Jansen, Nils, *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*, working paper n° 128, Barcelona, abril de 2002, en www.indret.com

Según Díez Picazo, quien sigue a Dernburg el panorama de los tipos de daños intencionales que reconocía el derecho romano puede ser resumido del siguiente modo.

1. *Damnum iniuria datum*: comprende todos los daños ocasionados a las cosas, que debía suceder por un hecho contrario a derecho. Si bien en un principio se admitía únicamente para daños intencionales luego se amplió para hechos culposos.

2. Lesiones corporales y muerte de una persona: el Digesto en un texto de Ulpiano dice que se reconoce acción a la persona libre, y no sólo al esclavo como en un principio, porque nadie es dueño de sus miembros.

3. Daños causados por animales: los daños que causaban los animales no estaban reconocidos únicamente por la ley Aquilia. Ya la ley de las Doce Tablas, que se deroga casualmente por la ley Aquilia, regulaba los daños causados por los cuadrúpedos ordenando entregar el animal que causó el daño u ofreciendo la estimación del daño.

4. Dolo: como la ley Aquilia sólo concedía acción en los casos de daños al cuerpo (*corpore*) los demás perjuicios sólo obligaban al autor del daño en caso de dolo, aunque tampoco se fijó con carácter general el principio de que todo daño causado con dolo debe ser reparado.

5. Injuria: esta acción tenía por objeto una pena privada, para un gran número de casos como ser algunos ataques al honor o la personalidad, pena que se medía en relación con el perjuicio experimentado.

Además de estos reseñados actos intencionales, el derecho Justiniano reconocía la categoría de *cuasidelitos* entre los que pueden mencionarse⁶: si

⁶ Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66,67.

iudex litem suam fecerit; positum et suspensum; effusum et deiectum; receptum, nautae, cauponae et stabulari.

Durante la Baja Edad Media con la legislación Alfonsina destacamos el texto de Las Partidas en el cual se trata el tema del daño moral de forma muy casuística. Queda suficientemente claro en el texto citado el reconocimiento que a este daño se hace con la definición que del daño se da en la Partida VII, tít. XVI, l. I: “empeoramiento o menoscabo o destruymiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas por culpa de otro”; esta definición comprende tanto el daño patrimonial como el moral cuando se refiere al daño que el hombre recibe en sí mismo.

Mientras que el Derecho romano incluía dentro de las lesiones extrapatrimoniales los daños a la integridad moral (injurias y calumnias) el derecho de Las Partidas se ciñe casi de manera exclusiva en los daños a la integridad física. Podemos concluir diciendo que, históricamente, se ha considerado un número restringido de bienes jurídicos extrapatrimoniales a proteger: vida, integridad física, honor y fama; aunque en el presente siglo se amplía el elenco de bienes extrapatrimoniales protegidos gracias a la jurisprudencia.

1.2. CONCEPTO DEL DAÑO MORAL.

Existe una gran dificultad a la hora de definir el daño moral debido a la multitud de concepciones que la doctrina da al respecto; A esto debemos añadir una definición jurisprudencial que aúna dentro del daño moral el relativo al honor, la vida o la integridad física y algo tan abstracto como las relaciones afectivas. Por este motivo vamos a centrarnos en las concepciones más importantes por llevarnos a la adoptada por nosotros limitándonos a nombrar el resto de las conocidas.

Los hermanos Mazeaud⁷ definen al daño moral como aquel que “constituye un atentado contra un derecho extrapatrimonial, o sea, no pecuniario”; es decir, para tales autores este agravio moral no se traduce en la pérdida de dinero, sino en la lesión a intereses morales, como el honor, la consideración social o la vida misma; esta cuestión la explican en la clasificación a los perjuicios morales, entre los cuales se encuentran aquellos que atentan contra la parte social del patrimonio moral y los que violentan la parte afectiva del ser humano en su esfera personalísima.

Por su parte, Rafael García considera que el daño no patrimonial o moral “es la lesión o menoscabo de los bienes o derechos que pertenecen al ámbito personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho”,⁸ porque, según el autor, los bienes personales configuran el ámbito personal del titular de la esfera jurídica, es decir, lo que la persona es en el mismo sentido, Elena Vicente señala: “los daños extrapatrimoniales o morales son los que recaen en bienes o en derechos cuya naturaleza no es patrimonial y por tanto carecen de la

⁷ Mazeaud, Jean, Henri y León, Lecciones de derecho civil. la responsabilidad civil, los cuasicontratos, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, vol. II, parte 2a., pp. 56 y 68.

⁸ García López, Rafael, *Responsabilidad por daño moral, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, pp. 78 y 79.

posibilidad de ser reparados en sentido estricto”,⁹ se les denomina morales por el cúmulo de supuestos jurídicos tutelados, cuya naturaleza es el no tráfico jurídico.

Volochinsky no elabora propiamente una definición de daño moral; sin embargo, dice que consiste “en el dolor, la aflicción, el pesar que causa a la víctima el hecho ilícito. No afecta al patrimonio sino a los sentimientos, afectos o creencias”.¹⁰

Asimismo, Volochinsky explica que el daño moral puede tener proyecciones en el orden patrimonial, es decir, la lesión a intereses pecuniarios podrá arrojar agravios morales, o bien la lesión puede ser puramente moral.

En su contribución al tema, los autores Gabriel Stiglitz y Carlos Echevesti consideran que “toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra, configura un daño moral”.¹¹ En esta definición los autores logran reunir a los supuestos de configuración en la acción de reparación moral: lesión a los intereses de la personalidad, acción ilícita o responsable del agresor, y el nexo entre ambos. Por último, citamos al profesor Eduardo Zannoni, quien considera que el agravio moral resulta de la lesión a intereses no patrimoniales.¹²

⁹ Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, Luis Fernando *et al.*, *Lecciones de responsabilidad...*, *cit.*, pp. 79 y 80.

¹⁰ Volochinsky, Bracey Wilson, *226 preguntas en derecho civil. Contratos y responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2002, p. 177.

¹¹ Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad civil*, Argentina, Hammurabi, 1997, t. IX, p. 242.

¹² Zannoni, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, 2a. ed., Argentina, Astrea, 1993, p. 287.

1.3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO.

El daño se puede clasificar en daño emergente y lucro cesante:

Daño Emergente: hace referencia a la disminución patrimonial directa derivada de la actuación dañosa.

Lucro cesante: Se refiere a la ganancia dejada de obtener por ella, la pérdida de algo que habría llegado a formar parte del patrimonio si el evento dañoso no se produce.

Se reconocen los llamados daños morales, que son los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre los que destacan aquellos que afectan a la salud, la libertad, al derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Otros en cambio deducen que el daño puede ser emergente o lucro cesante, el primero va en contra del patrimonio de la persona y el lucro cesante es cuando un individuo puede dejar de ganar por el daño ocasionado; el daño moral puede estar vinculado a esta clasificación de daños, sin la lesión contra el honor y la dignidad de la persona, puede ocasionar también pérdidas económicas en su actividad económica, por ejemplo.

Daño moral

El daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual y en general, los padecimientos infringidos a la víctima por el evento dañoso, igualmente podríamos afirmar que el daño moral es aquel perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la trasgresión a los derechos personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad

física, privacidad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.

Daños y perjuicios.

Cuando un hecho cause daños y perjuicios a una persona y la ley imponga al autor de este hecho o a otra persona distinta la obligación de reparar esos daños y perjuicios hay responsabilidad civil, pues el autor de un hecho ilícito debe reparar los daños y perjuicios que con tal hecho cause a otra persona, a menos que demuestre que el daño o el perjuicio se produjeron como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Los integrantes de la familia que resulten responsables de violencia familiar, deberán reparar los daños y perjuicios que ocasionen con dicha conducta, con autonomía de otro tipo de sanciones que éste y otros ordenamientos legales establezcan, así también la frase daños y perjuicios encierra las consecuencias directas que puede ocasionar el daño moral por el llamado delito contra la honra, el cual puede requerir reparación, en ocasiones esta reparación del honor se puede exigir con la sola disculpa, pero en ocasiones el ofendido pide reparación económica para resarcir el daño moral que le ocasionó el agresor.

La Moral Es la propia conciencia de libertad que tiene el ser humano, determina que sus actos sean susceptibles de recibir una calificación moral, es decir, que puedan ser juzgados como buenos o malos.

Todas las religiones han desarrollado, un código de comportamiento respecto a sus fieles. Ello no impide que en la actualidad se reconozca que existe una autonomía de la moral, elemento que establece qué valores concretos, como la dignidad del individuo, su igualdad ante la ley o igualdad de sexos, no

requieran una sanción especial por un precepto de naturaleza religiosa. La Ética, principios o pautas de la conducta humana, a menudo y de forma impropia llamada moral, por extensión, el estudio de esos principios a veces llamado Filosofía moral. La moral se refiere a: Pertenciente o relativo a la moral. Que no cae bajo la jurisdicción de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia. Evidencia, figura filosófica, imposibilidad, virtud moral. Que no concierne el orden jurídico, sino al fuero interno o al respecto humano. Podemos entonces deducir que la Moral es una ciencia ligada a la ética y refiere la conciencia de libertad que tiene el ser humano para juzgar los actos como buenos o malos, dependiendo del conocimiento adquirido sobre el bien y el mal. La Moral está relacionada con las buenas costumbres y está enmarcada en el Derecho natural que es una de las bases del Derecho Positivo.

Concepto de Daño Moral

El daño moral se considera una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales. El daño se puede definir como toda desventaja en los bienes jurídicos de una persona y para ser tenido en cuenta, debe ser no eventual. El daño puede ser consecuencia de una acción negligente de alguien con quien la víctima no estaba unida por ningún tipo de relación contractual anterior, dando lugar a la responsabilidad civil extracontractual. En Derecho Penal se contempla el delito de daño moral cuando alguien los causa en propiedad ajena si su actuación no está

penalizada por otro motivo. Asimismo, el delito de daño se entiende agravado si se realiza para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como venganza de sus determinaciones. Se entiende por daño moral aquella modificación del espíritu que se traduce en un deterioro sentimental y psicológico de la persona, cuando está siendo objeto de críticas malintencionadas y falsas de su dignidad y honor, el cual está penalizado en la ley penal.

1.4. CONCEPCIONES DOCTRINALES NEGATIVAS.

Las Concepciones Doctrinales negativas, definen al daño moral mediante algo tan simple como la contraposición con el daño patrimonial. Este enfrentamiento se lleva a cabo, principalmente, atendiendo al objeto sobre el que recae el daño y la repercusión de dicho daño sobre el patrimonio del afectado. Junto a estas, otra corriente doctrinal se centra en el carácter inadecuado del dinero para compensar este daño. Sin embargo, esta teoría no se sustenta puesto que, aunque el dinero no equivale totalmente al daño o lesión causada, sí lo compensa en parte.

OBJETO DEL DAÑO MORAL.- El daño moral como aquel que no es patrimonial o que no lleva, por sí mismo a una pérdida económica. Así no queda dañada la naturaleza de este daño por la coexistencia de consecuencias tanto patrimoniales como morales.

SEGÚN LA FALTA DE REPERCUSIÓN SOBRE EL PATRIMONIO.- El daño moral es aquel que no recae sobre el patrimonio, se centran exclusivamente en la repercusión del daño y no en su naturaleza. Lo cual es criticable ya que de aquí se deduciría que cualquier acción que recaiga sobre un bien moral, pero también tenga consecuencias en el patrimonio, será considerado como un daño patrimonial aunque su naturaleza sea moral; por esto nunca podremos

encontrar un daño que, según esta teoría, sea moral. Por ejemplo un daño a bienes jurídicos no patrimoniales como el honor o la vida por tener consecuencias sobre el patrimonio no son considerados bienes morales. Esto es lo que se denomina “prejuicio patrimonialista” y a esto se llega porque no partimos del daño en sí mismo sino de su repercusión en el patrimonio o en la esfera personal o familiar de la víctima. Esto ocurrirá también en ciertas concepciones positivas del daño moral que se basan en la naturaleza de sus efectos o en el perjuicio final. A estas dos doctrinas expuestas, se les puede criticar, según Rafael García, el que intentan homogeneizar dos conceptos que no tienen una misma naturaleza como son el daño patrimonial y el no patrimonial.

1.5. CONCEPCIONES DOCTRINALES POSITIVAS.

Estas concepciones intentan explicar al daño moral desde distintos puntos de vista llegando también a diferentes concepciones sobre el mismo.

Atendiendo a la clasificación de los daños, estas teorías tratan de definir el daño moral comparándolo con otros tipos de daño como el corporal, el material o el inmaterial. a) Comparación con el daño material. El daño material no es la lesión de los bienes visibles sino la afectación en el patrimonio del dañado. Además, dentro de este daño material incluye el daño a las personas, pero no como especie en sí misma, sino como la repercusión que este tiene de forma negativa sobre el patrimonio de la víctima. Todo lo que no es esto es el daño moral. b) Haciendo una clasificación tripartita de los daños: Esta teoría se caracteriza por diferenciar de forma autónoma el daño corporal separándolo del material, así tendríamos tres tipos de daños: el material, el corporal y el

inmaterial. c) Incluyendo el daño moral dentro del no patrimonial. Se diferencia el daño patrimonial del no patrimonial incluyendo en este último el daño moral, que afectaría a los sentimientos o afecciones de la víctima, y el daño personal que sería el resto de los daños no patrimoniales.

1.6. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL.

Cuando se produce un daño jurídico, la ley puede reaccionar de dos formas.

1.6.1. REPARACIÓN IN NATURA O ESPECÍFICA.

Tiene un carácter realmente restitutorio, es decir, lo que se pretende es conseguir que el perjudicado vuelva, en lo posible, a la situación anterior al daño. Esto se puede conseguir por medio de un “daré” (por ejemplo, la restitución de la cosa robada). Aplicando esto al daño moral crece la dificultad por la naturaleza inmaterial de los bienes afectados y no es posible la reparación in natura de los daños inmateriales para algunos, sin embargo otros tratadistas consideran que no debemos ser tan extremos, ya que, aunque no es lo normal, algunos supuestos de daño moral son susceptibles de reparación específica o in natura. Por ejemplo, el honor puede ser reparado, a través de medios como la publicación de la sentencia condenatoria o la retractación pública del ofensor, porque éstos pueden hacer desaparecer, al menos parcialmente, los conceptos nocivos que la acción dañosa ha generado en la conciencia social. Estos supuestos de daño moral que se pueden reparar de forma específica son muy escasos, porque es difícil borrar totalmente las ideas negativas que la sociedad en general ha adoptado en una cuestión en concreto. Muchas veces, la reparación específica va acompañada de una indemnización pecuniaria, sin que ello desvirtúe la naturaleza específica de la reparación. Al no haber ningún medio infalible para elegir entre reparación in

natura o resarcimiento, algunos opinan que se debe dejar al juez esta facultad, de forma que el perjudicado puede exigir su derecho a que le sea reparado el daño, pero no que esto se haga de una forma determinada.

1.6.2. RESARCIMIENTO PECUNIARIO.

Si no es posible restaurar el bien objeto del daño, se acude al resarcimiento pecuniario. Lo que se intenta, se consiga en mayor o menor medida, es sustituir el bien dañado por su valor monetario. a) Daños patrimoniales. En este caso, como los bienes se pueden valorar económicamente, la función del dinero será la de equivalencia. La diferencia con la reparación in natura es que, en el resarcimiento pecuniario no se repara el mismo bien, sino que se intenta equilibrar el patrimonio del perjudicado. Lo que se produce es una subrogación real. Aunque el planteamiento parece sencillo tratándose de daños patrimoniales, nos encontramos a veces ante supuestos problemáticos, como el caso de un cuadro, que, además del reconocido valor económico, tiene también un valor intelectual o cultural. (Más tarde trataremos del llamado “daño moral de autor”. b) Daños morales. Si ya algunos supuestos de daños patrimoniales planteaban problemas, aún es más controvertida la situación al tratarse de daños morales. Así existen:

Posturas que niegan una posible resarcibilidad pecuniaria del daño moral.

Estas posturas parten de la idea del resarcimiento como reparación del daño mediante una suma de dinero equivalente al valor del bien lesionado. Los autores que mantienen esta teoría, parten de la idea de que resarcimiento significa que existe una relación de equivalencia entre el bien lesionado y la cantidad de dinero recibida por tal lesión, por lo que excluyen de esta categoría al daño moral.

La relación de equivalencia sólo puede ser entendida, según ellos desde el punto de vista patrimonial. Se basan, sobre todo, en los siguientes argumentos: Creen que resulta inmoral traducir en dinero bienes inestimables como el honor o el dolor; así, la simple pretensión de atribuir una cantidad pecuniaria a valores subjetivos les resulta escandaloso ante un posible resarcimiento pecuniario del daño moral, se dice que eso va contra la conciencia. Todos ellos intentan crear en nosotros una sensación de repulsa, con expresiones pretendidamente impactantes como: ¿Qué representa un cheque ante la pérdida de un ser querido?, o ¿Qué precio tiene un padre?, ¿Cuánto vale un hermano? La refutación de esta pretendida inmoralidad de la indemnización de los daños morales viene por parte del argumento de que el sujeto pasivo del daño moral, al reclamar una indemnización en metálico, no está poniendo precio a sus sentimientos, sino que sólo quiere que se le atenúe en cierto modo el dolor. Supone, pues, un intento de compensación, y no una compraventa de valores afectivos, como pretendían los autores anteriores. Mediante el resarcimiento, se está produciendo una degradación de este sentimiento que sirve a tan noble causa, y se está cayendo en el materialismo. Consideran muchos “repugnante” para la moral que el dolor se pueda sustituir por placeres adquiridos con el dinero. Esto va incluso, contra el orden sobrenatural. Se está llevando a cabo una especie de “prostitución del dolor”. Pero no se pueden llevar las cosas a tales extremos, porque la finalidad del resarcimiento es loable y estrictamente justa, y no cabe tacharla de materialista. Además, el valor del dolor como medio de purificación no pertenece al ámbito del Derecho, sino al de la Ética.

Una definición tradicional de justicia hablaba de “dar a cada cual lo suyo” (Ulpiano). Según esto, el lesionado por otro, en general, debe ser resarcido, e, igualmente, el causante no debe quedar impune.

Por otra parte tampoco se puede obligar a nadie a que acepte el dolor injustamente causado de forma pasiva. No podemos llamar “materialista” al que defiende su derecho a una justa indemnización además, con ello no se está degradando el sentimiento del dolor, porque, precisamente, la degradación ha sido causada por el acto ilícito que se intenta reparar. Si poseer un goce no es inmoral, tampoco lo es intentar recuperarlo si injustamente se ha perdido y el resarcimiento demuestra, precisamente, la gran estimación por el Derecho a los bienes personales, y no su abandono o degradación.

El resarcimiento supondría un enriquecimiento sin causa. Este principio supone que nadie debe beneficiarse o enriquecerse injustamente a costa de otro. Pero hay que relacionar este principio con el del resarcimiento del daño causado, así que el perjuicio sufrido en el patrimonio del causante está justificado por el daño jurídico que ha cometido, e, igualmente, el aumento del patrimonio del dañado queda justificado por la misma razón. Hoy, carece de sentido hablar de enriquecimiento sin causa, porque se le atribuye al dinero la función satisfactoria, suponiendo la base de la responsabilidad civil.

La duración como obstáculo para el resarcimiento. Los daños a los bienes morales, por la naturaleza inmaterial de los mismos, resultan transitorios, y no permanentes. Así, las ofensas al decoro, a la libertad personal, o a los padecimientos del ánimo son más o menos pasajeras, y sus efectos no son duraderos, por lo que no se pueden resarcir.

Pero la permanencia del daño como requisito para su resarcimiento no se exige por ninguna norma. La doctrina sí que exige como notas esenciales la certeza y la actualidad del daño, y estas se dan en las lesiones morales; además, la duración del daño moral es muy variable.

Según los casos, incluso alguna vez, el daño es permanente. Pero, de todos modos, la duración del daño sólo debe tenerse en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la indemnización, pero nunca como factor determinante de la existencia o no del daño.

1.7. LA ARBITRARIEDAD DE LA INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA.

Se parte de la base de que los daños morales son invaluable económicamente. Siendo esto así, cualquier cantidad de dinero concedida en calidad de indemnización será arbitraria; la jurisprudencia ha mantenido la facultad de los jueces de precisar la cantidad económica, todo ello hace que, en la práctica, para casos semejantes se establezcan cantidades muy desiguales. Pero hay que tener en cuenta que partimos de la base de que el dinero no intenta hacer desaparecer el dolor con una cantidad equivalente a éste, sino que la función del dinero será la de proporcionar otros goces. El problema será entonces determinar la cantidad. El juez, a la hora de fijarla, no tiene una unidad de medida determinada. Tendrá bastante libertad de juicio, pero debe tener en cuenta la conciencia social, esto es, la forma en que los individuos aprecian esos bienes.

Posturas que afirman la reparación pecuniaria de los daños morales.

Una vez refutados en mayor o menor medida los planteamientos de estas teorías, tenemos que aceptar que no se puede aplicar el resarcimiento a los

daños morales de igual forma que a los patrimoniales, ya que los bienes morales pertenecen a la esfera personal del sujeto y no se puede establecer una función de equivalencia económica.

Por eso, no hablamos ahora de esta función del dinero antes mencionada, sino de su función satisfactoria que casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia, tanto española como extranjera, aceptan.

El dinero tiene dos funciones económicas principales: la función de cambio que nos sirve para adquirir otros bienes y la función valorativa en cuanto sirve como medida del valor de los demás bienes. Pero no sólo nos proporciona bienes materiales, ya que éstos están muy relacionados con los bienes inmateriales sino que el dinero también facilita la adquisición de bienes morales como la tranquilidad por no tener preocupaciones económicas, o la cultura. Además, suele ser el mejor medio de resarcimiento, preferido por los jueces, por su flexibilidad y porque el perjudicado puede emplearlo como quiera. Así, la función satisfactoria se le atribuye al dinero, no por su posesión en sí, sino por las posibilidades que otorga a la víctima de procurarse otras satisfacciones. Esto es porque gracias al dinero se pueden comprar casi todos los bienes materiales, y se puede atenuar el dolor o el sufrimiento, así como costear los medios para mejorar una lesión o enfermedad. Es importante puntualizar que no es necesario que el uso que se dé al dinero haga cesar o atenúe ese preciso daño moral producido. Esta neutralización no se establece como requisito de la función satisfactoria del dinero. Muchas veces, esto no se puede conseguir, y el vacío producido por el daño moral no será llenado nunca como la pérdida de un familiar. De lo que se trata es de una compensación, de la

adquisición de nuevos bienes morales que sirvan como contrapeso a aquél que ha sido dañado, equilibrando el patrimonio moral de la víctima. Por tanto, se afirma que la indemnización pecuniaria es una forma idónea de resarcimiento, a la vez que no daña la moral.

1.8. LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Posiblemente podemos afirmar sin temor a equivocarnos que en materia de prueba del daño moral, la cuestión no es pacífica y tal como ocurre con otros institutos que forman parte de la responsabilidad civil (verbigracia, como lo es el problema de su denominación, la precisión del concepto de daño moral, la evaluación de los perjuicios no patrimoniales, etcétera) no existe una única opinión que resuelva el tema. Pero aquí hay todavía una especial particularidad, por cuanto se han extrapolado con notable entusiasmo los postulados contradictorios de la doctrina y jurisprudencia.

En consecuencia, es posible percibir que la doctrina en general se encuentra armónica en una máxima que debe regir el asunto, “el daño moral debe ser acreditado siempre”¹³ y la jurisprudencia por el contrario ha sido contundente en afirmar que dada la particular naturaleza de éste, el perjuicio no patrimonial no puede ser objeto de prueba, o en el mejor de los casos debe ser presumido.¹⁴

Frente a esta realidad, no menor resulta el dato de que en derecho comparado, particularmente en los ordenamientos jurídicos vecinos, el desarrollo de la materia ha seguido igual suerte.

¹³ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

¹⁴ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. *El daño Moral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

En efecto, en países como Argentina o México la doctrina ha sido uniforme al igual que la nuestra en señalar que el daño moral debe acreditarse¹⁵, mientras que la jurisprudencia ha tendido a invertir el peso de la prueba, bastando con la sola acreditación de la ocurrencia de un hecho que ha causado daño a otro que tenga la entidad de causar un daño moral, para que este se presuma.

En México por ejemplo se ha impuesto en la jurisprudencia la tesis de la comprobación objetiva del daño moral y no la subjetiva, lo cual implica que basta la demostración de la relación jurídica que vincula al sujeto activo con el agente pasivo o agraviado y la existencia de un hecho u omisión ilícitos que lesione uno o varios de los bienes que tutela la figura. Entonces, no se requiere la justificación de la existencia efectiva, ni la extensión o gravedad del daño.

En igual sentido se manifiesta en Argentina Juan Carlos Rezzonico, quien expresa que lo único que sería necesario acreditar en los procesos en que se solicite esta partida, es “El sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del derecho accionante”¹⁶. Así también se han pronunciado Mosset Iturraspe y Novellino, quienes han dicho que el daño se puede presumir o inferir en los casos que éste surja notorio de los hechos: “Son los hechos los que hablan y dicen el daño. La muerte del padre, del hijo o del esposo, la que evidencia el daño moral dolor”¹⁷. Con ello, se adopta un criterio muy similar al que ha seguido nuestra jurisprudencia, como se expondrá a continuación.

¹⁵ Pizarro, Ramón. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición* –1a edición– Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2000.

¹⁶ Rodríguez Curutchet, Juan Pablo. *La evaluación y prueba del daño moral en la jurisprudencia Nacional*. Tesis (Licenciado en Derecho), Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

¹⁷ Mosset Iturraspe, Jorge y Novellino, Norberto. *Derecho de Daños. La prueba en el proceso de daños*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Rocca, 1996, p. 57.

1.9. COMENTARIOS A LA CORRIENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL.

Nada puede resultar más gráfico e ilustrativo para comprender la tesis de nuestra jurisprudencia, denominada *in re ipsa*, que tomar como referencia algunos fallos de los Tribunales Superiores de Justicia que dejan de manifiesto la tendencia que siguen sobre la materia.

En este escenario, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, ha señalado: “Una de las razones que justifican en derecho la indemnización por el daño moral es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de salud o de las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de la desgracia, que para el demandante pariente cercano de la víctima importa el delito o cuasidelito cometido en la persona de ésta”.

Igualmente González Vergara y Cárdenas Villareal, comentan un fallo que señala: “En palabras de nuestras cortes el daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se centra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, de manera que puede decirse que tal daño se produce siempre en un hecho externo que afecta la integridad moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado”.¹⁸

De la sola lectura de la sentencia y comentario anteriormente transcritos, se colige con facilidad que nuestra jurisprudencia ha excluido la exigencia

¹⁸ González Vergara, Paulina y Cárdenas Villareal, Hugo. Sobre la prueba de la existencia del daño moral. En: *Jornadas Chilenas de Derecho Civil: Estudios de derecho civil II: código civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007, p. 255.

probatoria del perjuicio moral. Y así, en ambos casos citados, se ha razonado en torno al concepto de daño moral como sinónimo de *pretium doloris*.

Lógicamente, analizando desde esta perspectiva el problema, los jueces tenderán a excluir la exigencia probatoria del daño moral, por cuanto estiman, que la dificultad que entrañaría la prueba del mismo haría imposible obtener una indemnización por esta partida para el afectado, ya que resultaría una quimera intentar acreditar el dolor experimentado, o el pesar o malestar que se ha padecido.

Pero el yerro en que se incurre, al adoptar un concepto muy restrictivo de daño moral, es pretender que la prueba del mismo necesariamente debe producirse mediante medios probatorios directos. Ello importaría, “conducir a la imposibilidad de la reparación moral, por ausencia de prueba”¹⁹. Muy por el contrario, resulta evidente que concebido el daño moral como *pretium doloris*, los medios más eficaces para la producción de la prueba del perjuicio extrapatrimonial, serán aquellos de carácter indirecto, particularmente la prueba por presunciones o bien los peritajes de los expertos.

Ahora, ello en ningún caso podrá permitir la arbitrariedad del sentenciador al punto de establecer una ficción de daño moral, al contrario éste, para llevar a cabo el razonamiento lógico que importa la presunción como medio probatorio, deberá obtener por parte de la víctima, todos los antecedentes que le permitan deducir y no suponer la existencia efectiva del daño en cuestión.²⁰

¹⁹Ochoa Olivera, Salvador. *La demanda por daño moral*. Atizapán de Zaragoza, España: Montealto Editores, 1999.

²⁰Aedo Barrera, Cristian. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2006. “El daño moral: Concepto, prueba y valoración en la doctrina y jurisprudencia Chilena”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte*, Tomo IV, Antofagasta, 2005.

1.10. RAZONES DE ORDEN PROCESAL QUE OBLIGAN A PROBAR EL DAÑO MORAL EN EL PROCESO.

En efecto, en la esfera del derecho procesal se presentan diversos factores que hacen imperativa la prueba del daño moral en el proceso civil. Dichas exigencias como veremos emanan eminentemente de la propia constitución y en especial del principio del debido proceso legal.

Y dentro de este principio omnicomprendido, existen dos aspectos gravitantes que permiten afirmar con soberana seguridad, que la prueba del daño moral, es un imperativo absoluto.

Luego, la necesidad de fundamentación de las sentencias que pesa sobre el juez y el derecho a defensa.²¹

Sobre ello, se ha pronunciado también autorizada doctrina procesalista, y así se ha dicho que los jueces se encuentran obligados a justificar sus decisiones y no sólo a explicarlas, lo cual implica que deben dar razones que confieran plausibilidad a estas, de manera que aquello que resuelvan se adecúe a los criterios de la lógica jurídica.²²

En cuanto al derecho a defensa, dentro del amplio abanico de “derechos” que este envuelve, importa destacar para estos efectos, uno que resulta particularmente gravitante, esto es, el principio de la bilateralidad de la audiencia.

Así, como se ha podido demostrar en ciertas sentencias, nuestra jurisprudencia cuando no opta por excluir el daño moral, sigue el camino de la presunción del mismo, en cuanto los hechos que han dado lugar a la demanda en el proceso,

²¹ González Vergara, Paulina, *et al. op. cit.* (n, 26), p. 261.

²² Tavorari Oliveros, Raúl. *Tribunal, Jurisdicción y Proceso*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 299.

permitirían suponer la existencia de los mismo. Siendo el caso por antonomasia el de la indemnización del daño por rebote o repercusión.

Se suele infringir de forma flagrante el principio de la bilateralidad de la audiencia, y con ello el del debido proceso legal. En efecto, el juez podrá presumir el perjuicio moral, pero para que ello ocurra, el que reclama el perjuicio deberá entregarle los antecedentes probatorios que le permitan deducir el desconocimiento, no pudiendo buscar en antecedentes extra proceso, ni en concordancias similares.²³

En efecto, se encontrará íntimamente relacionado con lo anterior, el hecho de que las partes deben tener la posibilidad de rendir prueba en el proceso que permita desvirtuar una determinada petición realizada por un demandante ante los tribunales de justicia.

Resulta lógico por tanto, que el demandado a quien se imputa la comisión de un hecho ilícito que ha ocasionado supuestamente un daño moral, tenga la posibilidad de acreditar que dicha consecuencia jurídica no se ha verificado.

De igual forma como señala la profesora Domínguez Hidalgo comentando acerca de la obligación de fundamentar las sentencias– “La utilidad de este imperativo resulta evidente: permite situar a la víctima, al responsable y, en su caso, a las aseguradoras en una perspectiva más cierta en materia de resarcimiento”.²⁴

Ello indudablemente, permite a las partes ejercer sus acciones y excepciones de forma adecuada, exponiéndole al juez los hechos pertinentes para formar su convicción en torno a la procedencia o no de la indemnización por esta partida.

²³ Aedo Barrera, Cristian, *op. cit.* (n. 28), p. 517.

²⁴ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999.

1.11. RAZONES DE CARÁCTER SUSTANTIVO QUE OBLIGAN A ACREDITAR EL PERJUICIO NO PATRIMONIAL.

Fuera del ámbito procesal, se ha dicho que la exigencia de probar la existencia del menoscabo moral es un imperativo del que el juez no puede librar a las partes, pues el daño es un hecho excepcional y por consiguiente de aplicación restrictiva.²⁵

En este sentido, se ha negado la existencia de daños morales evidentes, y se han desarrollado un plexo de requisitos que deberían reunirse y ser probados para que el menoscabo moral pueda ser indemnizado, entre los cuales destacan: la legitimación activa; la culpa o el dolo; la relación de causalidad; la capacidad, la existencia efectiva de un daño con características de daño moral; y por algunos las pericias psicológicas si proceden y; la adecuada fundamentación de la ponderación de pruebas indirectas.

En consecuencia se trata de que el juez al momento de apreciar y valorar la prueba flexibilice su labor, lo cual es completamente diferente a señalar que él tenga facultades para excluir la prueba del daño moral o para presumirlo sin más antecedentes²⁶. Pues como señala un autor, “no existe otro país, al menos en lo que se ha podido constatar, que establezca un principio así de entrada y ello es evidente pues, si el objeto de la responsabilidad civil es la reparación – de forma casi exclusiva en el presente– se comprenderá que es imprescindible que la existencia del daño se acredite”.²⁷

²⁵Fueyo Ianeri, Fernando. “Capítulo II, La Resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad”. En su: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 106 y ss.

²⁶ Corral talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

²⁷ Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999.

Finalmente, es oportuno, hacer notar que respecto a los medios idóneos para probar el daño moral, una vez más, como ya se ha dicho majaderamente, el concepto que se tenga de daño moral, influirá decisivamente en la materia. Eso sí, lo que resulta claro, es la necesidad que tiene la víctima de aportar los antecedentes necesarios para que el juez pueda formar su convicción respecto la procedencia del daño moral. Para lo cual, al no existir una regla especial que limite los medios probatorios para este tipo de daños, caben todos aquellos señalados por la ley. En este estado de cosas, las partes podrán valerse para acreditar la procedencia o no procedencia del daño moral invocado por una de ellas, de la prueba documental, pericial, testifical, y la prueba en base a presunciones.

1.12. LA ACCIÓN DE DAÑO MORAL EN EL ECUADOR.

El Artículo 2232 del Código Civil manifiesta que:²⁸ “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quién hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”. Es decir, están especialmente obligados a esta reparación quienes manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentado contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procedimientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o psíquicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

²⁸ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización, tal como se mencionó en el acápite anterior.

El Código Civil determina quién debe reclamar por daño moral, en el artículo 2.233: “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 pariente hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes conforme a las normas de este Código. Cuando el daño moral afecte a las instituciones o a personas jurídicas la citada acción corresponderá a sus representantes”

En tal virtud, el reclamo por daño moral es personalísimo de la víctima u ofendido como se dijo anteriormente. Asume esta acción en el caso de incapaces y menores de edad, sus representantes legales, el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. Por último existe también la posibilidad del reclamo por parte de los herederos del causante.

En el Código citado también se destaca la naturaleza especial que tiene el daño moral en relación a otras situaciones reales.

En el artículo 2.234 se habla de la independencia de las indemnizaciones. “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”.

Para el Código Civil la acción por daño moral no puede ser indefinida como posibilidad fáctica, por eso establece la prescripción de la acción. En el artículo

2.235 dice al respecto: “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto”. Desde que se produjo el daño moral, la acción para perseguirla prescribe en cuatro años. Se la sigue en juicio ordinario ante el Juez de lo Civil, en el COGEP, se determina: “Toda controversia judicial, que según la ley, no tiene un procedimiento especial, se ventilará en juicio ordinario”. Respecto de esta acción Cabanellas señala: Juicio ordinario es el que se sustancia con mayores garantías para las partes, donde las pruebas pueden ser más completas y más extensas las alegaciones, por los lapsos mayores que para las diversas actuaciones y trámites se establecen.”²⁹

1.13. LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN, COMO PARTE DE LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES PARA REPARAR EL DAÑO MORAL.

Definiendo las garantías jurisdiccionales son “herramientas que se convierten en elementos fundamentales para la protección de los derechos humanos; su función es la de asegurar el respeto de los mismos” (Cisneros, 2014)

La Acción Extraordinaria de Protección es una garantía constitucional de protección de los ciudadanos ante los actos del Estado por medio de sentencias o autos definitivos donde exista violación por acción u omisión de derechos.

En sí esta acción permite la defensa de los derechos constitucionales en circunstancias en que un auto, resolución o sentencia definitiva dictada por un juez de la Función Judicial, por acción u omisión haya violado los derechos; existiendo acciones efectivas para el ejercicio de los mismos. Así se consagra

²⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, (2003): “Diccionario Jurídico Elemental”, primera edición, editorial Heliasta,

por voluntad del propio constituyente para las controversias sobre violación de derechos constitucionales por las autoridades judiciales y el principio de la doble instancia judicial, a los cual se agrega la eventual revisión de fallos vía protección constitucional extraordinaria por parte de la Corte Constitucional, o sea se configura un verdadero derecho constitucional para reclamar de las autoridades judiciales una conducta de obediencia estricta a los derechos constitucionales de los ciudadanos; impugnando una resolución de la Corte Nacional de Justicia o de cualquier otro juez, cuando sea inconstitucional.

El objetivo es el análisis de la normativa constitucional y su aplicación en los fallos de la Corte Constitucional del Ecuador.

Los jueces, en su actuar, a través de los autos, resoluciones y sentencias definitivas dictadas en un proceso, unas veces por acción y en otras por omisión, violentan los derechos constitucionales de las personas Si a una persona se le violentan sus derechos constitucionales y el debido proceso al acceder a la administración de justicia, esta acción lo protege como lo indica la Corte Constitucional, “hacer justicia significa reparar el daño causado y hacer efectiva la responsabilidad del Estados y eventualmente la del juez, si se diera el caso. Con el panorama normativo general planteado respecto a la reparación integral y que es aplicable también a las resoluciones de Acción Extraordinaria de Protección, no está por demás mencionar que incluso el art. 63 de la LOGJCC establece de forma expresa que en esta garantía jurisdiccional la Corte Constitucional “ordenará la reparación integral al afectado.”

Esta acción tiene como propósito la protección a favor de quien sea víctima de un derecho constitucional; así se consagra por voluntad del propio constituyente para las controversias sobre violación de derechos constitucionales por las autoridades judiciales y el principio de la doble instancia judicial, a los cual se agrega la eventual revisión de fallos vía protección constitucional extraordinaria por parte de la Corte Constitucional, o sea se configura un verdadero derecho constitucional para reclamar de las autoridades judiciales una conducta de obediencia estricta a los derechos constitucionales de los ciudadanos; impugnando una resolución de la Corte Nacional de Justicia o de cualquier otro juez, cuando sea inconstitucional.

Sin control constitucional sobre las sentencias se carecería de un necesario proceso institucional y ordenado de afianzamiento de la pirámide de la Constitución respecto del resto del ordenamiento jurídico; siendo importante, la inclusión de la Función Judicial, como ocurre con los otras Funciones del Estado, en el control del cumplimiento de los derechos constitucionales; funciones consideradas como instrumentos para la realización de los fines estatales; de tal manera que evitar que las sentencias y autos definitivos eviten el control constitucional sería una especie de renuncia a la misión del Estado Constitucional de derechos, democrático, soberano como consta en el artículo primero de la Carta Magna.

La doctrina en general, señala que la Acción Extraordinaria de Protección se la debe utilizar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por la supuesta violación de un derecho constitucional por acción u omisión en una sentencia o auto definitivo dictado por la Corte Nacional de Justicia, o por los jueces en el ejercicio de sus funciones, por tanto, el examen de cualquier

sentencia judicial no debe ignorar que debe privilegiar el derecho sustancial por cuanto constituye el fin principal de la administración de justicia, de tal manera que la validez de una decisión judicial de carácter procesal debe necesariamente juzgarse a partir del problema de fondo del derecho sustantivo a cuya resolución ella se enderece, pues hay que tener en cuenta que los fundamentos constitucionales de la Acción Extraordinaria de Protección, no se limita a los derechos constitucionales y a las reglas del debido proceso señaladas en la Carta Magna, sino también a los derechos humanos señalados en los Tratados Internacionales sobre esta materia. De esta manera, el Ecuador exige un sistema judicial previsible con instituciones transparentes, justas y efectivas.

II CAPÍTULO

ANÁLISIS DE CASO

2.1. ESTUDIO DE CASO

SENTENCIA N.0 003-16-SEP-CC

CASO N.0 1334-15-EP

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

El señor....., por sus propios y personales derechos presenta Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207.

El 1 de septiembre de 2015, la Secretaría General de la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el segundo inciso del cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 8 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, certificó que en relación a la presente acción no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformada por los jueces XXXXXXXXXXXXX, XX y XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXXX, el 6 de octubre del 2015 a las 13:14, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección N.0 1334-15-EP.

En virtud del sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria del 11 de noviembre de 2015, le correspondió al juez constitucional, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, actuar como juez sustanciador. El secretario general de la Corte Constitucional, mediante memorando N.0 1523-CCE-SG-SUS-2015 del 11 de noviembre de 2015, remitió la causa N.0 1334-15-EP.

Mediante providencia dictada el 18 de noviembre de 2015, el Juez sustanciador avocó conocimiento de la presente causa y dispuso que se notifique con el contenido de la demanda y esta providencia a los Jueces de la Sala de lo Civil y mercantil de la Corte Nacional de Justicia a fin de que en el término de cinco días remitan un informe debidamente motivado respecto de los hechos y argumentos expuestos en la demanda; al señor economista XXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXX, por sus propios derechos y en calidad de representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "XXXXXXXXXXXXXXXX"; al Procurador General del Estado y al accionante en la casilla constitucional y correos electrónicos señalados para el efecto.

Decisión judicial impugnada

La decisión judicial que se impugna es la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207, la cual, en la parte pertinente, resolvió:

JUEZ PONENTE: DRA. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, lunes 27 de julio de 2015, las 15h04 VISTOS (Juicio

12072011) (...)Sin que del proceso obre prueba de que, la Cooperativa demandada y su representante legal de forma personal hayan recibido un acto ilícito; la Constitución vigente a la época de presentación de la denuncia, imponía en el artículo 97.14, como deber y responsabilidad de los ciudadanos "Denunciar y combatir los actos de corrupción", la denuncia no es sino la notificación, el antecedente para que el órgano estatal (Fiscalía) se ponga en movimiento a fin de tutelar los derechos de los ciudadanos, la seguridad de la sociedad, más aun cuando la entidad demandada maneja recursos de terceros, que deben ser protegidos. Es preciso considerar que, en el momento de la denuncia correspondía a la Fiscalía a través de sus indagaciones dar inicio - como en efectivo lo hizo- a la instrucción fiscal y solicitar al juez se dicte la prisión preventiva; es el fiscal XXXXXXXX XXXXXXXX quien considera existir "grandes indicios de responsabilidad", por lo que, el juez al estimar reunidos los presupuestos de ley dicta el auto de prisión preventiva, actos sobre los cuales los demandados no tienen injerencia, decisión ni responsabilidad. (...) Es indudable que el actor ha sufrido angustias, humillación, dolor por la prisión sufrida, es indudable también que aquello debe haber repercutido en su vida familiar, pero estos sufrimiento, no son "el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado", pues, la presentación de una denuncia en las condiciones que lo hace la demandada a través de su representante legal, movida por el incumplimiento del demandante en depositar dineros de terceros que la Cooperativa, debía honrar , no constituye un ilícito. DECISIÓN. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD

DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA", declara sin lugar la demanda presentada...

Antecedentes del caso concreto

Página 3 de 25

El 30 de enero de 2007, XXXXXX XXXXXX XXXXXXXX XXXXX presentó demanda ordinaria por daño moral en contra del economista XXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXXXXXX, por sus propios derechos y por los que representa de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "XXXXXX XXXXXX".

Mediante la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2008, el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha, resolvió: "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desechando las excepciones y la reconvención planteada, se acepta la demanda ...".

A través de escrito presentado el 18 de diciembre del 2008, el economista XXXXXX XXXXXXXXXXXX interpuso recurso de apelación. La Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, en la sentencia dictada el 30 de junio del 2011, resolvió: "revocando la sentencia venida en grado, por falta de competencia. Rechazar la demanda".

En escrito presentado el 5 de julio de 2011, XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXX interpuso recurso de casación. Mediante auto dictado el 23 de julio del 2012, la Sala de Conjueza y Con jueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia resolvió inadmitir a trámite el recurso de casación planteado.

Contra esta decisión, el señor Xxxxxx Xxxxxxxx Xxxxx presentó Acción Extraordinaria de Protección. La Corte Constitucional, dentro de la causa N.0 1552-12-EP, dictó la sentencia N.0 148-14-SEP-CC, el 01 de octubre de 2014, en la cual resolvió declarar la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección, y como medidas de reparación integral dejar sin efecto el auto dictado el 23 de julio de 2012 y subsiguientes expedidos por la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia y disponer que previo sorteo, se conforme otro tribunal, a fin de que resuelva el recurso, observando las garantías del debido proceso y lo dispuesto en la sentencia.

Mediante auto dictado el 13 de enero del 2015, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia resuelve admitir a trámite el recurso de Casación. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el 27 de julio del 2015, dictó sentencia en la que declara sin lugar la demanda presentada por Xxxx Xxxxx Xxxxx Xxxx y sin lugar la reconvención.

Argumentos planteados en la demanda

El accionante en su demanda de Acción Extraordinaria de Protección, en lo principal, manifiesta que la decisión judicial que impugna vulnera sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, al debido proceso en la garantía de motivación y a la tutela judicial efectiva.

Respecto de la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, alega que la decisión que impugna proviene de la resolución de un recurso de casación, el

mismo que se constituye en un recurso de naturaleza extraordinaria, creado por la Ley de Casación como aquel mecanismo judicial que procede frente a la transgresión de la normativa en una sentencia o providencia que ponga fin a un proceso de conocimiento. En este sentido, precisa que tal como la Corte Constitucional lo ha establecido en la resolución del recurso de casación, los jueces nacionales se encuentran impedidos de valorar prueba o de calificar los hechos de instancia, ya que aquello devendría en una vulneración de derechos constitucionales.

Manifiesta que en el caso concreto, en calidad de accionante, dentro del juicio ordinario por daño moral, interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que desechó su demanda, recurso que fue inadmitido, por lo que al evidenciar la vulneración a sus derechos presentó Acción Extraordinaria de Protección, la cual fue resuelta en la sentencia N.0 148-14-SEP-CC, en la que se determinó la vulneración de sus derechos y se dejó sin efecto la decisión impugnada.

Precisa que cuando el proceso regresó a la Corte Nacional de Justicia, una vez admitido su recurso y en la fase de resolución del mismo, dentro de la cual la competencia de los jueces nacionales se circunscribe al análisis de la sentencia, y de los argumentos del recurso, es decir, del análisis de legalidad, los jueces de la "Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, atribuyéndose competencia que no ostentan valoraron prueba y calificaron los hechos de instancia, atentando contra la independencia interna de los órganos de justicia".

Agrega que la Corte Nacional declaró la nulidad de la sentencia impugnada, y estableció que le corresponde dictar la sentencia de mérito, sin observar que los jueces nacionales se encuentran impedidos de valorar prueba. Determina que en la sentencia impugnada los jueces nacionales, se refieren a las pruebas presentadas en el proceso además que analizan uno de los informes periciales practicado en el juicio ordinario, puesto que en la sentencia llegan a la conclusión que en el proceso no obra prueba de que la cooperativa demandada y su representante legal en forma personal hayan realizado un acto ilícito, lo cual, a criterio del accionante, denota una calificación de los hechos de instancia, y por lo tanto, al desnaturalizarse el recurso de casación, se vulnera el derecho a la seguridad jurídica.

En igual sentido, determina que se contradice la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional en la que claramente se señala que la valoración probatoria y la calificación de los hechos es una competencia proscrita a los jueces nacionales, contradiciendo las sentencias Nros. 001-13-SEP-CC, 008-13-SEPCC, 020-13-SEP-CC, 034-13-SEP-CC, 067-13-SEP-CC, entre otras.

En cuanto a la vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, el accionante precisa que este derecho fue vulnerado, incumplándose los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad ya que se desnaturalizó la esencia del recurso de casación, lo cual, además, generó la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva.

Derechos constitucionales vulnerados

Sobre la base de los hechos citados, el accionante considera que la mencionada decisión judicial vulnera los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, debido proceso en la garantía de la motivación y tutela judicial efectiva consagrados en los artículos 82, 76 numeral 7 literal 1 y 75 de la Constitución de la República.

Pretensión

La pretensión concreta del legitimado activo respecto de la reparación de los derechos constitucionales vulnerados es la siguiente:

... En virtud de haber demostrado que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ha vulnerado mis derechos constitucionales, solicité lo siguiente: 1. Que la Corte Constitucional admita a trámite esta Acción Extraordinaria de Protección en virtud de con los requisitos determinados en los artículos 60, 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2. Que mediante sentencia se declare la vulneración a nuestros derechos constitucionales a la seguridad jurídica, debido proceso en la garantía de motivación y tutela judicial efectiva consagrados en los artículos 82, 76 numeral 7 literal 1) y 75 de la Constitución de la República. 3. Que como medida de reparación integral, se deje sin efecto la sentencia dictada el 27 de abril del 2015, las 15h04 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. 4. Mediante sorteo se conforme un nuevo tribunal a efectos de que conozca y resuelva mi recurso de casación, garantizando el ejercicio de mis derechos constitucionales ...

Contestación a la demanda

La doctora Xxxxxx Xxxxxxx Xxxxxxxx y los doctores Xxxxxxxx Xxxxxxxx Xxxx y Xxxxxxxx Xxxxxxx Xxxxxx en calidad de jueces nacionales, comparecen a fs. 25 del expediente constitucional, a fin de presentar su informe de descargo en el cual manifiestan:

Que como se dejó sentado en la sentencia impugnada mediante la presente Acción Extraordinaria de Protección, el recurso de casación constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario, porque se lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales para su procedencia, y formal porque debe cumplir obligatoriamente con determinados requisitos.

En cuanto al artículo 16 de la Ley de Casación, consideran que se entiende que los hechos a los que se refiere la norma son los que sirven al Tribunal de Casación para emitir su decisión; pues, si casa la sentencia del Tribunal de Apelación, la anula, y no puede utilizar unos hechos establecidos en una valoración probatoria de una sentencia inexistente por casada.

Agregan que de tener sustento las afirmaciones del accionante con respecto a que casada (anulada) una sentencia, el Tribunal de Casación no tiene competencia para analizar los hechos y valorar la prueba, cómo podría ese Tribunal dictar una sentencia sustitutiva, que cumpla con el requisito constitucional y legal de motivación, en virtud del cual, luego de enunciar las normas y principios en que se funda debe explicar su pertinencia a los

antecedentes de hecho, no a una prueba valorada en una sentencia que por no idónea debe ser sustituida.

Establecen que olvida el accionante, que el Tribunal de Casación, cuando casa una sentencia, debe dictar una que sustituye a la dictada por el Tribunal de Apelación, actuando efectivamente como tribunal de instancia al emitir una sentencia en mérito de los autos. En consecuencia, determinan que la aplicación que la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional dan al artículo 16 de la Ley de Casación, ajustada al espíritu de la norma se consignan en el texto del artículo 273 del Código Orgánico General de Procesos, que de manera clara dispone que cuando la casación se fundamenta en errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el Tribunal casará la sentencia o el auto recurrido y pronunciará lo que corresponda, recalcando en el numeral 3 que en las demás causales el Tribunal casará en mérito de los autos.

Por tal razón, señalan que en cumplimiento de la norma señalada, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, atendiendo el recurso de casación interpuesto, casó la sentencia dictada por el órgano de apelación, que dictó una sentencia inhibitoria, aceptando la excepción de incompetencia en razón del territorio y sin pronunciarse sobre el fondo de la litis y al aceptar el recurso, dictó una de mérito resolviendo la controversia.

Finalmente, alegan que sostener que un Tribunal de Casación que debe dictar sentencia de mérito en reemplazo de una sentencia inhibitoria dictada por el tribunal de instancia, no debe valorar la prueba sobre los antecedentes de

hecho, es pretender que la administración de justicia no tutele los derechos de las partes.

11. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y pronunciarse sobre las acciones extraordinarias de protección en virtud de lo establecido en los artículos 94 y 437 de la Constitución vigente y el artículo 63 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En el presente caso de la acción presentada en contra de la sentencia dictada el 27 de julio de 2015, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 1207-2011.

Legitimación activa

El accionante se encuentra legitimado para presentar esta acción extraordinaria de protección, en virtud de cumplir con el requerimiento establecido en el artículo 437 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: " Los ciudadanos de forma individual o colectiva podrán presentar una Acción Extraordinaria de Protección contra sentencias, autos definitivos ... " y del contenido del artículo 439 ibídem, que dice: "Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente", en concordancia con el artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Naturaleza jurídica de la Acción Extraordinaria de Protección

Como ya se lo ha señalado en reiterados pronunciamientos, la Corte Constitucional, por medio de la Acción Extraordinaria de Protección, se pronunciará respecto de dos cuestiones principales: la vulneración de derechos constitucionales o la violación de normas del debido proceso. En este orden, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una Acción Extraordinaria de Protección en contra de decisiones judiciales en las que se hayan vulnerado derechos reconocidos en la Constitución; mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces esté subordinada a los mandatos del ordenamiento supremo y ante todo, respeten los derechos de las partes procesales.

La Acción Extraordinaria de Protección procede exclusivamente en contra de sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia en los que, por acción u omisión, se haya violado el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

Determinación de los problemas jurídicos a ser examinados

Dentro del análisis del caso sub examine se han determinado los siguientes problemas jurídicos a ser resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador:

1. La decisión judicial impugnada ¿vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica?

2. La sentencia impugnada ¿vulnera los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y tutela judicial efectiva?

Resolución de los problemas jurídicos

Página 9 de 25

1. La decisión judicial impugnada ¿vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica?

Dentro del modelo constitucional vigente en el Ecuador, el derecho constitucional a la seguridad jurídica se posiciona como aquel derecho que resalta el carácter supremo de la Constitución de la República, es decir, la supremacía constitucional, además de que garantiza la certeza jurídica a través de dos vías: por un lado el sometimiento de las autoridades públicas al ordenamiento jurídico y por otro, la garantía ciudadana de que los derechos y la normativa serán respetados.

El artículo 82 de la Constitución de la República, establece: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes". Por consiguiente, conforme lo señalado por la Corte Constitucional:

En primer lugar, el derecho consagra como su fundamento primordial el respeto a la Constitución, como la norma jerárquicamente superior dentro del

ordenamiento jurídico; en segundo lugar, el mismo no se agota en la mera aplicación normativa, sino que establece que las normas "existentes" que serán aplicadas deban ser previas, claras y públicas y finalmente, establece la obligación de que dicha aplicación sea efectuada por una autoridad competente para ello, competencia tanto definida por la calidad que ostenta la autoridad como por las atribuciones que le han sido reconocidas en el ordenamiento jurídico.

De esta forma, el derecho constitucional a la seguridad jurídica garantiza la previsibilidad del derecho, en tanto permite que las personas conozcan cual será la normativa que se aplicará a un determinado caso concreto. La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.0 029-15-SEP-CC además, precisó:

Por lo tanto, este derecho garantiza certeza en la aplicación normativa, ya que asegura la sujeción a un marco jurídico determinado, que tome como fundamento principal las disposiciones contenidas en la Constitución de la República.

La certeza normativa con la que se tiene que contar en un sistema jurídico le otorga de previsibilidad, que en definitiva permitirá a las personas acatar las disposiciones con mayor convicción. Asimismo, las autoridades públicas deben aplicar aquellas normas con la finalidad de que no se transgreda este derecho que es de suma importancia puesto que de la certeza del ordenamiento jurídico se desprende el efectivo acatamiento de su contenido, esto quiere decir que las autoridades que están compelidas a garantizar la aplicación de la norma no pueden dejar de aplicarla.

En este sentido, las autoridades judiciales se encuentran en la obligación de respetar las disposiciones constitucionales y de aplicar la normativa que corresponda a cada caso concreto, ya que de esta forma se evita la arbitrariedad en la actividad jurisdiccional y se garantiza la certeza jurídica.

Dentro de este marco, el accionante manifiesta que la decisión judicial que impugna vulnera su derecho constitucional a la seguridad jurídica, puesto que: "desnaturaliza la esencia del recurso de casación como un recurso EXTRAORDINARIO Y EXCEPCIONAL, además de que vulnera la jurisprudencia reiterada por la Corte Constitucional, en la que claramente se ha señalado que la VALORACIÓN PROBATORIA Y LA CALIFICACIÓN DE LOS HECHOS DE INSTANCIA es una competencia proscrita a los jueces nacionales ...".

Por lo que, a fin de dar solución al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional procederá a referirse a la naturaleza del recurso de casación, el mismo que dentro del ordenamiento infraconstitucional ecuatoriano se constituye en un recurso "extraordinario" y excepcional, puesto que su procedencia se encuentra sujeta a lo dispuesto en la normativa que lo regula, esto es la Ley de Casación.

Por consiguiente, el recurso de casación procede únicamente en los casos previstos en la normativa, esto es cuando se hayan vulnerado disposiciones legales dentro de una decisión judicial de última instancia.

En este escenario, la Corte Nacional de Justicia como el máximo órgano de administración de justicia ordinaria, se posiciona en la encargada de conocer

los recursos de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República que determina como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia: "Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley".

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.0 31 0-15-SEP-CC estableció: El recurso de casación está establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un recurso extraordinario, en el sentido de que procede en determinados casos y que por tanto, su interposición debe ser efectuada bajo los parámetros de la rigidez legal, esto es, sujeta a la normativa que lo regula a fin de que el mismo no sea desnaturalizado ni equiparado con una tercera instancia.

En virtud de la jurisprudencia señalada, los jueces nacionales se encuentran en la obligación de preservar que el recurso de casación no sea desnaturalizado, y cumpla la función para la cual fue creado a través de la circunscripción de sus actuaciones al marco jurídico previsto en la Ley de Casación.

Al ser así, esta Corte Constitucional ha sido reiterativa en señalar que en la fase de resolución del recurso de casación, el ámbito de análisis del recurso se constituye en el análisis de legalidad de la sentencia contra la cual se propone, en correlación con lo señalado por el accionante en el recurso y en la contestación al mismo. La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia N.0 002-15-SEPCC, determinó:

Siendo así, los jueces nacionales, en el conocimiento de un recurso de casación, deben actuar conforme a sus competencias constitucionales y

legales, esto es, analizando la decisión contra la cual se propone el recurso en contraposición con los fundamentos del mismo, encontrándose impedidos de analizar los hechos que originan el caso concreto y de efectuar una valoración de la prueba, ya que aquello es una atribución privativa de los órganos de instancia.

De esta forma, los jueces nacionales en el conocimiento de un recurso de casación, se encuentran impedidos de valorar la prueba actuada en el proceso de instancia, así como de calificar los hechos del caso concreto, ya que aquello es una competencia privativa de los órganos de instancia. Esta Corte en la sentencia N.0 001-13-SEP-CC, determinó que:

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: "Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley.

En consecuencia, la valoración probatoria y la calificación de los hechos de instancia es una atribución que se encuentra proscrita a los jueces nacionales, ya que de efectuarlo se atentaría contra el principio de independencia interna

de los órganos judiciales de instancia. Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia N.º 167-14-SEP-CC, precisó que:

Ahora bien, posterior a la fase de sustanciación, prosigue la cuarta fase resolución, en la cual la Ley de Casación es muy explícita al determinar "si la Corte Suprema de Justicia considera procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiere y por los méritos de los hechos establecidos en la sentencia o auto". Es decir, en esta última fase la Sala de Casación analiza el contenido del recurso de casación, a fin de determinar si en la sentencia puesta a su conocimiento se incurrió en una vulneración a la normativa jurídica.

En este contexto, en la resolución del recurso de casación el universo de análisis se circunscribe a la decisión judicial contra la cual se lo propone, así como también lo dicho por las partes procesales en atención del principio dispositivo. Es decir, los jueces de la Corte Nacional de Justicia deben efectuar una contrastación entre cada uno de los argumentos que sustentan el recurso con la sentencia a ser analizada, determinando si en efecto existió o no violación a la ley, ya sea por su falta de aplicación o inobservando.

Este criterio ha sido mantenido por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, como es el caso de las sentencias Nros. 153-14-SEP-CC, 100-15-SEP-CC, 15615-SEP-CC en las cuales, ha establecido que actuaciones como las señaladas vulneran el derecho constitucional a la seguridad jurídica, ya que desnaturalizan el carácter extraordinario del recurso de casación.

Del análisis de la decisión judicial impugnada se desprende que la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, una vez que se refiere a los antecedentes del recurso de casación, así como a los fundamentos del recurso, establece su jurisdicción y competencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República anteriormente citado.

En el considerando segundo se refiere al recurso de casación, respecto del cual determina:

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el recurso de casación, en la forma que lo estructura la Ley, constituye un recurso de carácter limitado, extraordinario y formal; limitado, porque procede solo contra sentencias y autos que ponen fin a procesos de conocimiento y contra providencias expedidas en su ejecución; extraordinario porque para su procedencia; y, formal, porque debe cumplir obligatoriamente con determinados lo puede interponer solo por los motivos que expresamente se señalan como causales requisitos. De las causales que delimitan su procedencia, devienen sus fines, el control de legalidad de las sentencias y autos susceptibles de recurrirse, control de legalidad que se materializa en el análisis de la adecuada aplicación de las normas de derechos objetivo, procedimental y precedentes jurisprudenciales obligatorios...

Del análisis de la definición que la Sala da al recurso de casación, se observa que se enmarca en la naturaleza del mismo, puesto que se destaca su carácter extraordinario y excepcional.

Ahora bien, más adelante la Sala establece el problema jurídico a resolver, al cual lo define como: ¿Si la sentencia que declara improcedente una demanda, con sustento en la omisión de una solemnidad sustancial, que provoca la nulidad del proceso, bajo una argumentación que no considera el ordenamiento jurídico, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, a la motivación como componente del derecho a la defensa y la seguridad jurídica?

Al respecto, se observa que la Sala formula un problema jurídico que se enmarca en un análisis de constitucionalidad de la decisión, más no de legalidad, puesto que corresponde a la Corte Constitucional determinar si una decisión judicial impugnada vulneró derechos constitucionales, más a la Corte Nacional de Justicia, le corresponde el análisis de "legalidad" de las decisiones puestas en su conocimiento.

Bajo este análisis, la Sala inicia por establecer que los artículos 75 y 76 literal a de la Constitución garantizan los derechos a la tutela judicial efectiva y defensa como componente básico del debido proceso. En este contexto, la Sala se refiere a estos derechos constitucionales determinando cual es el ámbito de acción de cada uno de ellos, relacionándolos con la obligación de los jueces de declarar la nulidad de las causas cuando se omitan las solemnidades sustanciales del caso.

En el considerando quinto, la Sala establece el "análisis motivado de los fundamentos del recurso" y procede a referirse a la causal en que se fundamentó el recurso interpuesto, esto es, a la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación por la falta de aplicación de las disposiciones que garantizan los derechos anteriormente referidos y el artículo 29 numeral 5 del Código de

Procedimiento Civil que establece la competencia del juez del lugar donde fueron causados los daños en las demandas sobre indemnización o reparación de estos.

En este marco, la Sala precisa que la sentencia impugnada acogiendo la excepción de incompetencia en razón del territorio resuelve rechazar la demanda, sin razonar con lógica si el juez de primera instancia carecía de competencia con lo cual, a su criterio, se vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, puesto que según precisa:

... aquella a la que arriba el tribunal de apelación, no emana fácilmente de los considerandos del fallo, en ellos se establece que procesalmente no se advierte omisión de solemnidad alguna, por lo que se declara la validez procesal; señala que la competencia es solemnidad sustancial, determinante de la validez de una causa, y sin embargo, argumentando no tenerla en razón del territorio, concluye rechazando la demanda.

En virtud de lo expuesto, se observa que el órgano casacional verifica si la decisión impugnada vulneró el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, sin analizar la causal en que se fundamentó el recurso de casación. Adicionalmente, la Sala determina que la decisión de instancia debió observar lo dispuesto en los artículos 346 numeral 2 y 344 del Código de Procedimiento Civil que se refieren a las solemnidades sustanciales de los casos, sin embargo no determina las razones por las cuales llega a esta conclusión, y a partir de ello concluye que: "Resolver en la forma en que lo hace el Tribunal de instancia, es no aplicar al razonamiento de las normas de la

lógica y una resolución carente de lógica, deviene en arbitraria, jurídicamente inadmisibile, no motivada ...".

Al respecto, la Corte Constitucional observa que dentro de la sentencia recurrida, los jueces omitiendo verificar la vulneración de disposiciones legales, centran su análisis en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales, estudio que corresponde ser examinado por la Corte Constitucional. Este análisis de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia confunde sus funciones, puesto que entra a actuar como órgano constitucional y a identificar al recurso de casación con la Acción Extraordinaria de Protección, en tanto su análisis se concentra en determinar si la decisión impugnada vulneró derechos constitucionales, más no si se transgredieron disposiciones jurídicas.

En razón de un análisis que no procede dada la naturaleza del recurso de casación, la Sala declara que la sentencia dictada por la Sala de Apelación no se encuentra motivada, y a partir de ello, declara la nulidad de la misma.

En este punto, la Sala además establece que "en sujeción a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Casación dicta sentencia de mérito en los siguientes términos", y procede a establecer en el considerando primero que el proceso se ha tramitado con sujeción a las garantías básicas del debido proceso. Además precisa que Por disposición del artículo 29.5 del Código de Procedimiento Civil, norma que forma parte del ordenamiento jurídico vigente, a más del juez del domicilio, es también competente el del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos. La acción penal que se dice causante del daño moral, se tramitó en la ciudad de Quito,

lugar en que permaneció detenido el demandante, entonces el Juez de esta jurisdicción territorial, tenía competencia para conocer y resolver la causa, pronunciamiento con el que se resuelve la excepción de incompetencia en razón de territorio.

Como se observa, la Sala, en este análisis, aplica el artículo 29 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, que fue alegado como transgredido en el recurso de casación interpuesto, sin embargo en el análisis de las causales del recurso de casación debió determinar si este artículo fue inaplicado, y a partir de ello, pronunciarse en este sentido. No obstante, la Sala conforme fue expuesto, se limitó a analizar "la vulneración de derechos" en la sentencia recurrida omitiendo referirse a esta disposición normativa.

En el segundo considerando determina que: "La litis se traba con la pretensión de indemnización pecuniaria por daño moral sufrido por el demandante a consecuencia de una acción penal instaurada en su contra, en base a la denuncia presentada por el Economista Xxxxxx Xxxxxxx Xxxxxxxx, en calidad de representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Xxxx Xxxxx, a quien además demanda por sus propios derechos... ". En este sentido, la Sala se refiere a los hechos de instancia que dieron origen al caso concreto, lo cual no corresponde dada la naturaleza del recurso de casación como un recurso extraordinario.

En este mismo sentido, la Sala a continuación, bajo el enunciado "PRUEBA", procede a referirse a las constancias procesales del caso concreto, precisando que:

... Consta justificado con copias certificadas del proceso penal instaurado en contra del demandante, que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Xxxxx Xxxxxxx, a través de su gerente general Xxxxxxx Xxxxx Xxxxxxxxxxx presentó el 28 de octubre de 2004 ante el Fiscal Distrital de Pichincha, una denuncia en la que da a conocer que su representada suscribió un contrato (...) Que la compañía a través de su propietario y representante legal, recibía valores de terceras personas en el exterior debiendo depositar esos dineros ajenos en la cuenta que la Cooperativa mantenía en el Banco Internacional de la ciudad de Quito, con cargo a pagas que la Cooperativa realizaba a favor de sus destinatarias.....() Obra justificado en el proceso, mediante oficio remitido por el demandante (fs. 71), el 29 de junio de 2004, que éste aceptó que Remesas, en los meses de mayo y junio, se retrasó en el depósito de valores erogados por la Cooperativa, por lo cual ofreció entregar un vehículo Mercedes Benz, y el saldo cubrirlo a través de un crédito a 180 días ...

Adicionalmente, la Sala se refiere al informe pericial practicado en el proceso de instancia, en el cual, a su criterio " ... se justifica que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Xxxxx Xxxxxxx, pagó treinta y ocho mil seiscientos cuarenta y cinco dólares con sesenta y cinco centavos con cargo a depósitos de terceros recibos por la Compañía (...) los que en consecuencia se adeudan por la disuelta empresa ... ". Al respecto, sobre este análisis efectuado por la Sala se desprende que este se orienta a valorar la prueba actuada en el proceso, ya que la Sala se refiere a los recaudos procesales, y entra a otorgar valor probatorio a estos, lo cual desnaturaliza la esencia del recurso de casación, en tanto el órgano casacional se convierte en juez de instancia.

Sobre lo señalado, la Corte Constitucional ha establecido:

Bajo esta consideración, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha establecido que la valoración probatoria es una atribución privativa de los jueces de instancia, sin que los jueces de la Corte Nacional de Justicia tengan atribución para ello, en tanto su competencia se circunscribe a analizar la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto, mas no a realizar una valoración de la prueba en si ...

De esta forma, se evidencia que la Sala efectúa un análisis que no procede bajo la supuesta aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación.

Esta actuación de la Sala es justificada en su escrito de contestación a la presente Acción Extraordinaria de Protección, alegando que este artículo faculta al órgano casacional a que ante la decisión de casar una sentencia, dicte una nueva, "actuando efectivamente como tribunal de instancia". Es decir, para la Sala la aplicación de esta disposición le otorga la atribución de valorar prueba y calificar los hechos de instancia, lo cual inobserva la naturaleza del recurso de casación, ya que al contrario de lo señalado por la Sala, el artículo 16 de la Ley de Casación permite que la Sala corrija los errores de derecho, más no que valore la prueba que fue practicada y actuada ante los órganos de instancia, mucho menos que califique los hechos que originaron el caso concreto.

Así, la Corte Constitucional determinó que: Además, es necesario señalar que el artículo 16 de la Ley de Casación en ninguna parte dispone que los jueces de la Corte Nacional se convertirán en jueces de instancia, ya que al contrario lo que dispone es que: "Si la Corte Suprema de Justicia encuentra procedente el recurso, casará la sentencia o auto de que se trate y expedirá el que en su lugar correspondiera, y por los méritos de los hechos establecidos en la sentencia o auto", lo cual significa que si casa la sentencia, expedirá la que en su lugar corresponda en el sentido de que se pronunciará sobre la aplicación del enunciado normativo en relación con los méritos de los hechos de la sentencia, mas no significa que mediante este artículo se otorgue competencia a los jueces nacionales para actuar como jueces de instancia y por ende posibilitarles la facultad de valorar o apreciar la prueba.

En función de este análisis que desnaturaliza al recurso de casación, la Sala concluye que sin que del proceso obre prueba, de que la cooperativa demandada y su representante legal de forma personal hayan realizado un acto ilícito, "no puede imputarse la comisión de un acto ilícito a los demandados por el mero hecho de la denuncia". Fundamentación bajo la cual, la Sala declara sin lugar la demanda presentada por Xxxxxxx Xxxxxxxxxx Xxxxxxx y sin lugar la reconvención.

Conforme lo expuesto en las líneas precedentes, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia ejerció competencias que no tenía en dos momentos específicos. El primero, al centrar su análisis en la "verificación de la vulneración de derechos", omitiendo efectuar el análisis de legalidad que correspondía dada la naturaleza del recurso de casación, y por tanto, actuando

como si fuera esta Corte Constitucional. A partir de lo cual, llegó a la conclusión de que la sentencia vulneraba el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y procedió a declarar su nulidad, no obstante, en ninguna parte de la decisión, la Sala analizó el artículo 29 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil que fue objeto del recurso de casación.

El segundo momento, al valorar la prueba actuada en el proceso y calificar los hechos de instancia, la Sala actuó como órgano de instancia, lo cual, a su criterio, se encuentra facultado por el artículo 16 de la Ley de Casación, no obstante, conforme lo señalado por esta Corte, esta disposición jurídica de ninguna manera faculta al órgano casacional a actuar como juez de instancia, puesto que al contrario le permite en su papel de máximo órgano de administración de justicia ~ ordinaria corregir los errores de derecho, más no valorar prueba y calificar hechos.

En este sentido, se evidencia que el recurso de casación fue desnaturalizado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en tanto no observó su ámbito de análisis e invadió escenarios que correspondían ser analizados por otros órganos judiciales.

Por las razones expuestas, la decisión judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica.

Para efectos de eficacia en la aplicación y cumplimiento de las sentencias emitidas por el Pleno de la Corte Constitucional es importante determinar que luego de verificado en el expediente, se advierte que esta Acción Extraordinaria de Protección es la segunda presentada dentro de la sustanciación del recurso

de casación N.0 0080-2009, puesto que el auto de admisión del mismo fue objeto de la Acción Extraordinaria N.0 1552-12-EP, dentro de la cual se dictó la sentencia N.0 148-14-SEP-CC, en la que se declaró la vulneración de derechos constitucionales y se dispuso que una nueva Sala vuelva a pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación; esta Corte recuerda a los juzgadores que la aplicación que se debe realizar a las decisiones judiciales es integral, es decir, son los argumentos centrales que sostienen la decisión los que junto con esta, deben ser observados para la resolución de la causa, por parte de los jueces casacionales.

Esta Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que la aplicación de las decisiones constitucionales es integral, así en las sentencias Nros. 009-09-SISCC9, 022-15-SIS-CC10, así como en el auto de verificación dictado dentro del caso N.0 042-10-IS11 , este Organismo ha determinado que es de obligatorio cumplimiento y sujeción, la decisum o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de dicha decisión y que constituyen la ratio decidendi. Este criterio incluso ha sido recogido por la normativa del Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 101, que dispone: "... Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma".

2. La sentencia impugnada ¿vulnera los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y tutela judicial efectiva?

El accionante en su demanda de Acción Extraordinaria de Protección determina que la decisión impugnada, vulnera sus derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y tutela judicial efectiva?

El accionante en su demanda de Acción Extraordinaria de Protección determina que la decisión impugnada, vulnera sus derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación y tutela judicial efectiva.

El derecho constitucional al debido proceso es un derecho transversal a todo el ordenamiento jurídico, por cuanto garantiza la protección de otros derechos constitucionales, encaminados principalmente a tutelar que todas las personas cuenten con un proceso justo, en el cual puedan hacer uso de su derecho a la defensa durante todas las etapas del mismo.

Como parte de este derecho, se encuentra la motivación de las resoluciones judiciales, el cual conforme a lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal 1 consagra:

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

La Corte Constitucional respecto de esta garantía, ha determinado:

En ese sentido, la motivación se configura como la piedra angular de las decisiones judiciales, ya que gracias a la justificación racional, lógica y comprensible que realiza el juzgador en la fundamentación de sus fallos, esta se transforma en un filtro contra la arbitrariedad, garantizando a su vez el

derecho a la defensa de las partes, al permitirles conocer certeramente los motivos por los cuales se toma la resolución en cuestión.

En este escenario, el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación se constituye en un derecho de fundamental importancia dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, razón por la cual es ineludible su relación con otros derechos que de forma conjunta garantizan la efectividad de los derechos constitucionales dentro de la sustanciación de los procesos, tal es el caso del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se encuentra consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República que determina: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley".

Conforme se desprende del análisis de la disposición constitucional transcrita, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se garantiza en tres momentos. En un primer momento, cuando garantiza el acceso a la justicia por parte de todas las personas, el cual deberá ser gratuito y encontrarse desprovisto de trabas o condicionamientos que no se encuentren determinados en la normativa; en un segundo momento, cuando establece que una vez que se ha accedido a la justicia, esta debe ser expedita y oportuna, respetando los derechos e intereses de las partes y asegurando por tanto, el ejercicio del derecho a la defensa e igualdad, como producto de lo cual se obtenga una decisión fundada en derecho; y finalmente, en un tercer momento, cuando se

asegura el cumplimiento de las decisiones judiciales y se establece que su inobservancia será sancionada de conformidad con la ley.

En este contexto, queda evidenciada la relación que existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva y debido proceso en la garantía de la motivación, ya que se garantiza una justicia expedita mediante la expedición de una decisión debidamente motivada.

La Corte Constitucional ha señalado en la sentencia N.0 160-15-SEP-CC: "Conforme lo señalado es evidente la vinculación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con otros derechos constitucionales, como es el caso del derecho al debido proceso en la garantía de motivación, puesto que a través de una decisión debidamente motivada, las personas contarán con un resultado oportuno de su acceso a la justicia, vislumbrado a partir de una sentencia debidamente justificada".

Este organismo además, ha determinado que para que una decisión se encuentre debidamente motivada, tiene que cumplir tres requisitos, a saber: a) Razonabilidad, el cual implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, sin que puedan incluirse criterios que contradigan dichos principios; b) Lógica, en el sentido de que la decisión se encuentre estructurada de forma sistemática, en la cual las premisas que la conforman mantenga un orden coherente y, e) Comprensibilidad, requisito que exige que todas las decisiones judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social.

Del análisis del cumplimiento del requisito de razonabilidad, en la decisión impugnada, se evidencia que la misma inicia por establecer las disposiciones en las cuales se sustentó el recurso de casación interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito "Xxxxxx Xxxxxx", así como fundamentos del recurso sostiene: "Invocando la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente acusa a la sentencia de vulneración por falta de aplicación, de las disposiciones contenidas en los artículos: 3.1; 11.3 y 9; 75; 76 .7 literales a), e) y 1); y 82 de la Constitución de la República (...) acusa además la vulneración del artículo 29 .5 del Código de Procedimiento Civil, que prevé que a más de la jueza o juez del domicilio, son también competentes, entre otros, el del lugar donde se causaron los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos ... ".

La Sala una vez determinada su jurisdicción y competencia de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 184 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Casación y el artículo 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, normas que regulan la competencia de los jueces nacionales para conocer el recurso de casación.

A partir de ello, la Sala inicia su análisis planteándose un problema jurídico a fin de determinar si la sentencia que declara improcedente una demanda con sustento en la omisión de una solemnidad vulneraría los derechos a la tutela judicial efectiva, motivación, defensa y seguridad jurídica. Es así, que realizan un "análisis motivado de los fundamentos del recurso", refiriéndose en un primer momento al vicio de la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, señalando:

... Con fundamento en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, el recurrente, acusa a la sentencia de segunda instancia, de no haber aplicado, entre otras las normas constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, y la seguridad jurídica; y la disposición contenida en el artículo 29.5 del Código Procedimiento Civil, que prevé que, a más del juez del domicilio, es también competente el del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos (...) continuando con su análisis, en el considerando CUARTO (...) Argumenta el Tribunal, que no le cabe juzgar a un ciudadano y/o persona jurídica que no está sujeta a su jurisdicción territorial, porque no se cumplen los requisitos previstos por los artículos 24.11 de la Constitución Política de la República vigente (...) por lo que acogiendo la excepción de incompetencia en razón del territorio dicta sentencia rechazando la demanda; sin razonar con lógica,(...) motivar es exponer en el fallo, las razones que lo sustenta con *sindéresis*, coherencia y lógica, de tal forma que, de la explicación de cómo se ligan los hechos a las normas, fluya la conclusión; aquella a la que arriba el tribunal de apelación, no emana fácilmente de los considerandos del fallo (...) señala que la competencia es solemnidad sustancial, determinante de la validez de una causa, y sin embargo, argumentando no tenerla en razón del territorio, concluye rechazando la demanda (...) entonces, si la competencia es solemnidad sustancial y en el proceso, el órgano jurisdiccional a su criterio, ha actuado sin competencia, la conclusión lógica a la que se debe arribar es que el proceso es nulo. Resolver en la forma en que lo hace el Tribunal de instancia, es no aplicar al razonamiento las normas de la lógica y una

resolución carente de lógica, deviene en arbitraria jurídicamente inadmisibles, no motivada...

En razón de lo expuesto, se observa que la Sala analiza si la sentencia impugnada vulneró los derechos constitucionales al debido proceso y tutela judicial efectiva, pronunciándose principalmente sobre la motivación de la decisión, no obstante la Sala omite verificar si el artículo 29 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil fue inaplicado en la sentencia impugnada, lo cual era su obligación hacerlo en virtud del principio dispositivo.

Una vez resuelto el problema jurídico planteado, los jueces de la Sala declararon la nulidad de la sentencia y en aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación dictaron sentencia de mérito concluyendo que:

PRIMERO. Por disposición del artículo 29.5 del Código de Procedimiento Civil, norma que forma parte del ordenamiento jurídico vigente, a más del juez del domicilio, es también competente el del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de estos. La acción penal que se dice causante del daño moral, se tramitó en la ciudad de Quito, lugar en que permaneció detenido el demandante, entonces el Juez de esta jurisdicción territorial, tenía competencia para conocer y resolver la causa.

En este sentido, los jueces aplican una disposición que no fue parte del análisis del problema jurídico, a pesar de haber formado parte de la fundamentación del recurso de casación.

A continuación, los jueces entran a detallar las constancias procesales del caso concreto, en tanto, señalan:

PRUEBA. Consta justificado con copias certificadas del proceso penal instaurado en contra del demandante, que la Cooperativa de Ahorro y Crédito Xxxxxx Xxxxxx, a través de su gerente general XXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX presentó el 28 de octubre de 2004 ante el Fiscal Distrital de Pichincha, una denuncia en la que da a conocer que su representada suscribió un contrato con XXXXXXXX XXXXX XXXXX, representante legal de la compañía XXXXXXXX XXXXXXXX & XXXXXXXX, por el cual la Cooperativa se comprometió a pagar giros de remesas de dinero provenientes del exterior (...) el denunciado comenzó a atrasarse y finalmente cesó los depósitos, no obstante haber enviado varios reportes de pagos que la Cooperativa honró y no fueron cubiertos ...

Es decir, los jueces nacionales valoran la prueba actuada en el proceso, lo cual atenta contra la naturaleza del recurso de casación como un recurso extraordinario.

En efecto, en el caso sub examine, tal como la Sala sostiene, la causal alegada en el recurso de casación es la establecida en la causal 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, respecto a la falla de aplicación entre otras normas del artículo numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, sin embargo, la Sala, sin pronunciarse sobre este ámbito de análisis, emitió argumentaciones que no correspondían, en tanto actuó como órgano constitucional y además como órgano de instancia.

Como órgano constitucional por cuanto, efectuaron un análisis de constitucionalidad de la decisión mas no un análisis de legalidad como correspondía y como órgano de instancia, al valorar la prueba y calificar los

hechos del caso, desnaturalizando el recurso de casación y por tanto incumpliendo el requisito de razonabilidad.

En cuanto al requisito de lógica, esta Corte evidencia que tal como fue señalado en el análisis de la razonabilidad, la Sala emite valoraciones normativas que atentan contra la naturaleza del recurso de casación, puesto que en un primer momento al plantear el problema jurídico para resolver el caso concreto, centra su análisis en verificar la vulneración de derechos en la sentencia impugnada, lo cual no corresponde dada la naturaleza del recurso de casación, en tanto correspondía a la Sala determinar si la sentencia transgredió disposiciones jurídicas, más en el caso concreto su conclusión la fórmula de la siguiente manera: "Resolver en la forma en que lo hace el Tribunal de instancia, es no aplicar al razonamiento las normas de la lógica y una resolución carente de lógica, deviene en arbitraria, jurídicamente inadmisibles, no motivada, razón por la cual, en atención, a lo dispuesto en el artículo 76.7 .1 de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, este Tribunal de Casación, declara la nulidad de la sentencia impugnada".

En este sentido, la Sala omite pronunciarse respecto de las disposiciones legales inaplicadas en la sentencia, lo cual genera que la sentencia se encuentre desprovista de las premisas que correspondían dado el ámbito de análisis del recurso de casación.

A partir de ello, la Sala, además, bajo un análisis inadecuado del artículo 16 de la Ley de Casación, entra a actuar como órgano de instancia y procede a valorar prueba y calificar los hechos de instancia del proceso pronunciándose

sobre los recaudos procesales y analizando el informe pericial practicado en el proceso, lo cual atentó no solo contra la esencia del recurso sino además contra la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional.

En este sentido, se verifica que en el caso concreto, la sentencia impugnada se estructura a partir de premisas que no corresponden, en tanto se omite efectuar el análisis de legalidad que correspondía.

Por consiguiente, la decisión judicial impugnada al incumplir el requisito de razonabilidad, incumple el requisito de lógica, puesto que las premisas que estructuran la decisión, así como la conclusión final de la misma, no guardan relación con la naturaleza del recurso.

Finalmente, en cuanto a la comprensibilidad, si bien la decisión judicial impugnada se encuentra redactada con un lenguaje claro formulado a partir del empleo de palabras sencillas, el análisis jurídico contenido en la misma al alejarse del objetivo del recurso de casación, permite que la misma no pueda ser comprendida por parte del auditorio social, por tal razón este requisito es incumplido.

En razón de lo expuesto, la decisión judicial impugnada, al incumplir los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, vulnera el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación en el mismo sentido que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto las partes no recibieron por parte del órgano casacional una decisión fundada en derecho.

111. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

2. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada.

3. Como medidas de reparación integral se dispone:

3.1. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207. 3.2. Retrotraer los efectos del proceso hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207.

3.3. Disponer que, previo sorteo, se conforme el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que conozca y resuelva el recurso de casación, de conformidad con la Constitución de la República, la ley y la aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es considerando la decisum o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituyen la ratio; bajo prevenciones de aplicación de lo

dispuesto en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República, en caso de no hacerlo.

.4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

2.2. COMENTARIO

El señor, presenta Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207.

Mediante providencia dictada el 18 de noviembre de 2015, el Juez sustanciador avocó conocimiento de la presente causa y dispuso que se notifique con el contenido de la demanda y esta providencia a los Jueces de la Sala de lo Civil y mercantil de la Corte Nacional de Justicia a fin de que en el término de cinco días remitan un informe debidamente motivado respecto de los hechos y argumentos expuestos en la demanda; al señor economista
....., por sus propios derechos y en calidad de representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito "....."; al Procurador General del Estado y al accionante en la casilla constitucional y correos electrónicos señalados.

Este caso tiene como antecedente una demanda ordinaria por daño moral presentada por en contra del economista
....., por sus propios derechos y por los que representa de la Cooperativa de Ahorro y Crédito ".....".

Mediante la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2008, el Juzgado Tercero de lo Civil de Pichincha, resolvió desechar las excepciones y la reconvencción planteada, aceptando la demanda.

El economistainterpuso recurso de apelación. La Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, en la sentencia dictada el 30 de junio del 2011, resolvió: "revocando la sentencia venida en grado, por falta de competencia. Rechazar la demanda".

En escrito presentado el 5 de julio de 2011,, interpuso recurso de casación. Mediante auto dictado el 23 de julio del 2012, la Sala de Conjuenza y Con jueces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia resolvió inadmitir a trámite el recurso de casación planteado.

Contra esta decisión, el señor presentó Acción Extraordinaria de Protección. La Corte Constitucional, dentro de la causa N.0 1552-12-EP, dictó la sentencia N.0 148-14-SEP-CC, el 01 de octubre de 2014, en la cual resolvió declarar la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, aceptar la Acción Extraordinaria de Protección, y como medidas de reparación integral dejar sin efecto el auto dictado el 23 de julio de 2012 y subsiguientes expedidos por la Sala de Conjuenes de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia y disponer que previo sorteo, se conforme otro tribunal, a fin de que resuelva el recurso, observando las garantías del debido proceso y lo dispuesto en la sentencia.

Mediante auto dictado el 13 de enero del 2015, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia resuelve admitir a trámite el recurso de Casación. La Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, el 27 de julio del 2015, dictó sentencia en la que declara sin lugar la demanda presentada por y sin lugar la reconvención.

El accionante en su demanda de Acción Extraordinaria de Protección, en lo principal, manifiesta que la decisión judicial que impugna vulnera sus derechos constitucionales a la seguridad jurídica, al debido proceso en la garantía de motivación y a la tutela judicial efectiva.

Precisa que cuando el proceso regresó a la Corte Nacional de Justicia, una vez admitido su recurso y en la fase de resolución del mismo, dentro de la cual la competencia de los jueces nacionales se circunscribe al análisis de la sentencia, y de los argumentos del recurso, es decir, del análisis de legalidad, los jueces de la "Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, atribuyéndose competencia que no ostentan valoraron prueba y calificaron los hechos de instancia, atentando contra la independencia interna de los órganos de justicia".

La doctora y los doctores y en calidad de jueces nacionales y legitimados pasivos comparecen, a fin de presentar su informe de descargo en el cual manifiestan:

Señalan que, el Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, atendiendo el recurso de casación interpuesto, casó

la sentencia dictada por el órgano de apelación, que dictó una sentencia inhibitoria, aceptando la excepción de incompetencia en razón del territorio y sin pronunciarse sobre el fondo de la litis y al aceptar el recurso, dictó una de mérito resolviendo la controversia.

Alegan que sostener que un Tribunal de Casación que debe dictar sentencia de mérito en reemplazo de una sentencia inhibitoria dictada por el tribunal de instancia, no debe valorar la prueba sobre los antecedentes de hecho, es pretender que la administración de justicia no tutele los derechos de las partes.

La Acción Extraordinaria de Protección procede exclusivamente en contra de sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia en los que, por acción u omisión, se haya violado el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, conforme lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República.

La Corte Constitucional se pregunta si la decisión judicial impugnada ¿vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica?

El derecho constitucional a la seguridad jurídica se posiciona como aquel derecho que resalta el carácter supremo de la Constitución de la República, es decir, la supremacía constitucional, además de que garantiza la certeza jurídica a través de dos vías: por un lado el sometimiento de las autoridades públicas al

ordenamiento jurídico y por otro, la garantía ciudadana de que los derechos y la normativa serán respetados.

Por lo tanto, este derecho garantiza certeza en la aplicación normativa, ya que asegura la sujeción a un marco jurídico determinado, que tome como fundamento principal las disposiciones contenidas en la Constitución de la República.

La certeza normativa con la que se tiene que contar en un sistema jurídico le otorga de previsibilidad, que en definitiva permitirá a las personas acatar las disposiciones con mayor convicción.

La Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que, el recurso de casación está establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un recurso extraordinario, en el sentido de que procede en determinados casos y que por tanto, su interposición debe ser efectuada bajo los parámetros de la rigidez legal, esto es, sujeta a la normativa que lo regula a fin de que el mismo no sea desnaturalizado ni equiparado con una tercera instancia.

En virtud de la jurisprudencia señalada, los jueces nacionales se encuentran en la obligación de preservar que el recurso de casación no sea desnaturalizado, y cumpla la función para la cual fue creado a través de la circunscripción de sus actuaciones al marco jurídico previsto en la Ley de Casación, con un análisis de legalidad de la sentencia.

Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en

las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales, o la procedencia y valoración de pruebas.

La Corte Constitucional observa que dentro de la sentencia recurrida, los jueces omitiendo verificar la vulneración de disposiciones legales, centran su análisis en la verificación de la vulneración de derechos constitucionales, estudio que corresponde ser examinado por la Corte Constitucional. Este análisis de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia confunde sus funciones, puesto que entra a actuar como órgano constitucional y a identificar al recurso de casación con la Acción Extraordinaria de Protección, en tanto su análisis se concentra en determinar si la decisión impugnada vulneró derechos constitucionales, más no si se transgredieron disposiciones legales.

En razón de un análisis que no procede dada la naturaleza del recurso de casación, la Sala declara que la sentencia dictada por la Sala de Apelación no se encuentra motivada, y a partir de ello, declara la nulidad de la misma.

Bajo esta consideración, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha establecido que la valoración probatoria es una atribución privativa de los jueces de instancia, sin que los jueces de la Corte Nacional de Justicia tengan atribución para ello, en tanto su competencia se circunscribe a analizar la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto, mas no a realizar una valoración de la prueba en sí.

De esta forma, se evidencia que la Sala efectúa un análisis que no procede bajo la supuesta aplicación del artículo 16 de la Ley de Casación.

Al valorar la prueba actuada en el proceso y calificar los hechos de instancia, la Sala actuó como órgano de instancia, lo cual, a su criterio, se encuentra facultado por el artículo 16 de la Ley de Casación, no obstante, conforme lo señalado por la Corte Constitucional, esta disposición jurídica de ninguna manera faculta al órgano casacional a actuar como juez de instancia, puesto que al contrario le permite en su papel de máximo órgano de administración de justicia ~ ordinaria corregir los errores de derecho, más no valorar prueba y calificar hechos.

En este sentido, se evidencia que el recurso de casación fue desnaturalizado por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en tanto no observó su ámbito de análisis e invadió escenarios que correspondían ser analizados por otros órganos judiciales.

Por las razones expuestas, la decisión judicial impugnada vulnera el derecho constitucional a la seguridad jurídica.

La Corte Constitucional ha determinado que para que una decisión se encuentre debidamente motivada, tiene que cumplir tres requisitos, a saber: a) Razonabilidad, el cual implica que la decisión se encuentre fundamentada en principios y normas constitucionales, sin que puedan incluirse criterios que contradigan dichos principios; b) Lógica, en el sentido de que la decisión se encuentre estructurada de forma sistemática, en la cual las premisas que la conforman mantenga un orden coherente y, e) Comprensibilidad, requisito que

exige que todas las decisiones judiciales sean elaboradas con un lenguaje claro y sencillo, que permita su efectivo entendimiento por parte del auditorio social.

En lo que se refiere a la motivación, la Sala de Casación efectuó un análisis de constitucionalidad de la decisión mas no un análisis de legalidad como correspondía y como órgano de instancia, al valorar la prueba y calificar los hechos del caso, desnaturalizando el recurso de casación y por tanto incumpliendo el requisito de razonabilidad.

En cuanto al requisito de lógica, esta Corte evidencia que tal como fue señalado en el análisis de la razonabilidad, la Sala emite valoraciones normativas que atentan contra la naturaleza del recurso de casación, puesto que en un primer momento al plantear el problema jurídico para resolver el caso concreto, centra su análisis en verificar la vulneración de derechos en la sentencia impugnada, lo cual no corresponde dada la naturaleza del recurso de casación, en tanto correspondía a la Sala determinar si la sentencia transgredió disposiciones jurídicas, más en el caso concreto su conclusión la fórmula de la siguiente manera: "Resolver en la forma en que lo hace el Tribunal de instancia, es no aplicar al razonamiento las normas de la lógica y una resolución carente de lógica, deviene en arbitraria, jurídicamente inadmisibles, no motivada, razón por la cual, en atención, a lo dispuesto en el artículo 76.7 .1 de la Constitución de la República y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, este Tribunal de Casación, declara la nulidad de la sentencia impugnada".

En este sentido, la Sala omite pronunciarse respecto de las disposiciones legales inaplicadas en la sentencia, lo cual genera que la sentencia se encuentre desprovista de las premisas que correspondían dado el ámbito de análisis del recurso de casación.

A partir de ello, la Sala, además, bajo un análisis inadecuado del artículo 16 de la Ley de Casación, entra a actuar como órgano de instancia y procede a valorar prueba y calificar los hechos de instancia del proceso pronunciándose sobre los recaudos procesales y analizando el informe pericial practicado en el proceso, lo cual atentó no solo contra la esencia del recurso sino además contra la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional.

En este sentido, se verifica que en el caso concreto, la sentencia impugnada se estructura a partir de premisas que no corresponden, en tanto se omite efectuar el análisis de legalidad que correspondía.

Por consiguiente, la decisión judicial impugnada al incumplir el requisito de razonabilidad, incumple el requisito de lógica, puesto que las premisas que estructuran la decisión, así como la conclusión final de la misma, no guardan relación con la naturaleza del recurso.

En cuanto a la comprensibilidad, si bien la decisión judicial impugnada se encuentra redactada con un lenguaje claro formulado a partir del empleo de palabras sencillas, el análisis jurídico contenido en la misma al alejarse del objetivo del recurso de casación, permite que la misma no pueda ser comprendida por parte del auditorio social, por tal razón este requisito es incumplido.

En razón de lo expuesto, la decisión judicial impugnada, al incumplir los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, vulnera el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación en el mismo sentido que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto las partes no recibieron por parte del órgano casacional una decisión fundada en derecho.

Con estos antecedentes la Corte Constitucional resuelve: 1. Declarar la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva; 2. Aceptar la Acción Extraordinaria de Protección planteada; 3. Como medidas de reparación integral se dispone: 3.1. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207, 3.2. Retrotraer los efectos del proceso hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación N.0 095-2015, 2011-1207, 3.3. Disponer que, previo sorteo, se conforme el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que conozca y resuelva el recurso de casación, de conformidad con la Constitución de la República, la ley y la aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es considerando la decisum o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituyen la ratio; bajo prevenciones de aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República, en caso de no hacerlo.

CAPÍTULO III
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. RESULTADOS EN RELACIÓN A LOS OBJETIVOS.

3.1.1. OBJETIVO GENERAL.

Explicar de qué forma se determina la prueba del Daño Moral y su impugnación ante la Corte Constitucional

3.1.1.1. LOGRO DE RESULTADO.

Hablar de la valoración y prueba del daño moral significa referirse a dos temas que procesalmente se suceden uno del otro; la existencia del perjuicio moral y monto del mismo. El juez primero debe establecer la existencia del daño moral dentro del proceso de daños, para luego y en base a ello determinar el quantum resarcitorio.

La prueba de la existencia del agravio moral constituye la primera etapa dentro del proceso de daños, su objetivo será lograr la convicción del sentenciador en cuanto a la existencia de un interés extrapatrimonial lícito vulnerado. Aquí la actividad de las partes será fundamental, principalmente del actor, quien deberá reunir la mayor cantidad de elementos probatorios que permitan satisfacer la carga procesal que asumió.

En esta etapa de prueba necesaria o indispensable- la actividad del juez se limita al de un simple aplicador de la ley, dándole a cada medio de prueba que obra en el proceso el valor que el ordenamiento le ha asignado *ex ante*, función judicial característica de un sistema probatorio eminentemente reglado como el nuestro. La misión del sentenciador aplicando las normas reguladoras de la prueba será de Derecho, estableciendo los hechos que servirán de base a su decisión.

La segunda etapa de la prueba en el proceso de daños una vez constatada la existencia de un agravio moral será la de valorar su contenido, fase en la cual la actividad probatoria de las partes no resulta fundamental, pudiendo incluso no existir prueba de ninguna índole. Se trata de una cuestión de hecho, entregada completamente a los jueces de la instancia.

Es sólo en esta etapa de la prueba del derecho de daños que valen como argumentos los defendidos por la tesis del daño moral evidente. El carácter espiritual y subjetivo del daño moral, atentatorio en contra de los atributos inherentes a la persona humana, constituye un obstáculo insalvable para sostener una valoración objetiva del mismo, dejándose entregado a la sabiduría del juez para determinación del monto del daño, en ausencia de parámetros legales u otras fórmulas que fomenten la igualdad de trato a los ciudadanos.

En este sentido, la práctica judicial debe tender a la creación de parámetros uniformes para evaluar el daño moral, de manera de desterrar la arbitrariedad al momento de la fijación del monto resarcitorio. Esto nos permite lograr una mayor certeza jurídica y una protección al principio de igualdad, es decir, que para casos similares se otorguen indemnizaciones similares.

La Acción Extraordinaria de Protección procede exclusivamente en contra de sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia en los que, por acción u omisión, se haya violado el debido proceso u otros derechos constitucionales reconocidos en la Constitución, una vez que se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

3.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Determinar las Características del Daño resarcible.
- ✓ Establecer las diferencias entre Daño Patrimonial y Moral.

3.1.2.1. LOGRO DE RESULTADO.

- ✓ Las características de un daño resarcible, se pueden resumir de la siguiente manera; se ha establecido que el menoscabo debe ser cierto, real y efectivo, o sea, no es indemnizable aquel daño eventual o hipotético fundado en supuestos o conjeturas. Incluso, se ha dicho, el daño no pierde esta característica si su cuantificación resulta incierta, indeterminada o de difícil apreciación. Por otra parte, tampoco debe confundirse certeza con actualidad, porque es posible reparar aquel menoscabo futuro. La segunda característica del daño resarcible, se encuentra en la lesión al interés jurídicamente relevante y merecedor de protección, de manera que, puede existir un damnificado directo y otro indirecto, como serían la víctima, en el primer caso, y sus sucesores en el segundo. En tercer término, debe haber sido causado por un tercero y ser subsistente, esto es, que aún no haya sido reparado por el dañoso o por un tercero, como podría ser un ente asegurador. Finalmente, debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.
- ✓ Existen diversas clases de daños; el patrimonial y el moral. La diferencia fundamental entre ambos es la valorización en dinero, pues el primero hace referencia a un menoscabo valorable económicamente, mientras que el segundo, es extrapatrimonial, pues afecta elementos de difícil valoración pecuniaria.

3.2. CONCLUSIONES.

- ✓ Los principales afectados por el problema planteado en este trabajo de investigación son los demandados en la reparación de un daño moral, los cuales no por tener la obligación de cumplir dicha sanción se les debe vulnerar sus derechos.
- ✓ La forma de fijar los montos por indemnizaciones en daño moral, no es la adecuada y debe ser revisada a fin de precautelar sus derechos. La reforma del Código Civil, se hace imprescindible en los momentos actuales, ya que es necesario poner fin a un abuso y arbitrariedad por parte de los juzgadores.
- ✓ Existe clara influencia hacia los juzgadores al momento de fijar los montos por indemnización de los daños morales, de manera especial influencia política, así como puede darse claramente influencia económica y corrupción si dejamos al arbitrio total del juzgador la fijación del monto, sin considerar al menos parámetros y límites en su fijación.
- ✓ Las sentencias emitidas por la justicia ordinaria son impugnables en vía constitucional por la Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional.

3.3. RECOMENDACIONES.

- ✓ La principal recomendación que se emite al finaliza el documento es generar la capacitación constante de los profesionales del derecho, para que lograr una mayor efectividad en la asesoría legal a sus clientes y así encontrar una mejor solución a sus conflictos judiciales, y de esta manera, el hecho procesal no se transforme en un ir y venir de visitas a los juzgados.
- ✓ Tanto la figura del daño moral y la medida cautelar son instituciones jurídicas que tienen una vasta antigüedad en la sociedad, esto no impide que su investigación judicial se ha impulsada desde los estamentos universitarios y académicos.
- ✓ No hay que olvidar que el proceso ordinario por daño moral no termina con la sentencia de casación emitida por la Corte Nacional de Justicia, pues esta puede ser impugnada por la parte que se sienta afectada ante la Corte Constitucional por la Acción Extraordinaria de Protección.

4. BIBLIOGRAFÍA.

Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento No. 506, 2017.

Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46, 2016.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, (2003): “Diccionario Jurídico Elemental”, primera edición, editorial Heliasta, Diccionario Encarta.

Diccionario jurídico Espassa.

Diccionario de la real academia de la lengua española.

Angel Yágúez, Ricardo de, La responsabilidad civil, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21.

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 15-16. Alterini Atilio A. Responsabilidad civil. Límites a la reparación,

Digesto de Justiniano, 9.2.1

Jansen, Nils, Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna, working paper n° 128, Barcelona, abril de 2002, en www.indret.com

Díez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 66,67.

Mazeaud, Jean, Henri y León, Lecciones de derecho civil. la responsabilidad civil, los cuasicontratos, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, vol. II, parte 2a., pp. 56 y 68.

García López, Rafael, Responsabilidad por daño moral, doctrina y jurisprudencia, Barcelona, José María Bosch Editor, 1990, pp. 78 y 79.

Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, Luis Fernando et al., Lecciones de responsabilidad..., cit., pp. 79 y 80.

Volochinsky, Bracey Wilson, 226 preguntas en derecho civil. Contratos y responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica La Ley, 2002, p. 177.

Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil, Argentina, Hammurabi, 1997, t. IX, p. 242.

Zannoni, Eduardo, El daño en la responsabilidad civil, 2a. ed., Argentina, Astrea, 1993, p. 287.

Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Domínguez hidalgo, Carmen. “Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999. *El daño Moral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Pizarro, Ramón. *Daño moral. Prevención. Reparación. Punición* –1a edición– Buenos Aires, Argentina: Hammurabi, 2000.

Rodríguez Curutchet, Juan Pablo. *La evaluación y prueba del daño moral en la jurisprudencia Nacional*. Tesis (Licenciado en Derecho), Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

Mosset Iturraspe, Jorge y Novellino, Norberto. *Derecho de Daños. La prueba en el proceso de daños*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Rocca, 1996, p. 57.

González Vergara, Paulina y Cárdenas Villareal, Hugo. Sobre la prueba de la existencia del daño moral. En: *Jornadas Chilenas de Derecho Civil: Estudios de derecho civil II: código civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007, p. 255.

Ochoa Olivera, Salvador. *La demanda por daño moral*. Atizapán de Zaragoza, España: Montealto Editores, 1999.

Aedo Barrena, Cristian. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Librotecnia, 2006. "El daño moral: Concepto, prueba y valoración en la doctrina y jurisprudencia Chilena", en: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte*, Tomo IV, Antofagasta, 2005.

González Vergara, Paulina, *et al. op. cit.* (n, 26), p. 261.

Tavolari Oliveros, Raúl. *Tribunal, Jurisdicción y Proceso*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 299.

Domínguez hidalgo, Carmen. "Aspectos modernos de la reparación por daño moral. Contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado", en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 1999.

Fueyo Ianeri, Fernando. "Capítulo II, La Resarcibilidad del daño moral como tutela de los bienes y derechos de la personalidad". En su: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 106 y ss.

ANEXOS

DATOS GENERALES

NÚMERO DE SENTENCIA:	003-16-SEP-CC
NÚMERO DE EXPEDIENTE:	1334-15-EP
MOTIVO:	José Ramiro Utreras Aguirre, presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04 por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 095-2015, 2011-1207
LUGAR DE ORIGEN:	Pichincha
TIPO DE ACCIÓN:	Acción Extraordinaria de Protección
TEMA ESPECÍFICO:	Daño moral

PARÁMETROS SENTENCIA

ACCIONANTE:	Utreras Aguirre, José Ramiro
TIPO DE ACCIONANTE:	Persona natural
DERECHOS DEMANDADOS:	Tutela judicial efectiva Motivación de resoluciones Seguridad jurídica
DERECHOS VULNERADOS:	Tutela judicial efectiva Motivación de resoluciones Seguridad jurídica
DECISIÓN:	<p>Aceptar</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Declarar la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso en la garantía de la motivación, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. 3. Como medidas de reparación integral se dispone: <ol style="list-style-type: none"> 3.1. Dejar sin efecto la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 095-2015, 2011-1207. 3.2. Retrotraer los efectos del proceso hasta el momento anterior a la emisión de la sentencia dictada el 27 de julio del 2015 a las 15:04, por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del recurso de casación No. 095-2015, 2011-1207. 3.3. Disponer que, previo sorteo, se conforme el Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que conozca y resuelva el recurso de casación, de conformidad con la Constitución de la República, la ley y la aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es considerando la decisum o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituyen la ratio; bajo prevenciones de aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 numeral 4 de la Constitución de la República, en caso de no hacerlo.

CONCEPTOS DESARROLLADOS

Derecho a la tutela judicial efectiva