



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA: La Indeterminación del Daño Moral y la Propuesta del
Análisis Económico del Derecho.**

**AUTOR (A):
Ostaiza Yuen Chon, Ariana Delia**

Artículo Académico

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

**TUTOR:
De la Pared Darquea, Johnny**

**Guayaquil, Ecuador
24 de febrero del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Ariana Delia Ostaiza Yuen Chon**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

TUTOR (A)

Abg. Johnny De la Pared Darquea, Mgs.

DIRECTOR DE LA CARRERA

Abg. Marena Briones Velasteguí

Guayaquil, a los 24 del mes de febrero del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Ostaiza Yuen Chon, Ariana Delia**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **La Indeterminación del Daño Moral y la Propuesta del Análisis Económico del Derecho** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 24 del mes de febrero del año 2016

EL AUTOR (A)

Ostaiza Yuen Chon, Ariana Delia



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Ostaiza Yuen Chon, Ariana Delia**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **La Indeterminación del Daño Moral y la Propuesta del Análisis Económico del Derecho**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 24 del mes de febrero del año 2016

EL (LA) AUTOR(A):

(Firma)

Ostaiza Yuen Chon, Ariana Delia

ÍNDICE

| | |
|--|-------|
| Resumen (Abstract) | p. vi |
| Introducción | p. 7 |
| Desarrollo | p. 8 |
| Conclusiones | p. 21 |
| Referencias | p. 25 |
| Declaración y autorización | p. 27 |
| Ficha de registro de tesis/trabajo de titulación | p.28 |

RESUMEN (ABSTRACT)

En el presente trabajo de investigación se hace un desarrollo de la institución del daño moral y el problema de su indeterminación que abarca su ubicación dentro del régimen de la responsabilidad civil hasta las discusiones en torno a su definición. Posteriormente, dentro de la investigación se abre paso al lugar que tiene dentro de la legislación ecuatoriana y los conflictos en el ámbito procesal al momento de ejercer este tipo de acción y la necesidad de seguridad jurídica en las decisiones por parte de los administradores de justicia.

Luego, como una solución parcial al problema de la indeterminación en la cuantificación del daño moral, se presenta una de las propuestas del Análisis Económico del Derecho como nueva fase del desarrollo de la responsabilidad civil en donde toma importancia el régimen de seguros. Frente a esto, se estudian las críticas que han surgido dentro de esta misma institución para finalmente, hacer unas reflexiones sobre el problema de indeterminación que engloba la institución de daño moral.

Palabras Claves: Indeterminación del daño moral, daño moral, Análisis Económico del Derecho, AED, discrecionalidad y seguridad jurídica.

INTRODUCCIÓN

Dentro del presente trabajo de investigación se abordará el estudio de la indeterminación del daño moral para posteriormente dar paso al análisis una de las propuestas que han sido brindadas por la corriente del Análisis Económico del Derecho, en adelante AED, como solución a este problema.

Este tema es de particular interés de estudio en la medida que el daño moral no es susceptible de cuantificarse a través de parámetros convencionales para poder medir su impacto y en consecuencia, tampoco su forma de indemnizarlo. En tal virtud, al ser una institución del Derecho y al existir tal indeterminación, no se podría dejar abandonado el problema a la simple discrecionalidad de quien administra justicia.

En el Ecuador se ha implantado un sistema de derechos y justicia que tiene como principios fundamentales la fuerza vinculante y la eficacia normativa de las disposiciones constitucionales, dentro las cuales se encuentra el derecho a la seguridad jurídica que prevé como uno de sus componentes la certeza en la adopción de decisiones por parte de las autoridades competentes.

En ese orden de ideas, entonces aparece la indeterminación de la cuantificación del daño moral como un problema de orden legislativo y procesal por generar incertidumbre a la hora de ser llevado ante un juez o árbitro y no encontrar variables objetivas para su medición como daño y una adecuada compensación.

A partir de lo dicho, en el presente trabajo de investigación se hará un desarrollo doctrinario de la ubicación del daño moral en el régimen de la responsabilidad civil, las nociones de su definición, su ubicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la repercusión dentro del ámbito procesal y finalmente, el análisis de una de las propuestas del AED y su crítica.

DESARROLLO

El origen de la responsabilidad civil nace, sin duda, del principio romano *alterum non laedere* que significa no dañar al otro. Este principio se puede considerar como una de las piedras angulares del estudio del Derecho, entendido en su sentido más lato como el conjunto de normas, principios y valores jurídicos que regula las conductas de los individuos dentro de una sociedad y tiene como principal objetivo la realización de la justicia.

Para el tratadista Arturo Alessandri, el tema de la responsabilidad civil y su definición viene dado por las consecuencias o efectos jurídicos que ésta trae aparejada, en otras palabras, existe responsabilidad civil cuando un individuo está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil, se entiende que “hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra” (Alessandri, 1981, p. 10).

Como punto de partida, entonces lo principal dentro de la responsabilidad civil es la existencia de un daño. Frente a este elemento, nuestro Código Civil no ha establecido una definición y con acierto se ha mantenido así esta indeterminación, pues el daño es un concepto jurídico que ha sufrido variaciones con el pasar del tiempo y la evolución misma del derecho, pues nació como una noción materialista, un daño es una pérdida pecuniaria, y en la actualidad su transversalidad ha provocado alcanzar posturas más abstractas como espirituales.

En términos generales, el daño es concebido como el menoscabo o perjuicio sufrido por una persona en sus intereses legítimos y relevantes, es decir, bienes jurídicos tutelados por el estado. A partir de esto, surgen inquietudes respecto a qué bienes protege el estado y es así como debemos considerar la clasificación de bienes patrimoniales y bienes extrapatrimoniales, que como su nombre lo indica unos se encuentran dentro de patrimonio susceptible de ser medido en términos económicos y el otro, fuera de este sin posibilidad de sujetarse a tal medición.

Así mismo, en el estudio de la responsabilidad civil existen dos vértices, la responsabilidad civil contractual y extracontractual. O sea, la que surge del incumplimiento, retardo injustificado o defectuoso de un contrato y la que tiene su origen en los delitos y cuasidelitos.

En relación con el tema que nos ocupa, la indeterminación del daño moral, cabe indicar que la doctrina tampoco ha sido pacífica para establecer si este se encuentra en el campo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se discute si puede haber lugar a la reparación del daño moral como resultado de una relación jurídica contractual.

Por ello, cuando nos referiremos al daño moral se lo hará con independencia de su posición dentro del régimen de la responsabilidad civil, pues la reparación de daño moral tiene su razón de ser en la lesión a un bien jurídico protegido sin que para la presente investigación sea relevante si proviene de un delito, cuasidelito o de la inejecución de un contrato.

Luego de tener claro que el daño moral está dentro del régimen de la responsabilidad civil, es preciso aseverar que diversos autores han buscado fijar un concepto de daño moral. No obstante, hasta la actualidad no existe un consenso por parte de ellos y para solucionar este problema de indeterminación se ha sostenido, de manera general, que el daño moral es una expresión de un perjuicio extrapatrimonial o perjuicio no patrimonial.

Entonces, si un “perjuicio patrimonial es aquel que afecta a bienes que tienen un significado económico que se expresa en un valor de cambio” (Barros, 2006, p. 231), los perjuicios extrapatrimoniales serían aquellos que afectan derechos de la personalidad como integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derecho de movimiento, de residir, de opinar, entre otros. Por ello, los daños extrapatrimoniales se relacionan con aquellos daños que afectan los aspectos emocionales, psicológicos o afectivos de la persona.

Encontramos así que el problema de la indeterminación o imprecisión se hace presente en la institución del daño moral desde su ubicación dentro del régimen de la responsabilidad civil hasta su definición, lo que provoca que este problema se haga extensivo a su cuantificación e indemnización.

Sin embargo, esta indeterminación no puede tomarse como excusa para evitar su compensación porque desde el punto de vista de la justicia como fin primordial del derecho, “es preferible una indemnización basada prudencialmente en criterios imprecisos de valoración, que dejar los daños no patrimoniales sin reparación” (Barros, 2006, p.233).

En el Ecuador, la institución del daño moral ha sido recogida en el Código Civil en título XXXIII de los delitos y cuasidelitos, donde se establece que están obligados a reparar a título de daño moral quienes, en general, hayan provocado sufrimientos físicos o psíquicos como angustia, ansiedad, humillaciones y ofensas. A partir de esto, parecería ser que lo que se indemniza es lo denominado en doctrina *pretium doloris*, es decir, el precio del dolor que se ha provocado en la víctima.

Pero esto trae como resultado que se entienda que toda idea simple de dolor o molestia sea indemnizable. No obstante, siguiendo al tratadista Arturo Alessandri, en Chile, donde tienen el mismo postulado referente al daño moral en su Código Civil, se hace la distinción entre el daño moral puro o meramente moral del daño con consecuencias pecuniarias (1981).

El daño moral puro o meramente moral es el denominado *pretium doloris*. Este ha sufrido severas críticas en lo relativo a su forma de indemnización, toda vez que si se entiende que se debe indemnizar el simple dolor provocado por cualquier disconformidad proveniente de cualquier estímulo, no existiría un límite adecuado a las indemnizaciones.

En esta misma línea de pensamiento, el profesor Zannoni expresa que:

Los dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos con que habitualmente suele identificarse el daño moral, no son sino estados

del espíritu, consecuencias del daño. Y que el derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que provengan o deriven de la privación de un bien jurídico sobre el que el padeciente tenía un interés reconocido jurídicamente. Concluyendo, que el daño moral no es el dolor o los padecimientos, pues éstos serán resarcibles solo a condición de que resulten de la lesión a una facultad de actuar que impida o frustre la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima por el ordenamiento jurídico. (Represas, F. & López, M. 2008, p.486).

A partir de esto, podemos señalar que el daño moral al igual que el daño patrimonial requiere de la existencia de un daño entendido como menoscabo que es susceptible de ser determinado y que se opone a lo puramente hipotético, eventual o conjetural. No obstante, esto se debe entender a la luz de la naturaleza misma del daño moral que no puede ser valorado en base a pautas objetivas y materialmente verificables.

Luego de lo establecido en líneas anteriores, vemos la necesidad que existe frente al problema concerniente a la adecuada compensación del daño moral. Se ha sostenido en la doctrina que “el daño moral al ser parte de un perjuicio extrapatrimonial debe ser reparado a través de medidas no económicas que son los medios más directos para la reparación” (Barros, 2006, p. 301), como por ejemplo, en caso de difamación una reparación propiamente dicha sería una retractación pública o la publicación de la sentencia condenatoria del difamador.

Pero ante esto, existen otras posturas que establecen que todo daño sufrido por un sujeto en cualquiera de sus derechos, incluso los de naturaleza extrapatrimonial, como el daño moral, puede tener una repercusión más o menos directa en el ámbito patrimonial y, por ende, “todos los daños serán en alguna medida patrimoniales” (Brebba, 1967, p.80).

Pero en este último presupuesto, se encuentra una vez más que la consecuencia directa producto de la afectación de índole moral no puede estar revestida con un carácter absoluto de una indemnización pecuniaria aunque

esto no impida que existan compensaciones de carácter extrapatrimonial en cuestiones de daño moral.

Hay que tener claro, que casi siempre el daño moral resulta humanamente irreparable, en otros casos sólo el tiempo puede atenuar el agravio moral causado, “no hay medios para colocar al estado anterior cuando una persona que ha sido lesionada en sus afecciones como la muerte de una persona con quién se está unida en parentesco” (Brebba, 1967, p. 221). Y lo excepcional sería precisamente esto, lo que constituye la reparación natural, in natura o por equivalencia, que será procedente únicamente en aquellos casos que se pueden volver las cosas al estado anterior a la producción del daño.

Por ello, cuando se habla indemnización de daño moral se está frente a una compensación del daño porque en el campo de daño moral no es posible una reparación propiamente dicha. En consonancia con esto, cuando no sea posible esta reparación in natura, se debe aceptar la entrega de una cantidad de dinero como equivalencia al daño sufrido que cumpliría con una función satisfactoria. Pues como ha señalado parte de la doctrina, “el hecho de la existencia de un daño que es inmaterial, no implica necesariamente que no pueda ser indemnizado mediante medidas que no revistan un carácter fundamentalmente económico” (Trazagnies, 1999, p. 76).

De esto se deriva que cuando se permite una indemnización a través de dinero, se deberían de tomar en consideración determinados parámetros para impedir que se genere un enriquecimiento sin causa. Y es justamente esto un problema jurídico cuando se ha sostenido que producto de la no existencia de criterios objetivos para la cuantificación del daño moral quien fija el quantum en último término es el juez.

En efecto, es el juez quien se encuentra ante un hecho irrefragable de no poder medir el dolor que una persona determinada sufre en vista de inimaginables factores psicológicos y espacio temporales entran en juego. Por esa razón, en la doctrina se afirma que “no es aceptable considerar que la

inconmensurabilidad del daño moral, pueda provocar la violación de ley por considerar el pretium doloris a través de una suma que para otro, resulte excesiva y caiga en error de enriquecer injustamente a otro". (Santos, 2012, p.367).

Entonces parecería ser que la cuantificación del daño moral al no obedecer a una reparación objetiva queda a la discrecionalidad de los jueces o de quienes imparten justicia, lo que genera problemas desde la perspectiva del procesal, toda vez que en el Código Civil ecuatoriano sólo se establece que la indemnización por daño moral se la debe justificar en función de la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Pero estos criterios antes señalados van a variar dependiendo de cada caso particular que llegue al conocimiento de un juez y así mismo, "se podría llegar a determinaciones indemnizatorias tan distintas como jueces que puedan conocer el caso, sin lograr una uniformidad para predecir el quantum indemnizatorio" (Linares, 2012, p. 50).

La mayor cantidad de sentencias relativas a daño moral hacen referencia a la importancia del papel del juzgador para determinar la cuantificación de daño moral como lo señalamos en párrafos anteriores. No obstante, consideramos que esto no debe ser una excusa para que el ámbito discrecional del juez pueda ser sustituido por arbitrariedades judiciales.

Pareciera ser que hay varias necesidades que no tienen una respuesta satisfactoria: ¿cómo se puede determinar la existencia de un daño moral? ¿Cómo la víctima puede ser indemnizada? ¿Cuál es la seguridad jurídica a través de fallos similares que condenen el daño moral? Ahora bien, es este punto analizaremos las soluciones que nos ofrece el AED para resolver estas necesidades.

El Análisis Económico del Derecho es un movimiento que impulsa al uso de herramientas que propias de la economía para estudiar fenómenos jurídicos. Previo analizar una de las propuestas dada por esta corriente frente a la

indeterminación del daño moral, es necesario abordar el desarrollo del régimen de responsabilidad civil en el tiempo para poder comprender la aparición del sistema de seguros.

La responsabilidad civil, donde se encuentra el estudio del daño moral, al igual que diversas ramas del derecho ha evolucionado. Primero, era determinante la responsabilidad subjetiva del agente de un daño, es decir, se observaba si su conducta era dolosa o culposa. Posteriormente, se construyó un segundo modelo donde no importaba si una conducta era calificada como culposa o dolosa, sino que existía una determinación objetiva de la responsabilidad de quien actuaba por la naturaleza del acto.

Y ahora se está dando paso a una tercera teoría de responsabilidad, desarrollada por uno de los principales exponentes del AED, que propugna un modelo de “superación de las reglas de responsabilidad subjetiva (culpa o dolo) con la traslación de los costos a la sociedad o a los propios usuarios mediante un sistema de seguros denominado: fraccionamiento de riesgos” (Calabresi, 1984, p. 55). De lo dicho, se observa que estos modelos de desarrollo de responsabilidad civil, no obligan adoptar uno con independencia de otro, sino que pueden existir simultáneamente dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

Para comprender de mejor manera la propuesta dada por el AED en el régimen de la responsabilidad civil, a continuación se referirá a los postulados sobre los cuales ha sido construida esta corriente y que parten de la premisa principal que todo individuo es un agente económico quien a través del uso de su razón busca optimizar su bienestar en un mundo de necesidades ilimitadas y recursos escasos, siendo esto el denominado: individualismo metodológico.

Siguiendo este postulado, el individuo se transforma en un agente que siempre tiene en cuenta los incentivos o formas para prevenir conductas que puedan ocasionar un daño potencial y por esto, “existe un aseguramiento de ese riesgo por parte de quienes tienen aversión al mismo” (Gómez, 2000, p. 5). Como vemos, existe un esquema lógico de aseguramiento y de prevención del riesgo.

Se dice que los agentes conscientes que pueden provocar un daño, aseguran el riesgo mediante un seguro porque de lo contrario, si ese riesgo se convierte en daño o siniestro, se provocaría una disminución en la utilidad individual y consecuentemente, una pérdida neta en el bienestar social. No obstante, regresando al tema concreto del presente artículo, la indeterminación del daño moral, surge la siguiente duda ¿se podría sugerir la utilización de un seguro para poder cuantificar el daño moral?

De acuerdo con el tratadista Stephen Shavell, quien es uno de los principales exponentes del AED por sus aportes hechos en la actualidad dentro de la Escuela de Derecho en Harvard y creador de diversas obras entre las cuales se destaca *Fundación del Análisis Económico del Derecho*, muchas veces cuando se provoca un daño moral, no siempre es susceptible de ser indemnizado porque no se provoca una alteración en la utilidad de la riqueza, pero en otros casos sí puede haber variaciones por lo que es necesario un estudio de aquellos agentes que tienen aversión al riesgo (Shavell, 1987).

En el modelo propuesto por este tratadista, existen tres tipos de bienes que son: la riqueza (susceptible de ser usada para producir más bienes), un bien de consumo (que es obtenido por un número determinado de unidades de riqueza) y un bien de consumo que no puede ser producido ni generado por riqueza llamado bienes irremplazable (entendido como el conjunto de bienes extrapatrimoniales).

Así la utilidad de un agente se produce de la suma del nivel de riqueza, de la utilidad del bien producido y de la utilidad del bien irremplazable. A partir de esto, la utilidad individual multiplicada por el número de individuos dentro de un sistema contribuye al bienestar social.

En este orden de ideas, cuando se provoca un daño extrapatrimonial se provoca una reducción de un bien irremplazable y el monto esa pérdida en el AED corresponde con la variable denominada z , que es la utilidad del bien irremplazable. Como este bien no puede ser reemplazado, se entiende que

como consecuencia hay una reducción en el bienestar social que coincide con Z.

En otras palabras, se provoca un desplazamiento de la utilidad del individuo antes del hecho dañoso y después del hecho de este. Tomando esta hipótesis se entendería que no siempre se provoca una pérdida de utilidad, sino existe dicha pérdida sólo cuando se provoca un desplazamiento de la utilidad. Representado gráficamente sería:

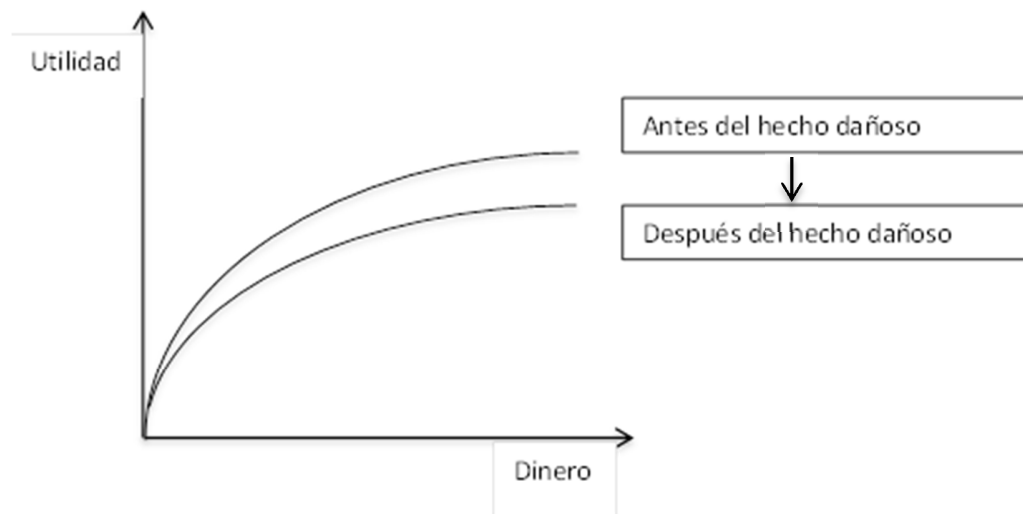


Figura 1. Representación del desplazamiento de utilidad ante perjuicio extrapatrimonial. Fuente: Tombar, F. 2000.

Como respuesta a la pregunta planteada, sobre la utilización de un seguro, de acuerdo con Shavell si un agente está dispuesto asegurarse del riesgo, podría estimarse que el monto de la indemnización por concepto de daño moral será coincidente con el valor de reemplazo que es entregado por el seguro, puesto que la indemnización depende del grado de afectación que podría ocasionar un daño moral en un agente. Shavell asume en su propuesta que la ocurrencia del evento sería fija y por ello, el agente contrata una cobertura y cuya utilidad sería el valor de reemplazo que es igual al valor esperado de la cobertura.

Relacionando el daño moral con el daño patrimonial considera: primero, el nivel de cobertura del seguro por daño moral debe ser igual que el valor de

reemplazo de un daño patrimonial cuando la utilidad de la riqueza no es afectada por el hecho dañoso. Segundo, el nivel de cobertura debe ser menor que el valor del daño patrimonial cuando la utilidad se reduce por el hecho dañoso. Y tercero, el nivel de cobertura debe ser mayor cuando el hecho dañoso incrementa la utilidad marginal de la riqueza. En este sentido, cuando una víctima no está dispuesta a tomar un seguro, es igual decir que no hay fundamentos para solicitar una indemnización por daño moral.

Por otro lado, el autor Kip Viscusi, profesor de la facultad de derecho de la Universidad Vandervilt, ha indicado de manera enfática que no es posible un aseguramiento contra el daño moral porque no es posible que se pueda dar una determinación clara del valor de reemplazo ex ante el hecho dañoso. Adicionalmente, afirma que casi siempre la indemnización por concepto de daño moral depende de los efectos que provoque el hecho sobre la utilidad de la riqueza (1993).

Considera, así mismo, que no hay bases teóricas que aprueben el supuesto desplazamiento, señalado por Shavell, que tiene lugar en la utilidad de la riqueza del individuo, por eso se debe atender a una forma de porcentaje como compensación entre el riesgo y la utilidad, como en el caso del derecho laboral que tiene las tarifas por accidentes.

Además, manifiesta que la utilidad de la riqueza se ve reducida cuando hay un accidente con consecuencias graves, y que esta aumenta cuando es lo contrario. Bajo esto, concluye que los agentes no contratan seguros contra daño moral porque el costo de ellos reduce, de manera general, la utilidad de la riqueza luego del hecho dañoso. Como respuesta a la pregunta planteada, no sería viable el aseguramiento contra daño moral.

Otros autores como John E. Calfee y Clifford Winston con estudios en ramas de las ciencias económicas, a través de un método empírico han desestimado que los agentes estén dispuestos a contratar un seguro para cubrir los riesgos que devienen de un posible daño moral. A través de encuestas concluyeron que los

consumidores están dispuestos a prevenir el riesgo más que asegurarse. En respuesta a la pregunta planteada, no cabría el seguro contra daño moral (1993).

Otro punto de estudio que destacar consiste en la disposición del agente en reducir el riesgo y el principal exponente de esto es el británico E.J. Mishan, autor del libro *Análisis Costo y Beneficio*, quien a través de los postulados de la eficiencia de Pareto, crea el método del willingness to accept WTA o willingness to pay WTP, es decir, la probabilidad de aceptar y pagar para reducir el riesgo o aceptar una compensación por asumirlo (1971).

Este método empírico indica que en algunas circunstancias las personas están dispuestas asumir riesgo, como laborar en actividades peligrosas, para recibir como contraprestación una gran cantidad de dinero, así en su remuneración estaría envuelto el valor del riesgo que puede provocar un daño patrimonial o moral que podría afectarnos.

Se propone extrapolar el valor proveniente de la fragmentación del riesgo en la toma de decisiones cotidiana, que en el ejemplo es el costo de una actividad considerada de alto riesgo, para a partir de esto obtener el valor necesario para indemnizar a cada persona por el riesgo sufrido indistintamente si ocurre o no el hecho dañoso. En respuesta a la pregunta planteada, no sería necesaria la adquisición de un seguro porque en la toma de decisiones cotidianas se demostraría la aversión o no al riesgo por un daño moral.

De acuerdo con Richard Raymond, este método propuesto por Mishal merece críticas porque no siempre se puede incorporar el daño moral en esta toma de decisiones, porque muchas veces se afecta no sólo al agente, sino a otras generaciones que no participaron en este proceso. Finalmente, ha sostenido que a través de este método se reduciría al ser humano como objeto, es por esto que al discutirse su validez, él niega la aplicación del método (2000).

Autores como Robert Cooter y Thomas Ullen, fundadores de la Asociación Americana de Derecho y Economía, han manifestado que existen

circunstancias en las que no es posible medir antes del hecho dañoso el costo de la reducción de la riqueza porque resulta, en un ejemplo, inimaginable para un padre cuantificar el dolor por la pérdida de un hijo al momento de tomar un seguro (1997).

Por esto, indican que el método del riesgo para evaluar este tipo de daños no es eficiente y que el juez debe matizarlo en contexto del riesgo razonable y conocido, la probabilidad de ocurrencia y el costo de producción. Como respuesta a la pregunta planteada, es evidente que la respuesta es que no cabe posibilidad del aseguramiento del daño moral a través del seguro.

En síntesis, en lo que corresponde al problema de la indeterminación de la cuantía del daño moral, el AED ofrece soluciones a los problemas que se han planteado en líneas anteriores. Considera de manera principal dos elementos:

1. El aseguramiento del riesgo por parte de quienes tienen aversión del mismo.
2. Los incentivos para la prevención en la conducta de quien provoca el daño o también denominado el agente (Tombar, 2000).

Como primer punto, lo que corresponde al aseguramiento de la víctima, el AED propone que ésta no reciba compensación por el daño meramente moral o puro, sino sólo por los daños patrimoniales que han sido consecuencia directa del daño moral. Pues de lo contrario, la indemnización por daño meramente moral supondría que la víctima contratara un seguro con un precio (primas), que no estaría dispuesta a pagar.

De lo dicho, parecería ser que hay una confusión respecto al régimen de la responsabilidad civil y el derecho de seguros. Sin embargo, como se mencionó en líneas anteriores, esto corresponde a un tercer modelo de responsabilidad civil donde la traslación del riesgo toma gran importancia.

Como segundo punto, lo concerniente a la prevención de la conducta del agente, se establece que el hecho que una persona se vea constreñida a pagar una indemnización por concepto de daño moral, supondría una disminución en el patrimonio de esa persona y general, una pérdida en el bienestar social.

Como respuesta a esto, el valor de la indemnización que debería pagar el agente de un daño debe coincidir con el daño socialmente esperado.

En otras palabras, el sistema jurídico aborda el problema persuadiendo a través de sus normas la conducta de las personas para adoptar precauciones para actuar conforme a derecho y no ser responsable de un daño y de esta manera, disminuye el riesgo porque de lo contrario, el agente tendría que pagar una indemnización.

Para comprender mejor estas dos últimas soluciones dadas por el AED, no hay que olvidar que, en general, las propuestas de esta corriente tienen como componente fundamental la búsqueda de la eficiencia de sistemas legales a través de herramientas propias de la economía. Es por esta razón que se tiende al envío de mensajes en forma de normas jurídicas que vayan acorde con la naturaleza del individuo y por ello se utiliza el método del individualismo metodológico.

Tomando los postulados del AED, el sistema jurídico no debería proporcionar una cobertura que la potencial víctima, como agente racional, no cubriría. De acuerdo con el tratadista Francisco González de Cossío “la responsabilidad civil debería ser atemperada con modelos económicos para cuantificar la indemnización” (s.f.).

Sin embargo, como vimos en párrafos anteriores, el daño moral no es susceptible de una cuantificación absoluta en términos pecuniarios. Luego del estudio de la propuesta del AED, se expondrá críticamente nuestra opinión en torno al problema de la indeterminación del daño moral que realmente se convierte en un problema práctico y a la vez teórico.

CONCLUSIONES

Dentro del desarrollo del presente artículo científico, entendemos que el daño moral está concebido dentro del sistema de responsabilidad civil que tiene como fundamento la reparación de un daño sufrido por una persona en sus intereses legítimos y relevantes tutelados por el estado.

De esta forma se podría aseverar que al estado le interesa tutelar el daño moral que sufra cualquier persona, toda vez que dentro de su ordenamiento jurídico se lo reconoce como un tipo de daño ya que se produce una afectación en la persona en su espíritu, y como resultado, hay derecho accionar los juzgados y tribunales para para solicitar una indemnización a título de compensación por la trasgresión del derecho afectado.

Se considera que para fines de este artículo no caben cuestionamientos sobre sobre discusiones en torno a su definición, o si es parte de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, o si el titular de la acción puede ser una persona natural o una persona jurídica, porque lo cierto es que realmente no se puede hablar de definición propiamente dicha, sino de nociones de esta institución y que es parte de la responsabilidad civil y como tal, está reconocida por el derecho ecuatoriano.

Lo que interesa es la determinación de la existencia del daño, su quantum y su forma de indemnización. De lo revisado, vemos que el AED propone dar una solución eficiente al problema. Sin embargo, ha recibido críticas esta propuesta por ello se quiere matizar esta propuesta con las formas tradicionales que en una primera parte del trabajo se refirieron.

En el sistema de responsabilidad civil que está establecido en nuestro ordenamiento jurídico, en lo relativo al daño moral, le corresponde a la víctima justificar el daño alegado y la forma de indemnización, mientras que a la contraparte le corresponde negar el supuesto daño o solicitar una nueva forma de indemnización, mientras que al juez simplemente le toca advertir a través de

su sana crítica si ha probado el daño y establecer una correcta forma de cuantificar el daño y su subsecuente indemnización.

Mucho se ha discutido que sea la propia víctima quien fije los parámetros para establecer su compensación, pero lo cierto es que en el caso concreto se encuentra con un tipo de daño especialísimo que puede variar en cada caso. Pero precisamente es eso lo que se debe evitar: el desconocimiento total de parámetros objetivos.

Los doctrinarios han sostenido que la forma correcta de indemnizar cualquier tipo de perjuicio extrapatrimonial es a través de medidas no económicas y al ser el daño moral un daño extrapatrimonial, se debe indemnizar con este tipo de medidas. Sin perjuicios, que se puedan dar indemnizaciones pecuniarias en daños extrapatrimoniales.

En la actualidad, hay muchas acciones iniciadas por daño moral concluyen con una decisión que ordena una compensación en términos económicos. Por ello, se estima que lo ideal sería una indemnización que incluya medidas no económicas y aspectos pecuniarios.

En lo que corresponde a las medidas no económicas, se considera que bajo el hecho que el daño moral es un tipo de daño sui géneris, que en su noción incluye la esfera más íntima de cualquier persona, su espíritu, lo natural sería que ésta determine cuál sería la forma eficiente para compensar su daño.

Por otro lado, en lo que se refiere a los aspectos pecuniarios, la forma para cuantificar una suma de dinero se torna compleja y varía en cada caso. Por esto, la importancia de la solución propuesta por el AED y el estudio de sus críticas.

Dentro de las preguntas que se han planteado dentro de este artículo está cómo establecer la existencia de un daño. Evidentemente, esta discusión no parece tener una solución general porque al enfrentarnos a este tipo de daños se comprometen bienes extrapatrimoniales y por lo tanto, irremplazables.

Pero en este punto, se deberían adoptar las variables para establecer el daño en términos generales, pues en último término el daño moral es un tipo de daño. En este sentido se observa también que no todo tipo de daño de espíritu debe ser indemnizado porque se puede llegar a absurdos y activar la administración de justicia por cualquier tipo de daño.

Nuestro ordenamiento jurídico, no puede girar en torno a la subjetividad propia que emana de la naturaleza de cada individuo afectado por este tipo de circunstancias. Ante esta incertidumbre y necesidad de seguridad jurídica propia de un estado de derecho, el AED propone que el parámetro para establecer la existencia de este tipo de daños es a través del interés demostrado por una persona en contratar un seguro para disminuir el impacto de un daño.

El autor del presente artículo no se considera partidario en totalidad de esta propuesta, pero por las discusiones que han surgido por parte de los doctrinarios y la falta de certidumbre, se estima que resulta necesario el estudio de determinadas instituciones jurídicas a la luz de componentes económicos que sean eficientes.

Con respecto a otras de las preguntas planteadas que son las relacionadas con la cuantificación del daño y su indemnización, se afirma que este problema debe ser tomado con toda la seriedad y preocupación por la seguridad jurídica que demandamos los ecuatorianos.

La corriente del AED propone el estudio de la fragmentación de riesgos en el campo de la responsabilidad civil, considerando la naturaleza del individuo para optimizar los recursos. Así como se dejó anotado en líneas anteriores, se otorgaría una mayor seguridad en la legislación si se adoptara un sistema de seguros que permita asegurar los riesgos entre los cuales en nuestra investigación lo concretamos a la existencia efectiva de un daño moral.

Partiendo de esta premisa, de identificación de los riesgos y el aseguramiento de los mismos, el problema del quantum y su indemnización pecuniaria

quedarían reducidos a los términos contratados dentro del contrato de seguro. Por otro lado, se propone como alternativa una prevención contra este tipo de riesgos que haga el estado a través de sus normas jurídicas y que estas persuadan la conducta de los individuos para reducir el potencial daño.

Como lo revisamos, la propuesta del AED tampoco tiene una solución pacífica y pareciera ser que los problemas planteados están lejos de tener una respuesta definitiva. Sin embargo, el autor del presente artículo es asiduo en recordar que el estado tiene el deber de brindar una mayor certeza respecto al daño moral en aras de dotar al sistema de seguridad jurídica.

Como ya se dejó sentado, por la naturaleza de este daño se insiste que lo ideal sería la posibilidad de tener un régimen de reparación mixto que incluya medios no económicos y económicos de reparación. Respecto a este último, se cree que se debería tener en consideración lo propuesto por el AED en relación con el fraccionamiento de riesgos y la posibilidad que dentro de un seguro se incluya en el valor de reemplazo lo que corresponda al daño moral.

Finalmente se concluye indicando que en caso que se llegare a acoger esta propuesta, esta sería en sí misma uno de los más grandes desafíos que adoptaría nuestro sistema de responsabilidad civil porque hasta la fecha estos postulados se mantienen en construcción, pero que sin lugar a dudas lleva implícita una seguridad en términos económicos y jurídicos.

REFERENCIAS

LIBROS

- Asociación Civil Ius et Veritas (2009). *Responsabilidad Civil Contemporánea* (479-496). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Barros, E. (2006). *Tratado de la Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
- Brebbia, R. (2da Ed.) (1967). *El Daño Moral*. Buenos Aires: Orbir.
- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes: Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel.
- Represas, F. y López, M. (2008). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley.
- Rodríguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta universal.
- Tamayo, J. (1986). *De la responsabilidad Civil: De los Perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Editorial Temis.
- Trazagnies, F. (1999). *La Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Editorial Temis.

TESIS

- Jaramillo, E. y Zakzuk, A. (2009). *Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo*. (Grado de abogado). Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.
- Monares, N. (s.f.). *Algunas notas sobre la valoración de los daños corporales en el Derecho chileno y comparado*. (Grado de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile, Chile.
- Zarante, G. (2011). *Aseguramiento de los perjuicios extrapatrimoniales en el seguro de responsabilidad civil extracontractual*. (Grado maestro en seguro de responsabilidad civil con énfasis en responsabilidad civil). Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

ARTÍCULOS

- Aciarri, H., Castellano, A. y Barbero, A. (2004). ¿Se debe indemnizar el dolor de las víctimas del 11 de septiembre? Un análisis económico del daño moral. En *Indret*, 2, 2-30. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/210_es.pdf
- Arjona, A. y Rubio, M. (2002). Análisis Económico del Derecho. En *Precedente*, 2, 116-150. Encontrado de <http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2002/5AnaArjonaMauricioRubio.pdf>
- Gómez, F. (2000). Daño Moral. En *Indret*, 1, 2-15. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf
- Linares, D. (2012). Buscándole Cinco Patas al Gato: El Laberinto de la Cuantificación del Daño Moral con una Mirada Desde la Óptica Procesal. En *Derecho y Sociedad*, 38, 76-87. Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13105/13716>
- Marín, I. y López, D. (2010). Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo. En *Indret*, 2, 2-38. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/741_es.pdf

OTROS

- González, F. (s.f.). La irresponsabilidad de la responsabilidad. Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/varios/Responsabilidad.pdf>
- López, E. (s.f.). Introducción a la responsabilidad civil. Recuperado de <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Ariana Delia Ostaiza Yuen Chon**, con C.C: # 0931410146 autor/a del trabajo de titulación: **La Indeterminación del Daño Moral y la Propuesta del Análisis Económico del Derecho** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

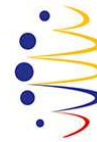
2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 24 de febrero de 2016

f. _____

Nombre: **Ostaiza Yuen Chon Ariana Delia**

C.C: 0931410146



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

| | | | |
|--|--|---|----|
| TÍTULO Y SUBTÍTULO: | La Indeterminación del Daño Moral y la Propuesta del Análisis Económico del Derecho | | |
| AUTOR(ES) (apellidos/nombres): | Ostaiza Yuen Chon, Ariana Delia | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres): | Abg. Johnny De La Pared Darquea, Mgs. | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas | | |
| CARRERA: | Derecho | | |
| TÍTULO OBTENIDO: | Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 22 de marzo de 2016 | No. DE PÁGINAS: | 18 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Responsabilidad Civil, Derecho Procesal y Derecho Constitucional. | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | Indeterminación del daño moral, daño moral, Análisis Económico del Derecho, AED, discrecionalidad y seguridad jurídica. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): | <p>En el presente trabajo de investigación se hace un desarrollo de la institución del daño moral y el problema de su indeterminación que abarca su ubicación dentro del régimen de la responsabilidad civil hasta las discusiones en torno a su definición. Posteriormente, dentro de la investigación se abre paso al lugar que tiene dentro de la legislación ecuatoriana y los conflictos en el ámbito procesal al momento de ejercer este tipo de acción y la necesidad de seguridad jurídica en las decisiones por parte de los administradores de justicia.</p> <p>Luego, como una solución parcial al problema de la indeterminación en la cuantificación del daño moral, se presenta una de las propuestas del Análisis Económico del Derecho como nueva fase del desarrollo de la responsabilidad civil en donde toma importancia el régimen de seguros. Frente a esto, se estudian las críticas que han surgido dentro de esta misma institución para finalmente, hacer unas reflexiones sobre el problema de indeterminación que engloba la institución de daño moral.</p> | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593-998764356 | E-mail: ariana.ostaiza@gmail.com | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):: | Abg. Maritza Reynoso Gaute. | | |
| | Teléfono: 0994602774 | | |
| | E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec | | |

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

| | |
|---|--|
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | |

