

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

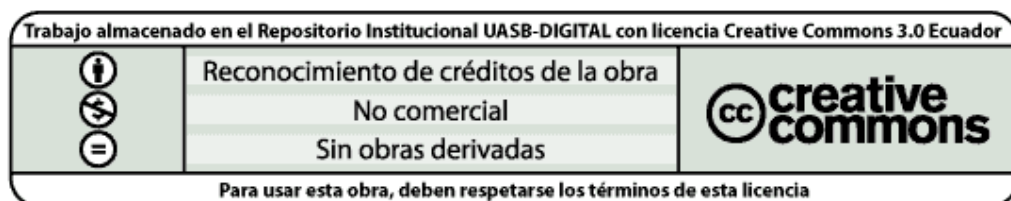
Programa de Maestría en Derecho Procesal

**El juramento deferido como medio probatorio en el juicio de
daño moral**

Autora: María Belén Cañas Coloma

Tutora: Vanesa Aguirre Guzmán

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, María Belén Cañas Coloma, autora de la tesis intitulada “El juramento deferido como medio probatorio en el juicio de daño moral”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Quito, octubre de 2017

Firma:

Resumen

La presente investigación analiza la institución del juramento deferido como medio de prueba en el ámbito civil, su evolución y tratamiento en la legislación ecuatoriana; cuestionando su mantenimiento en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, pese a que actualmente constituye una institución en desuso.

La investigación efectuada se centra en el uso del juramento deferido como medio probatorio en los juicios de daño moral, en los que al no existir prueba real y efectiva del daño, se convierte en el único recurso empleado por algunos abogados para probarlo; desnaturalizando así esta institución.

Por ello, el eje central de la presente tesis es el análisis de este medio probatorio desde los aspectos básicos y nociones de la teoría general de la prueba, el estudio del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de eficacia y validez, así como la determinación del valor que debe otorgarse al juramento deferido como medio probatorio dentro de los juicios de daño moral, con el fin de dilucidar si constituye una prueba pertinente, útil, eficaz y conducente para esta clase de juicios.

Dedicatoria

Este trabajo es producto de un gran esfuerzo, pero sobre todo, del incondicional apoyo de quienes siempre han creído en mí. Dedico este estudio a mi familia, en forma particular a mi esposo, padres y hermana, motor principal de mi vida y a quienes en distinta medida, debo lo que ahora soy.

Agradecimiento

Agradezco de manera especial a mi tutora Vanesa Aguirre, por su guía y acompañamiento en este largo proceso. Fue un honor recibir sus consejos y asesoría durante la elaboración del presente trabajo, sin duda me llevo profundas enseñanzas de una excelente profesional y académica.

También agradezco a mi maestro, mentor y colega Ernesto Guarderas, por impulsarme siempre a ser mejor, pero sobre todo por sus enseñanzas e incentivo a trascender en la profesión.

Índice de contenidos

Introducción	8
Capítulo Primero	10
El juramento deferido como medio probatorio	10
1. El juramento	10
1.1. Tipos de juramento: decisorio o deferido, supletorio y estimatorio	13
2. El juramento deferido	16
2.1. Antecedentes históricos	16
2.2. Naturaleza jurídica.....	18
Capítulo Segundo	23
Particularidades del juramento deferido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	23
1. Procedencia	23
2. Requisitos de eficacia y validez	27
2.1. Requisitos de validez del juramento deferido o decisorio	31
2.2. Requisitos para la eficacia del juramento deferido o decisorio.....	33
3. Juramento deferido en materia laboral.....	36
4. Juramento deferido en materia civil	40
5. Aplicación y efectos del juramento deferido o decisorio en materia civil.....	48
Capítulo Tercero	52
La prueba del daño moral.....	52
1. El daño moral	52
1.1. Naturaleza y características.....	55
1.2. El papel de la reparación: la disyuntiva de la indemnización	62
1.2.1. La naturaleza del derecho resarcitorio	64
2. La prueba de los elementos que configuran el daño moral.....	65
2.1. Daño moral y presupuestos de la responsabilidad.....	68
2.1.1. La autoría, acción u omisión del agente.	69
2.1.2. El hecho dañoso, la antijuridicidad	70
2.1.3. La imputabilidad	71
2.1.4. Relación de causalidad	72
2.2. La prueba del daño moral.....	73
3. ¿Cabe prueba del monto del perjuicio?.....	79
4. ¿Cabe el juramento deferido como medio probatorio en los juicios de daño moral?	87
a) La pertinencia.....	88

b) La conducencia	88
c) La idoneidad	89
d) La utilidad.....	89
e) La necesidad	90
f) Licitud de los medios de prueba	90
4.1. Problemas en su valoración.....	96
Conclusiones	104
Recomendaciones	109
Bibliografía	112

Introducción

La prueba es una actividad procesal trascendental en el proceso, pues brinda elementos de convicción al juzgador sobre los hechos sometidos a su conocimiento. Los medios de prueba son aquellos instrumentos susceptibles de proporcionar al juzgador de estos elementos de convicción. Por ello, nos centraremos en el juramento deferido como objeto de análisis de la presente investigación, puesto que al constituir un medio de prueba de naturaleza testimonial especial y extraordinario, tiene una aplicación limitada en nuestra legislación, que como veremos, ha sido totalmente distorsionada.

Este es precisamente el problema a considerar en la presente investigación, el uso tergiversado del juramento deferido como medio de prueba en los juicios de daño moral, analizando para ello a esta institución del derecho procesal que se emplea como medio probatorio especial y extraordinario dentro de un proceso judicial y cuyo efecto principal implica la culminación de la contienda y la obligación del juez de ceñir su fallo al contenido del juramento. Por ello, el objetivo central que guiará el desarrollo de la presente investigación, buscará responder a la interrogante de si es procedente o no la utilización del juramento deferido como medio probatorio dentro de los juicios de daño moral.

Nuestra hipótesis que se demostrará con el desarrollo y cumplimiento de los objetivos central y específico, buscará demostrar que al estar frente a una institución procesal muy antigua dentro del ámbito civil, se ha distorsionado completamente su naturaleza. Así, dilucidaremos si este medio de prueba cumple con los requisitos de admisibilidad de la prueba, establecidos en el COGEP (idoneidad, utilidad, pertinencia y conducencia). De igual manera, determinaremos si es un medio conducente para comprobar la existencia de un menoscabo espiritual o psicológico, como los sufrimientos, perturbaciones o la angustia que son inherentes al daño moral, y si es procedente para establecer la obligación de reparar el supuesto daño.

La relevancia del tema propuesto radica en las implicaciones actuales que ha tenido el uso del juramento deferido como “prueba plena” del daño en algunos casos, en los que se ha tergiversado su naturaleza para utilizarlo incluso como prueba cuantificadora del daño para los fines de indemnización. La figura del juramento deferido ha sido deformada en materia civil, particularmente en procesos por daño moral, produciendo grave inseguridad jurídica y una afectación al derecho a la

defensa y al debido proceso de la parte contra la que se rinde el juramento deferido, puesto que los administradores de justicia valoran este tipo de juramento como cualquier otro, soslayando su calidad de *deferido*; no existen estudios concretos en nuestro país, que revelen la naturaleza de este medio probatorio.

Así, el tema se justifica por la nueva variante o dirección que se ha dado a la figura del juramento deferido, como medio probatorio en los juicios de daño moral, esta indeterminación nos lleva a la necesidad de determinar su eficacia y pertinencia como prueba plena. La presente investigación realizará un análisis doctrinal sobre la idoneidad del juramento deferido como medio de prueba en los juicios de daño moral; investigación enmarcada dentro del ámbito de la Teoría General de la Prueba y la corriente de la libre apreciación.

El punto de estudio también deriva en los sistemas fundamentales para la regulación de la prueba judicial, esto es el análisis sobre la influencia de los principios de derecho procesal básicamente la polaridad entre el principio dispositivo e inquisitivo, en lo que atañe a la facultad exclusiva de las partes de solicitar pruebas sin que el juez pueda ordenarlas de oficio así como su facultad de libre apreciación; lo cual se analizará en el marco del debate entre el activismo y garantismo procesal; desde el punto de la solicitud, reproducción y valoración del juramento deferido como prueba en los juicios de daño moral.

Finalmente y no como punto menos importante, analizaremos el ámbito de la prueba en el daño moral, siendo necesario determinar las teorías sobre el daño en la responsabilidad extracontractual, el daño moral en general, la acción de daño moral al amparo de la legislación y jurisprudencia tanto nacional como comparada, con el fin de dilucidar la tendencia nacional e internacional respecto de la utilización del juramento deferido como medio de prueba en esta clase de juicios.

Capítulo Primero

El juramento deferido como medio probatorio

1. El juramento

La prueba es una actividad procesal cuyo fin es brindar elementos de convicción al juzgador sobre los hechos sometidos a su conocimiento, actividad que conforme la define Lino Enrique Palacio, “realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley”, crea “la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas”.¹ Probar entonces, implicar dar certeza al conocimiento del juez sobre los hechos controvertidos.

Los medios de prueba son aquellos instrumentos susceptibles de proporcionar los elementos de convicción al juzgador; le permiten conocer claramente un hecho y le dan la certeza de su existencia o inexistencia. En este sentido, y centrándonos en el juramento -objeto de análisis de la presente investigación- éste constituye un medio de prueba especial y extraordinario de naturaleza testimonial², es la afirmación o promesa que realiza una persona ante una autoridad³ de decir la verdad sobre los hechos respecto de los cuales va a declarar. Esta promesa puede estar dotada de un carácter religioso cuando se “jura ante Dios” o bien puede ser una promesa por “honor”.

El juramento, tiene sus orígenes en la antigüedad, de los inicios del hombre en su relación con los demás, pues desde el nacimiento de las sociedades, éste vio la necesidad de *buscar un testigo de su conciencia* para prometer o afirmar con más confianza ante sus semejantes, y para ello creó el juramento⁴. El valor del juramento

¹ Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Abeledo – Perrot, decimotercera edición, 1997), 390.

² La doctrina ha coincidido en clasificar al juramento como un medio de prueba de naturaleza testimonial, siendo el testimonio el continente y la declaración de parte, su contenido, entre las que se puede presentar el juramento. Véase: Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Temis, sexta edición, 2012), 539-543; Carlos Lessona, *Teoría de las pruebas en derecho civil*, Clásicos del Derecho Probatorio, V.2 (San José: Editorial Jurídica Universitaria, 2004), 410.

³ El juramento puede darse ante distintas autoridades como las judiciales –objeto de estudio del presente trabajo-, las administrativas (declaraciones de impuestos, patrimoniales), e incluso ante notarios, este tipo de juramento, de acuerdo a la doctrina se conoce como *juramento de buen desempeño*.

⁴ El juramento ha intervenido en las relaciones interpersonales de los seres humanos, por ello incluso ha sido conservado por la legislación. Surge de la necesidad de encontrar un testigo de la conciencia,

toma fuerza en la concepción religiosa, pues se dotaba a la promesa realizada de una solemnidad especial al tener a Dios por testigo de ella. Es importante el contexto histórico de esta institución, que ha sido analizado por algunos doctrinarios, pues el juramento como medio de prueba autónomo toma fuerza con la consolidación del derecho canónico como rama autónoma del derecho; vinculado como una formalidad en la confesión, con el fin de acreditar la veracidad del testimonio.

Posteriormente veremos que su uso como medio de prueba, continúa incluso con la consolidación del estado laico. Enrique Falcón explica que el juramento se originó en la “invocación de la divinidad como testimonio de la verdad de una afirmación”⁵ -siendo una *vía eventual* para evitar la mentira del deponente- posteriormente utilizada en el ámbito jurídico como un medio extremo *de carácter decisorio* para poner fin a un litigio, el cual se diferenciaba de la confesión, por la factibilidad de favorecer al actor o al demandado según si el diferimiento del juramento se realizaba por uno u otro.

Podría entonces hablarse de una institución jurídico-religiosa, pues con el temor a la divinidad⁶ trasciende al ámbito jurídico para dar rigidez a la palabra y a la conciencia, manteniendo incluso hasta la actualidad su significado religioso. La importancia de esta institución radica principalmente en la buena fe⁷, pues el contenido moral que acarrea implica una afirmación íntima y profunda de la conciencia del ser humano, basándose ésta en sus convicciones religiosas o morales.

No obstante de la preeminencia de los orígenes religiosos, la *laicidad* del juramento da paso a las sanciones civiles y penales en caso de incumplir la promesa de decir la verdad; su observancia constituye “una invariable conducta de cumplimiento, bajo las responsabilidades que se contraen con su no ejecución”⁸. Es incluido como fórmula para declarar en el ámbito civil, con la unificación de las normas jurídicas del reino de Castilla en las Partidas de Alfonso X, particularmente

para afirmar con más confianza y credibilidad; por ello se afirma que es un vestigio entre la religión y el derecho. En referencia a esto se dice que “*los juramentos nacieron al mismo tiempo que los hombres se engañaron*” cita de Massieu realizada por Antonio Juan Rinesi, “Juramento” en *Enciclopedia Jurídica Omeba* tomo XVII JACT-LEGA (Buenos Aires: Driskill S.A., s/ed, s/a), 497.

⁵ Enrique M. Falcón, *Tratado de la Prueba*, tomo II (Buenos Aires: Astrea, 2003), 163.

⁶ En el contexto histórico el temor a la divinidad tiene estricta relación con las ordalías o los “juicios de Dios”, utilizados antaño para establecer la inocencia o culpabilidad de los procesados por sus delitos.

⁷ Aunque el concepto de buena fe es netamente jurídico, lo desarrollaremos en lo posterior, con el fin de dilucidar su asociación al contenido moral de la declaración en el juramento deferido.

⁸ Antonio Juan Rinesi, “Juramento”, 498.

en las partidas III y sus títulos XI y XVI⁹, en las que la declaración incluye la promesa religiosa de decir la verdad.

Pese a que conserva a través del tiempo el hondo significado religioso, a partir de la Revolución Francesa, se asigna a este medio de prueba un carácter estrictamente civil, convirtiéndolo en un compromiso legal de decir la verdad, figura que posteriormente fue adoptada por la legislación francesa, italiana y española.¹⁰ El juramento entonces –luego de su evolución-, surge en un doble ámbito en materia civil: en primer lugar como una afirmación solemne de decir la verdad en la declaración –como en el caso de testigos-, o la de desempeñar fielmente el cargo encomendado –como en la posesión de peritos o curadores- y en segundo lugar, como una modalidad de declaración de parte que subsiste como un medio de prueba autónomo en algunas legislaciones como la argentina¹¹, colombiana¹², chilena¹³, ecuatoriana¹⁴ y venezolana¹⁵, lo cual será objeto de estudio en el presente trabajo.

En conclusión, podríamos definir al juramento como un medio de prueba especial, de naturaleza testimonial que consiste en la afirmación o promesa que realiza una persona ante una autoridad, de decir la verdad sobre los hechos respecto

⁹ Real Academia de la Historia, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, tomo II, Partida Segunda y Tercera Edición Digital (Sevilla: Universidad de Sevilla, Biblioteca de la Facultad de Derecho, s/ed, s/a), 470-494 y 514-538 en <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015.

¹⁰ Como un ejemplo de esto, tenemos a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 que aporta con la conceptualización del juramento, diferenciándolo en dos situaciones concretas: el decisorio y el indecisorio, siendo el primero el adoptado por nuestra legislación, como veremos más adelante. Véase al respecto el análisis de Enrique M. Falcón, *Tratado de la Prueba*, 164. Texto original y actualizado de la Ley de de Enjuiciamiento Civil en el Boletín Oficial del Estado, España, en <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&tn=1&vd=&p=20150526>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015.

¹¹ Argentina: Código Civil Art. 1190 (de la prueba de los contratos por juramento judicial); Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Arts. 404, 411 (prueba de la confesión y forma de las posiciones). Véase *Boletín Oficial de la República Argentina*, <<http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015.

¹² Colombia: Código General del Proceso Arts. 206 y 207 (juramento estimatorio). Véase *Sistema Único de Información Normativa del Estado Colombiano*, <<http://www.suin-juricol.gov.co/contenidos.dll?f=templates&fn=init.htm>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015.

¹³ Chile: Código de Procedimiento Civil Arts. 159 (medidas para mejor proveer –confesión de parte-), Art. 385. Véase *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015.

¹⁴ Ecuador: Código de Procedimiento Civil Arts. 148, 149, 150, 163; Código Civil Arts. 1715, 1731; Código del Trabajo Art. 593. El Código Orgánico General de Procesos, que entrará en vigencia el 22 de mayo de 2016, realiza una variación en lo atinente al juramento conforme se analizará más adelante, incluye al juramento decisorio y al deferido en los Arts. 184 y 185, respectivamente, como tipos de prueba testimonial.

¹⁵ Venezuela: Código de Procedimiento Civil, Arts. 420 (del juramento decisorio), 425 (forma del acto de prestación del juramento), 520 (En segunda instancia no se admitirán otras pruebas sino la de instrumentos públicos, la de posiciones y el juramento decisorio), véase *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, <<http://www.tsj.gob.ve/gaceta-oficial>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015.

de los cuales va a declarar, invocando como testigo de ésta a Dios, a su honra, u otra institución que le resulte sagrada, bajo la responsabilidad de las sanciones morales o legales del perjurio.

1.1. Tipos de juramento: decisorio o deferido, supletorio y estimatorio

El juramento, dependiendo de la función que desempeña, toma ciertas características que han permitido copilar a nivel doctrinario un criterio uniforme en su clasificación; por ello, existen varios tipos de juramento que se ejercitan –unos con más uso que otros- en la órbita jurídica. De éstos, inicialmente se ha disgregado los que se realizan en el ámbito judicial, de aquellos que se desarrollan en el ámbito extrajudicial, como los destinados al buen desempeño o a la acción de decir la verdad, ya mencionados, que se rinden ante autoridades administrativas.

Al juramento que se desenvuelve en el ámbito jurídico y que es objeto de estudio del presente trabajo, es al que genéricamente se denomina como *juramento judicial o juramento probatorio*¹⁶; y específicamente aquel que constituye medio de prueba es al que la doctrina ha dedicado su estudio. El juramento probatorio es un medio que permite acreditar un hecho, y a éste se lo ha dividido en dos principales grupos¹⁷: el primero que una de las partes dentro de un juicio lo solicite o *defiera* a la otra, y el segundo, que en lugar de las partes lo ordene el juez. El juramento cuyo *deferimiento* solicita una de las partes puede ser *decisorio o deferido, legal y estimatorio*, y es la institución a la cual se dedicará especial atención en el presente trabajo.

a. Juramento decisorio o deferido

Cuando la solución de todo o una parte de la controversia se encuentra sujeta a los resultados del juramento, nos encontramos frente a un juramento de carácter decisorio. Es decir, una de las partes o la propia ley *defiere*¹⁸ a la declaración juramentada de la otra, la decisión “sobre la existencia o las modalidades de uno o varios hechos controvertidos”¹⁹; en este caso, la decisión del juez queda sometida al

¹⁶ Se diferencia del juramento *promisorio* que garantiza una conducta futura, como en el caso de la posesión de peritos, la declaración testimonial, etc.

¹⁷ Antonio Juan Rinessi, “Juramento”, 505.

¹⁸ *Deferir* significa comunicar, dar parte o adherirse al dictamen de alguien por respeto o cortesía. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (Madrid: vigésimo segunda edición, 2005), en <http://lema.rae.es/drae/?val=juramento%20decisorio%20>. Fecha de la consulta: 18 de julio de 2015.

¹⁹ Hernando Devis Echandía, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Abeledo – Perrot, decimotercera edición, 1997), 390.

contenido del juramento y culmina el litigio entre las partes. Caravantes²⁰ indica que la característica principal del juramento decisorio o deferido es que el contrario se somete a la declaración del litigante, de modo tal que el declarante se manifieste acerca de la cuestión litigiosa; es decir, que el resultado o contenido de la misma, vincula jurídicamente el convencimiento del juez, pues se le otorga la calidad de verdadera²¹.

En este sentido, sólo hechos litigiosos, vinculados a derechos disponibles y referidos al declarante –parte procesal- pueden ser sometidos a juramento decisorio o deferido, pues ponen fin a la contienda legal entre las partes, entendiéndose que, aquellos que no cumplan con estos requisitos, pueden ser únicamente objetos de prueba testimonial. La deferencia del juramento constituye una especie de convención entre los litigantes, que opera mediante la proposición del juramento que hace una de ellas –con el carácter de decisorio-, y que se perfecciona con la aceptación de la otra, siendo objeto principal de esta convención la decisión expresa del juez respecto de la litis, un incidente, o un aspecto cualquiera de ella²², de lo que se infiere que el juez no tiene aptitud para juzgar la conveniencia o no del juramento decisorio o deferido que se solicitare, pues atañe al acuerdo de las partes.

El juramento decisorio puede ser supletorio en los casos en los que el juez “sustituye una prueba que por renuencia de la otra parte no puede ser practicada”²³ como en los casos de litigios entre comerciantes, establecido en el art. 56 del Código de Comercio que dispone que si uno de los litigantes ofrece estar y pasar por lo que constare de los libros de su contraparte, y éste se niega a exhibirlos sin causa suficiente a juicio del juzgador, éste podrá deferir al juramento de la otra parte, o decidir la controversia por lo que resulte de los libros de éste; constituye una prueba oficiosa que permite al juez llegar a la verdad material.

Analizaremos con mayor detenimiento la figura del juramento diferido o decisorio, en los siguientes párrafos.

b. Juramento legal

²⁰ José Caravantes, citado por Roberto Guzmán, *Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil*, tomo II, (Santiago: Gibbs s/ed), 36.

²¹ Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Volumen I (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, tercera edición corregida, 1968), 357.

²² Armando Cruz Bahamonde, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil* (Quito: Edino, 2001), 229.

²³ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II (Bogotá: Temis, sexta edición, 2012), 2.

Existe una distinción especial respecto del juramento probatorio, cuando es deferido directamente por la ley; en ese caso nos referimos al juramento legal, que como analizamos en los casos anteriores, su procedencia está establecida en la ley.

c. Juramento estimatorio

El juramento estimatorio se presenta cuando la ley “acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario u otra circunstancia que debe ser objeto del proceso, mientras esta no pruebe lo contrario”²⁴. Constituye una declaración de parte –por lo general del demandante-, referente al valor y conceptos que se incluyen en la pretensión, como indemnización, pago de frutos, prestaciones, etc., de carácter pecuniario que deben estimarse en esta declaración, y de las cuales no existe otro medio de prueba accesible o disponible.

Se define al juramento estimatorio como el “deferido por el juez que tiene por objeto determinar el valor de la cosa demandada si no hay otros medios para poder fijarlos”²⁵, de lo cual se infiere que previo a solicitarse este tipo de juramento, el actor debe haber probado la existencia de la obligación. De ahí que, puede expresarse que existen dos condiciones para la procedencia de este medio de prueba: la primera, la existencia de la obligación –cuya cuantía no ha podido probarse con otros medios de prueba- y la segunda, que sólo puede ser deferido a la parte actora.

Esta modalidad de juramento, se recogía en el Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

Art. 162.- Si constando de los autos probada la obligación, no hubiere medio de acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podrá deferir al juramento del acreedor o perjudicado; pero tendrá en todo caso, la facultad de moderar la suma si le pareciere excesiva.

En este caso, el juez estaba facultado para deferir el juramento del acreedor exclusivamente en los casos contemplados en el artículo citado, es decir cuando de autos se encontrare probada la obligación –en este caso no se aclaraba si debía existir previamente un pronunciamiento judicial, declarando el derecho del acreedor, o si bastaba únicamente el convencimiento del juez respecto de la existencia de la obligación-, y que no existieren otros medios de prueba para acreditar la estimación o el valor al que asciende la reclamación del demandante.

²⁴ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, 2.

²⁵ Ugo Rocco, *Teoría General del Proceso Civil* (México DF, Porrúa, 1989), 438.

La decisión final del juez entonces, se encontraba supeditada al contenido del juramento decisorio, deferido únicamente por ley a la parte accionante, mientras que en el caso del juramento supletorio, el juez en uso de su facultad oficiosa, puede recabar elementos probatorios sobre hechos que no han sido probados por las partes, cuando no le permitan determinar el valor de la pretensión o la afectación de determinado derecho, lo cual en cualquier caso, debe ser analizado en virtud de la sana crítica. Más adelante analizaremos cómo se encuentra establecido este medio de prueba en el Código Orgánico General de Procesos.

2. El juramento deferido

Como vimos en líneas anteriores, el juramento decisorio o deferido constituye un medio de prueba de carácter testimonial que surge de la convención de las partes, por medio del cual una de ellas somete la resolución del pleito, respecto de hechos litigiosos y derechos disponibles, a la declaración de la otra; y que supedita la decisión del juez a su contenido, culminando el litigio entre las partes. Es necesario, entonces, analizar los antecedentes de este medio de prueba, de acuerdo a los criterios establecidos en la doctrina, con el fin de dilucidar su naturaleza y determinar si las previsiones del COGEP son adecuadas, útiles y eficaces, en relación a los requerimientos que actualmente se presentan en los conflictos sometidos al conocimiento de los jueces.

2.1. Antecedentes históricos

El juramento como medio de prueba, tuvo su origen en el derecho romano cuando de forma voluntaria las partes lo acordaban, o cuando de manera necesaria el demandado defería el juramento del actor para probar su pretensión, siempre sometido a la libertad de apreciación del juez respecto de lo declarado. Existió también la posibilidad de que una de las partes lo difiera al adversario, con la posibilidad de que éste lo rehúse, y facultaba al juez a exigirlo también, sin que adquiriera el carácter de prueba tasada.²⁶

En el proceso justiniano, esta figura se recogió de igual manera que en los códigos procesales del siglo XIX. Luego de la caída del Imperio Romano, particularmente en el derecho germano, se estableció el juramento como un requisito de jurar ante la divinidad que no era cierto el hecho imputado o el derecho y

²⁶ Juramento *insiurandum in iure* e *in iudicium* o *iudicialis* (voluntario y necesario). Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, 3.

pretensión del actor, si el demandado pretendía oponerse a la demanda y no disponía de pruebas de descargo, facultando al juez a resolver en base a éste juramento. Existían leyes que permitían al actor sustituir el juramento del demandado, provocando un “juicio de Dios”.²⁷

El juramento decisorio tomó fuerza en el derecho español, en el título XIII de la partida tercera - conforme analizamos en párrafos anteriores- con la carga procesal de rendirlo a solicitud del adversario. En la ley española de enjuiciamiento civil de 1855 también se mantuvo como medio de prueba, particularmente el art. 580 que expresaba que las declaraciones confesionales por posiciones podían prestarse a elección del que las pidiera, bajo juramento decisorio o indecisorio, permitiendo en el primer caso constituir prueba plena, y en el segundo, perjudicando únicamente al confesante. La diferencia entre estos dos tipos de juramento radicaba principalmente en que en el primero la parte que solicitaba la declaración, se obligaba a tomar como cierto lo que declare su contraparte, siempre que sea concordante con su afirmación y/o pretensión, es decir define la controversia; mientras que en el segundo caso, la controversia no se definía con la declaración, y únicamente, afectaba al propio declarante.²⁸ En países como Francia e Italia, existió de forma similar, y en los países de Latinoamérica la figura también fue adoptada.

El juramento decisorio a decir de Devis Echandía “equivale entregar el fallo del negocio a la conciencia de la contraparte”²⁹, razón por la que quedó en desuso la prueba de *posiciones* con la denominación de *juramento indecisorio*, ya que el solicitante únicamente se sometía a lo favorable de la declaración. Manifiesta que las posiciones reemplazaron con primacía al juramento decisorio, puesto que de existir una declaración falsa en ellas, era obvio que el juramento se encontraría afectado también de dicha falsedad, lo cual no generaba perjuicio al solicitante, debido a que no constituían prueba a favor del declarante, ponente o absolvente. Sin embargo, se hizo presente una tendencia de otorgar al juez libertad de apreciar la declaración y otorgarle valor probatorio “con fuerza de indicio” a favor del declarante, cuando de alguna manera, se podía determinar su credibilidad de acuerdo

²⁷ Cfr. Ibídem, 3-4. El juicio de Dios u ordalía, constituía una institución jurídica vigente hasta finales de la edad media en Europa, por medio de la cual se invocaba a la divinidad, para el juzgamiento de las personas, a través de mecanismos o rituales de tortura, de cuyo resultado se infería la inocencia o culpabilidad del procesado.

²⁸ Cfr. Análisis evolutivo del juramento a cargo de Scialoja, citado por Enrique M. Falcón, *Tratado de la Prueba*, 164.

²⁹ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, 4.

a las circunstancias de cada caso particular y los demás medios probatorios aportados al proceso³⁰.

Por estas particularidades, se ha suprimido esta figura de algunos ordenamientos jurídicos, como en el caso de Alemania, donde se dejó incluso a libertad del juez exigir o no el juramento para el interrogatorio de las partes con fines de prueba. Devis Echandía afirma finalmente que no existen razones que justifiquen la permanencia del juramento decisorio en nuestros ordenamientos jurídicos³¹, calificándolo incluso como un “fósil jurídico”, pues existen medios alternativos como el allanamiento, transacción o desistimiento que permiten a las partes la resolución de sus litigios por el acuerdo de voluntades; criterio que apoyamos, si tomamos en cuenta el mal uso que se ha dado a este medio de prueba en nuestro país, y que podría en algunos casos muy particulares y extraordinarios, mantenerse, de cumplir con los requisitos que serán objeto de análisis en el presente trabajo.

2.2. Naturaleza jurídica

El juramento decisorio o deferido constituye una prueba de carácter solemne, prevista en la ley, que garantiza el cumplimiento de la obligación judicial, mediante una sanción ética o religiosa. No puede ser considerado como una fuente de obligaciones; sin embargo, constituye la ratificación por parte del obligado de su voluntad de efectuarlo y cumplir lo solicitado. Como se verá más adelante, analizaremos si se trata de una carga procesal, pues tal como constaba en el

³⁰ Efectivamente y por esta razón, surge la duda respecto de los casos en los que la veracidad de los hechos sobre los cuales versa el juramento, sea discutible o manifiestamente distorsionada y ajena a la realidad. En estos casos estaríamos frente a la figura del perjurio que conllevaría consecuencias de tipo penal para el declarante. En el ámbito civil, la existencia de perjurio en la declaración del juramento deferido, afectaría de falsedad también a este medio probatorio, lo cual deberá ser probado en el proceso y respecto de lo cual el juez tiene absoluta libertad de apreciar el contenido de la declaración y analizar si le otorga o no valor probatorio, permitiéndole incluso derivar el proceso al fiscal competente para la investigación respectiva de este delito. Por esta posibilidad, el juramento deferido es una figura en desuso, debido a la poca credibilidad que tiene la palabra de las personas hoy en día.

³¹ De todas formas es la herencia española que aún se mantiene en los ordenamientos jurídicos de Iberoamérica. Al respecto ver la obra de Manuel Ortells Ramos, quien analiza la subsistencia del sistema de enjuiciamiento civil español en nuestros países, especialmente la influencia ejercida en los ordenamientos hispanoamericanos por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 a la cual el propio Ortell Ramos critica de “*imperfecta sistemática*” pues conservó una excesiva variedad de tipos procedimentales ya caducos que copiaron países como Chile y Ecuador. No obstante a pesar de sus imperfecciones satisfizo las necesidades de clarificación y ordenación de la normativa en el ámbito del proceso civil, que en muchos países se encontraban dispersas. Véase Manuel Ortells Ramos, “Tradición y Cambio en el Proceso Civil Iberoamericano (A propósito de un “Código procesal civil modelo”)", <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/169/dtr/dtr13.pdf>. Fecha de consulta: 11 de marzo de 2016.

articulado del Código de Procedimiento Civil, la obligación de rendir juramento constituía efectivamente una *carga procesal*; aunque en realidad es algo más complejo que al no dilucidarse por completo, y por no saberse a ciencia cierta qué es, se ha prestado para malas interpretaciones.

Tampoco sería posible equipararlo a un acto jurídico, pues pese a que constituye manifestación de la voluntad, no crea, modifica o extingue relaciones jurídicas de forma directa; por sí solo el juramento no produce estos efectos propios de los actos jurídicos de parte, pero es una herramienta que permite, en calidad de medio de prueba, culminar la litis consolidando la pretensión de la parte que lo ha deferido; aunque como analizamos en líneas anteriores, existen medios alternativos que permiten a las partes la resolución de sus conflictos.

Doctrinariamente, se consideró que el juramento constituía una especie de transacción³², no obstante esta teoría fue sustituida por aquella que le asignó al juramento el carácter de acto dispositivo del derecho controvertido, tesis defendida en Italia a inicios del siglo XX. En la actualidad, se rechazan las dos tesis anteriores, pues tal como indica Devis Echandía³³, se considera al juramento como un medio de prueba de naturaleza testimonial, similar a la confesión y distinto a la transacción, que nace de la voluntad de las partes –la transacción es un contrato- y cuyo objeto son solo hechos –en la transacción también se incluyen derechos-, que ocurre en el curso de un pleito y cuyo fin es demostrar la verdad del hecho, definiendo el litigio por el mérito probatorio del juramento con el fin de que el juez emita su fallo acogéndolo –mientras que la transacción pone fin al proceso por el acuerdo de voluntades-.

El juramento constituye entonces un medio de prueba de carácter testimonial, que procede en casos de no existir otras pruebas en el proceso, y deriva de una declaración voluntaria, unilateral y solemne, establecida en la ley. Por ello, concluiremos indicando que se trata entonces, de un medio de prueba de carácter especial, de igual naturaleza que la confesión, cuyo fin es demostrar la verdad formal del hecho controvertido, cuyo objeto inmediato es la fijación de los hechos declarados, de los cuales depende la decisión del juez, independientemente si estos son o no verdaderos, y cuya acción –la de jurar- es un acto de la voluntad.

³² Cfr. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, 5. Análisis doctrinario y cita de Carlos Lessona.

³³ *Ibidem*. Citando a Carlos Lessona.

Nuestro ordenamiento jurídico, ha recogido este criterio pues se considera al juramento, como un medio de prueba –ubicado dentro de las pruebas y en el articulado que trataba de la confesión judicial-. El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, vigente hasta el 21 de mayo de 2016, recogía vagamente la figura del juramento decisorio en los arts. 159 y 161, estableciendo que éste termina el pleito, y que el juez debía fallar interpretando dicho juramento –de acuerdo a las reglas de la sana crítica-, indicando además que el juramento únicamente produce efecto con relación a quién lo pidió o prestó –convención- y nunca respecto de terceros.

El vigente Código Orgánico General de Procesos –en adelante COGEP-, desarrolla con mayor amplitud el concepto de juramento decisorio o deferido³⁴ en su art. 184 –pese a que en el siguiente artículo define al juramento deferido cuando en realidad el concepto corresponde más al juramento de carácter estimatorio- indicando que cualquiera de las partes puede deferir a la declaración de la otra solicitando expresamente que el juzgador decida la causa en base a ella, siempre que ésta recaiga sobre hechos personales referidos al declarante, de igual manera señala que el declarante puede declarar o solicitar a su vez que lo haga la contraparte, quien tiene la obligación de rendirla siempre que se trate de hechos comunes a las dos partes. La característica principal que recoge nuestra legislación procesal actual respecto del juramento es que termina el proceso sobre un derecho disponible.

El COGEP distingue finalmente al juramento decisorio que se da en la fase de ejecución que se receptorá en la audiencia, permitiendo a la contraparte ejercer el derecho de contradicción y defensa³⁵ conforme a las normas del debido proceso. Adicionalmente, señala la prohibición expresa de que incapaces presenten juramento decisorio. No se entiende las razones por las cuales el legislador implementó la posibilidad de que se solicite el juramento decisorio en la ejecución, esto no es necesario. Este medio de prueba debe ser tratado restringidamente, por el desuso en su práctica; más aún cuando en la fase de ejecución no está en discusión el derecho.

³⁴ Capítulo II De la prueba testimonial

³⁵ Pese a que se ha mantenido esta figura en desuso en nuestra legislación, desde hace muchos años (más de 4 décadas) autores nacionales han explicado las razones por las cuales debe excluirse del ordenamiento jurídico el juramento decisorio. Véase al respecto la obra del maestro Juan Isaac Lovato, quien afirma que deben eliminarse las pruebas legales o tasadas que limitan en absoluto los poderes de investigación del juez y más concretamente el juramento decisorio. Citando al profesor venezolano José Rodríguez indica que este medio de prueba es “un anacronismo sobreviviente del método formalista de pruebas de la Edad Media”. Concluye manifestando que se trata de un medio de prueba poco usado –casi nunca- que bien pudiera ser abolido de la legislación ecuatoriana. Cfr. Juan Isaac Lovato, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*, tomo VII (Cuenca: Casa de la Cultura Ecuatoriana, Núcleo del Azuay, 1972), 247-265.

El articulado del art. 185 contiene en su título, aparentemente la definición de lo que sería el juramento deferido, separándolo del decisorio, cuando en realidad doctrinariamente y de acuerdo a lo que analizamos en párrafos anteriores son lo mismo, el texto corresponde en realidad a la figura del juramento estimatorio, que como vimos anteriormente es aquel que se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario, referente al valor y conceptos que se incluyen en la pretensión, como indemnización, pago de frutos, prestaciones, etc., de carácter pecuniario que deben estimarse en esta declaración, y de las cuales no existe otro medio de prueba accesible o disponible. Para su procedencia, el actor debe haber probado la existencia de la obligación.

En tal virtud, se condiciona la posibilidad de practicar el juramento estimatorio como prueba a los casos indicados en el art. 185, esto es exclusivamente a aquellos en los que existan controversias sobre devolución de préstamos cuando se alegue usura a falta de otras pruebas que justifiquen el interés y monto efectivo del capital prestado, estándose estos hechos al juramento del prestatario. Existe un condicionamiento respecto de la valoración de esta prueba en el articulado, pues se indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base de esta prueba, lo cual es adecuado, con la excepción constate en materia laboral en que, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida y en el caso de adolescentes además para probar la existencia de la relación laboral.

La jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, específicamente en materia laboral, ha ratificado la supletoriedad del juramento deferido como medio de prueba, cuando ha indicado que procede “siempre y cuando se hubiere demostrado la relación contractual, permitiendo acreditar tiempo de servicio y remuneración percibida”³⁶

Así por ejemplo, el Código General del Proceso colombiano al tratar el juramento estimatorio, dispone en su art. 206 que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo de forma razonada, bajo juramento, en la demanda o petición, el cual hará prueba de su monto mientras la cuantía no sea objetada por la parte contraria, quien podrá

³⁶ Gaceta Judicial, Año XCV, Serie XVI, No. 2. página 33, Quito, 22 de junio de 1994; Gaceta Judicial, Año XCV, Serie XVI, No. 2. página 34, Quito, 24 de junio de 1994.

lograr que se considere una objeción solo si especifica razonadamente la inexactitud de la estimación. En el caso que el juez considere que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche fraude –sana crítica- puede decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. Se impide al juez reconocer sumas superiores a las indicadas en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se ocasionen con posterioridad; expresamente se señala que el juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Existe una especial distinción que realiza este articulado, respecto de la posibilidad de condenar a la parte a quien se nieguen sus pretensiones por falta de demostración de perjuicios, lo cual parece una interesante regla, que ha sido incluso analizada por la Corte Constitucional colombiana.

Hemos analizado la evolución histórica del juramento deferido como medio de prueba desde sus orígenes, hasta su actual incorporación en nuestro sistema procesal en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, con el fin de esclarecer su naturaleza jurídica. Conforme lo anotamos, el juramento decisorio o deferido, es un medio de prueba de carácter testimonial, que procede en casos de no existir otras pruebas en el proceso, y deriva de una declaración voluntaria, unilateral y solemne, establecida en la ley. Ha quedado demostrado que es un medio de prueba de carácter especial y supletorio que debe ser aplicado de forma excepcional; de igual naturaleza que la confesión, cuyo fin es demostrar la verdad formal del hecho controvertido, y su objeto inmediato es la fijación de los hechos declarados, de los cuales depende la decisión del juez, independientemente si estos son o no verdaderos, y cuya acción –la de jurar- es un acto de la voluntad.

Como veremos en el siguiente capítulo, el juramento deferido o decisorio en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tiene ciertas particularidades; por lo que analizaremos los requisitos de eficacia y validez para su procedencia, su aplicación y efectos, especialmente en materia civil.

Capítulo Segundo

Particularidades del juramento deferido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1. Procedencia

El ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla aún al juramento deferido o decisorio como un medio de prueba especial de carácter testimonial, similar a la confesión. En líneas anteriores, mencionamos que el Código de Procedimiento Civil recogía la figura del juramento decisorio estableciendo que éste culmina el pleito entre las partes, y que el juez debía emitir su decisión, interpretando al juramento como cualquier otro medio de prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La admisión del juramento deferido o decisorio como medio de prueba en casos civiles, ha sido cuestionada por la distorsión en su aplicación como una prueba de carácter excepcional. La práctica reciente en algunos juicios de daño moral –tal como se analizará en el capítulo tercero- ha generado discusiones en el ámbito jurídico ecuatoriano, pues se ha dicho en ocasiones que la aplicabilidad de este medio de prueba genera un ejercicio de ponderación de derechos; por una parte, el derecho a la defensa de quien solicita la prueba y la obligación del juez de concederla; y por otra, el derecho de la contraparte al debido proceso y la obligación del juez de velar por la eficaz garantía de este derecho.

En este caso, sin embargo, consideramos que no nos encontramos en la necesidad de realizar este ejercicio frente a dos derechos tan importantes en el sistema procesal, pues no existe conflicto en aplicación de normas, ya que lo que existe en realidad es la obligación de cumplir un mandato que se encuentra recogido en el numeral 4to del art. 76 de la Constitución de la República, el cual señala que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. Es necesario entonces analizar las particularidades del juramento deferido como medio de prueba.

En la actualidad, el Código Orgánico de Procesos aplicable a todas las materias excepto la constitucional, electoral y penal, mantiene y desarrolla sutilmente el concepto de juramento decisorio o deferido en el art. 184, indicando que cualquiera de las partes puede deferir a la declaración de la otra solicitando expresamente que el juzgador decida la causa en base a ella, siempre que ésta recaiga

sobre hechos personales referidos al declarante; de igual manera señala que éste puede declarar o solicitar a su vez que lo haga la contraparte, quien tiene la obligación de rendirla siempre que se trate de hechos comunes. La característica principal que recoge nuestra legislación procesal actual respecto del juramento deferido es que termina el proceso sobre un derecho disponible, en cualquiera de las materias en las que el Código es aplicable.

Por otra parte, el art. 185 contiene en realidad la figura del juramento estimatorio, que tal como se analizó, es aquel que se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto únicamente para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario, referente al valor y conceptos que se incluyen en la pretensión, como indemnización, pago de frutos, prestaciones de carácter pecuniario, que deben estimarse en esta declaración³⁷ y respecto a las cuales no existe otro medio de prueba accesible o disponible. Para su procedencia, el actor debe haber probado previamente la existencia de la obligación.

En tal virtud, se condiciona la posibilidad de practicar el juramento estimatorio como prueba en los casos indicados en el art. 185, esto es exclusivamente a aquellos en los que existan controversias sobre devolución de préstamos cuando se alegue usura, a falta de otras pruebas que justifiquen el interés y monto efectivo del capital prestado, lo cual se demostrará con el juramento del prestatario. En la redacción de este artículo además, se ha incluido un condicionamiento respecto de la valoración de esta prueba, pues se indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base del juramento, lo cual es acertado, con la excepción constante en materia laboral como veremos a continuación en donde, a falta de otra prueba, se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida; y en el caso de adolescentes, además, para probar la existencia de la relación laboral.

El juramento deferido también procede en otras materias, aunque con menor connotación que en el ámbito civil y laboral. En el Código de la Niñez y Adolescencia, se hace una distinción respecto de las reglas establecidas en el Código del Trabajo mencionadas anteriormente, pues en el art. 88 se contempla que, a falta de contrato escrito, el adolescente podrá probar la relación laboral por cualquier medio, incluso mediante juramento deferido, a diferencia de lo que ocurre con los

³⁷ Éstos son exclusivamente patrimoniales, excluyendo a aquellos de carácter extrapatrimonial, cuya valoración es netamente subjetiva.

trabajadores amparados por el Código del Trabajo, a quienes el juramento sirve únicamente para probar el tiempo de servicio prestado al empleador y la remuneración; en el caso de esta ley especial se acepta que los adolescentes puedan demostrar la relación laboral a través de este medio de prueba.

En materia comercial, el art. 56 del Código de Comercio establece al juramento deferido como medio de prueba en los casos en los que uno de litigantes ofrece estar a lo que constare en los libros contables del contendor, y si se niega a exhibirlos, permite que se defiera al juramento de la otra parte o que la controversia se decida por lo que resulte de los libros del contendor, sólo cuando éste fuere comerciante. En esta disposición existe un requisito previo, que es la negativa del contendor de exhibir los libros contables ante el juez: sólo en este caso se podrá deferir al juramento de quien se negó realizar la exhibición. Por la antigüedad del Código de Comercio, consideramos que esta práctica se encuentra en desuso, no obstante se mantiene en nuestro ordenamiento jurídico³⁸.

Existen otros casos dentro del Código de Comercio en los que se contempla la aplicación del juramento deferido, como el que contiene el art. 259 respecto de la pérdida de objetos entregados a empresarios, a sus agentes o factores, figura que se da comúnmente entre los pasajeros a los cuales la compañía de transporte de cualquier tipo de encomiendas ha extraviado las pertenencias de quien presta el juramento. En estos casos, si el pasajero no cuenta con los documentos de descargo que le permitan establecer el monto al cual asciende lo extraviado, o éstos resultan insuficientes, el juez solicitará al perjudicado que rinda juramento decisorio para que señale el monto que considera es el más cercano al valor de sus pertenencias. El juez podrá moderar la indemnización que debe cancelar la empresa de transporte al perjudicado, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso. Esta clase de juramento en realidad es de carácter estimatorio pues sirve para determinar el monto por el cual el perjudicado se siente afectado y también es una prueba que se encuentra en desuso.

La Ley de Inquilinato por su parte, recoge un caso especial de juramento en su disposición transitoria primera, pues permite a los arrendadores que no tuvieron contrato escrito con su inquilino, acudir al juez de inquilinato para realizar una

³⁸ Al respecto, ver análisis sobre la aplicabilidad y desuso de disposiciones del Código de Comercio en la obra de Víctor Cevallos Vásquez, *Contratos Civiles y Mercantiles*, tomo I (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, 2005).

declaración juramentada -que admite prueba en contrario- en la que se establecerán los datos del inmueble materia de la declaración, nombres de arrendador y arrendatario, fecha de inicio del arriendo, duración, canon inicial y actual, así como las circunstancias por las cuales no existe contrato escrito. Esta declaración permite suplir la falta de contrato para iniciar cualquier demanda en esta materia, y esta posibilidad ha sido incluso recogida en nuestra jurisprudencia³⁹. Pese a que no se trata de juramento deferido o decisorio, nos encontramos frente a una declaración que constituye en realidad medio de prueba; sorprende que se encuentre como parte de una disposición transitoria y no dentro del articulado de la Ley de Inquilinato.

En la actualidad, con la consolidación del derecho a la defensa y al debido proceso a través de los preceptos constitucionales recogidos en la Constitución, se ha extendido una nueva forma de proceder por parte de jueces y tribunales en cuanto a su interacción en el proceso y la valoración de la prueba, pues han dejado de ser – unos con más acierto que otros- simples “bocas mudas que pronuncian las palabras de la ley” para adoptar el papel de directores del proceso y en la medida de lo posible “hacer justicia”, en los términos que se desprenden del art. 1 de la Constitución de la República. No obstante, en una incorrecta y desvirtuada aplicación del derecho a la defensa y la posibilidad de que las partes puedan actuar todo tipo de prueba, advertíamos que algunos jueces y tribunales, basando su decisión en lo dispuesto por el art. 169 de la Constitución de la República que establece al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia y el impedimento de sacrificar justicia por la sola omisión de formalidades, han permitido sobre todo en materia civil, la práctica del juramento deferido o decisorio de manera equivocada.

Esto ha ocurrido debido a que no se cumplió con los requisitos anteriormente establecidos en el Código de Procedimiento Civil, que previo a la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, era la única norma adjetiva que regulaba – aunque no íntegramente- este medio de prueba. En materia laboral, donde su aplicación es común y claramente establecida, no se han generado estos inconvenientes. Específicamente nos referimos a aquellos que se han presentado en los juicios de reclamación de indemnización por daños y perjuicios y daño moral, en

³⁹ Véase Resolución No. 305 de 25 de septiembre de 2007 (Tercera Sala de lo Civil y Mercantil), Registro Oficial 639, de 22 de julio de 2009; “*Terminación de contrato de Inquilinato*”, Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI, Nro. 6, 1496, (Quito, 29 de mayo de 1996); “*Terminación de inquilinato*”, Expediente de casación No. 305-2007, Registro Oficial 639 de 22 de julio de 2009.

los cuales dentro del término probatorio, se ha solicitado a jueces y tribunales (tanto en primera como en segunda instancia) que se señale día y hora para que el propio compareciente rinda juramento deferido y determine el monto por el cual éste considera debe ser indemnizado, a falta de otra prueba.

El juramento deferido o decisorio debe ser solicitado por la contraparte y no por el propio compareciente, además constituye un medio de prueba de carácter especial que pone fin al litigio. Como se dijo, se ha pretendido extender equivocadamente la naturaleza y características de este medio de prueba para el caso laboral -que es en realidad juramento estimatorio- al ámbito civil, lo cual es incorrecto y afecta el derecho al debido proceso de la otra parte procesal, por lo cual analizaremos a continuación los requisitos de eficacia y validez comunes a todas las pruebas, que debe cumplir el juramento para constituir efectivamente un medio de prueba.

2. Requisitos de eficacia y validez

La prueba judicial constituye la razón que permite al juez alcanzar la certeza sobre los hechos materia de la litis; y los medios de prueba son los instrumentos o elementos que proporcionan al juez de esta razón⁴⁰. Con el fin de dilucidar los requisitos de eficacia y validez del juramento deferido o decisorio como medio de prueba, es necesario recordar aquellos principios rectores de la prueba judicial que han sido extensamente analizados en la doctrina y que autores como Devis Echandía⁴¹, Enrique M. Falcón⁴², Juan Montero Aroca⁴³, Xavier Abel Lluch⁴⁴ y Víctor de Santo⁴⁵, entre otros, los examinan de forma acertada, y sobre los cuales detallaremos brevemente.

El primer principio es el de la *necesidad de la prueba* que refiere al requisito indispensable e ineludible de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión del juez se encuentren debidamente probados en el proceso, o a decir de

⁴⁰ Efectivamente, la función de probar se concreta y resuelve en crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso. Véase al respecto el análisis de Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, (Navarra: Aranzadi, séptima edición, 2012), 50.

⁴¹ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, 107-132.

⁴² Enrique M. Falcón, *Tratado de la Prueba*, tomo I, 218-230.

⁴³ Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, 155-167.

⁴⁴ Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio* (Barcelona: Bosch Editor, 2012), 206-213.

⁴⁵ Víctor de Santo, *La Prueba Judicial, Teoría y Práctica* (Buenos Aires, Editorial Universidad, segunda edición, 1994), 14-28.

Víctor de Santo, acreditados con pruebas suministradas por los litigantes⁴⁶; lo que permite al juzgador decidir en base de lo alegado y probado por las partes.

Complementando a este principio se encuentra el de *eficacia jurídica y legal de la prueba* que determina que, al ser necesaria la prueba para el proceso, ésta debe llevar al juez al convencimiento o certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al caso en litigio. El *principio de unidad de la prueba* significa que todos los medios de prueba aportados al proceso -que pueden ser diversos- forman un conjunto, que como unidad debe ser valorado y apreciado por el juez para fundar su decisión. Por su parte, el *principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba* deriva de los anteriores, pues la prueba no debe ser utilizada para deformar u ocultar la realidad e inducir al juez a engaño.

Es importante también el principio de *contradicción de la prueba* que permite a la parte contra quien se opone una prueba, gozar de la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, incluyendo el ejercicio de su derecho a presentar pruebas que contradigan las planteadas; tiene estrecha relación con el principio de lealtad de la prueba, pues la parte contra quien se opone una prueba, debe gozar de la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, *incluyendo el derecho de contraprobar*⁴⁷, o como bien lo indica Xavier Abel Lluch, que las partes tengan las mismas posibilidades de *alegación, de prueba y de impugnación*⁴⁸. Del anterior principio deriva además el de *igualdad de la prueba* que dispone que las partes procesales deban tener idénticas oportunidades para pedir y practicar las mismas.

Adicionalmente, el principio de *pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba*, es uno de los más trascendentales y aplicables al caso que estudiamos en el presente trabajo; la pertinencia, efectivamente consiste en que exista una relación lógica o jurídica entre el medio de prueba utilizado y el hecho a probar⁴⁹; la idoneidad se refiere a que la ley permita probar con ese medio el hecho que se quiere sustentar –contenido extrínseco- y finalmente la conducencia y utilidad, que determina el éxito en el uso del medio probatorio y su finalidad para probar lo alegado por alguna de las partes procesales.

⁴⁶ *Ibíd*em, 14.

⁴⁷ *Ibíd*em, 20.

⁴⁸ Cfr. Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, 211.

⁴⁹ Véase en el mismo sentido a Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, 160. La pertinencia atiende al hecho que se fija como objeto de prueba en relación con la afirmación de las partes; viene referida al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto y exige que tal hecho tenga relación con el objeto del proceso.

Por último, nos referiremos al *principio de formalidad y legitimidad de la prueba* que hace referencia a dos aspectos: el primero establece que la prueba tendrá validez si se incorpora al proceso cumpliendo los requisitos procesales establecidos en la ley (requisitos de tiempo, modo y lugar); y el segundo, determina la necesidad de que se utilicen medios lícitos o que la prueba sea obtenida de forma legítima. Todo esto implica que la prueba *está revestida de requisitos intrínsecos y extrínsecos*⁵⁰, refiriéndose los primeros a las circunstancias de tiempo, modo y lugar –formalidad de la prueba- y los segundos, la ausencia de vicios como error, fuerza, dolo e incluso inmoralidad, requisitos que como analizaremos más adelante son de vital importancia, junto con los de eficacia y validez.

Devis Echandía, en cuanto a la producción u obtención de la prueba y sus requisitos, señala que “para que ésta sea producida u obtenida válidamente, y por tanto surta los efectos legales procesales y las consecuencias legales sustanciales que de ellas puedan deducirse, es indispensable que reúna ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos”⁵¹. Los requisitos intrínsecos, contemplan “la admisión de la prueba en sentido genérico, incluyendo su proposición y su decreto oficioso, una vez hechos su averiguación y aseguramiento” y son cuatro: a) *conducencia del medio escogido* esto es que la prueba sirva para establecer el hecho que va a probarse con determinado medio de prueba; b) *pertinencia o relevancia del hecho que se ha de probar*, es decir, que el hecho que se prueba sea materia de la litis; c) *utilidad de la prueba*, que debe ser necesaria, y no parecer inútil por existir presunción o notoriedad del hecho que se ha de probar con ella, y otros medios análogos suficientes para demostrar el hecho⁵²; d) *ausencia de prohibición legal*, para investigar y probar el hecho.

De otro lado, los requisitos extrínsecos que se requieren tanto para la admisibilidad como para la práctica de la prueba son también cuatro, esto es: a) *oportunidad procesal*, para la petición, admisión, contradicción y práctica de la prueba; b) *formalidad adecuada* para cumplir los requisitos anteriores de oportunidad procesal; c) *competencia y capacidad del juez* para recibir, admitir y decretar y practicar la prueba; y finalmente d) *legitimación* de quien solicita y decreta la práctica de pruebas.

⁵⁰ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, 118.

⁵¹ *Ibidem*, 264.

⁵² Al respecto, véase el análisis sobre de la utilidad de la prueba realizado por Xavier Abel Lluçh, *Derecho Probatorio*, 283. El autor manifiesta que la utilidad es la *idoneidad* del medio de prueba para acreditar el hecho controvertido, siendo necesario no confundir este presupuesto con la eficacia de la prueba, pues su relevancia se advierte una vez practicada.

En lo referente a las reglas generales aplicables a la prueba, el Código Orgánico General de Procesos recoge algunos de los principios anteriormente citados, entre ellos, el art. 158 determina que la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador el convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. Por su parte, el art. 160, en cuanto a la admisibilidad de la prueba, expresamente indica que para que ésta sea admitida, debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia, debe practicarse según la ley con lealtad y veracidad, estableciendo al juzgador como el director del debate probatorio encaminado a esclarecer la verdad procesal, y quien tiene la obligación de declarar la improcedencia de toda prueba que haya sido obtenida con violación a la Constitución o de la ley.

Como vemos, este articulado recoge los principios aplicables a la prueba judicial anteriormente descritos, así como los requisitos intrínsecos en cuanto a su admisibilidad y validez procesal; además, en la misma redacción del art. 160 se establecen los requisitos extrínsecos de la prueba cuando se expresa que carecerá de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, moral o soborno, así como será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

El art. 161 del Código establece la conducencia y pertinencia de la prueba, que consiste en la aptitud del contenido intrínseco –como vimos en párrafos anteriores- y particular para demostrar los hechos alegados por las partes, la cual deberá referirse directa o indirectamente a los hechos materia de la litis. Adicionalmente el art. 162 dispone que la necesidad de que todos los hechos alegados por las partes sean probados.

De la cita de estos preceptos aplicables a la prueba judicial, concluimos que la actividad probatoria dentro del proceso es la actividad procesal más importante y trascendental en el juicio⁵³. Constituye la zona neurálgica del proceso⁵⁴, y es la clave para la administración de justicia y la protección de los derechos subjetivos de las personas frente a otras o al Estado. Por ello Carnelutti afirma que las pruebas “son un instrumento elemental, no tanto del proceso como del derecho, y no tanto del

⁵³ En tal sentido, véase el análisis sobre las nociones generales de la prueba realizado por Xavier Abel Lluch, *Derecho Probatorio*, 18.

⁵⁴ Santiago Sentís Melendo, *El Proceso Civil*, tomo I (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959), 10.

proceso de conocimiento como del proceso en general; sin ellas el noventa y nueve por ciento de las veces, el derecho no podría alcanzar su finalidad”⁵⁵.

Una vez recordados estos principios, así como los requisitos intrínsecos y extrínsecos para la obtención de la prueba y su producción en el proceso, es necesario enfocarnos en el medio probatorio objeto de este trabajo, esto es el juramento deferido; para lo cual analizaremos a continuación los requisitos de eficacia y validez que permiten a este medio de prueba cumplir con su objeto y finalidad dentro de un proceso.

2.1. Requisitos de validez del juramento deferido o decisorio

En el capítulo anterior, al tratar sobre la naturaleza jurídica del juramento deferido o decisorio, indicamos que este medio de prueba de carácter testimonial tiene igual naturaleza que la confesión, por ser un acto de voluntad, o declaración de parte cuyo contenido puede corresponder o no a la realidad de los hechos materia de la litis.

Ahora bien, existen ciertas diferencias entre el juramento y la confesión. El juramento puede practicarse únicamente en el curso de un proceso, mientras que la confesión puede ser extrajudicial⁵⁶; en cuanto a su solicitud y contenido, quien defiere el juramento tiene la intención de que el hecho quede probado con el contenido del juramento, por lo que favorece siempre al declarante, y la confesión siempre es una declaración “contra uno mismo”, es decir versa sobre hechos no favorables al confesante; esto hace que el juramento tenga el carácter de decisivo por tratarse de hechos relevantes a la litis –más aún cuando es decisorio- mientras que la confesión puede tratar hechos principales o accesorios al proceso. En el caso del juramento, éste puede ser necesario cuando la ley lo prevé como único medio de prueba –como en el caso del juramento deferido en materia laboral-; en el caso de la confesión, no es necesaria en los términos referidos a los casos laborales, pues puede ser reemplazada por cualquier otro medio de prueba.

⁵⁵ Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo I, (Buenos Aires, Uthea, 1944), 18, 674 y ss.

⁵⁶ El Código Orgánico General de Procesos elimina definitivamente la “*confesión de parte, hecha con juramento ante un juez competente*” implementando ahora “*la declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente*”. Ya no existe por lo tanto la confesión judicial. La declaración de parte es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho, rendido por una de las partes (art. 187 COGEP), por lo tanto ya no es una declaración contra uno mismo como era la confesión judicial. Ahora sólo se practicará en la audiencia de juicio (art. 188 COGEP) y excepcionalmente como declaración urgente a través de una diligencia preparatoria (art. 122.7 COGEP).

Sin perjuicio de lo anterior, también existen semejanzas entre estas dos instituciones, pues se trata de medios de prueba que tienen la misma naturaleza -son de carácter testimonial- cuyo fin es fijar los hechos objeto de discusión en el proceso, por lo que están dirigidas a dotar de convencimiento al juez y están encaminadas a determinar el contenido de la decisión judicial⁵⁷; finalmente, ambos deben provenir de las partes procesales.

Habíamos referido que el juramento deferido o decisorio es una institución de naturaleza similar a la confesión judicial. Aunque este medio de prueba ha sido eliminado del Código Orgánico General de Procesos⁵⁸, al ser instituciones de similar naturaleza, es necesario tener presente que para la validez del juramento deferido, deben reunirse los requisitos que se exigían para la confesión judicial y que la doctrina ha desarrollado con amplitud. Se trata de requisitos básicos sin los cuales la confesión sería nula e inválida, y cuya omisión viciaría de nulidad al acto, que no constituirá entonces prueba idónea y eficaz dentro del proceso. Estos requisitos para la validez⁵⁹ de la confesión, aplicables directamente al juramento deferido o decisorio son:

a) *Capacidad general para disponer del derecho o contraer la obligación que surge del hecho objeto del juramento, sea para diferirlo o para prestarlo.* Capacidad civil o procesal para ejecutar actos válidos, esto es que el juramento provenga de un sujeto que sea apto (que no sea incapaz absoluto o relativo, esto es impúber, demente

⁵⁷ Devis Echandía, indica que el fin inmediato del juramento deferido o decisorio es la fijación de los hechos, y el mediato, la decisión del litigio. *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, 8.

⁵⁸ En la exposición de motivos del Proyecto de Código de Procedimiento Civil, elaborado por el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, en el año 2007, ya se analizó la ventaja de la eliminación de la confesión judicial en el sistema procesal ecuatoriano. Efectivamente, en el articulado del art. 162 del proyecto se define a la declaración de parte en forma similar a la que consta actualmente en el art. 187 del COGEP, indicando que es el testimonio rendido por una de las partes a solicitud de la otra, acerca de los hechos controvertidos o el derecho discutido; con la distinción de que ésta toma el nombre de confesión cuando el declarante reconoce en forma *clara, expresa e indubitativa*, la verdad de los hechos preguntados o la existencia del derecho reclamado por la contraparte (Art. 160 del Proyecto). En los demás casos, el cambio al nombre declaración de parte se expresa “en la necesidad de contar con un medio de prueba que garantice respuestas espontáneas frente a esa idea que genera la “confesión”, como medio probatorio inherente a los procesos que se sustanciaban bajo el principio inquisitivo”. Este cambio de mentalidad y transición de la confesión judicial a la declaración de parte se ve reflejado en el actual Código Orgánico de Procesos, quizás hubiera sido óptimo que el legislador mantenga la opción que contempla este proyecto en cuanto a que la declaración pueda convertirse en confesión si cumple con los requisitos que aquí se han explicado. No obstante, sólo el tiempo nos permitirá analizar si estos cambios han sido positivos y permiten un mejor uso de este medio de prueba en el curso de los procesos.

⁵⁹ Véase al respecto la obra de Enrique M. Falcón, *Tratado de la Prueba*, Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*, Víctor de Santo, *La Prueba Judicial, Teoría y Práctica*, y Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial* respecto a los requisitos de eficacia y validez de la confesión judicial.

o sordomudo que no pueda darse a entender por escrito; menores púberes, interdictos, etc.). La capacidad plena del declarante, constituye un requisito necesario para la validez del juramento, por cuanto su falta vicia de nulidad el acto; en el caso de la nulidad absoluta, provocaría incluso la inexistencia del juramento, mientras que en el caso de nulidad por incapacidad relativa (menores adultos, interdictos, representantes legales) deberá analizarse cada caso en particular, pues en casos como en los de menores adultos –por ejemplo- éstos tienen capacidad jurídica general, excepto para los actos previstos en la ley, pero su declaración podría ser autorizada por quien ejerza la patria potestad (padres o curador).

b) Libre voluntad para deferir o prestar el juramento. Es decir que el acto se halle libre de toda clase de coacción física, psicológica o moral que enerve o perturbe la voluntad del declarante; debe tratarse de un acto espontáneo, libre, voluntario, *fruto de un consentimiento no viciado*⁶⁰.

c) Cumplimiento de las formalidades procesales de tiempo, modo y lugar. El juramento debe producirse en el curso del proceso, cumpliendo los requisitos procesales, esto es que se de en la etapa probatoria respectiva, ante el juez que conoce la causa, en cuanto a su forma éste debe estar precedido del “compromiso” u obligación de decir la verdad, etc.

d) Ausencia de otra causal de nulidad. Si el juramento deferido o decisorio, cumple con los requisitos de existencia y validez, “la nulidad del proceso no causa la de aquel, pero si el vicio que afecta al proceso se extiende al acto mismo del juramento, éste resultará igualmente nulo”⁶¹.

2.2. Requisitos para la eficacia del juramento deferido o decisorio

Existen requisitos que permiten que el juramento deferido o decisorio surta efectos jurídicos como medio de prueba; para este caso, también se aplican los requisitos de eficacia de la confesión judicial, por cuanto entre ésta y el juramento diferido o decisorio existen ciertas semejanzas como medios de prueba testimoniales, tal como se aclaró con anterioridad; además del hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico aún se contempla al juramento deferido o decisorio como un medio de prueba en el nuevo Código Orgánico General del Procesos. Por ello, la necesidad de analizar ciertas particularidades y diferencias entre estas dos

⁶⁰ Lessona Carlos, *Teoría de las pruebas en derecho civil*, 409.

⁶¹ Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, 596.

instituciones, pues el juramento puede existir jurídicamente, ser válido y carecer de vicios, pero al mismo tiempo carecer de mérito probatorio para los efectos que con el medio se quiere obtener⁶².

Para que el juramento deferido o decisorio tenga eficacia probatoria, debe cumplir con los siguientes requisitos⁶³:

a) Disponibilidad objetiva del derecho o de la obligación que se deduce del hecho objeto del juramento. No es suficiente la capacidad general para disponer del derecho que mencionamos como primer requisito de validez, sino que es indispensable que éste, por sí mismo, sea disponible, pues existen casos cuya indisponibilidad está consagrada en la propia ley, como aquellos relativos al orden público o al interés social (menores, familia, etc.). El art. 184 del Código Orgánico General de Procesos, cuando establece los requisitos para la procedibilidad del juramento decisorio, determina que éste termina el proceso sobre un derecho *disponible*.

b) Legitimación para el acto. Quien solicita o quien rinde el juramento, debe ser parte procesal, también se encuentran acreditados para hacerlo los representantes o apoderados, con expresas facultades en su mandato para solicitar o rendir juramento. No obstante, es necesario considerar que el apoderado puede deferir el juramento sólo si está facultado para hacerlo –por ejemplo, si está facultado expresamente por el mandatario para rendir confesión judicial-, caso contrario esta declaración debe ser personal de la parte procesal. En los casos del juramento estimatorio, lo puede prestar el apoderado sin necesidad de mandato especial.

c) El hecho objeto del juramento debe ser pertinente. Este es uno de los requisitos de eficacia más importantes, pues el hecho sobre el cual va a versar el juramento deferido o decisorio, debe ser trascendental para la causa, debe constituir materia de la litis, y sobre todo tener el carácter de decisivo para la solución del conflicto entre las partes. La pertinencia de la práctica del juramento como medio probatorio, será analizada más adelante.

⁶² Se ha analizado con anterioridad el cuestionamiento respecto de la decisión del legislador de mantener el juramento deferido o decisorio como medio de prueba en nuestra legislación. Si se dio un cambio de mentalidad en relación a la eliminación de la confesión y la instauración de la declaración de parte, era apropiado también eliminar este medio de prueba que se encuentra en desuso y que además no cuadra en el sistema de medios probatorios testimoniales que ahora es más flexible –según las actuales disposiciones vigentes–, lo cual nos indica que el COGEP no logró desprenderse del todo del viejo sistema procesal.

⁶³ Confrontar. Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I, 597; tomo II, 11.

d) Que el hecho haya sido alegado por las partes como fundamento de sus pretensiones o excepciones. Requisito que se deriva del anterior, el juramento no podría ser decisivo si versa sobre un hecho que las partes no han aportado al proceso en la demanda o en su contestación y planteamiento de excepciones.

e) Que sea un medio conducente de prueba del hecho sobre que versa. Conforme analizamos en el numeral 2, cuando tratamos brevemente sobre los principios aplicables a la prueba, el juramento como medio probatorio debe ser idóneo y útil o conducente para probar el hecho, es decir debe ser el único medio para probar el hecho; pues de existir o exigirse –en casos concretos- otros medios de prueba como instrumentos públicos o privados –por ejemplo-, éstos no podrían ser sustituidos por el juramento, pues dejaría de ser un medio de prueba pertinente, útil y conducente para probar el hecho controvertido, si existen otros medios de prueba más idóneos, conforme se analizará más adelante. Por otra parte, es necesario también que la ley no prohíba investigar el hecho, pues la prueba sería inadmisibles.

Adicionalmente, el hecho objeto del juramento no puede ser contrario a otro que goce de notoriedad, pues en esos casos éste se considera cierto y no admite prueba en contrario. Debe también, tratarse de un hecho jurídicamente posible por no existir presunción de derecho o cosa juzgada en contrario.

f) Que el hecho sea metafísica y físicamente posible. Caso contrario, no se podría reconocer al juramento ningún mérito probatorio, pues se trataría de prueba absurda, no idónea e innecesaria.

g) Que no adolezca de objeto o causa ilícitos. A diferencia de lo que ocurre con la confesión, si el juramento es deferido por una de las partes no admite prueba en contrario para desvirtuar su valor probatorio, pues como ya hemos anotado, quien lo defiere se somete a la conciencia de su contraparte y a lo que ésta declare con el riesgo de sufrir las consecuencias de perjurio, que únicamente pueden ser consideradas en la vía penal; por ello también debe cuidarse de que el juramento pruebe un hecho o acto cuya causa u objeto no sea ilícito, pues de esta prueba no se podrán deducir efectos jurídicos materiales por esta ilicitud.

h) Que no exista prueba en contrario, antes de deferirse el juramento. El juramento decisorio o deferido procede únicamente por voluntad de las partes en caso de no existir otras pruebas sobre el hecho alegado por una de éstas, tal como lo mencionamos en el acápite e); en el caso del juramento estimatorio, éste podría probarse con prueba posterior que acredite el monto pero en el caso del juramento

decisorio éste no admite prueba en contrario y en el caso de que se pueda probar posteriormente la falsedad del juramento, la sentencia que se basó en el mismo, no podría ser revocada. Por ello, la importancia de la subsidiariedad del juramento decisorio o deferido como medio de prueba en los casos en que no existan otros alternativos e idóneos, aspecto que analizaremos a profundidad en líneas posteriores⁶⁴.

i) *Que verse sobre un hecho propio o sobre el conocimiento que se tiene sobre un hecho ajeno.* El juramento no puede versar sobre cuestiones de derecho o sobre opiniones personales, pero sí sobre la calidad, características y cantidad de los hechos. Cuando versa sobre hechos propios, nos encontramos ante un *juramento de verdad*, en tanto que si éste versa sobre el conocimiento de otros hechos⁶⁵ hablamos de un *juramento de noticia o de ciencia*. Para que sea procedente deferir el juramento sobre el conocimiento que se tenga de un hecho, es necesario e indispensable que dicho conocimiento sea decisivo para la causa y la resolución del litigio, en su totalidad o en parte, pues de lo contrario perdería el carácter de decisorio.

Como vemos, el cumplimiento de los requisitos de eficacia y validez en consonancia con el análisis respecto de los principios aplicables a la prueba, así como los requisitos intrínsecos y extrínsecos que debe reunir el juramento como medio para su adecuada producción y generación de los efectos probatorios y procesales que con él se buscan, es indispensable para que constituya prueba idónea, útil, pertinente y conducente que lleve al juez la certeza sobre los hechos materia de la litis y que ésta se decida en base a este medio probatorio.

3. Juramento deferido en materia laboral

El juramento deferido o decisorio en materia laboral tiene una naturaleza distinta por los principios y normas jurídicas que aplican a esta rama del derecho, cuyo objeto es la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una remuneración. El derecho del trabajo es un sistema normativo de carácter autónomo que regula la actividad productiva laboral en sus diversas formas, por lo que en materia procesal existen disposiciones que únicamente rigen para las relaciones jurídicas tuteladas por este

⁶⁴ Ver infra capítulo III de la presente tesis.

⁶⁵ Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, 13.

sistema. Pese a la especialidad de la materia, en nuestro país no existe un código de procedimiento laboral que contemple las disposiciones autónomas existentes para los casos regulados en el Código del Trabajo, por lo que nos remitimos a las normas existentes del Código Civil y el Código Orgánico General de Procesos.

En un proceso laboral, siempre que no existan otros medios probatorios suficientes e idóneos para demostrar la remuneración periódica que recibía un trabajador y el tiempo por el cual ha prestado sus servicios lícitos y personales al empleador, el Código del Trabajo le faculta a probar estos presupuestos a través de juramento deferido. Efectivamente, el art. 593 textualmente dispone:

En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces éste necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particularidades.

En este caso, nos encontramos en realidad frente a un juramento de carácter estimatorio, pues conforme lo analizamos en el primer capítulo, se acepta por disposición legal esta prueba del trabajador –declaración de parte-, para probar el tiempo de servicios y el monto de la remuneración percibida; juramento que es deferido por el juez con el objeto de determinar estos presupuestos a falta de otros medios para poder fijarlos. Uno de los requisitos para la procedibilidad del juramento de carácter estimatorio, es la prueba de la existencia de la obligación, en este caso de la relación laboral, pues una vez que ésta se ha demostrado, es viable el uso del juramento estimatorio contemplado en el art. 593 para los dos casos contemplados: tiempo de servicios y remuneración percibida.

El tercer inciso del art. 185 del Código Orgánico General de Procesos, establece que “en materia laboral, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido de la o del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida” indicando además que en el caso de reclamaciones laborales de adolescentes también permite demostrar “la existencia de la relación laboral”. En este último caso, se desvirtuaría por completo la naturaleza del juramento estimatorio, pues se pretende probar la obligación - la relación laboral- lo cual es riesgoso, aunque podría decirse que son pocos los casos que encajan en este presupuesto, tomando en cuenta la rigidez de la normativa laboral en cuanto al trabajo de menores de edad. Cabe preguntarse si estaríamos entonces -en este caso-

frente a un juramento de carácter deferido o decisorio, pese a que lo rendiría el propio actor –adolescente-. Consideramos que al no existir diferimiento, pierde su naturaleza y no sería decisorio; de todas formas el juez debe aplicar la sana crítica para valorar este medio de prueba, aunque el propio art. 185 le faculte a fundamentar la sentencia en el juramento como única prueba, de todas formas existe imprecisión en el articulado y se ha desvirtuado completamente su naturaleza, como ha quedado analizado.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 577 del Código del Trabajo, el momento procesal para solicitar el juramento deferido –que en realidad es estimatorio como se ha analizado- es al momento de anunciar la prueba en la demanda, y su práctica se realizará en la audiencia única (procedimiento sumario). No obstante, el juez de oficio también puede solicitar, exclusivamente al trabajador que rinda juramento, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que en el proceso se desprenda inequívocamente que hay insuficiencia o falta de prueba respecto al tiempo de servicios y el salario; b) Que la falta de prueba se ha dado porque las solicitadas no han sido evacuadas en el término legal pertinente, o porque las evacuadas no han logrado demostrar en derecho lo que se pretendió; y, c) Cuando el empleador no ha exhibido los libros o los roles de pago o las tarjetas de control de asistencia del trabajador.⁶⁶.

Es necesario precisar que en el caso del juramento estimatorio en materia laboral cabe prueba en contrario, pues el empleador podría presentar el ejemplar del contrato de trabajo, roles de pago, avisos de entrada o de salida, y en general, comprobantes que acrediten el monto del salario cancelado, su periodicidad, su composición y la forma de pago⁶⁷. Esta facultad de rebatir el medio de prueba – juramento en materia laboral- ratifica la naturaleza estimatoria del mismo, pues conforme lo analizamos en el numeral 2.2. del presente capítulo en lo atinente a los requisitos de eficacia del juramento deferido o decisorio, determinamos que sobre éste último no cabe prueba en contrario por tratarse de un medio de prueba *subsidiario* que procede a falta de otros medios alternativos e idóneos, mientras que

⁶⁶ Ramiro Cadena, *La Prueba en el Procedimiento Laboral* (1988), 182.

⁶⁷ Por ello es necesario y recomendable el “suscribir contratos de trabajo, llevar roles de pago, registrar cualquier tipo de entrega de valores al trabajador, pagar los aportes al seguro social y cumplir con todas las obligaciones puesto que en caso de una contienda judicial, son estos los instrumentos que evitarán que un falso juramento deferido del trabajador cobre valor de fuerza plena” Cfr. Andrés Paez, *El Nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo*, (Quito, Ediciones Legales, 2005), 100.

del estimatorio sí es posible contrastar posteriormente su contenido con otros medios de prueba, lo cual ratifica que en caso del Código del Trabajo, existe una imprecisión en la denominación del medio de prueba por su naturaleza estimatoria.

Sobre esta posibilidad de contradecir el juramento rendido por el trabajador, la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que la prueba que presente el empleador para desvirtuar lo señalado en el juramento *deferido* –estimatorio- del trabajador, debe ser fehaciente y convincente:

La Sala de lo Social y Laboral advierte que, la Sala de Instancia basa su criterio en el hecho de que, si existen roles de pagos que cubran el lapso de la relación laboral, que reflejen de manera fidedigna y auténtica la remuneración percibida, *no procede acudir a la prueba supletoria del juramento deferido*; pero como en el presente caso, existe sólo un rol de pago que se refiere a un mes muy anterior a la fecha de la terminación de la relación laboral, no sirve como prueba cabal y válida al juez para llegar a la convicción de que la remuneración percibida por el trabajador era la que consta en el rol.⁶⁸

Por otra parte, es necesario considerar que de existir contradicción entre la remuneración percibida planteada en la demanda y la remuneración percibida señalada en el juramento, prevalecerá ésta última, conforme lo ha determinado también la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia:

El art. 590 del Código del Trabajo es enfático al disponer que el juramento deferido rendido por el trabajador surtirá efectos legales cuando se necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares; en el presente caso y en la parte pertinente la trabajadora rinde su juramento expresando que su último sueldo fue de S/. 2.446.979,00, cantidad que se contradice con lo manifestado en su libelo de demanda, en la que dice que su remuneración promedio mensual era de S/. 3.800.000,00; *prevaleciendo por tanto la estimación del juramento*.⁶⁹

El juramento estimatorio en material laboral constituye, entonces, una prueba supletoria utilizada *cuando no existe otra prueba idónea y suficiente* para demostrar la remuneración percibida y el tiempo de servicios; su valoración corresponde al juez, quien en virtud de la sana crítica deberá examinar y estimar debidamente la

⁶⁸ Gaceta Judicial, Año XCV. Serie XVI. No. 3, página 684, Quito, 9 de febrero de 1995.

⁶⁹ Gaceta Judicial, Año XCV, Serie XVII. No. 5, página 1412, Quito, 30 de enero de 2001.

declaración juramentada rendida por el actor. Conforme se analizó en líneas anteriores, este medio de prueba no es juramento deferido por sus características, sino que, por su propia naturaleza y en cumplimiento a los requisitos de eficacia y validez analizados en los acápites previos, sería un medio de prueba supletorio de carácter estimatorio que el legislador incluyó en la normativa laboral con el fin de proteger los derechos del trabajador que dejó de prestar sus servicios y que por cualquier motivo no tiene otra forma de probar el tiempo de trabajo y la remuneración percibida, más que con su palabra.

Se ha otorgado valor e importancia a la declaración del trabajador en el curso del proceso, en la reclamación de sus derechos en la terminación de la relación laboral, con el fin de evitar que los empleadores que en algunos casos omiten el registro de sus empleados ante los organismos de control evadan sus obligaciones patronales, lo cual es adecuado si se toma en cuenta el carácter social del derecho laboral; no obstante, es necesario tomar en cuenta que la utilización del juramento estimatorio como medio de prueba debe ser residual y subsidiaria conforme se ha enfatizado en el presente capítulo, pues además de estas características, no debemos olvidar que está sujeto al cumplimiento de los requisitos de eficacia y validez para ser considerado un medio de prueba idóneo, pertinente y conducente. Por ello también consideramos óptima la posibilidad de que sea objeto de prueba en contrario, es decir que pueda ser contradicho por el demandado –empleador-, pues en muchos casos se presta para abusos por parte de los trabajadores, con el fin de obtener sumas exorbitantes producto de indemnizaciones laborales.

4. Juramento deferido en materia civil

En el primer capítulo definimos al juramento deferido o decisorio como un medio especial de prueba de carácter testimonial, similar a la confesión. El carácter de decisorio del juramento se concreta cuando la solución de todo o una parte de la controversia se encuentra sujeta a los resultados de éste, es decir, una de las partes procesales o la propia ley defiere a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre la existencia o modalidades de los hechos objetos del proceso y por tanto, la decisión del juez queda sometida al contenido del juramento, culminando el litigio entre las partes. Como observamos, la *deferencia* del juramento opera mediante la proposición que hace una de las partes –con el carácter de decisorio- y se perfecciona con la aceptación de la otra, siendo objeto principal de esta convención, la decisión

expresa del juez respecto de la litis. Entonces, únicamente los hechos litigiosos vinculados a derechos disponibles y referidos a las partes procesales, pueden ser sometidos a juramento deferido.

Como dijimos, el Código Orgánico General de Procesos aún se contempla al juramento deferido o decisorio como un medio de prueba en el nuevo Código Orgánico General del Procesos, aunque con ciertas distinciones en relación al antecesor Código de Procedimiento Civil que recogía este medio de prueba estableciendo su capacidad para culminar el pleito entre las partes, y limitando al juez a decidir en base a esta prueba aplicando las pruebas de la sana crítica. El art. 1715 del Código Civil en cuanto a la prueba de las obligaciones, establece que estas “consisten en instrumentos públicos, o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, *juramento deferido*, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes”, ratificando la tesis de que el juramento en nuestro ordenamiento se concibe aún como un medio de prueba⁷⁰.

Ahora bien, el art. 148 del Código de Procedimiento Civil -ubicado dentro del párrafo primero (de la confesión judicial), de la sección séptima (de las pruebas)- disponía que “cualquiera de las partes puede deferir a la confesión jurada de la otra, y convenir en que el juez decida la causa según esa confesión”, otorgando similar naturaleza a este medio de prueba con la confesión judicial⁷¹; por su parte el art. 159 determinaba que el juramento deferido o decisorio “termina el pleito” y obligaba al juez a fallar interpretando su contenido, con la salvedad de que éste “únicamente produce efecto con relación a quien lo pidió o prestó, y nunca respecto de terceros”; tal como lo enunciaba el art. 161, además podía deferirse únicamente cuando versaba sobre hechos personales concernientes a la parte a quien se defiere (art. 150) y se impedía a menores e incapaces rendir este juramento (art. 152). El juramento estimatorio se encontraba establecido en el art. 162 que disponía que constando de autos probada la obligación, de no existir medio o forma de “acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podrá deferir al juramento del acreedor o perjudicado” con la facultad de moderar la suma bajo las reglas de la sana crítica en el caso de parecerle excesiva.

⁷⁰ La legislación argentina también prevé al juramento judicial como un medio de prueba, conforme lo dispone el Art. 1190 del Código Civil de la República Argentina. Cfr. Nota al pie 11.

⁷¹ Por ello el análisis previo de los requisitos de eficacia y validez del juramento, en comparación con los de la confesión, analizados anteriormente en este mismo capítulo.

En este caso, el juez sólo podía deferir al juramento del acreedor, únicamente en presencia de estos presupuestos:

a) *Que conste en autos la prueba de la existencia de la obligación*: al respecto se ha discutido si debe existir un pronunciamiento judicial previo en el cual se declare el derecho del acreedor y por otra parte, que sólo exista un convencimiento del juez sobre la aceptación de la reclamación, “consecuentemente si se trata de la reclamación de daños y perjuicios, en autos debe constar expresamente cuáles son las pruebas que acreditan la existencia de los mismos”⁷². Concordamos con esta postura, pues el juramento estimatorio sólo procedería en el caso de que la obligación conste previamente probada en el proceso, únicamente para la estimación del monto reclamado; y,

b) *Que no hubiere otro medio de acreditar la estimación o el valor al que ascienden los daños y perjuicios ocasionados al demandante*, lo que ratifica la subsidiariedad del juramento como medio de prueba, en caso de no existir otros medios idóneos y conducentes a probar el valor de los daños, o estimación económica solicitada por el acreedor.

La decisión final del juez, sea total o parcial, en el caso del juramento deferido o decisorio, está supeditada a su contenido –a lo declarado- y resuelve en mérito de ella el conflicto entre las partes, en tanto que mediante el juramento supletorio o estimatorio contemplado anteriormente en el art. 162 del Código de Procedimiento Civil el juez, en uso de su facultad oficiosa y en búsqueda de la verdad material, podía recabar elementos probatorios sobre hechos que no han quedado probados a lo largo del proceso (excepto la solicitud de testimonios a terceros conforme lo disponía el art. 118 del Código de Procedimiento Civil), y cuando no sea posible determinar el valor de la obligación o la afectación, acorde a lo establecido en el párrafo anterior.

Respecto del *contenido del juramento*, habíamos indicado en líneas anteriores que tal como se establecía en el art. 150 del Código de Procedimiento Civil, el juramento deferido se podía rendir únicamente sobre hechos personales concernientes a quien se difiere o comunes a las dos partes –tal como lo establece en la actualidad el Código Orgánico General de Procesos-, por lo que otra clase de hechos deben ser “desconocidos” por el juez y no pueden influir en la decisión de la

⁷² Víctor Hugo Bayas Valle, *Prescripción e improcedencia de la acción de perjuicios* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1995), 43.

causa, lo cual resulta lógico, si tomamos en como ejemplo los casos en los que se comparece al proceso a través de mandato o procuración, en los que los hechos son personales -de las partes procesales-, impidiéndose a sus mandatarios rendir por ellos juramento deferido, con la salvedad de que conste expresamente establecida esta facultad –y su contenido- en el mandato. Si la parte que debe rendir juramento deferido ha otorgado poder o procuración a otra persona para la representación en juicio y, aunque su mandatario esté facultado a rendir juramento, el deferente podría solicitar que comparezca en persona el mandante para que rinda personalmente el juramento que se le ha deferido, al amparo de lo que disponía el art. 39 del Código de Procedimiento Civil y conforme lo recoge actualmente el segundo inciso del art. 41 del Código Orgánico General de Procesos.

En cuanto a la *oportunidad procesal para rendir juramento*, la disposición contenida en el art. 151 del Código de Procedimiento Civil, determinaba que el juramento decisorio podía “ser solicitado en cualquier estado de la causa sin limitación alguna, y es obligación del juez ordenarlo una vez que se han cumplido con las formalidades atinentes a la capacidad [...]”⁷³. Cabe señalar que la solicitud y práctica del juramento deferido o decisorio es válida tanto en primera como en segunda instancia.

En lo referente a la *obligación de rendir juramento y su eventual incumplimiento*, la deferencia del juramento colocaba, en nuestro sistema procesal civil, a quien se defiere en la obligación alternativa de prestarlo, o de devolverlo al deferente para que lo preste, conforme lo disponían los arts. 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160 y 161 del Código de Procedimiento Civil. Sobre estas posibilidades nada dice el Código Orgánico General de Procesos, limitándose a recoger las disposiciones respecto del juramento deferido y juramento estimatorio en dos artículos. No obstante esta omisión, es necesario considerar que los artículos del Código de Procedimiento Civil, tal como se encontraban redactados, convertían a la obligación de rendir juramento en una *carga procesal*⁷⁴, cuya omisión tenía por

⁷³ Armando Cruz Bahamonde, *Estudio Crítico del Código de Procedimiento Civil*, volumen IV, (Quito, Edino, 2001), 332.

⁷⁴ En palabras de Devis Echandia, es un poder o una facultad de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables. La regla de juicio en materia de obligaciones civiles es que quien reclame el cumplimiento de una obligación debe probar la existencia de la obligación, y quien pretenda defenderse alegando que quedó liberado de esa obligación debe demostrar el modo extintivo de la misma. En el caso de las obligaciones civiles, la carga de probar el

efecto –y tendría actualmente al amparo del COGEP, pese a las limitaciones del actual articulado- la declaración de confeso del que la incumple.

Así lo han considerado doctrinarios como Mauro Capeletti, quien asevera que la consecuencia de no satisfacer la carga procesal de prestar juramento deferido consiste en que se entiende que la parte requerida acepta como verdaderos los hechos materia del juramento⁷⁵, y así lo debería declarar el juez, siempre que los hechos puedan ser probados por medio de confesión según la ley.⁷⁶ Pese a esto, la declaración debe ser valorada como prueba conforme los principios de la sana crítica en conjunto con los demás elementos probatorios aportados al proceso.

Consideramos que quien pone en riesgo su pretensión y posición en el proceso, entregándola a la decisión de su adversario –a través del diferimiento del juramento con carácter decisorio-, demuestra tener el pleno convencimiento de su derecho reclamado, mientras que aquel a quien se le ha deferido el juramento, en el caso de negarse a prestarlo, se colocaría en la posición de quien teme decir la verdad, ocultándola o pretendiendo perjudicar a la parte que le dio tal oportunidad; no obstante, conforme analizaremos en la última parte del presente capítulo, esta idea se mantendría si siguiese vigente la concepción de la real naturaleza que debe tener el juramento deferido o decisorio, pues en materia civil, esta institución se encuentra en desuso y dejó de tener la importancia que tenía debido a la falta de lealtad procesal entre las partes.

Respecto de la posibilidad de *retractación del juramento*, tanto el que defiere el juramento como quien lo devuelve, pueden retractarse o arrepentirse, revocando la deferencia del juramento o su devolución, siempre que lo hagan oportunamente como lo disponía el art. 157 del Código de Procedimiento Civil –respecto de esta posibilidad tampoco dice nada el COGEP, pese a que mantiene la figura del

nacimiento de la obligación corresponde a quien lo alega, por ser presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido. Conforme a la regla general sobre distribución de la carga de la prueba, la parte que reclama el cumplimiento de una obligación por el demandado, debe probar el hecho que la norma invocada supone como presupuesto de su aplicación, esto es, el nacimiento de su derecho correlativo, y la parte que opone la alegación de haber cumplido, es decir, que su obligación se extinguió, debe probar el hecho respectivo, porque es supuesto de la norma que contiene tal efecto jurídico. El primero no está gravado con la carga de probar el incumplimiento, porque el nacimiento de su derecho lo faculta, por sí mismo, a pedir su satisfacción y, por lo tanto, aquella circunstancia negativa no aparece como supuesto para la aplicación de la norma que lo favorece. Cfr. Hernando Devis Echandía, *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I (Bogotá, ABC, cuarta edición), 234.

⁷⁵ Por ello, la petición para deferir el juramento, debe ser clara y precisa, y contener específicamente los hechos materia del juramento.

⁷⁶ Cfr. Mauro Capeletti, citado por Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, 9.

juramento deferido o decisorio como medio de prueba⁷⁷-. Esta oportunidad hace referencia al momento previo a rendir el juramento: la retractación de la deferencia o devolución de éste es procedente únicamente antes de que se haya prestado el juramento; esto es obvio, ya que después de prestado el juramento en cualquiera de los dos casos, la seriedad de los actos procesales impedirían esta clase de “indecisiones” en el curso del proceso. Habría que analizar la posibilidad de que éste sea revocado; pese a que el Código de Procedimiento Civil nada contenía al respecto, consideramos que la aceptación del juramento surte efectos irrevocables por su naturaleza especial, y por la razón de que quien lo ha solicitado –deferido- es quien pretende beneficiarse con tal acto.

Una de las características esenciales del juramento deferido es que *pone fin al pleito*, cuando es decisorio y cuando ha sido solicitado con dicha calidad –art. 184 COGEP-; en este caso, el juez previo a dictar su sentencia, deberá fallar en mérito de lo declarado y una vez que el fallo se encuentre ejecutoriado no cabe recurso sobre éste. Ahora bien, cuando existe litisconsorcio, los efectos del juramento decisorio o deferido son los mismos que genera la confesión judicial –ahora eliminada en el COGEP-; por ello, si todos los litisconsortes lo defieren o lo rinden, o designan en conjunto a uno de estos para que lo preste por ellos, sus efectos vinculan a todos, y pone fin al proceso para todos. No obstante, si el juramento es deferido o rendido únicamente por uno o varios de forma individual, éste solo vincula a quien lo rindió.

Tal como mencionamos en la parte inicial de este párrafo, el vigente Código Orgánico General de Procesos ha incorporado también al juramento deferido como medio de prueba, no obstante que el legislador no agregó todas las disposiciones aplicables al mismo que constaban en el Código de Procedimiento Civil –en lo referente a retractación y devolución, así como efectos generales anteriormente señalados-; lo cual nos llama a pensar si fue acertado o no mantener este medio de prueba que en materia civil se encuentra en desuso, tomando en cuenta la antigüedad de su incorporación en nuestra legislación y sus particularidades.

El art. 184 del COGEP desarrolla el concepto de juramento decisorio indicando que cualquiera de las partes puede deferir a la declaración de la otra, solicitando expresamente que el juzgador decida la causa en base a ella, siempre que

⁷⁷ Será necesario observar cómo manejarán los jueces la solicitud y práctica de este medio de prueba en el curso de un proceso al amparo del COGEP, tomando en cuenta que todas las disposiciones referentes a la aplicación del juramento deferido que hemos analizado, han sido derogadas.

recaiga sobre hechos personales referidos al declarante. Señala también la posibilidad de devolución del juramento a quien lo solicita, quien tiene la obligación de rendirla siempre que se trate de derechos comunes. Como ya indicamos, la característica más importante que recoge actualmente la nueva normativa procesal respecto del juramento deferido, es que termina el proceso sobre un hecho disponible en cualquiera de las materias en las que el Código es aplicable –con la particularidad en materia laboral, que más adelante detalla el COGEP-.

El art. 185 confunde en su título cuando describe al “juramento deferido” diferenciándolo del constante en el art. 184, lo cual es una imprecisión del legislador tal como anotamos en el primer capítulo, pues el articulado hace referencia a la figura del juramento estimatorio, que se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, únicamente para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario referente al valor y conceptos que se incluyen en la pretensión, como indemnización, pago de frutos, prestaciones de carácter pecuniario, que deben estimarse en esta declaración y de las cuales no existe otro medio de prueba accesible o disponible; lo cual ocurre en este caso si nos remitimos a la redacción textual de este artículo.

Para su procedencia, el actor debe haber probado previamente la existencia de la obligación. Se condiciona la posibilidad de practicar el juramento estimatorio como prueba a los casos indicados en el art. 185, esto es exclusivamente a aquellos en los que existan controversias sobre devolución de préstamos cuando se alegue usura a falta de otras pruebas que justifiquen el interés y monto efectivo del capital prestado, estándose estos hechos al juramento del prestatario⁷⁸.

En el articulado existe además, un condicionamiento respecto de la valoración de esta prueba, pues se indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base del juramento -lo cual es correcto-, con la excepción constante en materia laboral como analizamos previamente en que, a falta de otra prueba se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida y en el caso de adolescentes además para probar la existencia de la relación laboral.

⁷⁸ Colombia: Código General del Proceso, Arts. 206 y 207 (juramento estimatorio). Véase *Sistema Único de Información Normativa del Estado Colombiano*, <<http://www.suin-juriscol.gov.co/contenidos.dll?f=templates&fn=init.htm>>. Fecha de consulta: 22 de mayo de 2015. Cfr. Nota al pie 12.

El Código Orgánico General de Procesos distingue finalmente al juramento decisorio que se da en la fase de ejecución el cual se receptorá en la audiencia respectiva, permitiendo a la contraparte ejercer el derecho de contradicción y defensa conforme a las normas del debido proceso –juramento cuya práctica en este caso consideramos inadecuada-⁷⁹. Adicionalmente señala la prohibición expresa de que incapaces presenten juramento decisorio. Finalmente, respecto de la valoración de este medio de prueba, existe un condicionamiento que se ha implementado en el articulado, pues se indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base del juramento, lo cual es totalmente acertado en materia civil, no obstante que en materia laboral sea expresa la excepción, pues como ya se dijo antes, a falta de otra prueba, se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida y en el caso de adolescentes, además, para probar la existencia de la relación laboral.

Precisamente respecto de la procedencia del juramento estimatorio en Colombia, de conformidad con el art. 206 del Código General del Proceso, éste procede en el caso de necesidad de obtener el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras. Se podrá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. El articulado en este caso es más desarrollado, pues establece que el juramento hará prueba del monto, mientras la cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo; en el caso de la objeción, sólo se considerará aquella que especifique razonadamente la inexactitud de la estimación, por lo que la parte objetante deberá aportar pruebas de descargo. Esta inclusión es interesante, pues supone una tarea a conciencia de quien pretende el pago, no únicamente una “estimación” sin bases sólidas de lo que pretende reclamar, esta inclusión era necesaria en el articulado del COGEP.

Aun en el caso en que no exista objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido⁸⁰. Probablemente por este tipo de abusos, el legislador colombiano incorporó una sanción para quien utilice indebidamente este

⁷⁹ Ver supra, nota al pie 34.

⁸⁰ Como medida para mejor proveer esta precisión del legislador colombiano es adecuada y totalmente acertada, con el fin de evitar los abusos que se han presentado con el uso del juramento estimatorio como medio de prueba en el Ecuador.

medio probatorio, determinando que si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia; además procede también la sanción del cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda, en el caso en que se niegue la pretensión por falta de demostración de los perjuicios.

En el caso del juramento estimatorio además, se limita la discrecionalidad del juez, quien no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Es interesante la precisión del inciso final del art. 206 colombiano –por las connotaciones del uso del juramento estimatorio en juicios por daño moral en el Ecuador, que indica que el juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales y tampoco procederá en el caso de incapaces; esta distinción es totalmente necesaria y demuestra la subsidiariedad del uso de este medio de prueba, lo cual era necesario incorporar en nuestro ordenamiento jurídico, para evitar el mal uso que se ha dado del juramento deferido y estimatorio en nuestro país, conforme lo veremos en el próximo capítulo.

5. Aplicación y efectos del juramento deferido o decisorio en materia civil

Tal como indicamos a inicios del presente capítulo respecto de la procedencia del juramento deferido o decisorio, actualmente algunos jueces, so pretexto de aplicar el principio establecido en el art. 169 de la Constitución de la República, han permitido en materia civil la actuación del juramento deferido como medio de prueba de forma equivocada, pues en los casos en los que esta norma ha sido invocada, no se han cumplido con los requisitos de eficacia y validez anteriormente estudiados y por el contrario, se ha pretendido desvirtuar su naturaleza especial y subsidiaria para aplicarlo de igual forma que en los procesos laborales –con naturaleza estimatoria-. En materia civil, esta institución se encuentra en desuso y dejó de tener la importancia –incluso sagrada- que tenía en la antigüedad; debido a la falta de lealtad procesal entre las partes y a la poca credibilidad que podía tener la palabra de las

personas en procesos en los que por lo general, se defienden intereses patrimoniales.⁸¹

No obstante su desuso, el juramento deferido como medio de prueba tuvo una nueva perspectiva en los juicios de reclamación por daño moral y daños y perjuicios, en los que se ha solicitado dentro del término probatorio el señalamiento de día y hora para que el propio compareciente –por lo general actor- rinda juramento *deferido* con el fin de *determinar* el monto que considera debe recibir por concepto de indemnización: nótese la forma como se desvirtúa el juramento en materia civil, pues se utiliza indebidamente su naturaleza estimatoria para fijar el monto de la indemnización cuando el actor no ha podido probar con otros elementos su pretensión, encubriéndolo bajo la figura de un juramento deferido.

Como hemos analizado, el juramento decisorio o estimatorio debe ser solicitado por la contraparte, nunca por el mismo compareciente y no constituye una prueba adicional a las ya aportadas, sino que termina el litigio, características básicas del juramento deferido en materia civil que se han olvidado en los casos mencionados. No es posible aplicar el juramento *deferido* –en realidad estimatorio- propio de la materia laboral a los procesos civiles, pues su naturaleza es totalmente distinta. En materia laboral, priman ciertos principios de carácter especial con el fin de proteger al trabajador, que por ningún motivo son aplicables en materia civil y menos aún con el fin de favorecer al actor. El juzgador en estos casos no debe permitir el uso abusivo del derecho, afectando el debido proceso de una de las partes procesales, pues claramente se permite la obtención y actuación de una prueba en franca violación de la Constitución y la ley, prueba que no tiene validez y carecería por lo tanto de eficacia probatoria.

Esta distorsión también se ha presentado en la práctica de la confesión judicial, cuando una de las partes procesales solicita al juez que señale día y hora para receptar su propia confesión judicial lo cual es inadmisiblesi tomamos en cuenta que al amparo del Código de Procedimiento Civil la confesión constituía una declaración contra uno mismo. En realidad estaríamos frente a un allanamiento a la demanda si

⁸¹ El uso de la figura del juramento deferido era muy común en las controversias judiciales relativas a la devolución de préstamos. Si del proceso se determinaba la presunción de que el préstamo ha sido usurario, una vez establecida procesalmente la honradez y buena fama del prestatario, con el juramento deferido de éste se podía justificar el interés usurario y el monto del capital prestado. Esta prueba de conformidad con la ley, debe apreciarse conforme las reglas de la sana crítica. Sin embargo, en muy pocos casos se utiliza esta figura debido a la dificultad de cumplir procesalmente con los requisitos establecidos en el art. 163 del derogado Código de Procedimiento Civil.

analizamos esta práctica indebida, pues la confesión dejaría de ser tal, cuando no pretende que la parte que la rinde admita un hecho que le sea perjudicial o reconocer los argumentos planteados por la contraparte. Actualmente el COGEP eliminó la institución de la confesión judicial, e implementó la declaración de parte, que constituye un *testimonio* acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes (art. 187); y por tanto ya no constituye entonces una declaración contra uno mismo⁸².

Todo esto refleja la incorrecta actuación de abogados y jueces que en un desconocimiento claro del derecho solicitan y permiten la práctica de estos medios de prueba desnaturalizando sus particularidades y objetivos, permitiendo así violaciones al debido proceso y generando total inseguridad jurídica. No cabe duda que uno de los casos simbólicos en nuestro país de utilización indebida del juramento deferido -con naturaleza de estimatorio en realidad- y que será analizado en el siguiente capítulo, se produjo dentro del juicio ordinario que por daño moral planteó el presidente de la república, Rafael Correa, en contra de los periodistas Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, autores del libro *El Gran Hermano*, en el cual se recopilaron varias investigaciones realizadas por los autores respecto de los millonarios contratos de Fabricio Correa –hermano del presidente- con el sector público, y en el cual se afirma que Rafael Correa tenía total conocimiento de los contratos de su hermano con el Estado, lo cual fue negado rotundamente por el primer mandatario.

Ya iniciado el proceso, dentro del término de prueba, los abogados del presidente solicitaron a la jueza a cargo que recepte el juramento deferido del propio actor, Rafael Correa, a fin de cuantificar el daño moral generado por los demandados, prueba que pese a ser improcedente por las razones que hemos anotado, fue practicada en el proceso y en la cual la jueza fundamentó su decisión para estimar la indemnización y condenar a los demandados al pago de diez millones de dólares por el supuesto daño moral causado al presidente de la república; en este caso se utilizó y desnaturalizó indebidamente la figura del juramento deferido, que en ningún caso puede ser prueba de la consumación de un daño extrapatrimonial.

Este fue uno de los casos mediáticos donde se evidenciaron errores y abusos en la práctica de este medio de prueba; no obstante, existen muchos otros ejemplos

⁸² Ver supra nota al pie 55.

en los que también se ha utilizado incorrectamente la figura del juramento deferido o decisorio con naturaleza netamente estimatoria, no para probar el monto de la indemnización, sino para probar la obligación como tal, lo cual es totalmente desatinado pues si recordamos la disposición del art. 162 del Código de Procedimiento Civil que regulaba su práctica, únicamente si consta de autos probada la obligación y si no hubiere medio para acreditar la estimación o importe de ella, o el valor de los daños y perjuicios, el juez podía deferir al juramento del acreedor o perjudicado.

En el siguiente capítulo analizaremos con mayor detalle estos casos, con el fin de determinar la procedencia o no de la práctica de este medio de prueba en materia civil, específicamente en los juicios de daño moral y analizaremos si es posible que continúe su mal uso al amparo de las disposiciones del Código Orgánico General de Procesos.

Capítulo Tercero

La prueba del daño moral

En el capítulo anterior, analizamos las particularidades del juramento deferido como medio de prueba en nuestro ordenamiento, determinando según el cumplimiento de los requisitos de eficacia y validez, su procedencia y aplicabilidad en materia laboral y en materia civil –ésta última con mayor detenimiento, por ser objeto de la presente investigación-. La importancia de establecer el valor que debe otorgarse a los distintos medios de prueba, en especial el juramento deferido como medio probatorio dentro de los juicios de daño moral, radica en la necesidad de determinar si constituye una prueba pertinente, útil, eficaz y conducente para esta clase de juicios.

No hay concertación respecto de los medios idóneos para probar el daño moral en nuestro país, por la dificultad que reviste su prueba y estimación. En muchos casos, probar el daño moral es tarea difícil, pues éste puede o no tener una manifestación externa que sea fácilmente demostrable; es así que cualquier medio probatorio sería admisible para probarlo. Por esta razón en el presente capítulo analizaremos aspectos básicos referentes a la naturaleza y características del daño moral, el papel de la reparación, la prueba de los elementos que lo configuran, así como el análisis de la procedencia o no del juramento deferido como medio de prueba en el juicio de daño moral.

1. El daño moral

En la teoría de la responsabilidad civil, y en particular en el estudio de los daños, ha tenido amplia cabida la discusión acerca de la noción del daño *moral*; institución cuya denominación de plano ha sido criticada en cuanto a la vinculación estricta del daño directamente “con el sufrimiento y no con una visión integral de la persona humana”⁸³, lo cual la excluye de una conceptualización como *daño jurídico* clasificándolo sin mayor fundamento y de forma exclusiva, en el área extrapatrimonial. Este problema en su conceptualización que ha sido ampliamente discutido por la doctrina y que ha generado el surgimiento de distintas corrientes de

⁸³ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, tomo V, *El Daño Moral* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999), 10.

opinión en cuanto a su naturaleza⁸⁴, surge principalmente del análisis respecto de si cabe o no ponerle precio al dolor, o si éste es un mal susceptible de ser compensado, pues en una noción lacónica del daño moral, siempre lo asociaremos al sufrimiento, la angustia o el padecimiento.

La responsabilidad civil ha evolucionado hacia la teoría del derecho de daños, que centra su atención, análisis y estudio en el resultado inmediato del acto ilícito, es decir, el daño. Esto es lo que en doctrina se ha denominado la “objetivación de la responsabilidad” en el que el daño es el punto central de la relación y se lo valora como toda lesión a un interés legítimo, siendo el daño moral una de sus formas. No obstante, su conceptualización y ámbito de aplicación no es uniforme.

Efectivamente, existen distintas corrientes de opinión en la doctrina en torno al concepto de daño moral. Con aceptación minoritaria por su simplismo en la definición, en primer lugar, se sostiene que la noción de daño moral debe determinarse por “exclusión simple”, es decir que constituye daño moral, todo aquello que *no* pueda ser considerado como daño patrimonial, por lo tanto lo definen como *daño extrapatrimonial*, o aquel que no genera por sí mismo una pérdida económica o disminución de patrimonio⁸⁵, definición que no coincide con la realidad, pues define el concepto de daño moral por lo que *no* es, cuando éste tiene un contenido, naturaleza y sentido propio.

Por otro lado, existe la posición ampliamente difundida en Italia y Francia, que define al daño moral como una “lesión a un derecho extrapatrimonial, en contraposición al daño patrimonial que es pura y exclusivamente la lesión a bienes materiales”⁸⁶, lo cual tampoco es aceptado si consideramos que el derecho no sólo protege los bienes en un sentido abstracto, sino que lo hace siempre que aquellos cumplan necesidades del ser humano⁸⁷, pues en muchos casos -por ejemplo- una lesión a la integridad psíquica de una persona, puede generar no sólo detrimento

⁸⁴ Véase al respecto la obra de Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Fernando de Trazegnies, *La Responsabilidad Extracontractual*, Carlos Alberto Gherzi, *Daño Moral y Psicológico*, Carmen Aida Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral*, Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición*; entre otros, respecto al análisis de las distintas corrientes de opinión y conceptualización del daño moral.

⁸⁵ Análisis de la postura de la doctrina italiana, efectuado por Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, 11; y Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición, El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2004), 32.

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ Cfr. Alberto J. Bueres, *Derecho de daños*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2001), 286.

moral, sino también disminución patrimonial en tanto repercute en el ámbito productivo del perjudicado si éste ve disminuidos sus ingresos por esta afectación.

En torno a esta discusión, surge en un importante sector de la doctrina la idea que sostiene que el concepto de daño moral debe ser determinado realizando una distinción entre daño o lesión propiamente dicha y daño resarcible. En el primer caso, se identifica al daño con la “ofensa o lesión a un derecho o a un interés no ilegítimo de orden patrimonial o extrapatrimonial”⁸⁸; mientras que el daño resarcible constituye el detrimento de valores patrimoniales que se producen a raíz de la lesión; entonces, para que se configure el daño moral, debe preceder una lesión a un interés no patrimonial. Esta distinción a breves rasgos, que busca eliminar la acepción de “daño moral” y sustituirla por una más adecuada, “daño a la persona”, nos permite encontrar una aproximación realística a su definición, que en palabras de Ramón Daniel Pizarro:

Importa una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.⁸⁹

Vista una definición inicial del daño moral –daño a la persona–, es necesario establecer la importancia del estudio de esta institución en el presente trabajo. Del análisis precedente respecto de la conceptualización de daño moral y de su naturaleza y características que repasaremos más adelante, podremos dilucidar si la práctica del juramento deferido o decisorio como medio de prueba en los juicios de daño moral es o no adecuada, o si su uso constituye en realidad una desnaturalización indebida de esta institución, que en ningún caso puede ser prueba de la consumación de un daño extrapatrimonial, con el único fin de obtener beneficios personales.

Por ello, en el presente capítulo intentaremos determinar el valor que debe otorgarse al juramento deferido como medio probatorio dentro de estos juicios, con el fin de establecer su procedencia, así como analizar si reúne los requisitos de admisibilidad establecidos en el art. 160 del Código Orgánico General de Procesos,

⁸⁸ Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición, El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, 41.

⁸⁹ *Ibíd.*, 43. Definición que se originó en la “Escuela de Córdoba” en Argentina, por recomendación de doctrinarios argentinos, cuyo proceso discursivo también lo discute Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, 117-120.

esto es su pertinencia, utilidad y conducencia para probar el daño y su estimación económica en los juicios de daño moral, así como también examinaremos si es posible que continúe su mal uso al amparo de las disposiciones de este código.

1.1. Naturaleza y características

Se mencionó anteriormente que se ha intentado desvincular la noción del daño, del mero sufrimiento o afectación psíquica de la persona; no obstante que conceptualmente se continúa utilizando la noción de daño “moral” para definirlo, nos referiremos con mayor precisión a él como “daño a la persona”, aunque doctrinariamente en nuestro país, esta concepción aún no ha sido debatida ni del todo aceptada, como analizaremos posteriormente. Es menester considerar que la denominación “daño moral” es impropia, pues una afección a la moral de la persona o a sus principios, no es un ámbito de estudio del derecho, sino de algo meta jurídico; el daño a la persona que se denomina “moral” es un daño jurídico, que afecta bienes propios del Derecho, aquellos pertenecientes a la integralidad de la persona⁹⁰.

Por ello, es necesario distinguir que el daño a la persona como una generalidad, es netamente jurídico, mientras que el daño moral o agravio moral – como también se conoce a esta afección-, significa una “perturbación preponderantemente psíquica con naturales reflejos somáticos”⁹¹. Por ello, el daño a la persona como un daño jurídico contenido en el derecho positivo, se encuentra en la esfera de la responsabilidad civil. El daño moral –como se conoce en la esfera jurídica- constituye una derivación del daño a la persona, una afectación al conjunto de principios que al momento de ser vulnerados pueden causar sufrimiento, angustia, indignación, ira, etc.; es decir, lo que se afecta es la estructura psicológica del ser humano, a decir de Carlos Fernández Sessarego:

En otros términos, se han lesionado los sentimientos de la persona. ¿Y qué son los sentimientos? Pues, hasta donde alcanzan nuestros conocimientos, ellos constituyen aspecto de psiquismo humano junto a lo intelectual y lo volitivo. A este aspecto de la unidad psicosomática no se le conoce como “moral”. La moral tiene que

⁹⁰ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, 47-48.

⁹¹ Carlos Fernández Sessarego, “Deslinde conceptual entre “daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”, *Revista Foro Jurídico* (Año 1, N° 2), http://www.bivipas.unal.edu.co/bitstream/10720/449/1/D-222-Fernandez_Carlos-2003-355.pdf. Fecha de consulta: 24 de marzo de 2017.

ver con el mundo de la subjetividad, mientras que el derecho sólo surge a partir de una interferencia de conductas humanas. Se trata del mundo de la intersubjetividad.⁹²

El daño a la persona reviste un concepto más amplio que el de daño moral, constituye una afectación, agravio o lesión a un determinado derecho, a un bien o a un interés de la persona; lo cual va más allá de la angustia o del dolor que esto puede generar, al igual que cualquier otro daño que puede lesionar aspectos distintos de la persona (físico, profesional, etc.). El daño moral afecta el ámbito sentimental o afectivo del ser humano, ocasiona perturbación en sentido amplio, dolor, sufrimiento. Pese a que la adopción de esta posición no es del todo reconocida, la concentración de todos los daños –particularmente en el caso que nos ocupa, el daño moral- en el genérico daño a la persona, favorecerá su análisis, comprensión y permitirá un mejor estudio de cada uno de los aspectos que pueden causar daño, lo cual a la larga permitirá afinar los criterios y técnicas para una adecuada reparación.

a) Naturaleza

Se ha indicado en la delimitación del daño moral como una especie del daño a la persona, que éste constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, ya que puede conllevar profunda angustia o preocupaciones, estados de depresión o irritación que afecten el equilibrio anímico de la persona. No obstante este presupuesto no determina que sea indemnizable cualquier perturbación del ser humano y además no tiene por finalidad “engrosar la indemnización de los daños materiales, sino mitigar el dolor o la herida a los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano”⁹³, con esta distinción, citaremos las características o presupuestos del daño moral analizadas por Carlos Ghersi⁹⁴, que permiten dilucidar su naturaleza como una especie del daño a la persona:

- a) El daño moral incide en la aptitud de pensar, querer o sentir,
- b) El sufrimiento no es un requisito indispensable de la existencia del daño moral, sí una de sus manifestaciones más frecuentes,
- c) Constituye angustias y afecciones padecidas por la víctima,

⁹² *Ibíd.*

⁹³ Carlos Alberto Ghersi, *Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico*, (Buenos Aires: Astrea, 2006), 130.

⁹⁴ *Ibíd.*

d) Supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano y que son la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y, entre otros, los más sagrados afectos,

e) Puede consistir en un injusto ataque a la integridad física como derecho a la personalidad

Existe una posición favorable a la sanción reparadora del daño a la persona que cumpla con las características anteriormente citadas, pues apunta en la medida de lo posible, al restablecimiento de la vida plena del ser humano, de su espíritu, paz y tranquilidad, todo en el marco de la justicia y equidad. Por otro lado una posición negativa manifiesta que la sanción reparadora es susceptible de causar inseguridad jurídica, pues existe total falta de certeza de la cuantía de la indemnización debido a la incapacidad de medir en dinero el sufrimiento y la angustia, lo cual deriva en una enorme responsabilidad para el juzgador cuyo criterio puede devenir en arbitrario, discrecional o subjetivo, sin perjuicio de la discusión existente en torno a la realidad de “poner precio al dolor”; lamentablemente en nuestro país éste criterio se ha corroborado, pues en muchos de los juicios por daño moral, se ha pretendido resarcimientos desequilibrados y nada concordantes con el sufrimiento y angustia ocasionados, pretensiones a las que muchos jueces han sucumbido por una falta de regulación certera.

Precisamente por estos problemas, han surgido arbitrariedades, y un sinnúmero de “damnificados” que pretenden enriquecerse a costa de su honra, de su padecer o sufrimiento, y precisamente por eso es necesario regular esto y estudiarlo de mejor manera a fin de tener ideas claras que permitan su análisis y una determinación clara del papel de la reparación, que se ha dicho es el fundamento del daño a la persona y por ende del daño moral.

Tal como veremos más adelante, el papel de la reparación ha generado controversia en la doctrina, por lo que la jurisprudencia ha sido la orientadora y reguladora de éste aspecto en la mayoría de casos, lo que ha dado cabida a varios criterios que aún no han encontrado el camino de la unificación. En un fallo de la Corte Nacional de Justicia, en un juicio por daño moral⁹⁵, sobre su naturaleza al amparo de nuestra legislación se señaló:

⁹⁵ Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735. Quito, 2 de septiembre de 2009

En la especie, el artículo 2232 de la actual Codificación del Código Civil indebidamente aplicado, refiere el daño moral que constituye el menoscabo a intereses no patrimoniales que debe considerar tanto la naturaleza del interés lesionado cuanto el bien jurídico protegido; el dolor, la angustia, la aflicción física, la aflicción espiritual, la humillación o los padecimientos emocionales, que son estados del espíritu, son una consecuencia del daño, el que se presenta por la privación de un bien jurídico protegido, sobre el cual el humillado tiene un interés también reconocido jurídicamente, por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima. "Cuando se habla de daños patrimoniales se trata de saber si la actividad dañosa ha provocado, ha sido causa, de un detrimento atribuible al autor: para ello mensura, mide, constata, de que medios económicos ha sido privado, o ha dejado de obtener el damnificado, y en un función de ello se liquida el perjuicio. Cuando se trata de un daño moral se resarce el ataque mismo a un atributo de la persona, de un derecho subjetivo que, a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados en más o en menos. El honor, la intimidad, la imagen, así como la vida, la salud, etc., son precisamente intangibles pues todos y cada uno se atribuyen a la personalidad del sujeto y son irrevocables de él; aunque se pueda convenir en la distinta entidad que asumen en consideración a la naturaleza y los fines que proyectan... El daño moral no se mide solo, ni fundamentalmente, por las repercusiones que contiene, sino por el menoscabo que la actividad dañosa en sí misma denota a la persona (física o jurídica), y se estima en razón de la entidad o del interés no patrimonial lesionado. Por eso la distinta connotación que tiene la liquidación de daños patrimoniales frente a la estimación del daño moral. Y en este punto advertimos una connotación fundamental que no puede ser pasada por alto: la repercusión social que adquieren los atributos de la personalidad, o los derechos subjetivos reconocidos a la persona. A diferencia del daño patrimonial que repone medios económicos o que computa los que debieron acrecer el patrimonio del damnificado de no acaecer el evento dañoso, el resarcimiento del daño moral constituye además de satisfacción para la víctima, un modo de reparación debido a ella por el menoscabo que sufre socialmente en razón del ataque mismo..." (El Daño en la Responsabilidad Civil, Eduardo Zannoni, Editorial Astrea, 2a. edición actualizada y ampliada, 1a. reimpresión, Buenos Aires, 1993, Págs. 292-293).

Efectivamente, en la naturaleza del daño moral lo importante es el resarcimiento al derecho subjetivo de la persona que ha sido menoscabado, derecho que como tal es intangible pues siempre dependerá de la personalidad de cada ser humano, por lo que su consideración y estimación siempre revestirán particular dificultad para el juzgador quien deberá buscar su resarcimiento como un modo de reparación por el menoscabo sufrido, en consideración a cada caso particular, propendiendo siempre a la seguridad jurídica.

b) Características

No todo daño causado es susceptible de reparación o resarcimiento, razón por la cual se distingue entre el daño no resarcible –daño de hecho- y el daño jurídico o

resarcible⁹⁶, siendo este último el que produce consecuencias jurídicas en el ámbito de la reparación. Genéricamente un daño resarcible se circunscribe a la esfera de lo patrimonial porque es plenamente measurable, no obstante el problema surge a la hora de determinar los casos en los que es resarcible el daño moral.

Ramón Daniel Pizarro, da luces a esta inquietud, indicando que para ser resarcible, el daño moral debe “ser cierto, personal –aunque no necesariamente exclusivo- del accionante y derivar de la lesión a un interés extrapatrimonial del damnificado, quien debe, además, por expreso mandato legal estar investido de la calidad de damnificado moral”⁹⁷ El autor también indica que en algunos casos se ha manifestado la necesidad de incluir también la exigencia de que el daño guarde relación de causalidad adecuada con el hecho generador y su subsistencia al momento de dictarse sentencia, sin embargo manifiesta que la relación de causalidad no debe incorporarse como presupuesto del daño moral resarcible, pues constituye un elemento externo de la responsabilidad civil que requiere tratamiento autónomo. Por otra parte respecto de la subsistencia, se indica que no debe incorporarse como característica en vista de que conlleva un presupuesto de certeza del que no puede escindirse.

Pese a que existen varias posiciones respecto de lo anotado, lo más lógico para determinar la posibilidad de un resarcimiento, es analizar si existe o no autonomía entre el daño patrimonial y el daño moral. Doctrinarios que han analizado este aspecto⁹⁸ se han decantado por la teoría de que los daños patrimoniales y los daños morales constituyen fenómenos totalmente diversos, pues por una parte existe un daño o lesión en un sentido económico, material o tangible; mientras que por el otro lado, existen perturbaciones a sentimientos, padecimientos afectivos, etc., que constituyen aspectos diferentes con naturaleza y características propias. No obstante, el daño moral puede darse con consecuencias pecuniarias o patrimoniales –como en el caso de una afectación grave que incida en la capacidad laboral o productiva de la persona- o sin ellas, tratándose en este último caso de un “daño moral puro”⁹⁹.

⁹⁶ Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición, El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, 121.

⁹⁷ *Ibidem*, 122.

⁹⁸ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Fernando de Trazegnies, *La Responsabilidad Extracontractual*, Carlos Alberto Ghersi, *Daño Moral y Psicológico*, Carmen Aida Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral*, Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición*; entre otros.

⁹⁹ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, tomo V, 92.

El daño moral puro es aquel que afecta de forma directa y exclusiva a la psique del ser humano, mientras que el daño moral con repercusiones pecuniarias, provoca además del sufrimiento espiritual, una disminución en el patrimonio de la persona. Esta distinción es importante, pues para efectos de la reparación del daño, será más fácil la valoración de aquel que reviste repercusiones económicas o patrimoniales en la víctima.

En nuestro país, los daños extrapatrimoniales no han sido estudiados con la amplitud y detenimiento de países como Perú, España y Argentina, debido a lo “tardío” de la expedición de la normativa que los regula¹⁰⁰. La incorporación de la teoría del daño a la persona aún no tiene total cabida y seguimos utilizando la concepción de daño moral; sin embargo, previo a la reforma al Código Civil efectuada en 1984, la protección a la honra o a la reputación de una persona en el ámbito civil era muy limitada, pues se exigía que el daño hubiere producido un perjuicio económico o patrimonial. La evolución de la normativa en nuestro país es tratada a detenimiento por Gil Barragán Romero¹⁰¹, quien al respecto brevemente señala:

En efecto, mediante la Ley 256 de 4 de junio de 1970, se introdujo una reforma fundamental en el Código Civil, la que se halla en su actual artículo 2231. Se declara en él lo contrario de lo que había regido hasta entonces: que hay derecho a demandar indemnización pecuniaria sólo por un perjuicio moral, sin requerirse que al mismo tiempo hubiere daño emergente o lucro cesante; también se suprime la *exceptio veritatis*. (...) Instituida para los casos de injuria, faltaba extenderla a los restantes delitos y cuasidelitos contra la personalidad. Correspondió al Congreso de 1984 completar la normativa en esta materia. Lo hizo, al recoger virtualmente sin modificación nuestro proyecto,”

La citada Ley 171, incorporó desde 1984, el derecho a la reparación de perjuicios extrapatrimoniales en sus artículos 2231 y 2232:

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

¹⁰⁰ Hace no más de dos décadas se expidió la Ley Reformativa No. 171 al Código Civil, publicada en el Registro Oficial 778 de 4 de julio de 1984 que reformó la normativa referente al resarcimiento del daño moral.

¹⁰¹ Gil Barragán Romero, *Elementos del Daño Moral*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007), 98.

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

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

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

A raíz de la incorporación de este articulado, es posible reclamar una indemnización a título de reparación por un “daño moral”, siempre que la indemnización se justifique por la gravedad del perjuicio y de la falta. Tal como mencionamos en párrafos anteriores, muy poco se ha escrito en nuestro país sobre esta materia, por lo que la jurisprudencia ha cumplido el papel de regular en cierta medida su aplicación, pese a que han existido fallos con criterios totalmente contrapuestos en lo atinente a la valoración del daño, su existencia, su prueba y su posibilidad de ser indemnizado o reparado.

Por ello la importancia de establecer el valor que debe otorgarse a los distintos medios de prueba, en especial el juramento deferido como medio probatorio dentro de los juicios de daño moral, con el fin de determinar si constituye una prueba pertinente, útil, eficaz y conducente para esta clase de juicios. No hay concertación respecto de los medios idóneos para probar el daño moral en nuestro país. En muchos casos, probar el daño es tarea difícil, pues éste puede o no tener una manifestación externa que sea fácilmente demostrable; es así que cualquier medio probatorio sería admisible para probar el daño moral¹⁰² -habría que analizar si incluso puede serlo el juramento deferido, tomando en cuenta los requisitos para la admisibilidad de la prueba establecidos en el COGEP-; siendo facultad del juez el apreciarlo libremente tal como lo establece el inciso final del artículo 2232 del Código Civil. La libre apreciación de la prueba, o sana crítica que es el sistema aplicado, permite al juez valorar la prueba ajustado a los principios de la lógica, la experiencia y la psicología, no obstante en el caso del juramento deferido es

¹⁰² Entiéndase instrumentos públicos o privados, testigos, declaración de parte, inspección judicial, informes periciales, etc.

necesario analizar si éste medio de prueba cumple con los requisitos que debe reunir todo medio probatorio para ser idóneo y eficaz e incluso si es prueba plena en estos casos.

La relevancia de este estudio radica en las implicaciones actuales que ha tenido el uso del juramento deferido como “prueba plena” del daño en algunos casos, en los que se ha tergiversado su naturaleza para utilizarlo incluso como prueba cuantificadora del daño para los fines de indemnización. La figura del juramento deferido ha sido distorsionada en materia civil, particularmente en procesos por daño moral, produciendo grave inseguridad jurídica y una afectación al derecho a la defensa y al debido proceso de la parte contra la que se rinde el juramento deferido. Lo idóneo es que los administradores de justicia valoren este tipo de juramento como cualquier otro medio de prueba, considerando que al igual que cualquiera de los mecanismos probatorios, si es apto para convencer, debe ser valorado en conjunto con los demás medios de prueba aportados, en virtud de la sana crítica, y no como una prueba aislada o única, como se ha procedido en algunos casos. No existen estudios concretos en nuestro país, que revelen la naturaleza de este medio probatorio, aunque ahora con la promulgación del COGEP, existirían ciertos lineamientos básicos que permitirían dilucidar procedencia y admisibilidad como prueba.

Así, el tema se justifica por la nueva variante o dirección que se ha dado a la figura del juramento deferido, como medio probatorio en los juicios de daño moral, esta indeterminación nos lleva a la necesidad de determinar su eficacia y pertinencia como prueba en estos casos, pero previo a ello es necesario dilucidar previamente el papel de la reparación en los casos de daño a la persona – daño moral.

Efectivamente, si se logra probar el daño moral en el proceso, únicamente restará al juzgador estimar el monto pecuniario para su reparación –de ser el caso-; no obstante, esta última tarea es la que más dificultad reviste por los excesos que podrían generarse con pretensiones que en el fondo busquen un “enriquecimiento a costa del dolor”. Sin embargo, la posibilidad de una reparación pecuniaria nos obliga a analizar la naturaleza del derecho resarcitorio y sobre todo, las vías o medios adecuados para probar en dichos casos, la cuantía de una posible indemnización.

1.2. El papel de la reparación: la disyuntiva de la indemnización

El daño moral es considerado como una de las formas que adopta el daño civil y constituye un ámbito del daño a la persona. Lo hemos definido como la violación o afectación a los derechos inherentes a la personalidad, a los intereses, aspiraciones, y sentimientos, producidos por un acto ilícito. La reparación de este tipo de daños, tiene como finalidad que al perjudicado se pueda compensar el daño sufrido con cualquier tipo de retribución, sea esta económica o de otra índole; y es en estricto sentido personalísima.

El papel de la reparación cumple una función de compensación y satisfacción, pues nunca será equivalente al bien que se ha afectado; en el caso del daño moral, el derecho a la reparación es siempre personal, por ello el medio de prueba requerido para su prueba siempre deberá ser directo, convincente e indiscutible para que sea apreciado por el juzgador como prueba plena. En el ámbito del derecho de daños que ha sustituido a la clásica la responsabilidad civil, en lo que atañe al criterio de la imputación objetiva, su valoración se ha centrado en el resultado del acto ilícito que es el daño¹⁰³, por lo que éste se convierte en el elemento central que se valora como toda lesión o menoscabo a un interés legítimo. No obstante, es necesario considerar que en el caso del daño moral, éste puede presentarse no sólo como una consecuencia inmediatamente directa del acto ilícito, sino que puede surgir también por las consecuencias negativas que en el plano emocional, familiar, laboral, etc., puede provocarle al ser humano, por ello la radical importancia de la valoración objetiva que debe realizar el juzgador.

De estas consecuencias directas e indirectas se genera una disyuntiva en la reparación, pues en muchos casos la compensación monetaria es la que prima –y aplaca- cualquier tipo de afectación o sufrimiento, mientras que en otros casos no es suficiente la retribución monetaria para aplacar los efectos del hecho dañoso. Se dice¹⁰⁴ que la reparación del daño moral, producido por un acto ilícito, debe combinar para su reparación integral, la reparación *in natura*: retractación pública del ofensor, publicación de sentencias de condena, retiro o destrucción de los objetos a través de los cuales se produjo el daño, etc. –a manera ejemplificativa-; junto con la reparación de carácter pecuniario que cumple una función de compensación y de

¹⁰² Juan Ignacio Alonso, Gustavo Giatti, Julio César Rivera, “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen”, (México: Revista Latinoamericana de Derecho, Año IV, Núm. 7-8, enero-diciembre, 2007), 371-398.

¹⁰⁴ Carlos Fernández Sessarego, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, 37.

satisfacción. Sin embargo, la posibilidad de una reparación pecuniaria nos obliga a analizar la naturaleza del derecho resarcitorio y sobre todo, las vías o medios adecuados para probar en dichos casos, la cuantía de una posible indemnización.

1.2.1. La naturaleza del derecho resarcitorio

El derecho a la indemnización del daño moral, constituye el ámbito de estudio del derecho resarcitorio, que en muchos casos ha sido objeto de incontables discusiones respecto de si su naturaleza es personal o patrimonial. En este sentido, un daño –en este caso el moral- que se ha definido como indemnizable debe ser estrictamente regulado con el fin de evitar manipulaciones y tergiversaciones. En la mayoría de casos se ha determinado que es imperante establecer la relación entre el objeto de la indemnización y del patrimonio, pues éste último tiene un contenido económico¹⁰⁵.

En virtud de esto último, los derechos inherentes a la personalidad, no pueden ser valorados monetariamente, y no forman parte del patrimonio de la persona –en su acepción económica-, lo cual nos permite determinar la dificultad de valorarlos, cuantificarlos y sobre todo propender a su resarcimiento. En estos casos, el patrimonio juega un papel importante como un lineamiento para dilucidar la disyuntiva de la indemnización, pues para el caso de un daño patrimonial, la indemnización o reparación, propenderá a reponer los bienes dañados, o reestablecerlos mediante el pago de una suma de dinero; mientras que en el caso del daño moral, aunque puede afectar el patrimonio, por su naturaleza no trasciende obligatoriamente a la esfera económica del ser humano. Esto nos permite determinar que, en el caso de una reparación monetaria del daño moral, no estamos equilibrando el patrimonio de la persona –que puede no haberse visto afectado por el daño moral- sino que se aumentaría el mismo –mejorando en algunos casos la situación patrimonial de la víctima-, lo cual se justificaría con una indemnización “justa” que no implique una forma de enriquecimiento indebido o injustificado, que altere notablemente la situación económica de la persona como un “antes” y “después” de la indemnización.

La reparación del daño moral tiene como finalidad que la persona, pueda mediante un resarcimiento económico, o de cualquier otra índole –como en el caso

¹⁰⁵ Juan Ignacio Alonso, Gustavo Giatti, Julio César Rivera, “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen”, 371-398.

de la reparación in natura-, compensar el daño sufrido o el menoscabo a sus bienes morales y personalísimos. Al respecto, Carlos Alberto Gherzi¹⁰⁶ señala que aunque sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones y de los sentimientos que el daño provoca y que éstos no tengan precio, no significa que no sean susceptibles de una reparación pecuniaria, pues la apreciación monetaria no se realiza con fines de compensación propiamente dicha –es decir para reemplazar mediante su equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido- sino como un *rol satisfactivo*, pues repara el mal causado aunque no borra sus efectos.

En consecuencia, la indemnización por daño moral tiene una naturaleza meramente resarcitoria y de satisfacción de la afectación sufrida, por lo que para fijar su *quantum* no es obligatorio realizar cálculos de índole matemática –imposibles en la mayoría de casos-; tampoco es necesaria una estricta relación o correspondencia con otros rubros indemnizables –como en el caso del daño emergente y el lucro cesante, que tienen distinta naturaleza-, no obstante deber ser una tarea que se aplique con prudencia, pues al no sujetarse a parámetros fijos, queda a la subjetividad del juzgador, quien deberá analizar las particularidades de cada caso, cuidando de no conceder beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos, pues se deberá analizar siempre las circunstancias del hecho, la situación particular de la persona en su esfera personal y social, así como procurar que la condena trascienda a una auténtica justicia ejemplificativa.

2. La prueba de los elementos que configuran el daño moral

Es indiscutible que el daño moral debe ser plenamente acreditado para ser resarcible; por ello quien pretenda obtener una indemnización por un daño moral causado, deberá probar y establecer su existencia dentro de un proceso, cumpliendo con los requisitos de admisibilidad que ha establecido la doctrina y ha incorporado el COGEP respecto de la prueba. Como lo analizamos anteriormente, la indemnización como resultado inmediato de la reparación, debe ser tratada con cautela, pues no cualquier daño causado es susceptible de resarcimiento y para ser tal, el daño moral debe ser cierto, personal y derivar en la lesión a un interés extrapatrimonial.

En el derecho de daños, que ha defendido cabalmente la postura anteriormente señalada respecto de la prueba efectiva del daño, no se ha desarrollado

¹⁰⁶ Carlos Alberto Gherzi, *Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico*, 136.

con la minuciosidad del caso los medios que son ciertamente idóneos para acreditar el daño moral y sobre todo para cuantificarlo, imposibilitando de esta manera la creación de criterios claros y definidos que ayuden a los jueces a valorarlos. Ya mencionamos con anterioridad que ese papel lo ha cumplido con aciertos y desaciertos la jurisprudencia, en la que mayoritariamente se ha destacado la imperiosa necesidad de probar los elementos que conforman la existencia de la responsabilidad civil, es especial al daño moral, como una especie del daño a la persona.

Sin duda existe una carga procesal que debe cumplir el sujeto de derecho que pretende se reconozca su derecho a ser resarcido e indemnizado, por lo que a continuación expondremos ciertos lineamientos desarrollados por la doctrina para fundamentar la necesidad de prueba o acreditación del daño moral.

En materia de daños, la responsabilidad, constituye la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar el daño causado. Para Arturo Alessandri Rodríguez¹⁰⁷ en el derecho civil la expresión de responsabilidad se encuentra definida estrictamente por su resultado, es decir por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor; por ello manifiesta que “en este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño” y se define a la responsabilidad diciendo que “es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra”. En este sentido, una acción u omisión que genera un perjuicio a una determinada persona y cuyos resultados son contrarios al orden social, constituyen presupuestos de responsabilidad jurídica. La responsabilidad proviene entonces de un acto o una omisión que causa daño a una persona, o que la ley sanciona por ser contrario al orden social.

En el fundamento de la responsabilidad civil, Alessandri analiza también la discusión de la doctrina sobre dos teorías importantes: la responsabilidad subjetiva y objetiva. En la teoría de la responsabilidad subjetiva, el fundamento de la responsabilidad se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir que para determinar si existe o no responsabilidad, no basta con que se haya presentado un daño, sino que éste deberá ser efecto de un acto culposo o doloso del autor. En otras palabras deberá existir un daño, una conducta culposa o dolosa y una relación de causalidad entre el primero y el segundo; cumplidos estos tres requisitos, nos

¹⁰⁷ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981), 10

encontraremos frente a una responsabilidad que genera un deber de indemnizar perjuicios por parte del agente generador del daño a la víctima del mismo. Por lo tanto, no hay responsabilidad sin culpa y por ende sin ésta, no existe deber de indemnizar.

Por otra parte, en contraposición a la teoría clásica de la culpa, existe la teoría de la responsabilidad objetiva o teoría del riesgo que determina que el fundamento de la responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso sin que importe si éste fue cometido con culpa o dolo. Lo único relevante en este caso es la presencia del daño y su relación de causalidad con el hecho; no es necesario analizar si existió dolo o negligencia; por ello para la indemnización del perjuicio basta la existencia de la acción u omisión y el nexo de causalidad entre éstas y el daño, prescindiendo de manera absoluta de la conducta del sujeto. Existen también teorías intermedias entre las dos anteriores, en las cuales no se ha desaparecido por completo el concepto de culpa, pero se ha facilitado a la víctima la obtención de la indemnización de perjuicios.

Sin embargo, es necesario considerar que el daño será siempre el “presupuesto de la obligación resarcitoria civil”¹⁰⁸. Un hecho dañoso es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a una persona, a sus bienes o a sus afecciones personales, y adquirirá la característica de resarcible cuando genere una pérdida o menoscabo de un bien o interés jurídicamente protegido. Por ello, el daño para ser indemnizable y reparable, debe cumplir con ciertas características y elementos. El primero y más importante de ellos es su certeza. Se considera que un daño es cierto cuando éste es factible de ser constatado o percibido, la certidumbre del daño guarda estricta relación con la consecuencia que genera la acción lesiva y también con la índole del interés lesionado¹⁰⁹, por lo que un daño hipotético no sería idóneo para ser reparado. Adicionalmente, el daño debe ser personal, pues únicamente la persona que sufre el perjuicio patrimonial o moral de forma directa o indirecta, podría reclamar su resarcimiento.

El perjuicio moral en el ámbito de la responsabilidad civil, es desarrollado como una especie de daño, tal como lo son el daño emergente o el lucro cesante; distinguiéndolo en muchas ocasiones del daño patrimonial con la simple acepción de

¹⁰⁸ Gil Barragán Romero, *Elementos del Daño Moral*, 73.

¹⁰⁹ Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición, El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, 122.

“daño extrapatrimonial”. Podría decirse que esto implicaría una limitación a las cualidades especiales de las que se halla investido, o una simple desnaturalización de las nuevas teorías que lo han denominado en forma genérica como “daño a la persona”; no obstante esto ha permitido –desde la perspectiva de la responsabilidad civil-, determinar el sometimiento de este concepto a los parámetros que gobiernan la prueba de los elementos de la responsabilidad civil.

Es así que se ha indicado que incumbe a la víctima o afectado probar el dolo o culpa del autor del hecho dañoso, la existencia de éste, el monto y la relación causal entre el dolo o culpa y el daño, que son los hechos generadores de la obligación de resarcir¹¹⁰. En consecuencia, corresponde al actor dentro del proceso, la carga procesal de acreditar expresamente la existencia del daño moral como un presupuesto de la acción resarcitoria por responsabilidad civil; en tal virtud, la existencia del hecho dañoso, o hecho antijurídico, constituye únicamente un presupuesto para la viabilidad de la indemnización de perjuicios; pues su sola ocurrencia no justifica per se la existencia de daño moral, es necesario que sea adecuadamente acreditado para que sea indemnizado, lo cual constituye un requisito indispensable en este tipo de juicios. Toda falta o insuficiencia de prueba del perjuicio, debe acarrear el rechazo de plano de la demanda por daño moral; es obligación del actor demostrar que la acción u omisión le ha causado un daño, debe probar el estado, la magnitud y alcances de su afectación con el fin de generar una convicción plena de la ocurrencia del daño moral.

Este será entonces, el presupuesto para que el juzgador proceda a la reparación del daño y al análisis de su estimación, sea esta patrimonial o extrapatrimonial; la acreditación del hecho dañoso, de acuerdo a los medios probatorios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, permitirá afirmar en el proceso antecedentes y pautas claras de su existencia y su extensión, que son el límite del juzgador para ordenar la reparación del daño, que tal como veremos a continuación, debe cumplir con los presupuestos de la responsabilidad.

2.1. Daño moral y presupuestos de la responsabilidad

Es clara la tendencia mayoritaria de la doctrina que propende a la sanción reparadora del daño moral¹¹¹, pues tiene en cuenta a la persona en su integralidad,

¹¹⁰ Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, 513-514.

¹¹¹ Ver supra nota al pie 83

toma en cuenta sus estados de espíritu, paz, tranquilidad, equilibrio y las “alteraciones disvaliosas” de tales estados. A decir de Jorge Mosset Iturraspe¹¹²:

Rechaza los sufrimientos, como un mal causado, tanto los físicos como los psíquicos, y apunta a posibilitar el mantenimiento de una vida plena en el uso de las capacidades o virtualidades. Hay en ello como una revalorización de la vida humana y de la felicidad terrenal o del mero bienestar. El fundamento es, claro está, de justicia y equidad, puesto que se basa en el respecto de lo que es propio de cada uno, de aquello de lo cual se aprovechaba hasta el hecho turbador o agresor. La conciencia social actual así lo impone. Está de por medio la reparación integral, dado que sólo sería parcial si dejara afuera los daños morales.

En contraposición, aquellos que señalan que la reparación del daño moral genera inseguridad jurídica, la sustentan en la falta de certeza de la cuantía de la indemnización, la inconmensurabilidad de la paz, el espíritu, los sentimientos, etc. La imposibilidad de controlar esto podría generar arbitrariedades y subjetividades, pues se manifiesta que es inmoral “poner precio al dolor”.

Sin duda, ambas posiciones son plenamente válidas; no obstante, compartimos el criterio de que se debe propender a una sanción reparadora del daño moral, que sea plenamente probado y acreditado en el proceso, como cabría exigirlo respecto de cualquier otra pretensión; y en virtud de ello, la necesidad imperiosa de que la cuantificación de la indemnización tenga límites y por tanto sea también probada. Para ello es necesario analizar aunque sea brevemente ciertos lineamientos particulares en relación a los presupuestos de la responsabilidad que son específicos al daño moral y que son estudiados con claridad y detenimiento por Jorge Mosset Iturraspe¹¹³, lo cual nos permitirá tener pautas concretas sobre los elementos que configuran el daño moral en relación a su posibilidad de reparación y determinación posterior de los medios de prueba idóneos, analizando –objeto central del presente trabajo- si el juramento deferido o decisorio constituye prueba plena del daño o su cuantificación.

2.1.1. La autoría, acción u omisión del agente.

La autoría constituye el primer presupuesto de la responsabilidad, y plantea cuestiones de trascendental análisis respecto de las posibilidades de reparación en casos como la autoría involuntaria o la responsabilidad indirecta. Se cuestiona si el

¹¹² Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, 142.

¹¹³ *Ibidem*, 143.

autor involuntario de un comportamiento dañoso debe reparar el daño moral causado; y por otra parte si quien no es el autor pero sí el responsable indirecto, está en la obligación de repararlo.

Se debe aclarar que el primer caso se parte del presupuesto de que el perjuicio moral no tiene como contrapartida el enriquecimiento del victimario; no obstante, la posibilidad de disponer un resarcimiento no debe estar limitada meramente a los daños patrimoniales. Puede ser que en virtud del principio de equidad, el juez –en virtud de la situación personal de la víctima- disponga la indemnización por daño moral; por lo tanto, también será posible que el autor involuntario de un hecho sea responsable de reparar el daño moral, siempre analizando el contexto de la situación de la víctima.

En cuanto a la responsabilidad indirecta, tomando en cuenta el criterio anterior, es necesario determinar que también será responsable, es decir “le alcanza el deber de resarcir”. Mosset Iturraspe aclara con acierto este presupuesto: “para la víctima tanto da que el responsable sea el autor, como la persona que ha creado el riesgo, [...] Ya lo decía Minozzi. “Pretender que el principio de la satisfacción pecuniaria rija sólo como consecuencia de la ejecución material de un hecho dañoso, significa atribuir al daño no patrimonial un carácter de venganza que no tiene”.

2.1.2. El hecho dañoso, la antijuridicidad

Sobre la configuración del acto ilícito y el daño moral, se han hecho importantes análisis en el ámbito de la responsabilidad por daños. El acto ilícito es la violación al deber de no dañar a las personas “en sí mismas o en sus bienes”¹¹⁴, pero se ha dicho que para originar responsabilidad al agente del daño causado, este daño debe ser resultado de un obrar antijurídico.

La antijuridicidad es precisamente el segundo presupuesto de la responsabilidad y plantea importantes inquietudes también analizadas por Carlos Fernández Sessarego¹¹⁵. Señala que en el sector de la doctrina que hace girar a la responsabilidad civil en torno a la culpa del agente –y no al daño causado a la víctima- se estima que el daño es resultado de una conducta antijurídica. No obstante indica que frente a dichos planteamientos, autores como Busnelli, Visintini o

¹¹⁴ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, 156.

¹¹⁵ Carlos Fernández Sessarego, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, 17.

Pantaleón Pruelo, han descartado que en la responsabilidad civil exista un momento de “antijuridicidad”; pues desde su punto de vista, es suficiente la presencia de un daño y de ciertos criterios de imputación justos.

Se ha dicho entonces que lo injusto sería lo equivalente a lo “antijurídico”, no obstante compartimos el criterio del autor de que lo injusto es lo jurídicamente prohibido, o en sus palabras: “lo injusto es, como lo hemos apuntado, el elemento negativo de lo jurídico, si es que consideramos que el incumplimiento del deber y la sanción son maneras de ser de lo jurídico”.

Consideramos entonces que de acuerdo a las nuevas apreciaciones de la doctrina, la responsabilidad civil supone el deber que pesa sobre la persona de reparar el daño injusto ocasionado a otra. Asimilando lo injusto a lo antijurídico, la antijuridicidad vendría a ser la “contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad, (...) supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento (...) importa un obrar violatorio, sería la conducta transgresora de la norma en la medida en que no hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño)”¹¹⁶.

Según esta nueva concepción, no cabe sostener que la simple transgresión al ordenamiento jurídico o la violación del deber de no dañar al otro configuren la categoría de lo “antijurídico”; ahora existen casos de resarcimiento sin la característica o el presupuesto de la antijuridicidad, pues hay casos de reparación de las consecuencias del daño proviniendo éste de un acto justo y lícito¹¹⁷.

2.1.3. La imputabilidad

La imputabilidad o atribución como presupuesto de la responsabilidad, con base en factores objetivos o subjetivos, también ofrece importantes ideas en lo

¹¹⁶ Alberto J. Bueres, *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta*, en el libro homenaje a Jorge Mosset Iturraspe titulado *Derecho de Daños*, (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1989), 160.

¹¹⁷ De ahí que se ha manifestado lo siguiente: De otro lado, se sostiene que “la antijuridicidad” importa un “obrar violatorio del alterum non laedere”. Desde nuestra perspectiva, el “no dañar a otro” en el ejercicio de un derecho subjetivo supone un deber genérico que, como tal, aparece en todo derecho subjetivo al lado de los deberes que son propios de cada uno de dichos derechos. Precisamente, la noción contemporánea de “situación jurídica subjetiva”- que significa, como bien sabemos, que cada derecho conlleva un deber y que todo deber supone un derecho - permite comprender como el deber genérico de alterum non laedere integra el concepto de lo jurídico, desde que significa el “incumplimiento de un deber”. De ahí que, si se daña a otro, vulnerándose un interés existencial o un derecho subjetivo, la conducta del agresor es jurídica bajo el signo negativo del “incumplimiento de un deber”. (...) En síntesis, es jurídico tanto lo permitido, justo, lícito, como lo prohibido, injusto, ilícito. Todas estas situaciones son jurídicas, integran el derecho. Ninguna de ellas son materia de estudio de otra disciplina del saber humano. Cfr. Carlos Fernández Sessarego, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*.

atinente al daño moral, específicamente en la diferenciación del factor subjetivo de atribución (dolo, malicia, mera culpa, negligencia o impericia y sus consecuencias), así como si corresponde o no admitir el daño moral en la responsabilidad objetiva o sin culpa como en los casos de actividades de riesgo o de peligro, daño ejercido del ejercicio abusivo de un derecho, etc.

Las nuevas corrientes doctrinarias, ya citadas¹¹⁸, han puesto fin a las cuestiones limitativas respecto del daño moral y han definido mayoritariamente que la indemnización procede en todo ámbito de la responsabilidad civil, sin exclusión de zonas o campos. Mosset Iturraspe, lo analiza con mayor amplitud en su obra¹¹⁹ cuando hace referencia a las recomendaciones realizadas por los asistentes a las *VII Jornadas de Derecho Civil* de 1979, en las que se determinó que el daño moral es indemnizable plenamente cualquiera sea el factor de atribución que justifique la obligación de resarcir, sobre la base de que son reparables los daños morales originados en el riesgo de la cosa.

2.1.4. Relación de causalidad

Finalmente, la exigencia de una relación de causalidad adecuada entre el hecho “antijurídico” y el daño, constituye otro de los presupuestos de la responsabilidad civil, que en lo atinente al daño moral han generado también intensas discusiones. La existencia del nexo causal –o relación de causalidad- entre la actividad del sujeto –acción u omisión- y el resultado dañoso ha constituido por muchos años una exigencia de cumplimiento obligatorio para el nacimiento de la responsabilidad civil y por tanto para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria. Efectivamente, si no existe nexo causal, no se podrá exigir ninguna compensación al agente que causa el daño; pero una vez que se demuestre su existencia, será necesario también determinar si esta causa o nexo genera responsabilidad civil.

El nexo causal entre la conducta del agente y el daño cuya indemnización se reclama, debe ser probado con certeza, pues como ya hemos mencionado, la indemnización por daños sólo procede cuando existe convicción en la prueba del nexo causal. No obstante, esta puede ser tarea difícil, por la dificultad de analizar a posterioridad cómo ocurrieron determinados hechos; adicionalmente, es necesario

¹¹⁸ Ver supra nota al pie 114, autores citados por Carlos Fernández Sessarego.

¹¹⁹ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, 147.

tomar en cuenta que en todos los casos es la víctima quien tiene la obligación de demostrar que la conducta es la causa del hecho dañoso.

Existen problemas relacionados con la causalidad, en los casos en los que existe incertidumbre para la determinación del nexo causal, pero dada la delicadeza de la generación de una indemnización, siempre será necesaria su acreditación. En nuestro país, lamentablemente esta certeza en la demostración del nexo causal no ha sido respetada, pues –tal como analizaremos con algunos casos más adelante- se han concedido cuantiosas indemnizaciones por daño moral, sin que la relación de causalidad haya quedado acreditada con la certeza exigida, valiéndose de medios probatorios totalmente impertinentes e inconducentes. Consideramos que las pretensiones indemnizatorias por falta de certeza en la prueba del nexo causal deben ser desestimadas de plano, pues es evidente que se puede generar una grave inseguridad jurídica como se ha dado efectivamente en nuestro país¹²⁰.

2.2. La prueba del daño moral

Tal como se ha indicado, no es fácil determinar exactamente cuál es la prueba idónea que permita acreditar la existencia del daño moral, y el cumplimiento, en la medida de lo posible, de todos y cada uno de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando nos detenemos en el análisis de la valoración y prueba del daño moral, es menester analizar dos presupuestos: en primer lugar la existencia del perjuicio moral y en segundo lugar, la determinación del monto para la indemnización o reparación del mismo.

Por esta razón, la prueba de la existencia del daño moral es la primera fase – de cumplimiento obligatorio- en un proceso judicial; el objetivo primordial de esta fase será lograr en el juzgador la convicción plena y cierta de la vulneración a un interés extrapatrimonial de la persona. La actividad procesal de las partes es fundamental en esta etapa del proceso, pues el actor tiene una carga procesal importante ya que deberá reunir la mayor cantidad de elementos probatorios que

¹²⁰ Precisamente, en relación a la incertidumbre en la prueba del nexo causal en algunos casos, la doctrina y jurisprudencia españolas han desarrollado la teoría de la pérdida de oportunidad que se plantea en aquellas situaciones de incertidumbre causal en las que no se puede demostrar que el comportamiento ilícito haya provocado directamente el daño, pero sí se tiene la certeza de que ha afectado de alguna manera a la víctima o perjudicado. Esta teoría permite conceder indemnizaciones acomodadas a la contribución causal que ha tenido el agente en la producción de un daño. Véase en este sentido L. Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, (s/c: Thomson Civitas, 2007), 283.

cumplan con los requisitos de eficacia y validez analizados en el segundo capítulo del presente trabajo.

La prueba de la existencia del daño moral es indispensable, pues lleva al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias que en el proceso son controvertidos, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 158 del COGEP. Precisamente, en cuanto a su admisibilidad, el art. 160 del mismo cuerpo legal determina que la prueba deberá reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y su práctica se hará según lo establecido en la ley, con lealtad y veracidad. Esto establece que una vez constatada la existencia del perjuicio o agravio moral a través de los medios de prueba, el juez está en la obligación de valorar su contenido, sus repercusiones a la persona y la magnitud de la afectación.

En aplicación de lo dispuesto por el art. 164 del COGEP, el juez debe valorar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que hayan sido el sustento de su decisión. Sin lugar a dudas, en la valoración de la prueba de la existencia del daño moral, es muy difícil que exista una estimación objetiva del daño, pues se deja al arbitrio del juez la determinación de la gravedad y por ende el establecimiento del monto del perjuicio; esto genera en primer lugar una falta de unificación en los montos indemnizatorios, y por otro, arbitrariedades y abusos en lo atinente a la prueba y a la determinación del monto, lo cual podría subsanarse con el establecimiento de baremos¹²¹ legales o formulas de valoración de pruebas y cuantificación de daños que propendan a la igualdad en el trato a todos los ciudadanos. Efectivamente, nosotros consideramos que en nuestro país la práctica procesal debería propender a la creación de baremos o parámetros para la evaluación del daño moral, que permitan evitar arbitrariedades al momento de la determinación del monto indemnizatorio, lo cual permitirá lograr mayor certeza jurídica y será sin

¹²¹ De acuerdo a lo que indica el diccionario de la Real Academia de la Lengua, un baremo es una lista, un repertorio de tarifas que permiten evaluar los daños derivados de accidentes, enfermedades, méritos personales, etc. En España, desde la incorporación del sistema de valoración de daños, mediante Ley 30/1995, el baremo ha constituido un intento de solución al problema de la cuantificación económica del daño corporal, no obstante la decisión de establecer estas tarifas para la indemnización de un determinado daño, supone un intento de objetivación de la valoración de los daños, que no se aleja del cometimiento de arbitrariedades y errores. Sin embargo, este intento de regular exacta y objetivamente la indemnización por daños para cada caso individual tiene sentido cuando se pretende regular la posibilidad de evitar enriquecimientos injustos. La discusión sobre si los baremos aplican para la cuantificación de la indemnización por daño moral, es amplia, pero valdría la pena que sea analizada como un límite al abuso del derecho en los casos de indemnizaciones millonarias por daño moral, especialmente en lo atinente al derecho a la honra.

dudas garantía del cumplimiento del principio de igualdad consagrado en la Constitución; pues para casos similares los jueces podrán fallar otorgando indemnizaciones similares.

La segunda fase en la prueba del proceso de daños, una vez que ha sido probado el agravio moral, es la determinación del monto indemnizatorio, respecto de la cual, en la medida de lo posible –atendiendo a cada caso en particular-, será necesaria prueba de su estimación. En nuestro país esto se ha dejado al arbitrio de los jueces, lo cual como ya analizamos resulta en extremo riesgoso para la certeza y seguridad jurídica.

Un estudio adecuado sobre la importancia de la prueba del daño moral, debe recoger dos ámbitos importantes y complementarios entre sí respecto de la carga de la prueba; por una parte el ámbito subjetivo, es decir que el ordenamiento determine cuál de las partes tiene la carga procesal de probar; y por otra, el aspecto objetivo, o en otras palabras la determinación clara y precisa de aquello que se debe probar, lo cual estaría enmarcado precisamente en los presupuestos de la responsabilidad civil analizados en párrafos anteriores en el presente capítulo. Este segundo aspecto o ámbito constituye la materia de fondo o sustancial en un proceso por daños –específicamente en el daño moral-, pues determinará el derecho del reclamante a ser indemnizado por los perjuicios.

En ese sentido, quien debe probar es la persona que alega el agravio y solicita su reparación, en este caso el actor, quien ejercerá la acción civil y será el encargado –en un proceso por daño moral- de acreditar la existencia del daño, perjuicio, vulneración, así como cada uno de sus elementos esenciales. Es precisamente el actor quien se encuentra en condiciones procesales y materiales de ofrecer al juzgador la prueba necesaria e indispensable para sustentar su pretensión; pero así mismo el demandado tiene una carga importante en el contrapeso de la pretensión por daño moral, pues será el llamado a probar su inexistencia o su atenuación.

Respecto al contenido de la prueba del daño moral, es necesario considerar que aunque no existen parámetros claros establecidos en la legislación que permitan dilucidar cuáles son los medios de prueba idóneos –porque cada caso particular es distinto-, no es menos cierto que existen ciertos lineamientos ya analizados en el presente trabajo, que nos permitirán establecer –atendiendo a las particularidades de cada caso- los parámetros para el establecimiento de la existencia de un daño real y efectivo que de paso a una indemnización por concepto de reparación.

Así, consideramos que, en cuanto a la prueba:

a. No es suficiente con la sola acreditación de la acción antijurídica o del hecho dañoso, pues pese a que constituye uno de los presupuestos más importantes de la responsabilidad, no prueba como tal el daño moral en sí mismo. Será necesario probar también las circunstancias particulares que rodean a la víctima –a manera de baremos- que permitirán determinar los elementos para la estimación del monto resarcitorio, pues un mismo hecho dañoso, puede producir distinta afectación a dos personas; por ejemplo en los casos de violación del derecho a la honra, no es lo mismo una afectación a una figura pública que a una persona “común y corriente”.

b. Tampoco basta con la sola prueba de una simple aflicción, afectación o molestia, para que el juzgador pueda determinar la existencia de un perjuicio o agravio moral, esto debido a que las aflicciones, dolor o molestias son propias del ser humano, en los distintos aspectos de su vida. La existencia de aflicción no es necesariamente la prueba idónea del agravio moral, pues constituye una exteriorización de un estado propio de la persona; la reacción del ser humano a distintas circunstancias difiere de un caso a otro, por lo que a un mismo hecho dañoso pueden presentarse distintos estados psicológicos, dependiendo de la persona; en tal virtud aquí será necesaria la sana crítica del juzgador, quien atendiendo a la persona, sus circunstancias, en suma, a cada caso en particular, podrá determinar un monto resarcitorio justo.

c. Es necesaria también la prueba de que el actor es el titular legítimo del interés o derecho extrapatrimonial vulnerado, pues simples afecciones indirectas o amenazas de vulneración no son suficientes.

d. Los hechos materiales, reales, concretos y perceptibles a través de los sentidos son el objeto de la prueba del daño moral, por esta razón el actor puede recurrir a cualquiera de los medios de prueba que establece la ley para acreditar el hecho dañoso. Esto difiere del siguiente aspecto, que por el contrario puede no ser tarea fácil.

e. Sin duda lo más difícil es demostrar el interés extrapatrimonial. En estos casos, la labor de la víctima se complica pues la acreditación de la lesión, vulneración o menoscabo a sus derechos -cuyo resarcimiento busca- debe propender a demostrar que existió un antes y un después al hecho dañoso; para ello consideramos también que es posible la utilización de todos los medios probatorios que la ley franquea, con ciertas salvedades que analizaremos a continuación.

El asunto de la prueba del daño moral es complejo y reviste ciertas particularidades, que en muchos casos son analizadas únicamente en casos concretos, y regulados por la jurisprudencia. Efectivamente, en ese sentido se ha pronunciado la Corte Nacional de Justicia¹²², en relación a la prueba y valoración del daño moral cuando ha manifestado que al considerarse el daño moral como un “menoscabo a intereses no patrimoniales que debe considerar tanto la naturaleza del interés lesionado cuanto el bien jurídico protegido”; también ha indicado que el dolor, la angustia, la aflicción física, la aflicción espiritual, la humillación o los padecimientos emocionales, que son estados del espíritu, son una consecuencia del daño, que se presenta por la privación de un bien jurídico protegido, sobre el cual “el humillado tiene un interés también reconocido jurídicamente, por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima”.

Para el análisis de la prueba y la cuantificación de la indemnización, la jurisprudencia ha determinado que deberá valorarse si la actividad dañosa “ha provocado, ha sido causa, de un detrimento atribuible al autor: para ello mensura, mide, constata, de que medios económicos ha sido privado, o ha dejado de obtener el damnificado, y en un función de ello se liquida el perjuicio.”; pues cuando se trata de daño moral, se busca resarcir el ataque a un derecho subjetivo de la persona que a diferencia de los derechos patrimoniales, no tiene por objeto bienes susceptibles de ser cuantificados “en más o en menos”.

Concluye en el caso citado que el honor, la intimidad y la imagen, la vida o la salud, entre otros, son precisamente intangibles pues todos se atribuyen a la personalidad del sujeto y son “irrescindibles de él”, por ello el daño moral no se mide solo, ni se establece por sus repercusiones, se estima en razón del interés no patrimonial lesionado. Por eso insisten en la distinta connotación que tiene la liquidación de daños patrimoniales frente a la estimación del daño moral, pues “a diferencia del daño patrimonial que repone medios económicos o que computa los que debieron acrecer el patrimonio del damnificado de no acaecer el evento daños”, el resarcimiento del daño moral constituye además de satisfacción para la víctima, “un modo de reparación debido a ella por el menoscabo que sufre socialmente en razón del ataque mismo”.

¹²² Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2735, 2 de septiembre de 2009.

También se ha señalado respecto del daño moral, que éste de acuerdo a lo determinado por los arts. 2214 y 2232 del Código Civil, tiene por finalidad el resarcimiento pecuniario de quien sufre un agravio, y la reparación o indemnización corresponde hacerlo a quien lo ocasionó. Citando doctrina y jurisprudencia en la materia, resumen los elementos del daño moral y de la acción, a decir:

1) Daño moral es el que proviene de toda acción u omisión que lesiona los sentimientos, afecciones, las facultades espirituales o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana. 2) La acción de indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal; es decir no existe esta prejudicialidad. 3) El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración objetiva de la acción u omisión antijurídica que lo provoca. 4) El daño moral se ubica en el campo de la responsabilidad civil. 5) La acción civil por daño moral es contenciosa y declarativa; se debe sustanciar por la vía ordinaria. 6) La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad (...).¹²³

Finalmente, la Corte Nacional ha indicado que para que exista el daño moral, no es necesaria la prueba del “sufrimiento humano”, pues en muchos casos es imposible o sumamente difícil de probar; en algunos casos el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, por ello indica que no requiere de una prueba directa de su existencia. Se concluye que el padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca “y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica; la prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable”.¹²⁴

Como puede apreciarse, es difícil para el juzgador determinar cuál es la prueba idónea, e incluso si procede prueba del derecho vulnerado, del interés extrapatrimonial. En el fallo ya citado en el juicio iniciado por el ex presidente de la república Rafael Correa, se señala que no se requiere una prueba directa de la existencia del daño resarcible pues el padecimiento se tiene por *supuesto* por el hecho dañoso-antijurídico que lo provoca y por tanto determina que es suficiente la

¹²³ Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0242-2010, de 28 de abril de 2010, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0946-2009, Correa Delgado Rafael contra Banco Pichincha C.A.

¹²⁴ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002.

valoración objetiva de la acción antijurídica; concluyendo que la prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado. Nada más alejado de la verdadera naturaleza de lo que debe constituir la prueba del daño moral, pues tal como analizamos la acreditación de la afectación o menoscabo a los derechos extrapatrimoniales de la persona, debe obligatoriamente demostrar que existió un “antes y un después” en la persona al momento de la perpetración del hecho dañoso, en el caso citado en la jurisprudencia, el actor tenía la obligación de demostrar también cómo los hechos probados lo afectaron en su moral, mancillaron su honor y “buen nombre”, a través de cualquiera de los medios que franquea la ley, no limitándose meramente a adjuntar copias de recortes de periódicos que demuestran la difusión del acto ilícito, sino acreditando cómo esto lo afectó como persona, como ser humano; más aún para justificar su pretensión de ser indemnizado por cinco millones de dólares.

3. ¿Cabe prueba del monto del perjuicio?

Tal como se analizó anteriormente, y conforme a las citas jurisprudenciales realizadas, podemos determinar que en lo que respecta a la valoración, pero sobre todo a la cuantificación del daño moral, se ha dejado a criterio de los jueces esta ardua tarea, quienes –el algunos casos- con aciertos y desaciertos han definido las características esenciales del daño moral y su valoración. Lo difícil, aun en el caso de que la valoración de la prueba de la existencia del daño sea adecuada, constituye precisamente la segunda fase de la cual hablamos anteriormente, esto es la valoración y posterior determinación de la cuantificación del monto resarcitorio; no obstante, tal como bien lo señala Carlos Alberto Ghersi¹²⁵, la jurisprudencia también ha fijado pautas para la determinación de la extensión del resarcimiento y la cuantía indemnizatoria, lo cual consideramos muy oportuno tomando en cuenta la subjetividad con la que se ha actuado en algunos casos como el citado, y los que analizaremos en relación a la aplicación del juramento deferido o decisorio como medio de prueba del daño moral.

Así, Ghersi resume lo que constituirían los mejores aportes de la jurisprudencia argentina en torno a este asunto:

¹²⁵ Carlos Alberto Ghersi, *Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico*, 141.

a. Se deberá considerar que la reparación del daño moral no puede ni debe guardar proporción con la reparación del daño material, porque en esencia depende de la condición particular y la integralidad de la víctima para determinar el monto de la indemnización. Su reparación debe determinarse ponderando especialmente “la índole de los sufrimientos de quien lo padece y no mediante una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama”.

b. La valuación del daño moral no está sujeta a cánones estrictos, corresponde al juzgador establecer el quantum indemnizatorio tomando en cuenta su función reparadora y resarcitoria, el principio de reparación integral, la gravedad de la lesión sufrida y el hecho dañoso generador de la responsabilidad. En consecuencia, también corresponderá al actor la prueba de cada uno de estos presupuestos.

c. Para su cuantificación no es necesario recurrir a cálculos puramente matemáticos, deben tenerse en cuenta las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, los padecimientos que ocasionaron el agravio o sufrimiento y las secuelas que lo afectan. Valorar el daño es, en definitiva, una tarea importante —y difícil— para el juzgador, de indagar sobre la cualidad del interés personal lesionado, lo cual es una labor en extremo difícil si se analiza que en la reparación integral -en la que por regla general se incluye la indemnización pecuniaria-, es obligatorio para el juez realizar una relación entre el padecimiento psíquico o espiritual y la suma monetaria, dado que éstos no tienen una exacta traducción económica y sin contar que en muchas ocasiones las perturbaciones psíquicas, sentimentales y anímicas quedan en el fuero interno de las personas. Por ello la cuantificación del daño moral, al depender del criterio personal del juzgador sometido a las reglas de la sana crítica, debe ser prudente, razonable pero sobre todo equitativa y justa.

Esto no obsta a que las partes —de manera especial el actor que busca el resarcimiento- proporcionen de los medios probatorios necesarios para facilitar esta tarea al juzgador, pues la estimación prudencial no autoriza al juez a prescindir de las reglas y principios vigentes en cuanto a la admisibilidad y valoración de la prueba, así como otros principios procesales como el de congruencia. Al respecto Rivera, Giatti y Alonso¹²⁶ manifiestan:

El principio de congruencia, se ha dicho, constituye la columna vertebral del dispositivismo del proceso, en la medida en que liga al juez a las pretensiones que se

¹²⁶ Juan Ignacio Alonso, Gustavo Giatti, Julio César Rivera, *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, 385.

debaten en aquél. En efecto, son las partes quienes determinan el *thema decidendum*, debiendo el órgano judicial limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquéllas, e incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado.

En este sentido, el monto reclamado fija el máximo que por tal daño podría concederse al damnificado, pues no es sino la víctima quien está en la capacidad de apreciar cuánto es necesario para satisfacer el daño moral sufrido, con sus excepciones claro está, pues podría darse el caso que durante el curso del proceso pueda probarse que las circunstancias del hecho dañoso han incrementado el sufrimiento del perjudicado.

Por ello, para establecer la cuantía o el monto del perjuicio, deberá tomarse en cuenta tres aspectos importantes: 1) el carácter reparador de la indemnización; 2) la gravedad del hecho; y 3) los padecimientos soportados por el afectado¹²⁷. Y sobre estos aspectos no cabe duda que es posible aportar prueba, pues en el caso de la gravedad del hecho puede determinarse la repercusión en el ámbito familiar, personal y subjetivo de la víctima analizando su personalidad, estado psicológico, etc.

Lamentablemente, estos parámetros no fueron analizados ni considerados por la Corte Nacional de Justicia en el juicio que por daño moral inició el ex presidente de la República Rafael Correa, contra el Banco Pichincha C.A.¹²⁸, pues determinó que al “no ser necesaria” la prueba expresa para la estimación de la existencia del daño moral, queda a su exclusiva prudencia la determinación del monto indemnizatorio, tal como vemos a continuación:

Aunque con diferente argumento los dos recurrentes concuerdan en impugnar la forma cómo el Tribunal ad quem ha fijado el monto de la reparación por daño moral. Este monto indemnizatorio está íntimamente ligado a la naturaleza del derecho protegido, que es por completo subjetivo. Para la existencia del daño moral, no es necesaria la prueba del sufrimiento humano, así se ha expresado la doctrina y la jurisprudencia. “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, **es por su naturaleza innecesaria**, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma **y ni siquiera exige una demostración**: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo

¹²⁷ *Ibíd*em

¹²⁸ Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0242-2010, de 28 de abril de 2010, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0946-2009, Correa Delgado Rafael contra Banco Pichincha C.A.

provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable” (Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2295. Quito, 17 de abril de 2002). De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. El inciso tercero de la norma últimamente citada deja a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización, lo cual es perfectamente coherente con la naturaleza subjetiva del daño moral, por lo que cualquier método de cálculo del daño, por salarios básicos, impuesto a la renta, indexación por índice de precios, etc., que son propias para fijar indemnizaciones de daños y perjuicios materiales u objetivos, que no se han demandado en este juicio, y que por tanto no deben aplicarse. (Lo subrayado me pertenece).

Efectivamente, en una primera instancia se establece correctamente cómo no se puede determinar el monto de la indemnización –equiparándolo a la apreciación o valoración de prueba para la fijación de la indemnización por daños materiales-, por tanto definiendo la prueba que no sería idónea, pertinente y conducente para tal acreditación. No obstante, la Sala comete un grave error al no analizar ningún elemento probatorio o fáctico aportado al proceso que indique cómo llega a establecer a su libre apreciación el daño moral causado y por ende, el monto de la indemnización:

De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil. En la especie, es claro que al registrar en la central de riesgos al actor, y mantener ese registro a pesar de no tener los documentos que respaldaban la obligación, se comete un acto antijurídico, que produce daño al afectado, más aún cuando esta información se ha difundido por parte de los medios de comunicación mancillando el honor, el derecho al buen nombre, desprestigiándolo, considerando además que éste había recurrido por distintos medios, tanto a la entidad que mantiene el registro, cuanto al organismo de control sin que se le haya atendido a su pedido, esto es, la demostración de la obligación y de no existir aquella, el retiro inmediato del registro de la central de riesgos. Con la sentencia analizada en líneas anteriores, existe certeza de la inexistencia de la obligación que motivó el mantenimiento indebido en la central de riesgos.- (...) 8.5.- Identificado como ha sido el hecho antijurídico, el padecimiento se tiene por supuesto y es suficiente la valoración objetiva, como se ha estudiado extensa y detenidamente en el presente caso, razón por la cual, procede la reparación porque el actor ha sufrido daño moral que debe ser indemnizado por quien lo causó.- 8.6.- Sobre el monto de la indemnización, es obvio que por no tratarse de daños y perjuicios materiales, la cuantificación del daño moral y la equivalencia entre el daño y la reparación, tienen una especificidad propia. El tratadista Dr. Enrique V. Galli explica que “es exacto que resulta difícil encontrar

reparación adecuada al agravio moral. La indemnización en dinero con que se consuma la reparación, no conforma como equivalente del sufrimiento moral, pero la imposibilidad de lograr una reparación perfecta, no justifica que no se acuerde ninguna. Aunque incompleta y relativa, la resarcibilidad es siempre reparadora, y, en estas condiciones, preferible al desconocimiento del derecho”. (Dr. Enrique V. Galli. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo I, p. 606. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1954).- Nuestra legislación, en el Art. 2232 del Código Civil, reconoce la reparación en dinero, dejando a la prudencia del juzgador la determinación de su valor. La prudencia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de templanza, cautela, moderación, sensatez, buen juicio.- Por la motivación que antecede, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, casa el fallo dictado por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el 27 de julio del 2009, las 16h34, y en su lugar, atentas las circunstancias analizadas, y en uso de la facultad conferida por el inciso final del Art. 2232 del Código Civil, se fija la indemnización pecuniaria, a título de reparación, en seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América que deberá pagar el Banco Pichincha C.A., al Econ. Rafael Vicente Correa Delgado. Sin costas.- (...)

Esta errónea y arbitraria conclusión a la que llega la Sala de la Corte Nacional, sin dudas va en contra del criterio expuesto en el presente trabajo respecto de la prueba del daño moral y sobre la necesidad imperiosa de que se regule también, o se establezcan parámetros para la cuantificación de la indemnización por reparación. Basta analizar el caso en particular, referente a la cuantificación del daño moral en el caso de lesión al honor, la intimidad y la imagen, que también ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina, para concluir que bastaron tres líneas para sustentar la cuantificación del daño, lo que genera enorme inseguridad jurídica –tal como ha ocurrido en algunos casos- por la creciente ola de demandas por daño moral, con pretensiones y cuantías descabelladas.

Quizá por desconocimiento, nuestros tribunales no han considerado que en países como Perú, Argentina y México se ha estudiado con amplitud los aspectos necesarios para la cuantificación del daño moral especialmente en casos de lesión al honor, intimidad e imagen¹²⁹. Precisamente, la jurisprudencia comparada nos da cuenta de que la lesión al honor, intimidad e imagen, adquiere ribetes específicos en función de la naturaleza y características de los derechos afectados, especificándose

¹²⁹ Véase al respecto la obra de Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por Daños*, Carlos Alberto Gherzi, *Daño Moral y Psicológico*, Carmen Aida Domínguez Hidalgo, *El Daño Moral*, Ramón Daniel Pizarro, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición*; Juan Ignacio Alonso, Gustavo Giatti, Julio César Rivera, *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, entre otros.

que de cualquier forma, y en todos los casos, el punto de partida es el mismo: todo reclamo de indemnización por daño moral, no puede sustentarse “en una mera invocación genérica de tal perjuicio, sino que es menester que se especifique en qué consiste el mismo, es decir, cómo la conducta agravante incidió sobre la persona del damnificado”, concluyentemente: debe existir prueba del mismo¹³⁰.

Esto también nos permite determinar que el daño moral no sólo puede acreditarse mediante el empleo de pruebas directas, pues la certeza de su existencia y la cuantificación de su reparación constituyen juicios razonables que debe realizar el juzgador –tal como inicial y correctamente lo determina la jurisprudencia anteriormente citada- debido a que las manifestaciones del daño moral son del fuero interno del ser humano. Sin embargo, esto no significa que el daño se pueda presumir, pues de acuerdo a cada caso se puede dar la posibilidad de proporcionar prueba directa, esta es una labor importante que los abogados que patrocinamos este tipo de causas debemos cumplir. Ahora bien, respecto al quantum de la indemnización, es mayoritaria –por no decir absoluta- la posición de que se debe buscar un equilibrio, en el que la reparación del daño constituya un “disuasivo de conductas inescrupulosas”¹³¹ sin que implique dejar de lado también las circunstancias personales de la víctima como reclamante.

La indemnización por reparación del daño moral no debe ser un pretexto para enriquecer al reclamante, tampoco debe ser una compensación ínfima, sino más bien justa, pues en el caso de excesos, se podría convertir en una industria lucrativa, tal como en nuestro país aconteció en determinada época. Tampoco debe olvidarse que el sistema de responsabilidad civil, debe ser ejemplificador, propender a desalentar el cometimiento de conductas dañosas, crear la conciencia en el respecto al derecho del otro, al derecho a la persona y a las repercusiones en caso de su afectación.

Por lo anterior, citaremos los criterios aplicados por algunos países¹³² para determinar la cuantía de la indemnización por daño moral, particularmente para los

¹³⁰ Juan Ignacio Alonso, Gustavo Giatti, Julio César Rivera, *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, 386.

¹³¹ *Ibíd*em

¹³² Ver *supra*, nota al pie 127.

casos de la lesión al honor, injurias o al derecho a la intimidad¹³³:

a. En cuanto a la naturaleza de la ofensa, se ha indicado que la mera ocurrencia de la injuria no conlleva el desmedro de las afecciones legítimas de la víctima, por ejemplo, se debe considerar que “si lo afectado es el derecho al honor con motivo de una publicación periodística, en la fijación de la indemnización deben tenerse en cuenta la deformación del hecho y la gravedad de las imputaciones”¹³⁴. Esto es un aspecto que la Sala de la Corte Nacional no analizó al momento de fijar el monto de la indemnización a favor de Rafael Correa.

b. Respecto al prestigio de la víctima –como en el caso particular analizado su posición como presidente de la República-; la magnitud del daño causado al actor por la difusión de determinada noticia, debe valorarse en relación a los antecedentes personales del afectado, pues “la lesión a la integridad moral, a la honorabilidad, a la reputación personal y profesional es tanto más agravante cuanto mayor son el desempeño y la dedicación puestos por la víctima en la adquisición y desarrollo de esas cualidades”¹³⁵.

c. La cuantificación por daño moral debe atender a las circunstancias personales del damnificado por su carácter de resarcitorio; la apreciación del daño es un análisis que debe realizarse atendiendo a la realidad de la víctima, bajo la óptica del “hombre medio, común y corriente”. Para el caso del presidente de la República, en su caso en particular, debe considerarse que por el cargo que ostenta, se encuentra habituado a recibir en algunos casos, improprios, críticas que provienen de distintas opiniones y de sus propios detractores –más aún cuando en el caso particular al momento de ocurridos los agravios ostentaba el cargo de Ministro de Economía-¹³⁶.

¹³³ Considerando que éstos no son los únicos casos que conllevan daño moral, por la acepción significativa del derecho a la persona, los analizaremos ejemplificativamente, no exclusivamente, conscientes de la existencia de un sinnúmero de casos lesivos a los derechos.

¹³⁴ Juan Ignacio Alonso, Gustavo Giatti, Julio César Rivera, *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen*, 388, citando jurisprudencia argentina CNCiv., Sala A, 4 de julio de 2003, “Camerlinckx, Pablo J. c/Arte Gráfico Editorial Argentino S. A.”, J. A. 2003-IV-416.

¹³⁵ *Ibidem*, citando jurisprudencia argentina. TSJ ad hoc de Córdoba, 28 de febrero de 1999, “Gravier Tagle, C. c/Roberto Lous- tau Bidaut y otros s/Ordinario”.

¹³⁶ Citamos como un ejemplo la parte pertinente de una sentencia referente al ex presidente de la República Argentina, Carlos Menem: “En otro conocido caso, el semanario Noticias había difundido sin autorización una serie de notas periodísticas e imágenes fotográficas sobre una presunta paternidad extramatrimonial del presidente de la República y el estado anímico de su ex cónyuge respecto de tal situación. El afectado promovió acción de daños y perjuicios contra Editorial Perfil con sustento en el artículo 1071 bis del Código Civil. El juez de primera instancia re- chazó la demanda. La Cámara

d. El nivel de difusión de la noticia es otro importante aspecto que debe analizarse, pues la intensidad de la divulgación del hecho dañoso será uno de los parámetros que debe considerar el juzgador para la cuantificación del monto indemnizatorio. Para ponderar el daño moral se debe tener en consideración el medio a través del cual se propalan las noticias, opiniones dañosas, injurias, etc.; considerando si éste tiene mayor o menor difusión.

e. Como otro elemento de trascendental importancia, debe definirse al carácter reparatorio de la indemnización, el resarcimiento que obtenga la víctima o perjudicado como reparación al perjuicio causado, debe atenuar la situación o agravio padecido con alguna forma de compensación, sea esta económica o ejemplificativa –como en el caso de las disculpas públicas, etc.-. Esta atenuación no debe constituir un acrecimiento desmedido del patrimonio de la víctima, total y radicalmente distinto a la situación que ostentaba previo a la ocurrencia del hecho dañoso. En conclusión, la indemnización debe alcanzar una “satisfacción compensatoria”, “resarcir el daño ocasionado sin crear una fuente de indebido lucro”.¹³⁷

f. Finalmente, el rol más importante que debe cumplir la indemnización por daño moral, es ser un *desaliento* a las conductas lesivas. Es necesario promover soluciones que induzcan a las personas a la adopción de mecanismos tendientes a la prevención del cometimiento de actos dañosos. Aunque no es tarea fácil y requerirá tiempo y sobre todo regulación legal y unificación jurisprudencial, la idea es evitar que indemnizaciones ínfimas o bajas promuevan conductas negligentes y por otra parte que montos muy altos generen codicia y hagan excesivamente costoso el aseguramiento de los derechos de las personas.

Sin lugar a dudas todos estos aspectos son de obligatoria observancia para el juzgador, pero que a su vez buscan ser los lineamientos básicos que los litigantes deben seguir para probar adecuadamente el daño moral así como aproximar al juez a la consideración justa del monto económico que forme parte de la reparación, sin

revocó tal resolución. Concedido el recurso extraordinario, la Corte Suprema confirmó la atribución de responsabilidad, pero redujo el monto de la condena por daño moral en razón del carácter público de la personalidad y su mayor exposición mediática”. *Ibidem*, citando jurisprudencia argentina. CSJN, 25 de septiembre de 2001, “Menem, Carlos S. c/Editorial Perfil S. A. y otros”, L. L. 2001-E-723.

¹³⁷ *Ibidem*

perjuicio de que consideramos también que otras formas de reparación, no únicamente la económica tienen relevante importancia en la reparación integral.

4. ¿Cabe el juramento deferido como medio probatorio en los juicios de daño moral?

En la oralidad y el sistema por audiencias implementados por el COGEP, el anuncio y debate probatorio es de vital importancia y constituye un momento crucial dentro de la audiencia preliminar o audiencia de juicio ya que: 1) las partes anuncian oralmente los medios de prueba que ya fueron anunciados por escrito en los actos de proposición, no pueden agregarse otros más; 2) se debate sobre la admisibilidad de cada uno de ellos y; 3) el juez los admitirá o rechazará.¹³⁸

La forma en que el juez resolverá sobre la admisión o inadmisión de cada uno de los medios de prueba, es una decisión que tiene que adoptarla en su calidad de director del proceso. Así, puede disponer que después de que cada parte anuncie un medio de prueba, inmediatamente la otra pueda objetarla, resolviendo seguidamente si lo acepta o rechaza, pidiendo al secretario deje constancia de la resolución y de la impugnación a la resolución en caso de existir; o, por el contrario, puede disponer que la parte anuncie todos sus medios de prueba y que, luego de ello, la parte contraria objete en un solo acto todos ellos para, seguidamente, resolver. En todo caso, creemos que en aplicación del principio de simplificación y concentración procesales, el juez debería dejar constancia de sus resoluciones sobre la admisibilidad de cada uno de los medios de prueba y sus sendas impugnaciones, en un solo auto.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de admisibilidad, tal como lo analizamos en el segundo capítulo del presente trabajo¹³⁹, de acuerdo con COGEP, son admisibles únicamente los medios de prueba pertinentes, conducentes, útiles y necesarios. Además, para que el medio de prueba sea procedente y eficaz no deber haber sido obtenido con violación de la Constitución o de la ley, o por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno; o actuada sin oportunidad de

¹³⁸ Véase con mayor detenimiento el análisis sobre los procedimientos establecidos en el COGEP, las audiencias y la teoría del caso en Ernesto Guarderas Izquierdo, María Belén Cañas, Ricardo Hernández, *Código Orgánico General de Procesos, Manual Práctico y Analítico. Procedimientos, Audiencias y Teoría del Caso*, (Quito: Ediciones Legales, 2016).

¹³⁹ *Ibidem*, 68-74, se hace una referencia también a los requisitos de admisibilidad de la prueba establecidos en el COGEP.

contradicción.¹⁴⁰ Resulta estratégicamente importante, dentro de la planificación de la teoría del caso —en un juicio de daño moral por ejemplo, tema que nos ocupa—, que un litigante, en la audiencia preliminar logre que el juez admita el mayor número de pruebas anunciado en su acto de proposición, e inadmita el mayor número de pruebas anunciado por la contraparte en su acto de proposición. Para tal efecto, el abogado deberá ir suficientemente preparado para motivar en forma adecuada y convincente por qué el medio de prueba anunciado por su contraparte debe ser inadmitido, teniendo como base cualquiera de los requisitos arriba señalados, los cuales se encuentran precisados en el art. 160, definidos también en los arts. 161 al 163 y que se revisan a continuación¹⁴¹.

a) La pertinencia

Es la relación directa que debe existir entre el medio de prueba y el hecho investigado y controvertido en el proceso. El cumplimiento de este requisito busca que los medios de prueba anunciados tengan relación directa con las proposiciones fácticas que aún son objeto de discusión dentro del proceso, de ahí que, en la práctica, sirve para limitar el ejercicio abusivo de las partes procesales que usualmente los solicitaban sin que estos sean atinentes a los hechos controvertidos y con el único propósito de retardar el desarrollo de la causa. El art. 116 del Código de Procedimiento Civil de forma implícita establecía el requisito de pertinencia de los medios de prueba cuando señalaba que los mismos debían concretarse al asunto que se litigaba y a los hechos sometidos a juicio, es decir a los hechos controvertidos. Sin embargo, el COGEP establece de forma expresa este requisito de admisibilidad.

Para el caso de un juicio por daño moral, un medio de prueba pertinente debe tener relación estrecha con el hecho dañoso que se quiere probar, una publicación de un determinado artículo de prensa, el video de las declaraciones transmitidas por un determinado medio de comunicación, los correos electrónicos, documentos en general, son instrumentos que serían pertinentes para acreditar la existencia del hecho dañoso y el agravio ocasionado a la víctima que darían lugar posteriormente al derecho a ser indemnizado.

b) La conducencia

¹⁴⁰ COGEP art. 160

¹⁴¹ Estos conceptos han sido elaborados en base a los Arts. 160, 161, 162 y 163 del COGEP, a las definiciones de Hernando Devis Echandía, Eduardo Couture, Osvaldo Gozaini y Enrique Falcón.

Es la aptitud del contenido intrínseco y particular del medio probatorio para demostrar los hechos que se alegan en cada caso¹⁴², es decir, un medio de prueba puede ser pertinente pero no siempre conducente. Como la propia palabra lo dice, su práctica debe conducir al juzgador a encontrar una resolución a la controversia. Algunos autores identifican a la conducencia con la idoneidad de la prueba, lo cual trataremos más adelante.

En el caso del daño moral, un medio de prueba pertinente y conducente para la demostración de la existencia del hecho dañoso, podría ser la nota periodística, la historia clínica que determine la condición de salud, la pérdida de algún miembro superior o inferior producto del accidente, etc.

c) La idoneidad

Tal como lo mencionamos, algunos doctrinarios asemejan la idoneidad a la conducencia, indicando que es la aptitud de un medio de prueba para comprobar un determinado hecho *de acuerdo con la ley*. Por ejemplo, en cualquier caso, si pretendemos probar legalmente la existencia de un hijo reconocido, el único medio idóneo, por disposición de la ley, es su partida de nacimiento. No podemos probar tal afirmación con testigos, pues esta prueba no resultaría idónea y, por lo tanto, no sería conducente. Así también, en caso de que pretendamos probar la relación de filiación con un hijo no reconocido, el único medio de prueba idóneo, esto es conducente, es el examen de ácido desoxirribonucleico ADN. Finalmente, para justificar la existencia de un contrato de compraventa de un inmueble, el único medio de prueba idóneo y conducente es la escritura pública de compraventa, puesto que la ley exige esta solemnidad.

Para el caso del daño moral la situación es más compleja, pues recordemos que la prueba del hecho dañoso o del agravio por la dificultad que puede revestir para la víctima su obtención y producción, es más flexible. La ley no ha establecido medios idóneos para su prueba, por ello que en este caso la idoneidad sería relativa, y más bien la admisibilidad del medio probatorio debería estar determinada por su conducencia.

d) La utilidad

¹⁴² COGEP art. 161 primer inciso

El medio de prueba es útil cuando intenta probar o establecer un hecho controvertido, que aún no ha sido demostrado por otro medio de prueba pertinente y conducente.¹⁴³ Una prueba es inútil cuando sobra por ser redundante, y, por lo tanto, no presta ningún servicio al juzgador.

Así, el juramento deferido del propio actor para demostrar con su sola declaración la existencia del daño sería, a más de inconducente, inútil para probar el hecho dañoso, pues no establece por sí mismo el hecho controvertido y peor aún, sustenta la teoría del caso del actor.

e) La necesidad

Finalmente, la prueba innecesaria es aquella que pretende acreditar un hecho que no requiere ser probado. Efectivamente, hay sucesos o acontecimientos que no requieren ser traídos por medios probatorios, por ser evidentes, notorios y gozar de presunción legal.¹⁴⁴ Los hechos que no requieren ser probados, de acuerdo al art. 163 del COGEP, son:

- 1) Los afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvenición o los que se determinen como no controvertidos en la audiencia preliminar,
- 2) Los imposibles de probar,
- 3) Los notorios o públicamente evidentes, en concordancia con el art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁴⁵ y;
- 4) Los que la ley presume de derecho -como aquella presunción de que la ley se entiende conocida por todos-.

f) Licitud de los medios de prueba

Más allá de los requisitos de admisibilidad antes revisados, de forma general, también el COGEP dispone que el juez calificará a una prueba como improcedente cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley, o sea contraria al debido proceso u obtenida en forma contraria a la lealtad procesal¹⁴⁶. Así mismo,

¹⁴³ Para Hernando Devis Echandía, la utilidad también se asemeja a la idoneidad. Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, 107-132.

¹⁴⁴ Cfr. Enrique Falcón, *Tratado de la prueba*, 109.

¹⁴⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, art. 27.- Las juezas y jueces, resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes. No se exigirá prueba de los hechos públicos y notorios, debiendo la jueza o juez declararlos en el proceso cuando los tome en cuenta para fundamentar su resolución.

¹⁴⁶ COGEP art. 170 primer inciso

el juez deberá declarar que carece de eficacia probatoria una prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física o soborno, o la actuada sin oportunidad de contradecir.¹⁴⁷

La licitud de los medios de prueba no solo está relacionada con la legalidad, y constitucionalidad de su obtención, sino también con su convencionalidad, entendiéndose a ésta como la observancia de los tratados y convenios internacionales debidamente ratificados por el Ecuador en cuanto a la protección de derechos humanos y la obtención de pruebas en el extranjero.¹⁴⁸

Analizado lo anterior, procederemos a determinar si el juramento decisorio o deferido es un medio de prueba pertinente, conducente, idóneo, útil y necesario para la prueba del daño moral o en su defecto, de la cuantificación para efectos de resarcimiento. Recordemos que lo definimos¹⁴⁹ como un medio de prueba de carácter testimonial, que procede en casos de no existir otras pruebas en el proceso, y deriva de una declaración voluntaria, unilateral y solemne, establecida en la ley. Ha quedado demostrado que es un medio de prueba de carácter especial y supletorio que debe ser aplicado de forma excepcional.

En el primer capítulo señalamos que el carácter de decisorio del juramento se concreta cuando la solución de todo o una parte de la controversia se encuentra sujeta a los resultados de éste, es decir, una de las partes procesales o la propia ley defiere a la declaración juramentada de la otra, la decisión sobre la existencia o modalidades de los hechos objetos del proceso y por tanto, la decisión del juez queda sometida al contenido del juramento, culminando el litigio entre las partes.

Como observamos, la *deferencia* del juramento opera mediante la proposición que hace una de las partes –con el carácter de decisorio- y se perfecciona con la aceptación de la otra, siendo objeto principal de esta convención, la decisión expresa del juez respecto de la litis. Entonces, únicamente los hechos litigiosos vinculados a derechos disponibles y referidos a las partes procesales, pueden ser sometidos a juramento deferido. En el caso del daño moral esta prueba no procedería, pues lo más lógico sería solicitar la confesión de parte para la prueba de ciertos hechos que podrían ser ilícitos y considerarse dañosos.

¹⁴⁷ COGEP art. 160 incisos tercero y cuarto.

¹⁴⁸ COGEP art. 294 numeral 7 literal d).

¹⁴⁹ Ver supra capítulo II.

Señalamos que en el Código Orgánico General de Procesos aún se contempla al juramento deferido o decisorio como un medio de prueba, aunque con ciertas distinciones en relación al antecesor Código de Procedimiento Civil. Una de las características esenciales del juramento deferido es que *pone fin al pleito*, cuando es decisorio y cuando ha sido solicitado con dicha calidad –art. 184 COGEP-; en este caso, el juez previo a dictar su sentencia, deberá fallar en mérito de lo declarado y una vez que el fallo se encuentre ejecutoriado no cabe recurso sobre éste. Entonces, no podría, por la lógica que impera en cuanto a la prueba del daño moral, demostrarse éste únicamente con el juramento deferido de cualquiera de las partes, por el hecho de que una vez acreditado corresponde determinar su reparación.

Recordemos que manifestamos que el art. 185 confunde en su título cuando describe al “juramento deferido” diferenciándolo del constante en el art. 184, lo cual es una imprecisión del legislador tal como anotamos en el primer y segundo capítulos, pues el articulado hace referencia a la figura del juramento estimatorio, que se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, únicamente para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario referente al valor y conceptos que se incluyen en la pretensión, como indemnización, pago de frutos, prestaciones de carácter pecuniario, que deben estimarse en esta declaración y de las cuales no existe otro medio de prueba accesible o disponible; lo cual ocurre en este caso si nos remitimos a la redacción textual de este artículo.

Para su procedencia, el actor debe haber probado previamente la existencia de la obligación. Se condiciona la posibilidad de practicar el juramento estimatorio como prueba a los casos indicados en el art. 185, esto es *exclusivamente* a aquellos en los que existan controversias sobre devolución de préstamos cuando se alegue usura a falta de otras pruebas que justifiquen el interés y monto efectivo del capital prestado, estándose estos hechos al juramento del prestatario. Es decir que incluso para el caso de la estimación del monto del perjuicio por concepto de reparación en los juicios por daño moral, una vez probada la existencia del año, el juramento estimatorio no cumpliría los requisitos de admisibilidad para probar su importe.

En el articulado existe además, un condicionamiento respecto de la valoración de esta prueba, pues se indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base del juramento -lo cual es correcto-, con la excepción constante en materia laboral como analizamos previamente en que, a falta de otra

prueba se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida y en el caso de adolescentes además para probar la existencia de la relación laboral.

En el caso colombiano, que es necesario referir porque expresamente se regula la admisibilidad del juramento estimatorio¹⁵⁰, como precedente únicamente en el caso de necesidad de obtener el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, el juramento únicamente hará prueba del monto, mientras la cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo; en el caso de la objeción, sólo se considerará aquella que especifique razonadamente la inexactitud de la estimación, por lo que la parte objetante deberá aportar pruebas de descargo. Esta inclusión es interesante, pues supone una tarea a conciencia de quien pretende el pago, no únicamente una “estimación” sin bases sólidas de lo que pretende reclamar, esta inclusión era necesaria en el articulado del COGEP, como ya lo señalamos.

Aun en el caso en que no exista objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido. Probablemente por este tipo de abusos, el legislador colombiano incorporó una sanción para quien utilice indebidamente este medio probatorio, determinando que si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia; además procede también la sanción del cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda, en el caso en que se niegue la pretensión por falta de demostración de los perjuicios. En el caso del juramento estimatorio además, se limita la discrecionalidad del juez, quien no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete.

Es interesante la precisión del inciso final del art. 206 colombiano –por las connotaciones del uso del juramento estimatorio en juicios por daño moral en el Ecuador, que indica que el juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de

¹⁵⁰ Ver supra Capítulo II. Aspecto incluso analizado por la Corte Constitucional Colombiana, que mediante Sentencia C-157/13 de 21 de marzo de 2013, analizó sobre la constitucionalidad de la sanción por falta de demostración de perjuicios en el juramento estimatorio, prevista en la ley.

los daños extrapatrimoniales y tampoco procederá en el caso de incapaces; esta distinción es totalmente necesaria y demuestra la subsidiariedad del uso de este medio de prueba, lo cual era necesario incorporar en nuestro ordenamiento jurídico, para evitar el mal uso que se ha dado del juramento deferido y estimatorio en nuestro país, conforme lo veremos en el próximo capítulo.

En suma, el juramento deferido como medio de prueba en los juicios por daño moral, no cumpliría con los requisitos anteriormente anotados y por tanto, el juez está en la obligación de desechar cualquier intento de utilizarlo como medio de prueba del daño moral. En la práctica judicial se ha demostrado que no es fácil probar la existencia de un menoscabo espiritual o psicológico, como los sufrimientos, perturbaciones o la angustia que son inherentes al daño moral, mucho menos para establecer la obligación de reparar el supuesto daño, razón por la cual se han determinado criterios jurisprudenciales –que hemos citado a lo largo del presente capítulo- al respecto que permiten tener una guía en cuanto a la prueba del daño moral¹⁵¹, y de esta manera, hemos concluido que la figura del juramento deferido no es admisible como prueba en estos casos.

No obstante lo indicado respecto de la procedencia del juramento deferido o decisorio, actualmente algunos jueces, han permitido en materia civil la actuación del juramento deferido como medio de prueba de forma equivocada, pues en los casos en los que esta norma ha sido invocada, no se han cumplido con los requisitos de eficacia y validez anteriormente estudiados y por el contrario, se ha pretendido desvirtuar su naturaleza especial y subsidiaria para aplicarlo de igual forma que en los procesos laborales –con naturaleza estimatoria-. Pese a su desuso, el juramento deferido como medio de prueba tuvo una perspectiva que podríamos calificar como “novedosa” en los juicios de reclamación por daño moral y daños y perjuicios, en los

¹⁵¹ Véase las siguientes sentencias respecto de la prueba del daño moral:

- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2011, dentro del Caso No. 0049-09-EP.
- Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia en Recurso de Casación, Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1802, 21 de Junio de 2007
- Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0242-2010, de 28 de abril de 2010, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0946-2009, Correa Delgado Rafael contra Banco Pichincha C.A.
- Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0374-2011, de 26 de mayo de 2011, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0300-2004, Galeth Rafael Rafael contra Montaña Cortez Eduardo.
- Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0404-2010, de 29 de junio de 2010, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0983-2009, Vélez Palacio Nívea contra Benavides Cecilia.

que se ha solicitado dentro del término probatorio el señalamiento de día y hora para que el propio compareciente –por lo general actor- rinda juramento *deferido* con el fin de *determinar* el monto que considera debe recibir por concepto de indemnización: nótese la forma como se desvirtúa el juramento en materia civil, pues se utiliza indebidamente su naturaleza estimatoria para fijar el monto de la indemnización cuando el actor no ha podido probar con otros elementos su pretensión, encubriéndolo bajo la figura de un juramento deferido.

Como hemos analizado, el juramento decisorio o estimatorio debe ser solicitado por la contraparte, nunca por el mismo compareciente y no constituye una prueba adicional a las ya aportadas, sino que termina el litigio, características básicas del juramento deferido en materia civil que se han olvidado en los casos mencionados. No es posible aplicar el juramento *deferido* –en realidad estimatorio- propio de la materia laboral a los procesos civiles, pues su naturaleza es totalmente distinta. En materia laboral, priman ciertos principios de carácter especial con el fin de proteger al trabajador, que por ningún motivo son aplicables en materia civil y menos aún con el fin de favorecer al actor. El juzgador en estos casos no debe permitir el uso abusivo del derecho, afectando el debido proceso de una de las partes procesales, pues claramente se permite la obtención y actuación de una prueba en franca violación de la Constitución y la ley, prueba que no tiene validez y carecería por lo tanto de eficacia probatoria.

Todo esto refleja la incorrecta actuación de abogados y jueces que en un desconocimiento claro del derecho solicitan y permiten la práctica de estos medios de prueba desnaturalizando sus particularidades y objetivos, permitiendo así violaciones al debido proceso y generando total inseguridad jurídica. No cabe duda que uno de los casos simbólicos en nuestro país de utilización indebida del juramento deferido -con naturaleza de estimatorio en realidad- y que será analizado a continuación, se produjo dentro del juicio ordinario que por daño moral planteó el presidente de la república, Rafael Correa, en contra de los periodistas Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, autores del libro *El Gran Hermano*.

Este fue uno de los casos mediáticos donde se evidenciaron errores y abusos en la práctica de este medio de prueba; no obstante, existen muchos otros ejemplos en los que también se ha utilizado incorrectamente la figura del juramento deferido o decisorio con naturaleza netamente estimatoria, no para probar el monto de la

indemnización, sino para probar la obligación como tal, lo cual es totalmente desatinado, ilegal e improcedente como ha quedado anotado.

4.1. Problemas en su valoración

a) Breve Análisis del caso: Rafael Correa Delgado vs Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, autores del libro “El Gran Hermano”¹⁵².

En el mes de febrero de 2011, el presidente de la república, Rafael Correa Delgado, inició un proceso judicial por daño moral en contra los periodistas Juan Carlos Calderón y Christian Zurita, autores del libro *El Gran Hermano*, que es una recopilación de varias investigaciones realizadas por los autores de las cuales se desprende que el señor Fabricio Correa Delgado, hermano del primer mandatario, mantenía varios contratos millonarios con el sector público por medio de empresas de nacionalidad panameña. También se afirma en el libro que el presidente de la república tenía total conocimiento de los contratos de su hermano con el Estado, hecho que el primer mandatario ha negado siempre, aunque ahora en el contexto de los escándalos de corrupción esta negativa ha quedado en entredicho.

Ya iniciado el proceso, dentro del término probatorio que se encontraba decurriendo en primera instancia, los abogados del actor solicitaron a la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha que recepte el juramento deferido del propio Rafael Correa, a fin de que se logre *cuantificar* el daño moral provocado por los demandados. La jueza, mediante providencia de 28 de septiembre de 2011, señaló para el 20 de octubre de dicho año la realización de la diligencia, obedeciendo así a la petición constante en el escrito de prueba presentado por el actor.

La parte demandada solicitó la revocatoria de la providencia que señalaba día y hora para que el actor comparezca a rendir su juramento deferido, manifestando que dicha prueba era totalmente improcedente pues no cumplía –a la fecha- con los requisitos de los artículos 148 y 149 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo dicha solicitud fue rechazada mediante providencia de 12 de octubre de 2011 por las siguientes consideraciones:

Por satisfecho el traslado corrido, y, tratándose de pruebas que se encuentran previstas en la Ley, como es el caso del JURAMENTO DEFERIDO, el mismo que es un medio de prueba previsto en artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, el

¹⁵² Sentencia de 6 de febrero de 2012, en el juicio por daño moral No. 17305-2011-265-LS, Rafael Correa vs. Juan Carlos Calderón y otro, Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.

mismo que puede ser solicitado por cualquiera de las partes litigantes; esta prueba tiene el valor que la Ley le asigne en cualquier clase de Contienda Civil y en cualquier estado que el pleito se encuentre; el Juramento Deferido es una prueba legal, y ha sido pedida por el actor en la Estación Probatoria, y, le corresponde a la Jueza o Juez ante quien sustancia la contienda hacer acopio de todas y cada una de las pruebas solicitadas por las partes para ser valoradas detenida y oportunamente con la única finalidad de llegar a la verdad de los hechos al momento de emitir el fallo; de conformidad con lo previsto en el artículo 169 de la Constitución Ecuatoriana, el Sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, consecuentemente todas las pruebas pedidas y pertinentes deben ser objeto de estudio y análisis tomando en consideración la aplicabilidad directa de la Constitución, especialmente el mandato de garantizar el ejercicio de los derechos y garantías así como también los principios como la Sana Crítica, la relevancia de la prueba evacuada y demás principios universales y científicos del derecho, por lo anotado, se niega la revocatoria solicitada, las partes; estarán a lo dispuesto en decreto de 29 de Septiembre del año en curso.

La jueza que sustanció esta causa confundió, sin duda, muchas normas y principios constitucionales y los interpretó de manera errada, pues si bien es cierto que cualquiera de las partes puede solicitar el juramento deferido, este debe ser rendido por la otra parte y no por el mismo solicitante. Resulta totalmente antijurídico el afirmar que los jueces tienen la obligación de conceder la práctica de todas y cada una de las pruebas solicitadas por las partes para ser valoradas detenida y oportunamente, en primer lugar porque la prueba debe cumplir con los requisitos de admisibilidad ahora establecidos en el COGEP y por otra parte, porque el juramento deferido o decisorio, pone fin al proceso, tal como lo analizamos en líneas anteriores. Los demandados solicitaron que se declare la nulidad de la providencia anteriormente citada señalando que se ha violado el trámite correspondiente a la naturaleza del proceso. Dicha solicitud fue negada mediante providencia de 24 de octubre de 2011 de la siguiente manera:

Agréguese al proceso los escritos que anteceden. Los criterios emitidos por las partes, desde luego son muy respetable, mucho más de quienes hacen opinión, pero esto no quiere decir que la suscrita Jueza este(sic) obligada a tomarlos como suyos, en el presente caso, como anteriormente ya se dijo, la prueba será apreciada en conjunto al momento de resolver conforme lo determina el Art. 115 del Código de procedimiento(sic) Civil y aún más el Art. 118 ibídem, indica que los jueces pueden de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de un hecho. El principio de especificidad consignado en el Art. 344 en concordancia con el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad no puede declararse sino por las causas específicas. Consecuentemente, al no estar inmerso en ninguno de los numerales del Art. 346 del antes invocado cuerpo legal, se niega la nulidad alegada. Señalase para el día 31 de Octubre del año en curso a las dieciséis horas quince minutos a fin de que el Sr. Economista Rafael Correa Delgado rinda el juramento deferido. Notifíquese.

En esta providencia, la jueza incurre nuevamente en el error de considerar al juramento deferido decisorio como un medio de prueba más que deberá ser apreciado

en conjunto con el resto de pruebas aportadas al proceso, al momento de dictar sentencia. Añade además que tiene la facultad de solicitar prueba de oficio, sin explicar el por qué de dicho señalamiento.

El 28 de noviembre de 2011 se realizó la diligencia en el juzgado. Rafael Correa Delgado compareció a rendir su juramento deferido, respondiendo a las preguntas formuladas por la jueza. Para evidenciar el uso arbitrario de este medio probatorio es necesario transcribir la parte respectiva del acta de la diligencia:

En la ciudad de Quito, hoy día veinte y ocho de Noviembre del año dos mil once a las dieciséis horas nueve minutos, ante la señora Jueza Quinto de lo Civil de Pichincha e infrascrito Secretario comparece el señor Economista RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO portador de la Cédula de Ciudadanía No. 090881351-2, acompañado de su defensor DR. ALEMBERT VERA RIVERA con el objeto de rendir juramento deferido conforme a lo dispuesto en providencia inmediata anterior. Al efecto juramentado en legal y debida forma, advertido de las penas de perjurio y de la obligación de decir la verdad con claridad y exactitud respondiendo a las preguntas de la señora Jueza dice: PREGUNTA 1. – *ESPECIFIQUE ECONOMISTA(sic) RAFAEL VICENTE CORREA DELGADO LOS PARÁMETROS, CIRCUNSTANCIAS O MOTIVOS POR LOS CUALES UD. ESTIMA QUE EL RESARCIMIENTO POR LOS DAÑOS MORALES CAUSADOS POR LOS AUTORES DEL LIBRO EL GRAN HERMANO ASCIENDA A LA SUMA DE DIEZ MILLONES DE DÓLARES?.* RESPUESTA. - En el libro intitulado el Gran Hermano cuyos autores son Juan Carlos Calderón y Christian Zurita se me imputan gravísimas ofensas y calumnias además de una concurrencia de infracciones, acusándome que yo sabía de los contratos ilegales del señor Fabricio Correa Delgado, esto es falso de falsedad absoluta y si fuera cierto no solo merecería salir denunciado en un libro, sino que debería ser destituido de la Presidencia de la República del Ecuador, por corrupto y deshonesto ya que esos contratos son ilegales. Yo jamás conocí de esos contratos, de hecho apenas se detectaron esos contratos ordene su terminación inmediata y la mala fe de los demandados llega a tal nivel que para su monstruosa afirmación los autores del seudo libro nunca entrevistaron al suscrito y es claro que lo único que buscaron a costa de mi honra y reputación era vender su libro, a tal punto que pese a que el autor de esos contratos ilegales era Fabricio Correa Delgado, en la portada del libro se permiten poner una foto del suscrito, en otro abuso respecto de la imagen de la persona, la cual está protegida incluso a nivel de la Constitución. El dolo, la mala fe, la alevosía, el abuso ilegal a tal nivel que públicamente les pedí que corrigieran esa calumnia, esa infamia, en lugar de eso lo que hicieron es reproducir miles de ejemplares más en cinco ediciones. El daño que se me ha hecho es incalculable, soy una persona pública a nivel nacional e internacional, soy Presidente de la República del Ecuador elegido democráticamente y he sido Presidente de la UNASUR, ojalá que se comprenda lo que a nivel internacional el ser acusada de algo que no he cometido, ojalá que se entienda lo que es recibir por la redes sociales, suspicacias e insultos acerca de que yo conocía de dichos contratos, pero más allá de ser un hombre público soy un ser humano, esposo, padre, hijo que lo único que tengo para dejarle a mi descendencia es mi honor, mi reputación y mis manos limpias, por eso insisto en que el daño que han irrogado los autores del libro el Gran Hermano, deliberadamente, reiteradamente con alevosía, premeditadamente, reiterativamente al publicar más libros, es incalculable, pero se debe cuantificar en al menos DIEZ MILLONES DE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, dinero que dicho sea de paso será donado íntegramente a la iniciativa Yasuni ITT. Quisiera agregar que soy sujeto de demandas mal intencionadas, una de ellas por parte del Abogado del diario El Universo Dr. Jofre Campaña, por un

monto de cinco millones de dólares, por supuestamente haber llamado arribista en una entrevista en un pequeño medio de comunicación, por lo tanto el suscrito que si tiene honor y que ha sido ofendido e injuriado habiendo trascendido estas ofensas y falsas imputaciones a nivel nacional e internacional considere(sic) que el resarcimiento a pesar de que el daño es incalculable debe ser al menos de diez millones de dólares que insisto serán donados íntegramente a la iniciativa Yasuni ITT. 2.-*RESUMAME EL DAÑO MORAL QUE UD. DEMANDA COMO PERSONA NATURAL, Y, POR LA MAGISTRATURA QUE OSTENTA COMO PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LOS ECUATORIANOS, SUS REPERCUSIONES A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL, EN SU ENTORNO FAMILIAR, SOCIAL, CULTURAL Y A NIVEL GENERAL.* El afirmar que yo conocía de los contratos de Fabricio Correa Delgado significaría que debería ser destituido como Presidente de la Republica, como padre tengo hijos menores de edad y que saben leer que su padre está acusada en forma injusta de algo que nada tuvo que ver, de haber conocido de contratos ilegales que insisto ameritaría el ser destituido, mi esposa que tenga que leer que se diga que yo tengo que ver con los contratos y todos los problemas familiares, mi madre, mis amigos, los propios miembros del Gobierno, que se siembre dudas respecto de la persona que lidera este proceso de cambio en el País, por lo que el daño es incalculable y considero que el resarcimiento debe ser cuando menos de diez millones de dólares que serán donados íntegramente al proyecto Yasuni ITT. *JURAMENTO DEFERIDO.* - Este juramento deferido lo efectúo de conformidad con el Art. 162 del Código de Procedimiento Civil, y por haber sido víctima de graves calumnias y acusaciones en mi contra publicadas en el libro el Gran Hermano cuyo autores son Juan Carlos calderón y Christian Zurita. Considero que el resarcimiento del daño moral recibido por estas personas debe corresponder al menos a los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América que insisto serán donados al proyecto Yasuni ITT. Con lo que concluye la presente diligencia, firmando el Compareciente conjuntamente con la señora Juez y el suscrito Secretario que certifica.”(El énfasis me pertenece).

Cabe destacar que las afirmaciones hechas por el compareciente son iguales a los argumentos de la demanda y también formaron parte de los alegatos presentados por sus defensores. Al señalar expresamente que el juramento deferido lo rindió de conformidad con el art. 162 del Código de Procedimiento Civil, se contradice evidentemente con la motivación que realizó la jueza al momento de negarle a los demandados tanto la revocatoria como la nulidad de las providencias anteriormente citadas; pues ella consideraba que se trataba de un juramento deferido o decisorio y no un juramento estimatorio como lo señala el actor. Sorprende además la forma de la realización del juramento deferido, pues como se puede verificar la jueza fue quien formuló las preguntas, cuando en el caso del juramento decisorio quien realiza las preguntas es la persona que lo defirió, pero aún más, sorprende la particularidad de las preguntas, pues no solo buscan que se cuantifique el supuesto daño, sino que buscan también que se determine su existencia, lo cual es totalmente censurable.

En cuanto a la valoración del medio de prueba por parte de la jueza, dentro del considerando décimo segundo de la sentencia dictada el 6 de febrero de 2012, se expresó:

[...] Se dispuso y efectuó el juramento deferido del economista Rafael Vicente Correa Delgado constante a fs. 731 y 732 de los autos. En dicha diligencia, y a las preguntas de la suscrita Jueza, *el actor refirió que ‘el daño es incalculable’, que se lo ‘ha acusado de algo que no ha cometido’, que ello le ha ‘significado recibir por redes sociales suspicacias e insultos respecto a que no conocía de esos contratos’ [de su hermano con el Estado], que más allá de ser un hombre público’ es ‘un ser humano, esposo, padre, hijo’, que lo único que tiene para dejarle a su descendencia es un honor, su reputación, y sus manos limpias, que por ello insiste en que el daño irrogado por los demandados al publicar más libros es incalculable, no obstante se debe cuantificar en diez millones de dólares de los Estados Unidos de América; que el daño moral ocurre por la afirmación de que él conocía de los contratos de Fabricio Correa Delgado, que ello significaría ser destituido del cargo que ostenta, que sus hijos y esposa que leen la injusticia de tales afirmaciones porque nada tuvo que ver en eso, los problemas familiares, su madre, amigos, miembros del Gobierno, etc., en fin, el hecho que se siembre dudas de la persona que lidera el proceso de cambio en el País, todo esto le ocasiona el daño moral[...]’.*(El énfasis me pertenece).

Sin duda la valoración de esta prueba fue totalmente errónea, pues admitió y estimó las afirmaciones que hizo Rafael Correa en su juramento deferido como *prueba* del daño, lo cual va totalmente en contra de todo lo que la doctrina y la jurisprudencia han expuesto, tal como se ha visto en la presente tesis. El juramento decisorio nunca puede ser prueba de la realización de un hecho dañoso, el juramento deferido o decisorio es una afirmación de hechos por acuerdo de ambas partes procesales, no nace solamente de la voluntad de una de ellas. No consta del proceso la petición de los demandados para que el actor rinda juramento deferido ni la aceptación del mismo para rendirlo, simplemente porque eso nunca sucedió, desnaturalizándolo absolutamente.

Este fue, uno de los casos mediáticos en donde se evidenciaron los errores imperdonables referentes a la aplicación de este medio de prueba como elemento para acreditar la existencia del daño moral, así como la cuantificación de la indemnización por reparación.

b) Otros casos de incorrecta aplicación del juramento deferido como prueba del daño moral

A partir de este nefasto caso en el que se aceptó como prueba del daño moral el juramento deferido —y con la ola de procesos por daño moral que buscaban el pago de irrisorias cantidades de dinero por concepto de reparación—, se presentaron casos similares en los que se pretendía la utilización del juramento deferido como medio de prueba del daño moral. Así, dentro de la etapa de prueba del juicio 923-2009 que se sustancia en la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y

Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha¹⁵³, el demandado, quien reconvino al actor argumentando que su demanda le ha causado daño moral, solicitó se recepte su juramento deferido. El juez de sustanciación mediante providencia de 29 de noviembre de 2011 señaló:

[...]b) El demandado Carlos Augusto Gallardo Carcelen(sic), comparezca a esta Sala el día martes 24 de enero del año dos mil doce, a las 09h00, a fin de rendir su juramento deferido, conforme solicita en el acápite VII[...]

La parte actora solicitó la revocatoria de dicha providencia argumentando que no procedía el juramento, pues ellos en ningún momento lo defirieron, y tampoco era viable el juramento estimatorio pues el juicio aún continuaba sustanciándose y mal podría el juez estimar una obligación que aún no había sido declarada en sentencia. Pese a ello, se negó la solicitud alegando:

[...] Por no haber variado los motivos por los cuales el suscrito dicto(sic) el literal b) de la providencia de 29 de noviembre del año en curso, a las 16h34, la misma que esta(sic) **debidamente respaldada con los fundamentos jurídicos expuestos por la parte demandada**, no procede y se niega el pedido de revocatoria formulado en la parte final del acápite II.[...] (El énfasis me pertenece).

El fundamento de la parte solicitante es el numeral décimo segundo de la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, dentro de la causa 207-1999:

DECIMO SEGUNDO: La reparación de daños morales, que en el caso se reduce a una indemnización, para fijar su monto es aplicable el juramento deferido del perjudicado, en razón de que en la especie no existe otro medio para acreditar la estimación, disposición prevista en el Art. 166 del Código de Procedimiento Civil, y que está en concordancia con el Art. 1742, inciso segundo, del Código Civil, pues entre las pruebas de las obligaciones, se contempla el juramento deferido.

Como se aprecia, se confunde claramente entre el juramento deferido y el juramento estimatorio. Si bien este último es un medio de prueba, como lo hemos determinado, es un medio de carácter residual y únicamente cuantifica, no prueba la obligación.

Finalmente la diligencia del juramento deferido se realizó el 24 de enero de 2012 ante el funcionario responsable, no ante el juez de sustanciación. El solicitante, Carlos Gallardo Carcelén, dio lectura a un documento elaborado previamente en el que señaló lo siguiente:

¹⁵³ Lamentablemente este caso no ha sido aún resuelto, pese a encontrarse en “autos para resolver” desde el 26 de noviembre de 2013, lo cual no nos permite aportar más elementos respecto a la valoración que la Sala haría sobre el juramento deferido.

En la ciudad de Quito, el día de hoy martes veinte y cuatro de enero del año dos mil doce, siendo las nueve horas diez minutos, ante la Dra. Beatriz Suárez Armijos, Jueza de Sustanciación de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha e infrascrita Secretaria Relatora, comparece el demandado Carlos Augusto Gallardo Carcelén, ecuatoriano, de cincuenta y siete años de edad, portador de la cédula de ciudadanía No.1704082914, de estado civil casado, domiciliado en la Avenida 6 de diciembre No.N24-314 y Baquerizo Moreno de esta ciudad de Quito con el objeto de rendir su juramento deferido, conforme solicita en el acápite VII del escrito constante a fs.35 vta y dispuesto en providencia de martes 29 de noviembre del año 2011, a las 16h34. Al efecto siendo estos los día y hora señalados para la diligencia, la señora Jueza de Sustanciación la declara iniciada y concede la palabra al demandado Carlos Augusto Gallardo Carcelén, quien indica: Señora Jueza de Sustanciación como consta en el proceso soy un comerciante desde hace más de treinta años, siendo distribuidor de varios importadores entre ellos almacenes Juan El Juri, quien entre otros productos me han vendido motocicletas, *gozo del aprecio, respeto y consideración de personas naturales y jurídicas con quienes he realizado negocios durante toda mi vida*, por tanto la demanda que me hace el el(sic) señor Luca Mariotti es sin causa , sin razón ni justificación alguna, *causándome daño moral por la serie de sufrimientos síquicos, ansiedad, angustia y desesperación, me ha causado ofensa a mi dignidad afectando a mi buen nombre duramente adquirido en ese tiempo y al de mi negocio MOTO IMPORT*, afectando a mi patrimonio y a mi estabilidad, esto me ha obligado a litigar sin motivo y sin razón legal , en vista de lo cual *estimo como daño moral un monto mínimo de trescientos mil dólares*". Léida el acta por el demandado, se declara concluida la diligencia, firmando para constancia el compareciente en unidad de acto con la señora Juez de Sustanciación y Secretaria Relatora que certifica." (El énfasis me pertenece).

Al igual que en el caso del "Gran Hermano", con este juramento no solo se pretende cuantificar el daño, sino que también se pretende probarlo. Aun no existe sentencia en este caso que nos permita analizar la consideración y la valoración concedida a este juramento.

Estos son ejemplos de la desnaturalización de la institución del juramento deferido o decisorio. Sin lugar a dudas la actuación de los administradores de justicia en estos procesos, ha dejado mucho que desear, pues se denota un total desconocimiento de la institución del daño moral y de los medios de prueba idóneos para su acreditación, así como se desconoce por completo la naturaleza del juramento deferido y estimatorio, que ahora, con la implementación del COGEP tienen lineamientos más claros sobre su procedencia y admisibilidad como prueba.

Estos referentes demuestran que la figura del juramento deferido ha sido tergiversada en materia civil, particularmente en procesos por daños y perjuicios, produciendo grave inseguridad jurídica y una afectación al derecho a la defensa y al debido proceso de la persona contra la que se rinde el juramento deferido.

Confiamos finalmente en que las ideas expuestas en el presente trabajo, constituyan un aporte para la práctica de los litigantes en procesos civiles, pero sobre

todo una guía para los operadores de justicia en particular los jueces, de quienes depende la regulación de estos aspectos que por años han sido discutidos y no encuentran un criterio unificado en su aplicación.

Conclusiones

El juramento es un medio de prueba especial, de naturaleza testimonial que consiste en la afirmación o promesa que realiza una persona ante una autoridad, de decir la verdad sobre los hechos respecto de los cuales va a declarar. El juramento deferido por su parte, es un medio de prueba constante en la legislación ecuatoriana, que ha perdido con el tiempo su vigencia debido a que es un medio probatorio que requiere la aplicación del principio de buena fe y lealtad procesal.

Existen tres tipos de juramento deferido según la doctrina: el juramento decisorio el cual pone fin al litigio; el juramento supletorio cuya práctica es ordenada de oficio; y, el juramento estimatorio que sirve para cuantificar el monto de alguna obligación. En el Código Orgánico General de Procesos se recogen únicamente el juramento decisorio y estimatorio, pero no se realiza una distinción clara, pues incluso se los confunde, lo cual provoca erróneas interpretaciones respecto de su procedencia y admisibilidad como prueba.

En el presente trabajo se ha tratado al juramento deferido como decisorio, por las características que éste reviste, haciendo hincapié en la definición propuesta, esto es que el juramento decisorio o deferido constituye un medio de prueba de carácter testimonial que surge de la convención de las partes, por medio del cual una de ellas somete la resolución del pleito, respecto de hechos litigiosos y derechos disponibles, a la declaración de la otra; y que supedita la decisión del juez a su contenido, culminando el litigio entre las partes

Por el contrario, el juramento estimatorio se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto, para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario u otra circunstancia que debe ser objeto del proceso, mientras esta no pruebe lo contrario. Se realizó la precisión de que el art. 185 del COGEP contiene en realidad la figura del juramento estimatorio-aunque se lo encuentre como deferido-, que tal como se analizó, es aquel que se presenta cuando la ley acepta como prueba el juramento de la parte beneficiada por tal acto únicamente para fijar el monto o el valor de una prestación exigida al adversario, referente al valor y conceptos que se incluyen en la pretensión, como indemnización, pago de frutos, prestaciones de carácter pecuniario, que deben estimarse objetivamente en esta declaración y respecto a las cuales no existe otro medio de

prueba accesible o disponible. Para su procedencia, el actor debe haber probado previamente la existencia de la obligación.

De lo anterior se concluye que se halla condicionada la posibilidad de practicar el juramento estimatorio como prueba en los casos indicados en el art. 185, esto es exclusivamente a aquellos en los que existan controversias sobre devolución de préstamos cuando se alegue usura, a falta de otras pruebas que justifiquen el interés y monto efectivo del capital prestado. En la redacción de este artículo además, se ha incluido un condicionamiento respecto de la valoración de esta prueba, pues se indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base del juramento, lo cual es acertado, con la excepción constante en materia laboral, en donde, a falta de otra prueba, se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida; y en el caso de adolescentes, además, para probar la existencia de la relación laboral.

Analizados los ámbitos en los cuales se aplica el juramento deferido o decisorio como medio de prueba, anotamos que se ha pretendido extender equivocadamente la naturaleza y características de este medio de prueba para el caso laboral -que es en realidad juramento estimatorio- al ámbito civil, lo cual es incorrecto y afecta el derecho al debido proceso de la otra parte procesal, por lo que para analizar su admisibilidad como medio probatorio, debe determinarse el cumplimiento de los requisitos de eficacia y validez comunes a todas las pruebas.

Debe considerarse que la actividad probatoria dentro del proceso es la actividad procesal más importante y trascendental en el juicio. Constituye la zona neurálgica del proceso, y es la clave para la administración de justicia y la protección de los derechos subjetivos de las personas frente a otras o al Estado. Por ello el juramento deferido, como un medio probatorio más recogido por nuestra legislación, debe cumplir con los requisitos de eficacia y validez que permiten a este medio de prueba cumplir con su objeto y finalidad dentro de un proceso.

El cumplimiento de los requisitos de eficacia y validez en consonancia con el análisis respecto de los principios aplicables a la prueba, así como los requisitos intrínsecos y extrínsecos que debe reunir el juramento como medio para su adecuada producción y generación de los efectos probatorios y procesales que con él se buscan, es indispensable para que constituya prueba idónea, útil, pertinente y conducente que lleve al juez la certeza sobre los hechos materia de la litis y que ésta se decida en base a este medio probatorio.

El COGEP aún contempla al juramento deferido o decisorio como un medio de prueba, aunque con pocas distinciones en relación al antecesor Código de Procedimiento Civil; lo cual nos llama a pensar si fue acertado o no mantener este medio de prueba que en materia civil se encuentra en desuso, tomando en cuenta la antigüedad de su incorporación en nuestra legislación y sus particularidades, así como la confusión de su uso en relación al juramento deferido en materia laboral.

El nuevo Código, respecto de la valoración de este medio de prueba, indica que el juzgador no podrá fundamentar su decisión únicamente sobre la base del juramento, lo cual es totalmente acertado en materia civil, no obstante que en materia laboral sea expresa la excepción, pues como ya se dijo antes, a falta de otra prueba, se estará al juramento deferido del trabajador para probar el tiempo de servicio y la remuneración percibida y en el caso de adolescentes, además, para probar la existencia de la relación laboral.

El juramento deferido como medio de prueba tuvo una nueva perspectiva en los juicios de reclamación por daño moral y daños y perjuicios, en los que se ha solicitado dentro del término probatorio el señalamiento de día y hora para que el propio compareciente –por lo general actor- rinda juramento deferido con el fin de determinar el monto que considera debe recibir por concepto de indemnización, haciéndose notar la forma como se desvirtúa el juramento en materia civil, pues se utiliza indebidamente su naturaleza estimatoria para fijar el monto de la indemnización cuando el actor no ha podido probar con otros elementos su pretensión, encubriéndolo bajo la figura de un juramento deferido.

Conceptualizado el daño moral en relación a su naturaleza y características, se determinó que la práctica del juramento deferido o decisorio como medio de prueba en los juicios de daño moral no es adecuada, y que por tanto, su uso constituye en realidad una desnaturalización indebida de esta institución, que en ningún caso puede ser prueba de la consumación de un daño extrapatrimonial, con el único fin de obtener beneficios personales.

Hemos considerado al daño moral como una especie del daño a la persona, que consiste en toda modificación disvaliosa del espíritu, que puede conllevar profunda angustia o preocupaciones, estados de depresión o irritación que afecten el equilibrio anímico de la persona. Este presupuesto no determina que sea indemnizable cualquier perturbación del ser humano y además no tiene por finalidad engrosar la indemnización de los daños materiales, sino mitigar el dolor o la herida a

los principios más estrechamente ligados a la dignidad de la persona física y a la plenitud del ser humano.

En cuanto a la reparación, el papel de ésta ha generado controversia en la doctrina, por lo que la jurisprudencia ha sido la orientadora y reguladora de éste aspecto en la mayoría de casos, lo que ha dado cabida a varios criterios que aún no han encontrado el camino de la unificación. Muy poco se ha escrito en nuestro país sobre esta materia, por lo que la jurisprudencia ha cumplido el papel de regular en cierta medida su aplicación, pese a que han existido fallos con criterios totalmente contrapuestos en lo atinente a la valoración del daño, su existencia, su prueba y su posibilidad de ser indemnizado o reparado.

La indemnización por daño moral tiene una naturaleza meramente resarcitoria y de satisfacción de la afectación sufrida, por lo que para fijar su *quantum*, estamos al criterio del juzgador, quien deberá analizar las particularidades de cada caso, cuidando de no conceder beneficios o enriquecimientos desmedidos e injustos, pues se deberá analizar siempre las circunstancias del hecho, la situación particular de la persona en su esfera personal y social, así como procurar que la condena trascienda a una auténtica justicia ejemplificativa.

Para que el juzgador proceda a la reparación del daño y al análisis de su estimación, sea esta patrimonial o extrapatrimonial; debe acreditarse adecuadamente el hecho dañoso, de acuerdo a los medios probatorios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, lo que permitirá afirmar en el proceso antecedentes y pautas claras de su existencia y su extensión, que son el límite del juzgador para ordenar la reparación del daño.

La prueba de la existencia del daño moral es indispensable, pues lleva al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias que en el proceso son controvertidos, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 158 del COGEP. Precisamente, en cuanto a su admisibilidad, se deben reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y su práctica se hará según lo establecido en la ley, con lealtad y veracidad. El juez deberá valorar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo la obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas que hayan sido el sustento de su decisión.

La segunda fase en la prueba del proceso de daños, una vez que ha sido probado el agravio moral, es la determinación del monto indemnizatorio, respecto de la cual, en la medida de lo posible –atendiendo a cada caso en particular-, será

necesaria prueba de su estimación. En nuestro país esto se ha dejado al arbitrio de los jueces, lo cual como ya analizamos resulta en extremo riesgoso para la certeza y seguridad jurídica.

En lo que respecta a la valoración, pero sobre todo a la cuantificación del daño moral, se ha dejado a criterio de los jueces esta ardua tarea, quienes –en algunos casos- con aciertos y desaciertos han definido las características esenciales del daño moral y su valoración. Lo difícil, aún en el caso de que la valoración de la prueba de la existencia del daño sea adecuada, constituye precisamente la segunda fase de la cual hablamos anteriormente, esto es la valoración y posterior determinación de la cuantificación del monto resarcitorio

El juramento deferido como medio de prueba en los juicios por daño moral, no cumple con los requisitos de admisibilidad de la prueba, establecidos en el COGEP (idoneidad, utilidad, pertinencia y conducencia). Por tanto, el juez está en la obligación de desechar cualquier intento de utilizarlo como medio de prueba del daño moral.

Tanto el juramento decisorio como el estimatorio no son conducentes para comprobar la existencia de un menoscabo espiritual o psicológico, como los sufrimientos, perturbaciones o la angustia que son inherentes al daño moral, mucho menos para establecer la obligación de reparar el supuesto daño. Existen otros medios de prueba idóneos como informes de peritos expertos en este tipo de afectaciones.

En los juicios por reclamación de daño moral, consideramos que el juramento estimatorio resulta innecesario, ya que en la demanda dentro de la pretensión, se debe establecer la cuantía y el monto por el cual el actor considera que se le ha afectado, e incluso, de conformidad a lo establecido por el art. 142 numeral 10 del COGEP, concordante con el art. 144, se establece una cuantía la misma que, en estos casos, sirve como techo máximo para fijar la indemnización, en caso de que se dicte sentencia favorable al actor.

Finalmente indicaremos que al estar frente a una institución procesal muy antigua dentro del ámbito civil, que ha servido como base para otras materias a fines, pero con distinta finalidad, es lamentable la forma en que se la pretende utilizar, desvirtuando completamente su naturaleza. Si no se la regula debidamente, es preferible que se eliminen los artículos referentes al juramento deferido y estimatorio

en el COGEP como medios probatorios, ya que su vigencia no responde a la sociedad actual.

Recomendaciones

Por todo lo anterior, consideramos que, pese a que se ha mantenido la figura del juramento deferido o decisorio -en desuso- en nuestra legislación, debe excluirse del sistema procesal ecuatoriano el juramento decisorio. Compartimos el criterio de que deben eliminarse las pruebas legales o tasadas que limitan en absoluto los poderes de investigación del juez y más concretamente el juramento decisorio. Es un medio de prueba poco usado que bien pudiera ser abolido de la legislación ecuatoriana, conforme lo analizó con claridad años atrás Juan Isaac Lovato.

Aunque el COGEP ha mantenido las figuras del juramento decisorio y estimatorio, se debe separar estas dos instituciones, es decir, aclarar en el art. 185 que éste se trata en realidad del juramento estimatorio, no del deferido; y por otra parte en el art. 184 –que corresponde al deferido-, determinar de una manera más precisa, en qué casos se puede utilizar este juramento como medio de prueba, limitándolo únicamente –a nuestro criterio- al ámbito laboral, en el que se ha usado correctamente el juramento estimatorio.

Precisamente respecto de la procedencia del juramento estimatorio en Colombia, nuestro país podría adoptar con similitud estas disposiciones, pues en este país el juramento procede en los casos de que exista necesidad de obtener el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras. El articulado en este caso es más desarrollado, pues establece que el juramento hará prueba del monto, mientras la cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo; en el caso de la objeción, sólo se considerará aquella que especifique razonadamente la inexactitud de la estimación, por lo que la parte objetante deberá aportar pruebas de descargo. Esta inclusión sería interesante, pues supone una tarea a conciencia de quien pretende el pago, no únicamente una “estimación” sin bases sólidas de lo que pretende reclamar, esta inclusión era necesaria en el articulado del COGEP.

En virtud de lo anterior, podría realizarse una reforma al art. 185 del COGEP, aclarando en primer lugar que se trata del juramento estimatorio, e incorporando, en

segundo lugar, la posibilidad de su práctica para la estimación del monto del perjuicio del daño moral, única y exclusivamente en los casos en que éste ha sido probado en el proceso; con la posibilidad de contradicción de la parte demandada y considerando que esta institución deberá mantenerse en la legislación como un medio de prueba de carácter excepcional, pero que constituirá sin lugar a dudas, un punto de partida para la estimación del monto del perjuicio que en muchos casos es difícil y casi imposible de demostrar.

Consideramos pertinente también regular que, aun en el caso en que no exista objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido, tal como se efectuó en Colombia, en donde el legislador colombiano incorporó una sanción para quien utilice indebidamente este medio probatorio, determinando sanciones pecuniarias en porcentajes, equivalentes a los montos que no resulten comprobados.

Particularmente en los juicios por daño moral, es importante establecer el valor que debe otorgarse a los distintos medios de prueba, en especial el juramento deferido, con el fin de determinar si constituye una prueba pertinente, útil, eficaz y conducente para esta clase de juicios. No hay concertación respecto de los medios idóneos para probar el daño moral en nuestro país. En muchos casos, probar el daño es tarea difícil, pues éste puede o no tener una manifestación externa que sea fácilmente demostrable; es así que cualquier medio probatorio sería admisible para probar el daño moral, lo cual es riesgoso y por ello la necesidad de que sea de alguna manera regulado.

Sin lugar a dudas, en la valoración de la prueba de la existencia del daño moral, es muy difícil que exista una estimación objetiva del daño, pues se deja al arbitrio del juez la determinación de la gravedad y por ende el establecimiento del monto del perjuicio; esto genera en primer lugar una falta de unificación en los montos indemnizatorios, y por otro, arbitrariedades y abusos en lo atinente a la prueba y a la determinación del monto, lo cual podría subsanarse con el establecimiento de baremos legales o fórmulas de valoración de pruebas y cuantificación de daños que propendan a la igualdad en el trato a todos los ciudadanos.

Efectivamente, en nuestro país la práctica procesal debe propender a la creación de baremos o parámetros para la evaluación del daño moral, que permitan evitar arbitrariedades al momento de la determinación del monto indemnizatorio, lo cual permitirá lograr mayor certeza jurídica y será sin dudas garantía del cumplimiento del principio de igualdad consagrado en la Constitución; pues para casos similares los jueces podrán fallar otorgando indemnizaciones similares.

Sin perjuicio de lo anterior, y en el caso de que no pudieran establecerse baremos, es necesario considerar que para establecer la cuantía o el monto del perjuicio, deberá tomarse en cuenta tres aspectos importantes: 1) el carácter reparador de la indemnización; 2) la gravedad del hecho; y 3) los padecimientos soportados por el afectado. Y sobre estos aspectos no cabe duda que es posible aportar prueba, pues en el caso de la gravedad del hecho puede determinarse la repercusión en el ámbito familiar, personal y subjetivo de la víctima analizando su personalidad, estado psicológico, etc.

Bibliografía

- Abarca Galeas, Luis Humberto, *El daño moral y su reparación en el derecho positivo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2007.
- Alesandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.
- Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva, Manuel, *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Nascimento, 1945.
- Almeida Bermeo, Oswaldo, *Juramento deferido en materia laboral y civil*. Quito: UASB, 2003.
- Alonso, Juan Ignacio y otros, *La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidación y la imagen*, Revista Latinoamericana de Derecho.
- Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Tomo I. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941.
- Barragán Romero, Gil, *Elementos del Daño Moral*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2007.
- Bayas Valle, Víctor Hugo, *Prescripción e improcedencia de la acción de perjuicios*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1995.
- Brebbia, Roberto, *El daño moral*. Córdoba: Segunda Edición, 1967.
- Bueres, Alberto J, *Derecho de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- _____, “El daño injusto y la ilicitud de la conducta”, en *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1989.
- Cadena, Ramiro, *La prueba en el procedimiento laboral*. Quito: s/a. 1988.
- Caravantes, José, *Tratado de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil*, Tomo II. México: Editorial Ángel, 2009.
- Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Buenos Aires: Uthea, 1944.
- Cevallos Vásquez, Víctor, *Contratos Civiles y Mercantiles*, Tomo I. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2005.
- Chiovenda, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Pedagógica, 1995.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, Tercera Edición –póstuma-, 1964.

- Cruz Bahamonde, Armando, *Estudio crítico del Código de Procedimiento Civil*. Quito: Edino, 2001.
- Devis Echandía, Hernando, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Décimo Tercera Edición, 1997.
- _____, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomos I y II. Bogotá: Editorial Temis, Sexta Edición, 2012.
- _____, *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, Segunda Edición, 1997.
- De Santo, Víctor, *La prueba judicial, Teoría y Práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.
- Escriche, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. París: Librería de Rosa, Bouret y Cia., 1851.
- Falcón, Enrique M., *Tratado de la Prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- Gherzi, Carlos Alberto, *Cuantificación Económica, Daño moral y psicológico*. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Labor S.A., 1956.
- Guarderas Izquierdo, Ernesto y otros, *Código Orgánico General de Procesos, Manual Práctico y Analítico. Procedimientos, Audiencias y Teoría del Caso*. Quito: Ediciones Legales, 2016.
- Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Guzmán, Roberto, *Repertorio de Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Tomo II. Santiago: Editorial Gibbs, s/a.
- Lessona, Carlos, *Teoría de las pruebas en derecho civil*, Clásicos del Derecho Probatorio, Volumen II. San José: Editorial Jurídica Universitaria, 2004.
- Lluch, Xavier Abel, *Derecho Probatorio*. Barcelona: Bosch Editor, 2012.
- Lovato, Juan Isaac, *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.
- Medina Alcoz, L, *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*. S/C: Thomson Civitas, 2007.
- Montero Aroca, Juan, *La Prueba en el Proceso Civil*. Navarra: Aranzadi, 2012.

- Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Tomo V El daño moral. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- Ortells Ramos, Manuel, *Tradición y Cambio en el Proceso Civil Iberoamericano. (A propósito de un “Código procesal civil modelo”)*. En <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/169/dtr/dtr13.pdf>>.
- Páez, Andrés, *El Nuevo Procedimiento Oral en los Juicios de Trabajo*. Quito: Ediciones Legales, 2005.
- Palacio, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, Décimo Quinta Edición, 2000.
- Pallares, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México, Editorial Porrúa, 1990.
- Pizarro, Ramón Daniel, *Daño Moral: Prevención. Reparación. Punición, El daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- Real Academia de la Historia, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo II, Edición Digital. Sevilla: Universidad de Sevilla, s/a), en <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T2.pdf>>.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Vigésimo Segunda Edición, 2005), en <<http://lema.rae.es/drae/?val=juramento%20decisorio%20>>.
- Rinessi, Antonio Juan, *Juramento*. En Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVII JACT-LEGA. Buenos Aires: Driskill S.A., s/ed, s/a.
- Rocco, Hugo, *Teoría General del Proceso Civil*. México: Editorial Porrúa, 1989.
- Sentís Melendo, Santiago, *El Proceso Civil*, Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959.
- Sessarego, Carlos Fernández, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral”*, Revista Foro Jurídico, Año 1, No. 2.
- Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*. Montevideo: Editorial B de F, s/a.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos* (traducción de Jordi Ferrer Beltrán). Madrid: Trotta, 2002.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Quito, Centro Publicaciones PUCE, 1978.
- Constitución de la República del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Civil, Registro Oficial (suplemento) 46 de 24 de junio de 2005.

Código de Procedimiento Civil, Registro oficial (suplemento) 58 de 12 de julio de 2005.

Código del Trabajo, Registro Oficial (suplemento) 167 de 16 de diciembre de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial (suplemento) 544 de 9 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial (suplemento) 506 de 22 de mayo de 2015.

Jurisprudencia

Gaceta Judicial, Año XCV, Serie XVI, No. 2. Quito, 22 de junio de 1994.

Gaceta Judicial, Año XCV. Serie XVI. No. 3. Quito, 9 de febrero de 1995.

Gaceta Judicial, Año XCVI, Serie XVI, Nro. 6. Quito, 29 de mayo de 1996.

Gaceta Judicial, Año XCV, Serie XVII. No. 5. Quito, 30 de enero de 2001.

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Quito, 17 de abril de 2002.

Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Quito, 2 de septiembre de 2009.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 22-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2011, dentro del Caso No. 0049-09-EP.

Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia en Recurso de Casación, Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 5. Página 1802, 21 de Junio de 2007.

Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0242-2010, de 28 de abril de 2010, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0946-2009, Correa Delgado Rafael contra Banco Pichincha C.A.

Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0374-2011, de 26 de mayo de 2011, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0300-2004, Galeth Rafael Rafael contra Montaña Cortez Eduardo.

Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, Sentencia No. 0404-2010, de 29 de junio de 2010, dentro del juicio ordinario por daño moral No. 0983-2009, Vélez Palacio Nívea contra Benavides Cecilia.

Sentencia de 6 de febrero de 2012, en el juicio por daño moral No. 265-2011-LS, Rafael Correa vs Juan Carlos Calderón y otro, Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.

Legislación extranjera

Argentina: Código Civil. *Boletín Oficial de la República Argentina*,
<<http://www.boletinoficial.gov.ar/Inicio/Index.castle>>.

Colombia: Código General del Proceso. *Sistema Único de Información Normativa del Estado Colombiano*, <<http://www.suin-juriscol.gov.co/contenidos.dll?f=templates&fn=init.htm>>.

Chile: Código de Procedimiento Civil. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740>>.

Venezuela: Código de Procedimiento Civil. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, <<http://www.tsj.gob.ve/gaceta-oficial>>.