



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TEMA: El Daño Moral y las Medidas Cautelares

AUTOR (A):

Zapata Esquivel, Norma Marlene

**TRABAJO DE TITULACION
Previo a la Obtención del título**

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA**

TUTOR:

Franco Loor, Eduardo

Guayaquil, Ecuador

27 de Febrero del 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Norma Marlene, Zapata Esquivel**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

TUTOR (A)

Franco Loor, Eduardo

DIRECTOR DE LA CARRERA

Briones Velasteguí, Marena Alexandra

Guayaquil, a los 27 del mes de Febrero del año 2016



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Zapata Esquivel, Norma Marlene**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación **El Daño Moral y las Medidas Cautelares** 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 27 del mes de Febrero del año 2016

EL AUTOR (A)

Zapata Esquivel, Norma Marlene



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

(FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **Zapata Esquivel, Norma Marlene**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación **El Daño Moral y las Medidas Cautelares**), cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 27 del mes de Febrero del año 2016

EL (LA) AUTOR(A):

Zapata Esquivel, Norma Marlene

INDICE

DEDICATORIA -----	VI
AGRADECIMIENTO-----	VII
RESUMEN (Abstract) -----	VIII
INTRODUCCIÓN-----	9
1. EL DAÑO MORAL	
1.1. Antecedentes -----	10
1.2. Definiciones conceptuales del Daño Moral -----	12
1.3. Daño Moral.- Referencias Históricas -----	16
2. MEDIDAS CAUTELARES	
2.1. Antecedentes -----	18
2.2. Definición de las medidas cautelares -----	21
2.3. Principios que inspiran las medidas cautelares -----	22
2.4. Caracterización de las medidas cautelares -----	23
2.5. Requisitos Doctrinales para la presentación de las medidas cautelares -----	24
2.6. Marco jurídico de las medidas cautelares -----	25
2.7. Legislación comparada de las medidas cautelares -----	26
3. CONCLUSIONES -----	27
4. RECOMENDACIONES -----	28
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS -----	30

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de titulación a quienes confiaron en mí.

A mi esposo Lincoln quien ha estado conmigo en la buenas y en las malas apoyándome y alentándome para continuar cuando parecía que me iba a rendir, tú me has dado una gran lección que en la vida nunca hay que perder las esperanzas de seguir luchando y perseverando para alcanzar los objetivos anhelados.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios ser maravilloso que me dio la fortaleza para creer en lo que un momento me parecía imposible alcanzar.

A mi familia a mis padres que me dieron la vida que a su avanzada edad estarán orgullosos, al Dr. Milton Molina Viteri + padre de mis hijas hombre extraordinario que desde el cielo dirá labor cumplida, a mis hijas Sabrina Briggith y María Sol a mi sobrino Jonathan por su paciencia y entendimiento de no poder compartir ciertos momentos con ellos.

A la Abg. Paola Toscanini, Abg. Taryn Almeida por su apoyo incondicional durante todo este proceso de titulación, a mi tutor el Dr. Eduardo Franco Loo que con sus sabios conocimientos y experiencia me supo guiar para poder culminar con mi trabajo investigativo.

Resumen (Abstract)

El Daño Moral.- El Daño moral es entendido como aquel que vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento de recibir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos.

Las Medidas Cautelares son “actos procesales del sistema de justicia que se ejecutan durante la causa de cualquier tipo, sea antes o después , a pedido de los intervinientes de oficio para asegurar bienes o pruebas.

En derecho por cautelar se entiende prevenir de un hecho o el quebrantamiento de un derecho a una persona, la misma que se encuentra en peligro de vulneración o atentado.

Introducción

La figura de daño moral no era concebida por las personas, no existía la imagen de que se pudiese infringir contra el honor y dignidad de una persona y menos aún transgredirlo o robarlo dado que el honor, la dignidad es considerado como una parte de las afecciones humanas dentro de un todo, hablando en el campo subjetivo, por el contrario el término daño moral era asociado al daño patrimonial. Por tanto daño moral es un tema con características actuales que ha ido evolucionado a la par que la sociedad se desarrolla económica, cultural y políticamente.

A partir de la vigencia de la Constitución del año 2008, la sociedad ecuatoriana vive un estado de derechos, en el cual la figura del estado tiene un papel de cumplimiento de las garantías jurisdiccionales, en este sentido, se elaboró el nuevo Código Orgánico Penal Integral, con el afán de la implementación de las garantías jurisdiccionales en base a lo establecido en la Carta Magna. En este aspecto, se enmarcan las medidas cautelares, que es una institución jurídica que busca la efectividad del fallo emitido por la autoridad judicial.

Es por ello, que se desarrolla este documento de investigación, para complementar dos temas importantes de la sociedad en el país, como son el daño moral y las medidas cautelares, tomando en cuenta que el daño moral busca resarcir daños patrimoniales y extra patrimoniales, que en algunos casos afectan más allá de la condición física de la persona, sino hasta el aspecto de conciencia del individuo. La principal justificación en la realización del documento es invitar a estudiantes y profesionales a una reflexión sobre la dinámica del daño moral en el tema jurídico y su proceso de juzgamiento en base a lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal en lo que se referencia a las medidas cautelares.

El contenido del documento se estructura en los siguientes componentes, el primero hace referencia al daño moral, principalmente en su concepción teórica y su

vinculación histórica con la sociedad; el segundo, se encamina a las medidas cautelares, su caracterización, principios y vigencia en la legislación ecuatoriana. En el último componente, se realiza un ejercicio de derecho comparado, para finalizar con las conclusiones y recomendaciones.

Los objetivos de estudio se dividen en objetivo general y específicos, que son los siguientes:

Objetivo general

Desarrollar una investigación teórica sobre el daño moral y las medidas cautelares en la legislación ecuatoriana.

Objetivos específicos

Fundamentar la concepción del daño moral en la sociedad y su influencia en la reparación del individuo.

Investigar las medidas cautelares en su aspecto teórico y la referencia jurídica en la legislación ecuatoriana.

DAÑO MORAL

Antecedentes

El tratadista Peirano Jorge al igual que un gran número de tratadistas utilizan el término daños patrimoniales para referirse a daño moral y al respecto Peirano señala que “el perjuicio material es el perjuicio patrimonial, en tanto que el perjuicio moral es el perjuicio extra-patrimonial, que no posee contenido económico” (Moreira & Mosquera, 2013)

El autor alude al daño moral como una condición extra-patrimonial dado que si bien los derechos patrimoniales de los que goza el hombre procuran la satisfacción

económica a su titular, los derechos extra-patrimoniales como la personalidad, sentimientos, dignidad y derecho a la familia nacen y mueren con la persona; entonces, en el momento en el que se vulnera uno de estos derechos se puede hablar de daño moral, en conclusión el daño moral tiene la característica de ser extra-patrimonial.

El daño moral estuvo casi siempre vinculado a la condición de daño patrimonial, sin embargo cuando la justicia reconoce el derecho de protección a aspectos extra patrimoniales de la persona como la honra, dignidad, buen nombre, personalidad, derecho a la familia se habla de que el daño moral logra su autonomía dentro del ordenamiento jurídico y la doctrina así lo menciona “el inciso segundo del Artículo 2232 del Código Civil, el cual evidencia la autonomía y elimina la suposición entre las acciones penal y civil de daño moral, pues la mencionada disposición legal precisa que puede solicitar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiere sufrido daños meramente morales” (Moreira & Mosquera, 2013, pág. 84)

Por lo antes mencionado se puede establecer que el daño moral es entendido como aquel que “vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento, de residir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos” (Tamayo Lombana, 2009, págs. 58-59)

De acuerdo con lo mencionado por Brito el daño moral “afecta la psiquis del individuo, produciendo una alteración sobre la Homeostasis¹ que consiste en aquella capacidad del ser humano para mantener una adecuada temperatura, y correcto nivel de salud, cualquier tipo de transgresión produce o provoca una alteración que afecta el equilibrio personal y que

¹ Homeostasis: Conjunto de fenómenos de autorregulación, que conducen al mantenimiento de la constancia en la composición y propiedades del medio interno de un organismo. (Real Academia Española, 2014)

tiende a provocar un sentimiento de angustia, desequilibrio emocional, por lo tanto la indemnización recae sobre aspectos de muy difícil cuantificación y de una embrollada valoración pecuniaria” (Brito, 2013, pág. 10)

Manopanta, M., cita en su trabajo la frase del Dr. Gustavo Noboa Bejarano quien menciona que “las legislaciones toman en cuenta las reparación sobre daños morales. La indemnización no representa en estos casos *compensación o satisfacción*” (Manopanta, 2014, pág. 18)

Esta acotación se hizo en respuesta a lo expuesto por el Diputado Dr. Gil Barragán en el año 1984 al presentar su proyecto “Ley sobre la reparación de daños morales” en vista de que al amparo de esta figura legal se trataba de obtener cuantiosas indemnizaciones por daño moral. (Manopanta, 2014)

Por lo antes expuesto, ante la presencia de la figura de daño moral, un Juez y sus peritos basado en los criterios universales de equidad otorguen una adecuada compensación o indemnización proporcional al daño sufrido, a fin de que esta reparación “sea real, efectiva, justa y conforme a derecho, a fin de evitar un resarcimiento incongruente que altere el orden público” (Brito, 2013, pág. 10)

Definiciones conceptuales de daño y moral

Naveira, M. manifiesta que “en el lenguaje común daño o perjuicio se refiere a todo tipo de consecuencia nociva o perjudicial que afecta a las personas o a las cosas, ya tenga su origen en una conducta humana, en un comportamiento animal o en un fenómeno de la naturaleza” (Peña López, 2004)

Al respecto Cabanellas se refiere al daño y perjuicio de la siguiente manera:

“Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un

daño. En sentido jurídico, se considera daño el mal que se causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio), la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la maquina rota ha dejado de producir tal artículo” (Cabanellas, 2012, pág. 88)

De lo acotado por los autores se puede concluir que el daño o perjuicio es toda afectación u ofensa que una persona recibe por acción de otro. Así lo mencionan también Salazar & Gonzales en su obra “El Daño Moral” al citar al jurista Karl Larenz en su definición de daño en el sentido jurídico “aquel menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya sea en sus bienes vitales naturales o sobre su patrimonio” (Salazar & Gonzales, 2005, pág. 2)

Benitez (2011) manifiesta que al hablar de daño se producen dos tipos de índole material e inmaterial. “El primero se da cuando se causa a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, este daño es aquel que se ocasiona al patrimonio material de la víctima, como conjunto de valores económicos. El daño material a su vez se sub clasifica en daño emergente y lucro cesante” (Benitez, 2011, pág. 33)

Al hablar de la moral se presenta algunas conceptualizaciones del término moral así como sus implicancias en el tema jurídico para terminar en la definición ampliada del significado de daño moral.

El Dr. Abarca manifiesta lo siguiente al referirse a la moral:

“Conjunto de valores, de principios éticos relativos al orden social, indispensables para el correcto operar de una sociedad, por el hecho de ser consideradas imprescindibles y de obligada aceptación para que una

sociedad pueda superarse y progresar colectivamente, constituyéndose en una serie de directrices a seguir para que opere una correcta convivencia” (Abarca Galeas, 2011)

La moral es considerada como un valor inherente y presente en todas las actividades realizadas por el hombre, de ahí su importancia y trascendencia. Con ello concuerda Brito (2013) quien menciona que la “Moral guarda una íntima relación con los valores éticos” “En el ordenamiento jurídico se le reconoce como a los derechos individuales de las personas naturales que gozan de protección legal y que en el caso de ser violentados, ocasiona un agravio, que debe ser reparado” (Brito, 2013, pág. 16)

El jurista Cabanellas define a la moral como “es lo que concierne a la moral en cuanto comportamiento; en el aspecto espiritual es, relativo a la percepción o valoración de la conciencia del ser humano” (Cabanellas, 2012, pág. 207)

Una vez conceptualizado daño y moral se puede dar en un sentido más amplio la definición de daño moral considerando los aportes de varios juristas así se cita a Gil (2008) quien manifiesta que la figura del daño moral está presente en toda conducta del hombre que cause agravio a una persona determinada, vulnerando uno o más derechos extrapatrimoniales de su titular, generando la obligación de reparar tal agravio, sin desconocer que en muchos casos las lesiones producidas sobre derechos extrapatrimoniales, pueden llegar a afectar el patrimonio del agraviado ocasionando un perjuicio económico” (Brito, 2013, pág. 22)

A este concepto se suma Jorge Joaquín Lambias expresando que “El daño moral es una lesión en los sentimientos por el sufrimiento o dolor que padece una persona que no es susceptible de apreciación económica” (Brito, 2013, pág. 23)

“Cabe mencionar que el daño moral afecta la personalidad del individuo, produce un sentimiento de angustia, un pesar que se traduce en un sufrimiento psíquico que altera notablemente al individuo, por lo tanto se

trata de daños que alteran patrones de muy difícil cuantificación y de una complicada valoración pecuniaria, así lo manifiesta (Salazar & Gonzales, 2005) quien ahonda la definición de Lambias sobre el daño moral calificada como una lesión.

Si a una persona se le violenta su reputación, prestigio, honra, estamos hablando de daño moral, por lo tanto, “se genera como consecuencia del ataque a uno o más de los derechos de naturaleza extrapatrimonial, constituyéndose en una lesión que sufre una persona ocasionados por acción culpable o dolosa de otros” (Abarca Galeas, 2011)

El daño moral nace de la trasgresión del deber jurídico de no causar daño de ninguna clase a nadie, particularmente cuando tal daño lesiona un derecho extra patrimonial que se encuentra protegido por el ordenamiento constitucional y legal de otra persona, siendo esta conducta civil indebida la que genere el daño moral en contra de la persona quien por derecho puede y debe reclamar una indemnización o recompensa por tal padecimiento.

Para que se configure la conducta civil ilícita mencionada por el Dr. Abarca, el agente responsable debe causar daño o algún tipo de injuria a la otra persona, “ya sea por un acto u omisión que vulnera un derecho”, siendo así, Manopanta expone su postura al mencionar que para hablar de que dicha conducta se convierta en un ilícito civil extracontractual debe contener los siguientes supuestos: conducta dolosa y vulneración del derecho con consecuencia de daño.

Zannoni (1987) en su obra “El daño en la responsabilidad civil” cita lo que para Alessandri es el daño moral, así:

“son daños de esta especie el dolor o sufrimiento que experimenta un individuo con una herida, con su prestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentando a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto o violación, estupro o seducción si es mujer,

con la muerte de un ser querido y en general con cualquier hecho que le procure molestia, dolor o sufrimiento físico o moral” (Brito, 2013, pág. 27)

Se concluye mencionando que daño moral es toda acción que vulnera los derechos de una persona, estos derechos pueden ser patrimoniales o extra patrimoniales, los primeros son los derechos materiales causados a otro por perjuicio susceptible de reparación pecuniaria y los segundos son los daños conocidos como inmateriales que son los daños morales infligidos a los sentimientos, autoestima, dignidad o personalidad.

El daño moral afecta a la interioridad de las personas, ya que, afecta a su psiquis e incide en la forma en la que el individuo se relaciona con su entorno, en su calidad de ser social. En este aspecto, es donde entra la figura de la responsabilidad civil y la forma en la que puede ser reparado el daño moral que sufre una persona.

En el campo civil, para que una persona repare el daño moral que cometió debe ser legalmente capaz, voluntariedad para el cometimiento del daño moral y relación de causa para llevarlo a cabo; así como lo establece, el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano.

Así lo corrobora el artículo 2220, del mencionado código, al afirmar que toda persona es responsable de sus acciones, así como, de las personas que se encuentran bajo tutela; este artículo hace especial énfasis en los menores de edad.

La relación del daño moral en la causa civil, claramente queda establecido en el artículo 2231, que establece que las imputaciones injuriosas que dañen o lastimen la honra de una persona; el injuriado, está en su derecho de solicitar indemnización.

Daño Moral: Referencias históricas

En la actualidad, las legislaciones consideran necesario desagraviar los prejuicios derivados por el daño moral, sin embargo ésta situación no siempre se dio de esta

manera dado que a lo largo de la historia solo se debatía de la necesidad de reparar estos daños más no de la acción como tal.

Abarca Galeas afirma que “situándonos en el régimen de la Comunidad Primitiva, se estableció el Sistema de la Venganza Privada, mediante la cual toda ofensa que ocasionara daño a un sujeto, se considera realizada contra todo su grupo familiar, por lo que era obligación del ofendido así como de los miembros de su familia, castigar no únicamente al ofensor, sino a todo su grupo familiar” (Brito, 2013)

Como se puede apreciar en este sistema la responsabilidad no se encuentra particularizada, sino que responden todos los miembros del clan familiar, cabe mencionar que esta venganza una vez producida, no tenía la característica de ser proporcional al daño ocasionado.

Rabinovich Ricardo en su obra “Historia del Derecho” (2003) expresa que en el Código de Hammurabi el cual tiene la particularidad de ser el primer cuerpo normativo registrado en la historia, se hace referencia a un tipo de compensación la cual consistía en que se restituirá por el daño o el robo ocasionado a un sujeto, hasta el valor de 30 veces la cosa materia del perjuicio, en caso de que el agresor no tenga los medios para la indemnización el mismo era condenado a muerte, y dicha compensación corría a cuenta del propio estado. (Brito, 2013)

Sin embargo con la posterior evolución del Derecho Romano surge un antecedente vital en materia del daño moral, el cual se desprende del concepto de injuria, que era considerada como una ofensa, como una expresión de desprecio hacia los demás individuos, que provoca una frustración de índole anímico o espiritual.

La ley Cornelia reformó y produjo un cambio en el sistema romano y con ello modificó el campo de las injurias, concediendo a las víctimas de injurias graves, decidir el castigo que a su parecer les pareciera más apropiado, pudiendo ejercer un acto, el cual conlleva el pago compensatorio en función del acto que se ha cometido, la otra opción hace referencia a un castigo corporal como lo eran las

torturas. Una de las características más importante de la mencionada ley es la incorporación de nuevos aspectos, que produjeron cambios al momento de considerar una injuria como grave o leve, se incorporaron una serie de reformas como lo son el lugar de cometimiento de la infracción, la hora en que se la realizaba, y si se la cometía de manera pública y notoria. (Brito, 2013)

En la Edad Media, bajo las 7 partidas, obra atribuida a Alfonso X denominado el sabio, rey español entre 1242 y 1284 después de Cristo, su reinado se vio distinguido por su obra jurídica conocida como las 7 partidas, la cual trata de manera más clara la regulación acerca de los daños y sus compensaciones, sin embargo durante este periodo la concepción de un daño moral cada vez toma mas presencia, comprendiendo ya la lesión tanto a un derecho patrimonial como a los extrapatrimoniales y su posterior regulación e indemnización pecuniaria. (Rabinovich, 2003)

A través de la Revolución Francesa, la cual genero un notable desarrollo social, político y cultural con notable trascendencia a nivel mundial, repercutió a radicar la importancia de los valores morales y espirituales, a tal punto que se los considero como ejes centrales para el desarrollo y organización de las sociedades, y en base a tal importancia se les otorgó protección constitucional. (Brito, 2013)

MEDIDAS CAUTELARES

Antecedentes

El inicio de la aplicación de las medidas cautelares aparece en el derecho romano, bajo la figura de manus iniectio y pignoris capio. De acuerdo a la publicación de García Falconí, el manus iniectio es la “aprehensión material que el acreedor hace de la persona con la cual mantiene una deuda y no ha honrado su pagos” (Garcia Falconí, 2008). Este acto se aplicaba en el caso que el deudor no alcance a cubrir con sus bienes cualquier tipo de deuda con su acreedor.

En el caso del pignoris capio, consistía en el acto de “toma de bienes por parte del acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, para obligarlo con el objeto de pago” (Feijoo, 2013). Esta figura del derecho romano, era un mecanismo de presión para que el deudor honre su deuda con el acreedor, para lo cual necesitaba la presencia física de un juez y las partes involucradas para la redacción de un formulario donde se sentaba por escrito.

Posteriormente, las medidas cautelares aparecieron en la legislación española con la imposición de las “Siete Partidas” por parte del Rey Alfonso, especialmente en la tercer partida, que hace mención “de la justicia, de cómo se ha de hacer ordenadamente en todo lugar por la palabra del juicio y por obra de hecho”. (Pensamiento Penal, 2016)

En territorio latinoamericano, las medidas cautelares se mencionan en el Código Procesal de la República de Venezuela en siglo XIX; en el Ecuador, en 1837, se dicta el Código Penal, “este antiguo sistema procesal era un sistema inquisitivo, que se caracterizaba por darle un poder al juez de investigar, acusar y fallar” (Feijoo, 2013), en esta forma la imparcialidad de las funciones públicas no existía y el debido proceso no era respetado. Bajo este sistema penal, no existía la figura de las medidas cautelares.

En la actualidad la figura de las medidas cautelares es un derecho que se ampara en la Constitución, la misma que hace mención en la Capítulo Tercero de las garantías jurisdiccionales, específicamente en el artículo 87, menciona lo siguiente:

“Artículo 87.- se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho” (Asamblea Constituyente, 2008)

Tal cual como establece la Constitución del país, la medida cautelar tiene su partida jurídica en las garantías jurisdiccionales, “que conducen a ejercitar el derecho de

acción para lograr la tutela efectiva de los derechos por parte de los jueces” (Pazmiño, 2013).

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

Las garantías jurisdiccionales que existen en la legislación ecuatoriana adición a las medidas cautelares se puede mencionar las siguientes:

- Acceso a la información pública.- es indivisible con el derecho de las personas a la libertad de expresión, es una vía legal que establece la Constitución del país para alcanzar la transparencia de los actos públicos ejercidos por las autoridades de las instituciones en su afán por normar y regular la actividad de la sociedad.
- Habeas corpus.- es una institución jurídica que busca la recuperación de libertad de una persona, que haya sido injustamente detenido; también se aplica en el caso que exista peligro para un detenido.
- Habeas data.- es el derecho de las personas a acceder a la fuente de información sea esta a través de bases de datos, registros públicos o cualquier otro tipo de almacenamiento de información de fuente pública o privada, con el fin de que el usuario conozca, actualice o corrija la información que le hace referencia.
- Acción extraordinaria de protección.- es una garantía constitucional de protección de los ciudadanos ante los actos del Estado por medio de sentencias o autos definitivos donde exista violación por acción u omisión de derechos.
- Acción de protección.- es objeto de amparo para las personas en el caso de que una autoridad pública no judicial, acto administrativo, política pública o cualquier otro tipo de decisión que emane del estado, viole los derechos consagrados en la constitución. En el caso de actos privados, se aplica en el

caso de daño grave, por acto de concesión o delegación o en el caso que el afectado este en un estado de subordinación, indefensión o discriminación.

- Acción por incumplimiento.- tiene como objeto de acción para las personas naturales o jurídicas para garantizar la aplicación y cumplimiento de sentencias de organismos nacionales o internacionales; cualquier tipo de acción por incumplimiento será presentada ante la Corte Constitucional.

Definición de las medidas cautelares

La etimología de las medidas cautelares, proviene de la palabra latín cautela, que tiene su significado en el verbo en español prevenir. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, prevenir es “conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio” (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2016). En derecho, por cautelar se entiende prevenir de un hecho o el quebrantamiento de un derecho a una persona, la misma que se encuentra en peligro de vulneración o atentado.

Las medidas cautelares según Podeti son “actos procesales del sistema de justicia que se ejecutan durante la causa de cualquier tipo, sea antes o después, a pedido de los intervinientes de oficio para asegurar bienes o pruebas” (Garcia Falconí, 2008)

El origen de las medidas cautelares tiene dos fuentes, la interna que corresponde a la razón por la cual se solicita su aplicación, y, la externa es la justificación por la que se emite la medida cautelar. En este aspecto, juega un papel muy importante el debido proceso que debe aplicar la autoridad judicial. Para lo cual es importante definir al debido proceso como el “derecho fundamental, que engloba o rige los demás derechos fundamentales de las personas en relación con el proceso judicial, garantizando la intangibilidad de la dignidad de la persona y reafirmando que el ser humano es la referencia imperativa de todos los valores” (Hernandez, 2008).

Principios que inspiran las medidas cautelares

Los principios que inspiran las medidas cautelares son los siguientes:

- Principio de inocencia.- este principio parte de la concepción iuris tantum, que se relaciona con la seguridad jurídica del acusado, por el cual, todo acusado no es declarado culpable, sino es juzgado por la autoridad, en base a las pruebas correspondientes y respetando el debido proceso. Al respecto, “es el derecho que
- tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la correcta razón comportándose de acuerdo a los valores y principios” (García, 2009, pág. 12)
- Principio de excepcionalidad.- este principio establece los lineamientos jurídicos que rigen la detención preventiva, al tomar en cuenta el carácter excepcional de la misma. El principio de inocencia que es aplicado al imputado impide impartir una pena, como la prisión preventiva. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece que la prisión preventiva no debe aplicarse en todos los casos, debe imponerse en caso de no considerarse garantías para que se presente al proceso.
- Principio de proporcionalidad.- Establece que los procesados reciban un trato adecuado y que sea apegado al principio de inocencia. “La aplicación efectiva de este principio exige al juez realice una comparación entre la medida cautelar y la pena eventualmente aplicable al caso” (Feijoo, 2013, pág. 48)
- Principio de provisionalidad.- “Impone la necesidad de controlar que todos los presupuestos de la prisión preventiva aún subsisten. Desaparecidos sus fundamentos, el encarcelamiento debe cesar” (Giorgio, 2015, pág. 60).
- Principio de intermediación.- Se refiere al flujo de comunicación fluida que debe existir entre el juez y las partes involucradas, para de esta manera, exista una relación directa y estén a manos de la autoridad judicial, las evidencias suficientes para dictar providencia apegada a los hechos.

- Principio de legalidad.- Una persona solo puede ser juzgada por lo que exprese la ley, ante el juez competente y respetando el debido proceso; así lo establece el artículo 76 literal 3 de la Constitución, al indicar que no se puede aplicar una sanción que no esté dispuesta en la ley.

Caracterización de las medidas cautelares

Las características de las medidas cautelares se enmarcan en lo siguiente:

Provisoriedad.- una de las características más relevantes de las medidas cautelares es su carácter temporal, esto es, mientras dure el proceso, cesación, amenaza o vulneración.

Verosimilitud.- el juez concede la garantía de la medida cautelar pero sin ser necesario que las compruebe, solo con el hecho de comprobar de la respectiva vulneración del derecho.

Urgencia.- ante la amenaza de vulneración de un derecho el juez emite de forma urgente la medida cautelar, con el fin de frenar el peligro subyacente.

Relevancia.- hace referencia a la gravedad de los derechos que son vulnerados y como incide en el cometimiento de un daño.

Instrumentalidad.- las medidas cautelares son una herramienta jurídica que se emplean para conseguir un fin determinado, con esta consecución se garantiza el cumplimiento de los derechos.

Adecuación.- para solicitar las medidas se deben ser pertinentes y acorde a lo que procede en el litigio judicial.

Requisitos doctrinales para la presentación de las medidas cautelares

Para la presentación de las medidas cautelares ante juez pertinente, se debe cumplir con: el peligro en la demora, la apariencia del buen derecho, inminencia, gravedad y urgencia. Al respecto se puede mencionar lo siguiente:

- Peligro en la demora (*periculum in mora*).- en la sociedad moderna no puede primar la justicia por mano propia, esto conduciría al caos generalizado con resultados negativos para cada una de las personas que estaría involucrada en cualquier tipo de discrepancia con el prójimo. En derecho, este acto de impartir justicia es particularidad del estado, quien en función del principio de separación de funciones entrega esta potestad a la función judicial; para que en base al cumplimiento de lo dispuesto en la dictamine sentencia en concordancia con mejor criterio jurídico. Esta intervención del juez pertinente genera un proceso legal, que toma su tiempo en resolverse y esto puede ocasionar un daño ya que, como menciona Carrión (2012), una sentencia que demora es como una medicina que tarde en curar al paciente. Ante este hecho, las medidas cautelares funcionan como regulador para que la demora no cause afectación.
- Apariencia del buen derecho (*fomus bonis iuris*).- hace referencia a la presencia de antecedentes que justifiquen la existencia del delito, estos antecedentes permiten presumir que el procesado ha tenido participación en el delito investigado. Este requisito, “representa la probabilidad de atribuir al imputado responsabilidad penal” (González, 2007, pág. 57)

Marco jurídico de las medidas cautelares

Las medidas cautelares se ampara en la Constitución de la República, Código de Procedimiento Penal y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Constitución de la República.- en los artículos 77 numeral 11 y en artículo 86 menciona los alcances de las medidas cautelares y sus principios de aplicación.

Código Orgánico Integral Penal

En el Código Orgánico Integral Penal en los artículos 519 al 522, hace referencia a las medidas cautelares, según el siguiente compendio:

- Artículo 519.- menciona la facultad del administrador de justicia de ordenar medidas cautelares con el objeto de proteger los derechos de la víctima y tener la caución de presencia del juzgado.
- Artículo 520.- diferencia la aplicación de las medidas cautelares y las medidas de protección.
- Artículo 522.- detalla las opciones que puede emitir el juez o jueza para ejecutar las medidas cautelares. Entre los que se menciona, prohibición de salida del país, vigilancia a través de medios electrónicos y presentación en el juzgado.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

La Ley de Garantías Jurisdiccionales menciona en los siguientes artículos lo referente a las medidas cautelares y su aplicación

- Artículo 6.- el objeto de las medidas cautelares es principalmente la prevención de el quebrantamiento de un derecho.
- Artículo 26.- las medidas cautelares deben guardar apego al quebrantamiento del derecho que se quiere evitar y en la misma proporción emitir su dictamen la juez o juez.
- Artículo 27.- las medidas cautelares no deben ser aplicadas para actos administrativos.
- Artículo 28.- establece el efecto jurídico de las medidas cautelares sobre la violación de un derecho.
- Artículo 29.- el juzgador debe observar la pronta aplicación de las medidas cautelares.

- Artículo 31.- el proceso para emitir las medidas cautelares debe ser expedito para que su aplicación efectiva beneficie al perjudicado.
- Artículo. 32.- hace mención al procedimiento de aplicación de las medidas cautelares según la forma que solicita el vulnerado en los juzgados.
- Artículo 33.- la resolución de las medidas cautelares no pueden ser apeladas, para su emisión no es obligatorio presentación de pruebas y no necesita notificación a las partes.
- Artículo 35.- la revocatoria de las medidas cautelares procederá al momento de que las razones por las cuales se emitieron dejen de afectar al perjudicado.

Legislación comparada de las medidas cautelares

Venezuela

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal Penal tiene muchos aspectos de similitud con el ecuatoriano, la mencionada ley menciona como medidas cautelares las siguientes: detención domiciliaria, presentación periódica ante un tribunal, prohibición para salir del país, abandono de domicilio en caso de delitos contra la familia y caución económica.

Chile

En el Título V de las medidas cautelares establecido en el Código de Procedimiento Penal, se hace referencia a las medidas cautelares, entre las que se menciona: privación total o parcial en domicilio, supervisión a cargo de un tercero con información periódica al juez, presentación periódica al tribunal, prohibición de salir

de país, prohibición de asistencia a determinados actos y prohibición de conversación.

Colombia

La legislación penal colombiana se ordenan las medidas cautelares sobre los bienes del procesado, se menciona como medidas cautelares a las siguientes: restitución inmediata de bienes, autorizar al uso de los bienes y ayudas provisionales.

Comparando las legislaciones de los países latinoamericanos con la ecuatoriana, existe mayor nivel de similitud con el código penal de Venezuela y Chile con el código ecuatoriano, en el caso de Colombia, las medidas cautelares se dirigen hacia los bienes patrimoniales.

Conclusiones

- El daño moral es una figura jurídica que se tiene una presencia recurrente en la sociedad ecuatoriana, basta revisar las páginas de los principales medios de prensa y se puede encontrar información al respecto. Basta recordar el caso acontecido entre los concejales de la ciudad de Quito, Antonio Ricaurte y Carla Cevallos, ésta última lo demando por daño moral a través de la manifestación de improperios en las redes sociales. Otro caso de daño moral, se acontece en los empleados y docentes despedidos de la Universidad Tecnológica Equinoccial, quienes manifiestan que ha sucedido un daño moral, al anunciar que han sido despedidos por falta de títulos de cuarto nivel en los docentes. Este par de noticias, son un ejemplo de la vigencia de este hecho jurídico. Ante ello es importante que los profesionales del derecho conozcan su origen, connotación y vigencia en la legislación ecuatoriana.
- En el caso de las medidas cautelares es una garantías jurisdiccional que establece la Constitución del país y que es normada en el Código Orgánico Integral Penal, aprobado en meses anteriores. Las autoridades judiciales deben cumplir esta disposición con el fin de garantizar el cumplimiento del

hecho procesal y correspondiente juzgamiento del implicado en el cometimiento del delito.

- Al complementar estos conceptos, en el documento se puede mencionar que las medidas cautelares son una herramienta jurídica que se puede emitir en los casos de daño moral, por parte de la autoridad judicial con el fin de que el perjudicado tenga la garantía de juzgamiento del autor del delito.

Recomendaciones

- La principal recomendación que se emite al finaliza el documento es generar la capacitación constante de los profesionales del derecho, para que de esta manera, tengan una mayor efectividad en la asesoría legal a sus clientes y así encontrar una mejor solución a sus conflictos judiciales, y de esta manera, el hecho procesal no se transforme en un ir y venir de visitas a los juzgados.
- Tanto la figura del daño moral y la medida cautelar son instituciones jurídicas que tienen una vasta antigüedad en la sociedad, esto no impide que su investigación judicial se ha impulsada desde los estamentos universitarios y académicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Abarca Galeas, L. H. (2011). *El Daño Moral y su reparación en el Derecho Positivo*. Quito: Judicial del Ecuador.

Asamblea Constituyente. (2008). *Asamblea Nacional*. Obtenido de Asamblea Nacional:
http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf

Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial.

Benitez, J. (2011). *El principio constitucional de reparación en la acción de protección*. Loja: Universidad Particular de Loja.

- Brito, M. (2013). *El daño moral y los criterios para la determinación de su indemnización*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.
- Carrión, L. (2012). *Las medidas cautelares constitucionales*. Cuenca : Universidad Azuay.
- Cisneros, E. (2014). *Las medidas cautelares en el Ecuador*. Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (01 de febrero de 2016). www.rae.es. Obtenido de www.rae.es: <http://dle.rae.es/?id=U9JkQmL>
- Feijoo, L. (2013). *Reformas en cuanto a regular la aplicación de las medidas cautelares de orden personal*. Loja: UNL.
- García Falconí, J. (2005). *Parte práctica del juicio por acción de daño moral y forma de cuantificar su reparación*. Quito: Rodín.
- García Falconí, J. (07 de abril de 2008). www.derechoecuador.com. Recuperado el 31 de enero de 2016, de www.derechoecuador.com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/las-medidas-cautelares-en-materia-civil>
- García, J. (2009). *El derecho constitucional a la presunción de inocencia*. Quito: UASB.
- Giorgio, A. (2015). *Medidas de coerción. La prisión preventiva*. Buenos Aires: Dunken.
- González, M. (2007). Debido Proceso y Coerción Penal. *X Jornadas de Derecho Procesal Penal*: (pág. 57). Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- H Congreso Nacional. (2000). *Código Procedimiento Penal*. Quito: Registro Oficial .
- Hernandez, M. (24 de Noviembre de 2008). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 12 de Enero de 2012, de El debido proceso:

[http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view
&id=2580](http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2580)

Manopanta, M. F. (2014). *La Inequitativa Cuantificación de las Indemnizaciones por Daño Moral y la consecuente violación al Principio de Proporcionalidad en la Legislación Ecuatoriana*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

Moreira, C., & Mosquera, H. (2013). *Las Acciones Jurisdiccionales ante la responsabilidad del Estado y Servidores Públicos en el ejercicio de sus funciones*. Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

Pazmiño, P. (02 de diciembre de 2013). *www.derechoecuador.com*. Recuperado el 31 de enero de 2016, de *www.derechoecuador.com*.

Pensamiento Penal. (01 de febrero de 2016). *www.pensamientopenal.com.ar*. Obtenido de *www.pensamientopenal.com.ar*.

Peña López, J. (2004). *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*. Barcelona, España: Editorial Cálamo .

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (Vigésima Tercera ed.). Madrid: Espasa.

Salazar, C., & Gonzales, M. (2005). *El Daño Moral*. Bogotá: Judicial.

Tamayo Lombana, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y contractual*. Bogotá: Doctrina y Ley Ediciones.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Norma Marlene Zapata Esquivel**, con C.C: # 050224247-2 autor/a del trabajo de titulación: **“El Daño Moral y las Medidas Cautelares”**, 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, 27 de Febrero del 2016

f. _____

Nombre: **Zapata Esquivel, Norma Marlene**

C.C: 050224247-2



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El Daño Moral y las Medidas Cautelares		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Norma Marlene, Zapata Esquivel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Eduardo, Franco Loor		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	(27) de (02) de (2016)	No. DE PÁGINAS:	(# de 30 páginas)
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, COIP , Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Medidas provisionales, Medidas cautelares, El Daño Moral .		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

El Daño Moral.- El Daño moral es entendido como aquel que vulnera los derechos de la personalidad: integridad, estética, imagen, pudor, creencias, honor, derecho al nombre y a la privacidad; o a las libertades individuales: derechos de movimiento de recibir, de reunirse, de opinar, de religión, de empresa, de trabajo, lo mismo que los derechos de familia, profesionales, cívicos, políticos.

Las Medidas Cautelares son “actos procesales del sistema de justicia que se ejecutan durante la causa de cualquier tipo, sea antes o después, a pedido de los intervinientes de oficio para asegurar bienes o pruebas.

En derecho por cautelar se entiende prevenir de un hecho o el quebrantamiento de un derecho a una persona, la misma que se encuentra en peligro de vulneración o atentado.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-3 2695582	E-mail: norma.zapata@cu.ucsq.edu.ec normypais35@hotmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Toscanini Sequeira, Paola María	
	Teléfono: +593-4- 2206950 ext. 2225	
	E-mail: paola.toscanini@cu.ucsq.edu.ec paolats77@hotmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA	
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	