

LA AFECTACIÓN DEL DAÑO MORAL AL SERVIDOR PÚBLICO

Rene Astudillo, Madelaine Montjoy

{washington.astudillo} @ug.edu.ec,

Docente Universidad de Guayaquil Facultad Derecho Pre Grado y Post Grado {made_montjoy} @yahoo.es
Abogada litigante

Recibido (05/09/18), aceptado (10/11/18)

Resumen: El mundo se encuentra en un auge tecnológico que trae consigo facilidad extrema para compartir opiniones, información, fotos, entre otros, que no necesariamente pertenecen o son referentes a la esfera exclusiva de la persona que pública; así como también demostrar el impacto de la vulneración al buen nombre en la actualidad, y la evolución de los medios utilizados para el cometimiento de este acto, se ha realizado el análisis de jurisprudencia ecuatoriana y comparada, así como el análisis de una encuesta realizada a 137 funcionarios públicos, el mismo que se determinó que ha existido un aumento en la judicialización de estos actos, así como un patrón común de los encuestados al creer necesario reformarse el COIP con respecto a los infractores que utilizan las redes sociales para vulnerar el buen nombre, la honra y el estado de otros sujetos. Por esto sería importante proponer una normativa que regula la utilización de las redes sociales y la inclusión de la afectación al buen nombre por este medio como delito en el COIP.

Palabras Claves: Daño moral, buen nombre, coip, reforma.

THE AFFECTATION OF MORAL DAMAGE TO THE PUBLIC SERVER

Abstract: - The world is in a technological place that can be reached perfectly to share opinions, information, photos, among others, that do not necessarily belong to the exclusive sphere of the person who publicly. As well as demonstrate the impact of the violation of the good name at present, and the evolution of the means used to commit this act. The analysis of Ecuadorian and comparative jurisprudence has been carried out, as well as the analysis of a survey of 137 public officials Results. The same that it was determined that there has been an increase in the prosecution of these acts, as well as a common pattern of respondents believing necessary to reform the COIP with respect to offenders who use social networks to violate the good name, honor and state of other subjects. For this it would be important propose a regulation that regulates the use of social networks and the inclusion of the affectation of the good name by this means as a crime in the COIP.

Keywords: Moral damage, good name, COIP, reform.

I. INTRODUCCIÓN

En sus inicios, el daño moral surge como la sensibilidad ante el dolor ajeno. Es conocido como el dolor o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, sentimientos, afectos, calidad de vida. Situación que en doctrina es conocido como el *pretium doloris* [1]. Otra de las primeras consideraciones al hablar del daño moral responde a que se pretenden indemnizar bienes no patrimoniales, aunque esto no significa que la reparación no pueda realizarse en esferas económicas, es decir, dinero [2]. Estas consideraciones se ven influenciadas por la realidad social del mundo, más que eso, su rápida evolución. El mundo se encuentra en un auge tecnológico que trae consigo facilidad extrema para compartir opiniones, información, fotos, entre otros, que no necesariamente pertenecen o son referentes a la esfera exclusiva de la persona que pública. En algunas ocasiones se visualizan casos, en que se ha proliferado información, muchas veces falsas de otras personas, que se ven afectadas no solo en su entorno personal, sino en muchas ocasiones, en su esfera laboral también.

Normalmente se han realizado análisis civiles y el campo de acción en cuanto al daño moral le atañe al Derecho Civil; sin embargo, dado lo mencionado en el párrafo anterior, resulta necesario considerar la inclusión de un tipo penal que proteja el buen nombre, la honra y el estatus de la persona. Por esta razón, la presente investigación tiene como finalidad establecer la incidencia del daño moral en las redes sociales y su impacto específicamente en funcionarios públicos, en el Ecuador, para así lograr plasmar la necesidad de un cambio normativo en nuestro país. Otra forma de expresar lo mencionado se observa en lo establecido por Omeba en su enciclopedia jurídica; quien menciona que “el derecho no ampara únicamente bienes económicos. La norma jurídica perdería su alto sentido social, si se considerara impotente para proteger valores de afectación, bienes inmateriales por la sola circunstancia de no tener cotización monetaria [3].

Ergo la necesidad de la realización del estudio responde sobre todo a que el daño moral va en contra de la parte afectiva del ser humano; por lo que, las redes sociales, crean un impacto mayor. Claro está, debido a la facilidad de proliferación de la información y la mala utilización que tienen los usuarios dentro de las plataformas sociales que existen al momento, como Twitter y Facebook entre otras.

Por lo expuesto resulta necesario la realización del presente estudio, considerando la necesidad de una reforma al COIP, basándose que el Ecuador tiene una política criminal preventiva, tornándose necesaria la inclusión también de un cuerpo legal que regule la uti-

lización y control de las redes sociales. Durante el desarrollo del presente artículo se encontrará las diferentes secciones elaboradas: Desarrollo, Resultados, Discusión y Conclusiones

II. DESARROLLO

Dentro de la presente investigación se utilizará el método deductivo de análisis de contenido para realizar el estudio del daño moral desde una perspectiva global que lleve al estudio del caso particular del Ecuador. Al respecto, se realizará el análisis de doctrina y legislación comparada, así como el análisis de la legislación y casos propios del país. El estudio se centrará en el daño moral a servidores públicos, es decir, cuando ellos sean el sujeto activo del proceso. Paralelamente, se realizará una encuesta a servidores públicos para determinar el nivel de incidencia de agravios a su buen nombre y si consideran que la legislación existente es suficiente para penar este tipo de comportamiento.

Las variables analizadas son los funcionarios como sujetos activos del proceso, el daño moral y su incidencia en las redes sociales. En dicho efecto las repercusiones que conlleva para el funcionario que, por ejemplo, se le difame o se proliferen información falsa que repercuta no solo en su vida profesional, sino, familiar.

Este trabajo fue desarrollado en la ciudad de Guayaquil, Ecuador. La población objeto de estudio estuvo conformada por 137 funcionarios públicos de los cuales 38% son mujeres y 62% son hombres, profesionales de edades comprendidas entre 26-50 años; Para esta investigación se conceptualizó el daño moral y su alcance; seguidamente, se realizó un análisis exegético de normativa y jurisprudencia comparada para lograr proponer un cambio de paradigma en la legislación ecuatoriana, que incluya un manejo controlado de los medios de comunicación y en especial de las redes sociales en este mundo globalizado, para finalmente analizar las respuestas a una encuesta realizada a 137 funcionarios públicos.

III. RESULTADOS

La presente tabla I expone algunos de los procesos más conocidos en el medio, en los que se ha afectado la honra y buen nombre de funcionarios, por lo que como sujetos activos se encontrarán los mismos. Los casos presentados datan del 2014-2018 y se presentan con su número de proceso, supuesto hecho de la infracción y si hubo o no condena.

Tabla I: Agresiones judicializadas; de acuerdo a la Resolución de los procesos de estudio

Año	Proceso	De mandante/ De nunciante	Procesado	Hecho	Condena
2014	17721-2012-0826	RCD	JJC	Injuria	Condena
2015	17711-2010-0547	RCD	MPF	Daño moral	Condena
2016	17294-2016-03681	RCD	EHP	Expresiones de descrédito y deshonor.	Condena
2016	17294-2016-03681	VCM	FVV	Calumnia	Prescripción
2017	17721-2014-1844	RCD	PCM, GPT	Falso testimonio y perjurio	Condena
2017	17294-2017-00080	CPF	Comisión Anticorrupción	Calumnia	Desistimiento
2017	17151-2017-00262	RCD	JPC	Expresiones de descrédito y deshonor.	Declaración de inocencia
2018	17294-2017-00426	JSS	MPS	Calumnia	Desierto.
2018	17557-2017-00013	CBM	FVV	Expresiones de descrédito y deshonor	Desistimiento.

Fuente: información obtenida del sistema Satje - Elaboración propia.

De los 11 procesos presentados se obtiene que el 36,4% de los procesos vistos en la tabla anterior han terminado en prescripción o abandonado; el 54,5% ha tenido condena o ratificación de condena; y, apenas el 9,1% en declaración de inocencia.

Las figuras que anteceden una muestra de la población en la circunscripción territorial, en la Provincia de Guayas, Cantón Guayaquil - Ecuador, a su vez se realizó una encuesta a funcionarios públicos a juezas y jueces, así como también a fiscales de la localidad; quienes fueron afectados de manera directa o indirecta por este nuevo fenómeno como es la difamación y la afectación a la honra, reputación y buen nombre de los servidores

públicos, de las que se obtuvieron 137 respuestas a 6 preguntas reflejadas.

El daño moral nunca logrará recibir una reparación total o estricta porque no se basa en la esfera netamente pecuniaria, sino, en la afectiva, personal, sentimental, entre otras. Acorde a Zannoni [4] el daño moral resulta del menoscabo de intereses no patrimoniales. De igual forma García [5] delimita al daño moral estableciendo que corresponde a la lesión de bienes o derechos del ámbito personal de la esfera jurídica del sujeto.

Mendoza [6] menciona que la clasificación de los perjuicios morales corresponde a los que atentan contra la parte social del patrimonio moral y los que van en

contra de la parte afectiva del ser humano en su esfera personalísima. De hecho, establece que por esta razón la valoración económica del daño debe encontrarse a cargo de profesionales de salud física, psicológica o psiquiátrica en concordancia con el bien transgredido. Es común conocer que en el medio público, la mala gestión del servidor puede ocasionar un perjuicio del que puede responder la institución sin perjuicio de la repetición que recaerá contra el funcionario que ha tenido la falta.

Teniendo en cuenta lo mencionado, valdría la pena mencionar de qué formas se puede establecer la cuantificación del daño moral de carácter subjetivo. Es decir, cuando se afecta indirectamente el patrimonio de la persona ofendida, por ejemplo, causarle humillaciones o perturbaciones injustas de la condición anímica del sujeto atacado. Estas condiciones pueden ser cuantificadas de forma judicial, en donde el juez tiene la discrecionalidad para determinar el monto; de forma legal, cuando la misma ley establece el monto o porcentajes de indemnización; y, convencional, cuando se practica la determinación de común acuerdo entre el responsable del daño y el damnificado [7].

La interrogante que vale la pena plantear es como se altera la determinación de este daño cuando el sujeto activo es un funcionario público. Al respecto vale la pena mencionar el caso *New York Times v Sullivan* [8]:

•En contexto, existe una condena a pagar 50.000 dólares de los Estados Unidos de América, por parte del *New York Times* por haber publicado un anuncio para contribuir donaciones en apoyo a Martin Luther King en su defensa por cargos de perjurio, en donde existían inexactitudes en algunos hechos. Sullivan Considera que la crítica se refleja en él y envía una solicitud para que el *Times* se retracte y posteriormente busque daños punitivos en una acción por difamación. El *Times* decide apelar y el juez Brennan desarrolla entre los considerandos lo siguiente:

oLa libertad de expresión en asuntos de cuestiones públicas asegura un intercambio de ideas, considerando que es un privilegio americano el expresarse, aunque a veces las manifestaciones del pensamiento no sean de buen gusto. Por lo mencionado debe analizarse si los ataques que se manifiestan son realizados con conocimiento de que la declaración es falsa o se fue imprudente al publicar sin investigar previamente la veracidad de la información. El Juez menciona en este punto el término “Malicia actual” y establece que para que las garantías constitucionales permitan que el funcionario público sea indemnizado por una manifestación inexacta o difamatoria debe probarse que se realizó con co-

nocimiento o temeraria despreocupación acerca de su falsedad o veracidad.

Del proceso mencionado se obtiene que las figuras públicas, en especial los funcionarios públicos deben estar conscientes de que en los medios se expresarán opiniones sobre su gestión, sin embargo, estas opiniones se vuelven indemnizables cuando son generadas con actual malicia. Claro está que, en la sentencia se menciona que esta indemnización proviene de los daños dentro de la esfera de funciones que tiene el servidor. La situación sería diferente si las manifestaciones y publicaciones fueran de información personal o atenten en contra del individuo per se.

En el Ecuador existen procesos en que funcionarios solicitan daño moral por publicaciones periodísticas, aquí se encuentra por ejemplo el caso 17711-2010-0547 de RCD y MPF (periodista). En el caso en mención, se otorga una reparación de 40000 dólares de Estados Unidos de América por realizar publicaciones en las que se cuestiona al mandatario por referirse a una opositora en tono despectivo. Lo interesante de este caso es que se podría bien establecer la posibilidad de que existiera algún tipo de coerción dentro del proceso, puesto que en el 2010 el mismo periodista había demandado al mandatario por referirse a él como mafioso y evasor de impuestos, sin embargo, la demanda se declaró como sin fundamentos [9].

Lo expresado en el párrafo anterior concuerda con los resultados del gráfico 1, en el cual se establece que del 100% de procesos recopilados, tan solo el 9,1 % ha resultado en una sentencia ratificatoria de inocencia, mientras el 54,5% ha resultado en condena privativa de libertad, reparación pecuniaria o la presentación de disculpas públicas. Precisamente, por el incremento de ataques, especialmente por medios electrónicos, pero también por el nivel de influencia que tienen algunos servidores en la función judicial, es necesario considerar la inclusión de regulaciones generales y específicas al tratarse de funcionarios y servidores públicos.

Habiendo mencionado la tolerancia que deben mantener los funcionarios públicos, es también importante mencionar que el nivel de daño causado, en caso de tratarse de aseveraciones falsas, se verá afectado y acrecentará debido al auge de las redes sociales. Por medios electrónicos, en la actualidad, puede proliferarse cualquier tipo de información sin que existan restricciones inmediatas ni en muchos casos, sanciones posteriores.

Países como Alemania, dado la alta incidencia de publicaciones de odio, promulga la ley contra el odio en redes sociales, en las que se obliga a páginas como Facebook o Twitter a borrar mensajes que se reporten como ofensivos, 24 horas después de reportado, exis-

tiendo una multa de hasta 50 millones de euros si las publicaciones son reiterativas. La ley también incluye que los mensajes serán conservados por la página como medio probatorio del contenido delictivo y realizar informes trimestrales de las publicaciones denunciadas. A pesar de la promulgación de la Ley, opositores al proyecto manifiestan que se le está delegando a las páginas, es decir a las redes sociales, decidir si el contenido es legal o no, pudiéndose coartar la libertad de expresión, que es un derecho constitucional [10].

Debe tomarse en consideración que el sistema penal ecuatoriano es preventivo, por lo que podría a su vez considerarse la necesidad de realizar un reglamento o ley que regule la utilización de las redes sociales y establezca procedimientos para que se desmaterialice de forma inmediata el contenido vulnerador, sin tener que esperar a que se realice una actuación por parte de la fiscalía; tal como ocurre en Alemania, en donde el usuario tiene la seguridad de que aunque se elimine el comentario este se mantendrá como medio probatorio.

En el ámbito penal ecuatoriano no existe tipificado un delito o procedimiento específico para esta clase de daños, por esta razón la fiscalía debe realizar el intento de adecuar estas conductas a los tipos existentes en el código, que pueden ser:

- **Calumnia:** Tiene su limitante en que consiste en la imputación falsa de un delito, por lo que se excluyen manifestaciones no contengan la atribución del mismo.

- **Expresiones de descrédito y deshonor:** Comprende una contravención de cuarta clase. El sujeto pasivo debe por cualquier medio proferir expresiones de descrédito o deshonor en contra de otra.

La tabla I refleja algunas agresiones que fueron judicializadas por parte de servidores públicos. Como se puede observar, la mención pública de hechos no verídicos, ha tratado en varias ocasiones de encuadrarse en dos tipos penales: La calumnia y las expresiones de descrédito y deshonor. Es importante mencionar que los mecanismos existentes, tanto en el ámbito civil como penal, son limitados si se contrastan con la mala utilización de los medios sociales. Es decir, se realiza la publicación de los datos o información que afecta al servidor e inmediatamente el impacto social y el hecho de que representa una figura pública hacen que la información se prolifere por medio de las redes sociales. En el caso mencionado, hace falta la implementación de una regulación en cuanto a la utilización de los medios sociales y el establecimiento de un tipo penal que adecue las nuevas tecnologías al hecho punible, como se intenta con el delito de violación a la intimidad.

El artículo 178 del COIP establece que la persona que no contenga consentimiento o autorización judicial acceda, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales o información reservada de otra persona por cualquier medio será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. En similar situación debe encontrarse la tipificación de las difamaciones que se ven agravadas por la velocidad con que se prolifera el contenido en la actualidad. Sin embargo, debe ponerse una especial atención cuando el sujeto activo es un servidor público, puesto que este tipo de publicaciones tienden a tener mayor incidencia, afectando en mayor escala su condición. Claro está, que el servidor debe conocer que debe tener un nivel más amplio de tolerancia con los comentarios de su gestión como fue mencionado en los parágrafos anteriores.

Finalmente, se realizó una encuesta a funcionarios públicos, en las que se refleja en primer lugar que el 45,3% de los encuestados ha sufrido personalmente una vulneración a su buen nombre y entorno familiar; cifra que es per se impactante. Sin embargo, la situación se torna más preocupante cuando se delimita el entorno en que se desarrolla la vulneración. Es decir, el 70,8% de los encuestados, manifestó que han existidos vulneraciones a su buen nombre durante el ejercicio de la función pública. Así mismo el 75,9% conoce de un compañero que ha sido víctima de ataques a su honor por medio de las redes sociales. Es decir, se está tratando con cifras que superan por mucho el 50%, siendo este un factor decisivo para determinar la necesidad de incluir un proyecto de ley que tipifique estos ataques cibernéticos y específicamente que se incluya una diferenciación en el procedimiento cuando se trata de un funcionario público. De las encuestas realizadas se obtiene a su vez que el 57,7% considera que no deben tener mayor tolerancia a los comentarios que se efectúan en las redes sociales, sin embargo, la doctrina y jurisprudencia comparada han demostrado que las figuras públicas, precisamente por gozar de este reconocimiento social deben tener un poco más de tolerancia y aceptar que la sociedad tiene el derecho constitucional a la libertad de expresión, lo que incluye su gestión como funcionarios públicos. Claro está, esto no circunscribe comentarios de hechos no verídicos generados con dolo y comentarios de la esfera personal del funcionario. Como últimos datos obtenidos, se conoce que el 79,6 % de los encuestados considera que no es suficiente la normativa para sancionar el uso de las redes sociales y el 93,4%, es decir, cerca del 100%, consideran que debe reformarse el COIP respecto a los infractores que utilizan las redes sociales para vulnerar el buen nombre y honra de otros individuos.

IV. CONCLUSIONES

Luego del análisis y discusión de los resultados se encuentra la potencial necesidad de implementar una reforma al COIP y la inclusión de un cuerpo legal que regule la utilización de las redes sociales. Lo mencionado basándose en lo siguiente:

- Ha existido un aumento en la judicialización del daño moral por parte de funcionarios públicos, sin que exista aún en el Código Orgánico Integral Penal, una sanción que se ajuste al nuevo *modus operandi* de la publicación de información en los medios.

- La utilización de las redes sociales, crea un impacto agravado al buen nombre y prestigio del funcionario, ya que la proliferación de la información puede afectar su esfera laboral, perdiendo la consideración y veracidad que se necesita para ejercer funciones en el sector público.

El patrón de respuestas a las encuestas realizadas dentro de la presente investigación demuestra la preocupación y necesidad de la implementación de medidas preventivas y sancionadoras a la afectación del buen nombre, en especial, cuando se cometen con intención de proliferar la información por las redes.

V. REFERENCIAS

[1] H. Cárdenas y P. González, «Notas sobre el daño

moral: Concepto, prueba y evaluación en una reciente sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago,» *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, n° 2, pp. 181-189, 2005.

[2] M. Riera, «Corte Suprema de Justicia de Paraguay,» n.d. [En línea]. Available: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Riera-Escudero-Da%C3%B1o-moral.pdf>.

[3] S. Noboa, «Revista Jurídica Online,» Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 1990. [En línea]. Available: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1990/09/2_El_Danio_Moral_En_Legislacion_Ecuatoriana.pdf.

[4] E. Zannoni, «El daño en la responsabilidad civil,» Astrea, 1993.

[5] R. García López, «Responsabilidad por daño moral, doctrina y jurisprudencia,» José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.

[6] L. Mendoza, «La acción civil del daño moral,» Universidad Nacional Autónoma de México, , 2014.

[7] M. Guerrón, «El Quantum Indemnizatorio en la Acción Civil de Reparación por Daño Moral,» Cuenca, 2016.

[8] *New York Times Company v. Sullivan*, 1964.

[9] *RCD v MPF*, 2015.

[10] Deutsche Welle, 30 06 2017. [En línea]. Available: <https://p.dw.com/p/2fsgM>.