

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ESCUELA DE DERECHO**

**Tesis previa a la obtención del título de
Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República.**

**TEMA: LOS ACTOS ILÍCITOS COMO
FUENTES NO CONTRACTUALES DE LAS
OBLIGACIONES.**

**DIRECTOR:
DR. HERNAN COELLO GARCIA.**

**ALUMNA:
LIA LORENA FIGUEROA NOVILLO.**

AÑO 2006

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS:

*A mis padres, los artífices de mi existencia, por su apoyo y cariño
brindado a lo largo de mi vida y de mi carrera, por ser los pilares que
siempre me han sostenido.*

*A mis hermanos Christian, Francisco y Juan Andrés, por constituir mi
inspiración para culminar mi carrera, para que sepan asimilar el amor
a los estudios y la perseverancia para poder llegar a ser alguien en la
vida.*

*A mi abuelita Sofía, una de las personas más importantes en mi vida,
por sus cuidados, su cariño, su dedicación y sus sabios consejos.*

*A mis tíos Julita y Adrián, mis segundos padres, y a mis primos Adrián,
Fernando y Sofía.*

A Martín, mi compañero, mi apoyo incondicional.

A mi abuelita Rosa, mi estrella en el cielo.

*Un especial agradecimiento al Dr. Hernán Coello por su gran ayuda en
la elaboración del presente trabajo.*

Un agradecimiento sincero a mi gran amiga Fernanda Navas.

INDICE

RESUMEN.....	7
ABSTRACT.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9

CAPÍTULO I.

1.1.BREVE EXPLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL LIBRO IV DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.....	12
1.2.LAS OBLIGACIONES Y LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES.....	14
1.2.1.CONCEPTOS Y DISTINCIÓN.....	14
1.2.2.CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.....	15
1.2.3. CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN.....	17
1.3.LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.....	17
1.4. EL DELITO Y EL CUASIDELITO.....	19
1.4.1.GENERALIDADES.....	19
1.4.2.EL DELITO.....	21
1.4.3 CONCEPTO DE DELITO Y CUASIDELITO CIVIL.....	25
1.4.4. DIFERENCIA ORGÁNICA ENTRE DELITO Y CUASIDELITO.....	25
1.5.REQUISITOS PARA QUE DE UN ACTO ILÍCITO SURJA UNA OBLIGACIÓN CIVIL.....	28
1.5.1 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	29
1.5.2RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	30
1.5.3. CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.....	31
1.6.NOCIÓN DE DELITO CIVIL EN OPOSICIÓN AL DELITO PENAL...34	
1.7.SANCIONES CIVILES Y SANCIONES PENALES.....	35
1.8. OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN HECHO ILÍCITO.....	36
1.8.1.DAÑOS Y PERJUICIOS.....	37
1.9. QUIÉN PUEDE PEDIR LA INDEMNIZACIÓN.....	39
1.10. QUIENES ESTÁN OBLIGADOS A INDEMNIZAR.....	43

1.10.1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR EL HECHO ILÍCITO.....	45
1.10.2. RESPONSABILIDAD DEL EBRIO.....	46
1.11 LA CAPACIDAD DELICTUAL.....	47
1.11.1. GENERALIDADES.....	47
1.11.2.LOS MENORES DE SIETE AÑOS, LOS DEMENTES Y LOS MENORES DE DIECISÉIS AÑOS.....	48

CAPÍTULO II:

HECHOS PROPIOS, AJENOS, DE ANIMALES, HECHOS ACAECIDOS CON MOTIVO DE UNA CONSTRUCCIÓN Y POR CAUSA DE COSAS INANIMADAS, COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

2.1GENERALIDADES.....	51
2.2. LA ENUMERACIÓN DEL ARTÍCULO 2220 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.....	51
2.3 RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO O HECHOS ILÍCITOS PERSONALES.....	51
2.3.1 ¿EN QUÉ CONSISTE EL HECHO PROPIO?.....	52
2.4 RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS.....	52
2.4.1 GENERALIDADES.....	52
2.4.2 FUNDAMENTO.....	52
2.4.3. PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	53
2.4.4. CONDICIONES PARA QUE SE RESPONDA POR UN HECHO AJENO.....	54
2.5. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS HIJOS.....	54
2.5.1. LA PRESUNCIÓN DE CULPA.....	54
2.5.2. CONDICIONES PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD PATERNA.....	55
2.6. RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES.....	56
2.6.1. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES.....	62
2.7. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE COLEGIOS Y MAESTROS ARTESANOS.....	63

2.7.1. FUNDAMENTO.....	65
2.7.2 CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD.....	65
2.7.3 CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.....	66
2.8 RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONES O PATRONOS.....	67
2.9 DAÑOS CAUSADOS POR COSAS O ANIMALES.....	68
2.9.1. PERSONAS RESPONSABLES.....	70
2.9.2 INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL ANIMAL.....	70
2.9.3 DAÑOS POR LOS QUE SE RESPONDE.....	72
2.9.4 DAÑOS CAUSADOS POR UN ANIMAL FIERO.....	73
2.10 DAÑOS CAUSADOS POR COSAS.....	73
2.10.1 RESPONSABILIDAD EN RAZÓN DE LOS HECHOS ACAECIDOS CON MOTIVO DE UNA CONSTRUCCIÓN.....	74
2.10.2 SUJETO PASIVO DE LOS DAÑOS.....	75
2.10.3.PERSONA A LA QUE SE DEBE DEMANDAR.....	77
2.10.4 LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR. Jurisprudencias.....	78
2.11.RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS QUE CAEN O SE ARROJAN DE LOS EDIFICIOS.....	80
2.12. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR COSAS INANIMADAS.....	81
2.13. ATENUACIÓN POR IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA.....	85

CAPITULO III

EL DAÑO MORAL

3.1.NOCIÓN ACERCA DEL DAÑO.....	86
3.2. EL DAÑO MATERIAL.....	86
3.2.1.CLASES DE DAÑO MATERIAL.....	86
3.3. EL DAÑO MORAL.....	87
3.3.1.TERMINOLOGÍA DE DAÑO MORAL.....	87
3.3.2.¿ QUÉ ES DAÑO Y QUE ES MORAL?.....	87
3.4. CONCEPTO DE DAÑO MORAL.....	88

3.5.¿ES PROCEDENTE EL DAÑO MORAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS?.....	91
3.6.¿ A QUÉ AFECTA EL DAÑO MORAL?.....	92
3.7.DAÑO MORAL Y DAÑO PATRIMONIAL.....	92
3.8.¿CUÁNDO NO EXISTE DAÑO MORAL?.....	92
3.9.INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.....	93
3.10.LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	95
3.11.EL DAÑO MORAL CAUSADO POR IMPUTACIONES INJURIOSAS.....	103
3.11.1.LA INJURIA PENAL y LA INJURIA CIVILMENTE CONSIDERADA.....	
3.12.NORMAS EN EL CODIGO CIVIL SOBRE DAÑO MORAL.....	104
3.13.JURISPRUDENCIA.....	112
3.14.DERECHO COMPARADO.....	119
 CONCLUSIONES.....	 123
BIBLIOGRAFÍA.....	132

RESUMEN

El enfoque del presente trabajo de investigación lo dirigimos a los ACTOS ILÍCITOS COMO FUENTES NO CONTRACTUALES QUE GENERAN OBLIGACIONES, saliendo del campo tradicional de los contratos, debido a que los delitos y los cuasidelitos también generan obligaciones para las partes.

Sumamos al presente trabajo un estudio sobre el DAÑO MORAL, también generador de la obligación indemnizatoria en su carácter de obligación fundamental que nace precisamente de un hecho ilícito.

El análisis a realizarse, esta dirigido a los diferentes casos que plantea nuestro Código Civil ecuatoriano en cuanto a la responsabilidad por los hechos ilícitos, así como también a su difícil valoración y cuantificación del daño causado; es decir, la apreciación de la indemnización de los daños y perjuicios por parte de los Jueces, aspecto netamente subjetivo, lo que hace más difícil su tarea, debido a que quienes administran justicia deben cargar con la cruz de la interpretación.

Por último comentaremos sobre algunas normas del Código Civil, con el fin de concluir el trabajo con algunas reflexiones con relación a nuestros hacedores de leyes y desde luego de quienes deben ponerlas en juego.

ABSTRACT

The approach of this research is addressed to illicit acts as contractual not sources, which cause to produce obligations, as on exception of the tradicional field of contracts, because the crime and the quasicrime also produce obligations for the litigators.

A survey on moral damage has been adeed here in, which is also a generator of the indemnifying duty in its nature of essential obligation, which comes to life from on illicit fact.

The analysis to be comied out is addressed to the several cases framed on our Ecuadorian Civil Code, regarding the responsibility for illicit facts, as weel as to its complicated valuing and quantification of the (damage valuing) indemnifying of harms and sequels by the Judges, which is totally subjective, this makes harder their work, for who manage justice, and must decide by means of interpretation.

Finally, we remark on somo rules of the Civil Code, in order to conclude this paper with some reflexions related to our law-doers, and of course, whom should put it into play.

INTRODUCCION

El propósito del presente trabajo de investigación es estudiar a los actos ilícitos como fuentes de las obligaciones saliendo del tradicional campo de los contratos, ya que ésta no constituye la única fuente de las obligaciones; es así que los delitos y los cuasidelitos son actos, de los cuales nacen obligaciones, pero no cabe que a alguien se le ocurra suponer que el vínculo que surge entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, en cuanto el primero debe indemnizar al segundo, tenga como antecedente un contrato.

El tema de las fuentes de las obligaciones, del daño moral, de la indemnización de daños y perjuicios se ha desarrollado con mayor profundidad en el campo civil, se presenta también en los derechos penal, laboral y administrativo, ya que en todos los casos se debe indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto al daño moral es reconocido ampliamente en casi todos los sistemas que articulan, el derecho y su deber resarcitorio derivado de ofensas al honor, pérdida de un ser querido, daños sexuales, daños estéticos, impactos psíquicos, sin embargo, tal consenso se diluye al delimitar cuestiones tales como la valoración del daño, el momento y discrecionalidad judicial de su determinación, la posibilidad de impugnación, la casuística generadora del daño, los mecanismos procesales de obtención y defensa del daño moral.

Por lo tanto, la importancia práctica del presente tema de investigación radica en la incidencia de casos que sobre este tema se presentan, sin que su resolución por parte de quienes administran justicia sea un asunto sencillo, ya que los jueces deben cargar, como un reconocido tratadista manifiesta, con la cruz de la interpretación.

Se pretende sobre todo el estudio del tema de la indemnización en su carácter de obligación fundamental que nace precisamente de un hecho ilícito;

indemnización, que desde ya diremos tiende a reparar el daño o restablecer el patrimonio de la víctima.

Otro punto fundamental que constituye soporte para un estudio de este tema es su falta de profundización que como señalamos anteriormente ha traído como consecuencia que la valoración, y cuantificación, es decir, la apreciación de la indemnización de los daños y perjuicios por parte de los señores jueces sea tomando en cuenta desde el punto de vista netamente subjetivo, de ahí precisamente la necesidad de desempolvar la Ley, la jurisprudencia, y como otra fuente principal del derecho, a la doctrina.

La dificultad en cuanto a hallar una unificación de criterios sobre este tema nos lleva a analizar de manera sustancial las normas vigentes y aplicables en la legislación ecuatoriana, recalcando la última codificación realizada del Código Civil ecuatoriano.

Pese a la norma que consagra el artículo 13 del Código Civil en el sentido de que la Ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna, no ha existido quizá el conocimiento necesario sobre el tema del daño moral, así por ejemplo, aún se piensa que es necesario agotar la vía penal para proceder a la demanda de daños y perjuicios cuando en realidad ello no es necesario, de manera que es posible acudir directamente a la vía civil.

Las leyes, en cumplimiento de su cometido fundamental de buscar la justicia, han dado lugar a que no únicamente se aplique el Código Penal sancionador en el caso del cometimiento de un delito sino que se busque reparar a la víctima del daño sufrido y de alguna manera mitigar las graves consecuencia del delito desde el punto de vista económico.

La obligación de reparar no solo se encuentra reconocida en la Constitución de la República o en las diferentes leyes que integran el Derecho Civil, sino incluso a nivel internacional.

Confirma lo señalado una sentencia de un Tribunal Internacional, que en su parte esencial manifiesta que el Estado está en la obligación de prevenir razonablemente las violaciones a los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones cometidas en el ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables (sean sus propios órganos o funcionarios, o bien particulares) de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Además de estos instrumentos internacionales, de la Constitución de la República y las leyes civiles, las leyes penales también se han referido a este tema considerando a la reparación como uno de los derechos inviolables del ofendido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal.

La justificación de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, tiene su origen en el aforismo romano:

Honeste vivere: Vivir honestamente.

Neiminen laedere: No hacer daño a nadie.

Unum cuique suum dare: dar a cada cual lo que le corresponde.

“Cada uno tiene derecho a no ser perjudicado y sí otro le perjudica, éste se obliga a reparar el daño causado”.

CAPÍTULO I.

1.1.BREVE EXPLICACIÓN DEL CONTENIDO DEL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.

El Libro Cuarto de nuestro Código Civil ecuatoriano, lleva por título “DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL Y DE LOS CONTRATOS.” Este título nos indica claramente que son dos grandes capítulos que se estudian en éste libro: 1) La Teoría General de las obligaciones: su concepto, sus fuentes, clasificaciones, efectos, modos de extinción y prueba. 2) Los Contratos, Cuasicontratos y la Responsabilidad Extracontractual.

El largo camino de evolución que ha tenido el Código Civil, algunos atribuyen en su origen a los romanos, otros a los griegos, pero su verdadero florecimiento, se dice que tuvo en Francia, con el nombre de Código de Napoleón, que causó admiración universal para ser imitado y adoptado por las naciones europeas y americanas, sobre todo por la precisión de sus instituciones para su época.

Este Código, sintetiza en tres las categorías jurídicas fundamentales: la autonomía privada, la propiedad privada y la familia.

Al parecer, estas categorías permanecieron intactas hasta bien entrado el siglo XX, en donde algunas de las concepciones que proclamaba dicho Código comienzan a perder la perfectibilidad con la que se le rodeó. Las luchas frecuentes de los hombres y mujeres que claman por una concepción jurídica más justa, acorde con las tendencias de desarrollo del anterior y del presente siglo, disminuyeron la hegemonía jurídica del Código Civil.

En cuanto a lo que respecta a nuestro actual Código Civil, en el contenido del Libro Cuarto, como lo manifiesta el Doctor Alejandro Álvarez Faggioni: “no hay una separación tan precisa y ordenada, de tal manera que las disposiciones sobre obligaciones y contratos como por ejemplo, en el Libro Cuarto, se mezclan con mucha frecuencia, lo que hace resaltar la defectuosa sistematización de éste Libro.”¹

¹ALVAREZ Faggioni Alejandro. Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano. Universidad de Guayaquil. 1982. Pag 14.

Nos pareció importante traer al presente trabajo, el análisis del Libro Cuarto de nuestro Código Civil, efectuado por el Doctor Alejandro Álvarez Faggioni, al cual, hemos añadido algunos comentarios:

En el Título I “DEFINICIONES”, encontramos las fuentes de las obligaciones, definición de Contrato, a pesar de lo que define es la Obligación, y pese a que el Contrato es la fuente más importante de las obligaciones, pero no todas las obligaciones tienen como fuente los contratos. Es de agregar, que la misma norma hace referencia a “Contrato o Convención”, como si se trataran de términos sinónimos, cuando al contrato se lo debe tomar como especie y la convención como género. En el mismo epígrafe de “DEFINICIONES”, encontramos además, las clasificaciones de los contratos y sus elementos.

En el Título II vuelve a tratar de las obligaciones con el epígrafe: “DE LOS ACTOS Y DECLARACIONES DE VOLUNTAD.”

Del Título III al XI, trata de la CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y SU REGULACIÓN JURÍDICA.

El Título XII trata del EFECTO DE LAS OBLIGACIONES, pero no reglamenta la prelación de créditos que es un efecto importante de las obligaciones y que se colocan en el Título XXXIX, es decir, después de haber agotado los contratos.

El Título XIII, vuelve a contratos con el epígrafe: “DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.” Y a continuación, desde el Título XIV hasta el XX, trata de los DIVERSOS MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES, pero saltándose transacción y prescripción, que también son modos de extinguir las obligaciones y que los coloca entre los últimos títulos de este libro (XXXVIII y XL).

El Título XXI trata de la PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES, que es un asunto más bien de carácter adjetivo (procesal) y no sustantivo.

Del Título XXII al XXIII trata de la REGULACIÓN DE LAS DIVERSAS CLASES DE CONTRATOS, incluyendo la cesión de derechos, que la doctrina contemporánea todavía discute su ubicación metodológica (si en el

derecho de las obligaciones o en el de los contratos) y que en todo caso debió colocarse al finalizar las obligaciones y antes de empezar los contratos.

El Título XXXII trata de los CUASICONTRATOS.

EL Título XXXIII DE LOS DELITOS Y CUASIDELITOS, que es materia del presente trabajo de investigación.

Del Título XXXIV al XXXVI, trata de las OBLIGACIONES ACCESORIAS: fianza, prenda, e hipoteca, para de ahí pasar en el Título XXXVII al contrato de Anticresis.

1.2.LAS OBLIGACIONES Y LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES.

1.2.1.CONCEPTOS Y DISTINCIÓN.- Comenzaremos manifestando que las obligaciones tienen que ver sustancialmente con los derechos personales que, no obstante, no son del todo ajenas al concepto de los derechos reales. En efecto, en el sistema ecuatoriano, encontramos claramente definidos éstos conceptos, en las normas legales contenidas en el Código Civil:

Art. 595. DERECHOS REALES.- “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso y habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.”

Art. 596. DERECHOS PERSONALES.- “Derechos personales o créditos son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”

Para el doctor Hernán Coello García las normas transcritas nos ilustran acerca de las diferencias fundamentales que existen entre los derechos reales y los derechos personales:

Tales diferencias son:

- a) **LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.**- En los derechos reales son dos: el sujeto activo del derecho y la cosa objeto del derecho. En los derechos personales son tres: el acreedor, el deudor y la prestación debida;
- b) **EL SUJETO.**- El sujeto activo en los derechos reales es determinado; el sujeto pasivo, en cambio es indeterminado. Por el contrario en los derechos personales tanto el sujeto activo cuanto el sujeto pasivo son determinados, o cuando menos determinables. En caso contrario no existe obligación.
- c) **EL OBJETO.**- En el derecho real, el objeto es forzosamente una cosa; el objeto del derecho personal es una prestación que puede consistir en dar: entregar u objeto o cuerpo cierto o pagar una suma de dinero; en hacer: en construir una obra material u otorgar un contrato; o, finalmente, en una simple abstención, por la que el deudor se obliga a no hacer algo.
- d) El derecho real es absoluto, en cuanto puede oponerse a todos, sin respecto a persona determinada; el derecho personal, por el contrario es relativo, porque solo puede oponerse a la persona que se ha obligado.

De todo esto podemos colegir el siguiente principio general: La relación jurídica en los derechos personales nace forzosamente entre dos o más personas; en cambio, en los derechos reales, esta relación se establece entre una o más personas y las cosas.

Si bien, la distinción entre los derechos reales y personales aparentemente no genera mayor inconveniente, comentaristas del derecho civil sostienen que tal clasificación únicamente podía ser admisible cuando era posible intentar acciones puramente personales, es decir, contra la persona del deudor.

1.2.2.CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.- A la obligación (obligatio, de obligare, que significa atar) la definimos como “la relación jurídica en virtud de la cual una persona llamada deudor, está constreñida a dar a otra, llamada acreedor, una cosa o a realizar un hecho positivo o negativo.”²

². LARREÁTEGUI, Carlos. Derecho Romano de las Obligaciones con referencias al Derecho Civil Ecuatoriano. Editorial Universitaria U. Central del Ecuador. Pág. 13

JUSTINIANO consideró a la obligación como “un vínculo jurídico por el cual estamos obligados por necesidad a realizar una determinada conducta según el derecho de nuestra ciudad.” En ésta definición se dice que la cosa debe pagarse “según el derecho de nuestra ciudad.” Esta expresión se explica porque se refiere a una época en que las obligaciones eran sancionadas solo por el Derecho Quiritario, en contraposición al Derecho de Gentes, pero en la época de Justiniano, el concepto de obligación se aplicaba ya a toda clase de personas.

ARTURO ALESSANDRI Y MANUEL SOMARRIVA sostienen que la obligación “es un vínculo jurídico que coloca a una determinada persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada.”³

LUIS CLARO SOLAR, nos trae la siguiente definición: “ Es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra el beneficio de un hecho o de una abstención determinados, de valor económico o simplemente moral.”⁴

Nuestro Código Civil, al definir el contrato en el artículo 1454 (Ex.1480), da un concepto de obligación; en efecto, la norma mencionada dice “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” Lo que la norma define, es la obligación, es decir, el género, aunque se refiera a la especie, el contrato, que es una de las fuentes más importantes de las obligaciones. “Todo contrato supone un acto, pero no todo acto supone un contrato; es así que los delitos y los cuasidelitos son actos, de los cuales nacen obligaciones, pero no cabe que a alguien se le ocurra suponer que el vínculo que surge entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de un delito, en

³ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942. Pág. 855.

⁴ CLARO Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.- Volumen V. Tomo X. Editorial Jurídica de Chile, 1979.Pág.14.

cuanto el primero debe indemnizar al segundo, tenga como antecedente un contrato.”⁵

1.2.3. CARACTERES DE LA OBLIGACIÓN.

- 1) Se trata de un vínculo jurídico.-** Una relación jurídica; un nexo que relaciona a los sujetos de la obligación entre sí. Este vínculo origina generalmente derechos reales o personales; excepcionalmente personalísimos.
- 2) Relaciona a personas determinadas o a lo menos determinables.-** Siendo indispensable que en la obligación los sujetos sean a lo menos dos: el deudor o (debitor) sujeto pasivo que debe realizar la prestación; y el sujeto activo o (creditor), la persona a quien se le debe alguna cosa. Pero además estos sujetos de la obligación deben ser determinados o a lo menos determinables, ya que no podría pensarse que exista una obligación entre personas enteramente indeterminadas y mucho menos si se trata de personas indeterminables. Por ejemplo, en las ofertas de recompensa que se hace a favor de personas inicialmente indeterminadas pero que una vez que la recompensa se efectiviza se la paga a personas determinadas; es decir, que es en el momento del pago cuando ha de ser indispensable la individualización del acreedor.
- 3) El ligamen que surge de las obligaciones solo puede reconocer uno estos tres supuestos: DAR, HACER O NO HACER ALGUNA COSA.**
- 4) El deber jurídico.-** El deber jurídico que nace de la obligación es para el sujeto pasivo una verdadera deuda que correlativamente otorga al acreedor un derecho de crédito.
- 5) La prestación.-** La prestación jurídica de las obligaciones en sentido jurídico es como regla general SUSCEPTIBLE DE APRECIACION ECONÓMICA, lo cual no ocurre con otros deberes como sucede con los familiares y con los morales o sociales.

1.3.LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

⁵ COELLO GARCIA, Hernán. Derecho Civil Obligaciones. Universidad del Azuay, 2003. Pág. 7.

Se llaman fuentes de las obligaciones o como decían los romanos, “causa de las obligaciones”, los hechos y actos jurídicos que les dan nacimiento o las originan, “aquellos hechos a los que el ordenamiento jurídico reconoce la virtud de crear una relación obligatoria entre los dos sujetos de derecho.”⁶. Por ejemplo, un contrato de compraventa es la fuente de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida; y es a la vez la fuente de la obligación del comprador de pagar el precio convenido. Un delito es la fuente de la obligación del autor de pagar a la víctima la indemnización de perjuicios, con independencia de la sanción penal correspondiente.

La primera clasificación de las obligaciones es la que encontramos en las Institutas de Gayo, éste jurisconsulto afirmó que las obligaciones nacían de los contratos y de los delitos. Mas tarde él mismo se dio cuenta que habían otros hechos que daban origen a las obligaciones que no encajaban en las dos categorías; añadió una nueva fuente a la que llamó “EX VARIAE CAUSARUM FIGURAE”; es decir otras figuras que sin ser contratos o delitos hacía surgir obligaciones a cargo de quienes las ejecutaren.

Justiniano en sus Institutas, dándose cuenta que las obligaciones nacidas de la tercera fuente que señaló Gayo, se asemejaban en cuanto a sus efectos a las obligaciones contractuales y a las obligaciones delictuales, clasificó las fuentes de las obligaciones en CONTRACTUALES, CUASICONTRACTUALES, DELICTUALES Y CUASIDELICTUALES. El criterio de agregar como fuente de las obligaciones a la LEY, se debe a los Estatutarios cuyo punto de vista ha sido acogido por nuestra ley ya que todas las fuentes de las obligaciones descansan en ella.

Nuestro sistema ecuatoriano de Derecho Civil reconoce éstas cinco fuentes de las obligaciones.

En efecto:

Art.1453. “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o mas personas, como en los contratos o convenciones; ya del hecho

⁶ LARREÁTEGUI, Carlos. Derecho Romano de las Obligaciones con referencias al Derecho Civil Ecuatoriano. Editorial Universitaria U. Central del Ecuador. Pág. 13

voluntario de una persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado, y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

Art.2184. “Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.”

1.4. EL DELITO Y EL CUASIDELITO.

1.4.1.GENERALIDADES.

Estudiosos del Derecho Romano, están convencidos que las obligaciones nacieron en el ámbito penal, antes que las obligaciones contractuales, pues se consideró que el autor de un hecho que lesionaba los derechos de otra persona, debía reparar los daños causados a la víctima. En efecto:

Una persona que causaba daño a otra, era entregada a la víctima; el culpable estaba obligado con ella. Luego a medida que evolucionaba el Derecho, a la Ley del Talión, le sucede la compensación, mediante la cual, por ejemplo: que el ladrón llegue a un acuerdo con la víctima, que consistían en pagarle cuatro veces más que la cosa robada o que intentaba robar, o que un tercero garantice el pago, en cuyo caso, el ladrón quedaba en libertad. Para los doctrinarios como Carlos Larreátegui, “mediante la compensación pecuniaria, se ha pasado de la obligación delictual, a la obligación contractual.”⁷ Y luego de las compensaciones voluntarias, se pasó a las compensaciones legales: sí se cometía un delito, había que pagar la pena establecida en la ley.

⁷ LARREÁTEGUI, Carlos. Derecho Romano de las Obligaciones con referencias al Derecho Civil Ecuatoriano. Editorial Universitaria U. Central del Ecuador. Pág. 18.

“Ahora bien, el acto que causa daño a otro no es siempre de la misma naturaleza. En efecto, cuando el autor obra con la intención de dañar o perjudicar a otro estamos frente al delito civil como sucede cuando una persona mata voluntariamente a un animal de otra. En otros casos, la persona ejecuta el hecho dañoso sin intención pero con imprudencia o descuido, por ejemplo: una persona realiza prácticas de tiro en un campo sin preocuparse de establecer previamente si hay en él animales o personas; estamos entonces en presencia de un cuasidelito”⁸.

Nuestro Código Civil ecuatoriano en tres de sus disposiciones, nos da una idea clara de lo que debemos entender por delito y cuasidelito

El Código Civil ecuatoriano unifica el tratamiento de las obligaciones que nacen de delito o cuasidelito; en efecto, luego de tratar de las obligaciones provenientes de cuasidelitos, trata conjuntamente de los delitos y cuasidelitos. Tanto en una como otra figura existe una conducta, acción u omisión, que contraviene alguna norma jurídica.

Con el aforismo romano *“uniquique suum tribuere, alterum non laedere”*: dar a cada uno lo suyo, no dañar o perjudicar a otro, se da la justificación de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos: cada uno tiene derecho a no ser perjudicado y si otro le perjudica, éste se obliga a reparar el daño causado.

Ahora bien, de conformidad con el principio de legalidad expresado en el aforismo romano (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), es indispensable que la acción u omisión con la que actúa el agente para causar daño, viole una ley positiva y que se configure un hecho ilícito que daría lugar a una obligación de reparar.

1.4.2 EL DELITO:

⁸ Ibid. Pág. 192

Von Ernesto Beling define al delito como un acto, típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado y que cumple en veces condiciones objetivas de punibilidad. Pasaremos a analizar cada uno de éstos elementos ⁹:

- I) **Acto.-** El delito constituye un acto, ya que supone una conducta humana que se realiza con conciencia y voluntad, pues caso contrario estaríamos frente a un hecho, que no es imputable. Las personas jurídicas no pueden ser sujetos de acción, no hay presencia de voluntad: facultad psíquica de la persona individual; el acto es sobre personas físicas individuales. De ahí que se discute si es posible considerar imputables a las personas jurídicas, la doctrina si inclina mas bien en considerar a las medidas que afecten a las personas jurídicas como consecuencias accesorias.

La distinción entre hecho y acto radica en que a los primeros se les considera el género y a los segundos como la especie ya que suponen la actuación voluntaria del agente. Por ejemplo, la muerte de una persona será un hecho, pero el homicidio será siempre un acto. En virtud de lo expuesto, se consideran a los actos jurídicos como *“hechos voluntarios con contenido jurídico.”* Los actos así entendidos, admiten una doble clasificación: los actos lícitos y los actos ilícitos. Los primeros dan lugar a los llamados negocios jurídicos. Los segundos, en materia civil, constituyen los delitos y los cuasidelitos, en los cuales lo que interesa es la consecuencia económica de la infracción.

- II) **Típico.-** La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente NULLUM CRIME SINE LEGE; solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales.

Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si al mismo tiempo no es típico; es decir, no corresponde a la descripción contenida en una norma penal.

⁹ MUÑOZ Conde Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá 1990.

El tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de un hecho de una norma penal. La tipicidad es la cualidad que se atribuye a un comportamiento cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal.

El tipo en el Derecho Penal tiene una triple función:

- 1) SELECCIONADORA de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- 2) DE GARANTÍA en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- 3) MOTIVADORA por cuanto con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos qué comportamientos están prohibidos y espera que los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Tipo y Antijuridicidad.-

La antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico. Sin embargo no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante: solo los comportamientos antijurídicos que, además, son típicos pueden dar lugar a una reacción jurídico-penal.

Causas de Justificación.- Constituyen las causas de exclusión de la antijuridicidad que convierten al hecho en sí típico en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. LA DOCTRINA RECONOCE LAS SIGUIENTES CAUSAS DE JUSTIFICACION:

- ◆ Legítima defensa.
- ◆ Estado de necesidad.
- ◆ Mandato legal.
- ◆ Obediencia debida.
- ◆ No exigibilidad de otra conducta.

♦ Consentimiento del titular del derecho.

Legítima Defensa.- Circunstancia eximente de responsabilidad. Se trata del ejercicio de un derecho para proteger un derecho.

Tiene dos aspectos uno individual y otro supraindividual referente a la defensa del orden jurídico y del derecho en general.

Requisitos:

1) Actual agresión ilegítima. Sin embargo se puede también entender que constituye una acción de puesta en peligro de algún bien jurídico, se incluye de este modo la omisión cuando ésta suponga esa eventualidad.

- Tanto la acción como la omisión deben ser dolosas, es decir, el ataque al bien jurídico debe ser intencional; si hay imprudencia, no cabe legítima defensa sino estado de necesidad.
- Debe ser actual: no se trata de venganza, el juez es quien califica la agresión actual, toda vez que la ley no puede establecer tiempo para reaccionar, se deberá en éste caso, recurrir a los criterios que para este efecto formula la Psiquiatría Forense.
- La agresión no solo se trata de un acto de fuerza sino de puesta en peligro de un bien jurídico.
- Debe ser ilegítima, es decir antijurídica en un sentido material, debe darse una efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, que con la agresión estén en riesgo inminente de ser dañados
- La agresión debe ser típica, es decir, constituya el tipo de injusto de un delito.
- La agresión tiene que ser real, no basta que quien se defiende crea que lo hace ante una agresión que solo existe en su imaginación.
- Existe legítima defensa putativa cuando no existe realmente la agresión, se trata de una causa de inculpabilidad si el error era invencible. Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia si la creencia de la agresión es racional se trata de legítima defensa.
- La legítima defensa se aplica también en el caso de dementes que agreden ya que existe más peligro puesto que han perdido la razón.

2) Necesidad racional del medio empleado.

- La necesidad de defensa se da cuando es contemporánea a la agresión, persiste mientras la agresión dura y es la única vía de repelerla o impedirla.
- Debe existir proporcionalidad: racionalidad del medio empleado.
- De no cumplir este requisito se produce un caso de exceso de legítima defensa.

3) Falta de provocación suficiente del que se defiende.

- Cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se niega la legítima defensa.

Estado de Necesidad. Se regula conjuntamente el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exculpación. En el primer caso se daría cuando el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor, teniendo que sacrificarse el de menor valor; el segundo, cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor, en cuyo caso no puede inclinarse por ninguno de los dos bienes.

Si bien sobre los siguientes elementos del delito se tratará con mayor detenimiento posteriormente conviene hacer una breve referencia de los mismos a efecto de una mayor claridad en el concepto de delito

IV) Imputable.- De acuerdo a la legislación ecuatoriana solo puede ser considerado imputable la persona mayor de edad, capaz ante la ley, en el caso de los menores de edad se aplica lo regulado por el Código de Niñez y Adolescencia que derogó las normas anteriormente aplicables del Código de Menores.

V) Culpable.- Constantemente se confunde el concepto de inculpabilidad con el de imputabilidad, sin embargo, la culpabilidad solo puede darse en personas imputables. Cabe resaltar que este elemento supone que la conducta se pueda realizar a través de tres figuras: culpa, dolo, y una combinación de los dos anteriores: preterintencional.

VI) Sancionado.- Sin tal elemento los delitos, incluso aquellos que de manera más grave afectan a la sociedad quedarían en la impunidad pese a que el acto esté incriminado como infracción.

VII) Debe cumplir en veces condiciones objetivas de punibilidad.- O también denominadas condiciones objetivas de penalidad como por ejemplo el giro de cheques sin provisión de fondos que requiere del protesto, la notificación al girador y el decurso de 24 horas sin que haya hecho el pago. Las condiciones objetivas de punibilidad se caracterizan por condicionar la imposición de la pena, a diferencia de las condiciones de procedibilidad que condicionan la persecución procesal.

1.4.3 CONCEPTO DE DELITO Y CUASIDELITO CIVIL.

ALESSANDRI Y SOMARRIVA “El delito puede definirse como el acto doloso, o cometido con la intención de dañar a otra persona. El cuasidelito, como el acto culpable, pero no intencional, que causa daño a otra persona.”¹⁰

G. OSPINA FERNÁNDEZ “El delito consiste en la lesión de una norma jurídica, cometida con la intención de dañar, vale decir, con dolo; y el cuasidelito o culpa, que también es un hecho ilícito, pero cometido por simple descuido o negligencia.”¹¹

1.4.4. DIFERENCIA ORGÁNICA ENTRE DELITO Y CUASIDELITO.

Como hemos podido apreciar en el delito, el elemento básico es el dolo, la intención de dañar. En el cuasidelito no existe dolo, no se hace presente esa intención de dañar solo hay culpa, negligencia por parte del autor. Se alegaba que solamente hay ilícito si la acción u omisión que dan lugar al hecho ilícito se debían a dolo o culpa del causante.

¹⁰ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942. Pág. 858

¹¹OSPINA Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 1983. Pág. 2

La doctrina contemporánea y muchas disposiciones legales tienden a prescindir del elemento subjetivo (dolo o culpa), creemos que esta diferencia no tiene mayor trascendencia porque tanto el delito como el cuasidelito, en materia civil dan lugar a la misma o idéntica indemnización, no porque una persona alegue la existencia de delito va a conseguir una mayor indemnización; ambas son iguales. Es más, en la práctica jurídica no es frecuente que se presente una demanda de indemnización fundada en un delito, la mayor parte de éstas siempre están fundadas en la existencia de un cuasidelito, ya que es más fácil de probarlo.

La concepción clásica de que solamente hay ilícito si la acción o la omisión se debían a dolo o culpa del agente considerada en la doctrina jurídica y aún mantenida en el Código Civil Ecuatoriano ha pasado a un plano más relativo y de menor importancia; en nuestros días la vida cotidiana hace que se prescinda de este factor subjetivo: dolo o culpa para asignar la obligación de restituir o de indemnizar por un acto punible.

Esta tendencia de prescindir de la apreciación de la intención del causante del perjuicio se justifica hoy en día de diversas maneras:

- 1) Con el factor subjetivo se tiende a confundir dos nociones totalmente diversas: la del delito penal y la del delito civil, ya que si se exigiría dolo o culpa para el delito o cuasidelito civil en realidad se equipararían éstos al delito o cuasidelito penal, ya que la intención es lo que prevalece en la responsabilidad penal.
- 2) Es imposible que se llegase a confundir el delito y el cuasidelito civil del delito o cuasidelito penal, ya que el Derecho Penal esta influenciado por una idea de moralidad, en el Derecho Civil, prima el factor económico sobre el factor moral; es por esto que, no se debe tomar como factor indispensable para la existencia del acto ilícito la culpabilidad o la intención dolosa de su autor.
- 3) La dificultad de juzgar el fuero interno de las personas sumado al hecho de que en la gran mayoría de las veces es imposible llegar a establecer la verdadera causa de los daños y el agravamiento enorme de los

peligros producidos por los avances de la técnica principalmente en materia de transportes, energía nuclear, armas, etc.

En los tiempos actuales se esta dando menos consideración a los conceptos culpa y se admite por ejemplo en el campo de las relaciones laborales, el cuasidelito por una transferencia necesaria de los riesgos a la parte más poderosa o capacitada para evitarlos. Como comenta el Doctor Juan Larrea Holguín, es en el campo de la legislación y la jurisprudencia laboral donde surgió la teoría de la responsabilidad objetiva, es decir, que admite el nacimiento de obligaciones sin culpa. Pero no ocurre lo mismo con el dolo en cuanto se refiere a la prueba, dadas las dificultades de probar los aspectos subjetivos de las personas, se debe recurrir a presunciones.

“Dada ésta evolución legal, jurisprudencial y doctrinal hacia una menor valoración de la culpa y una facilitación de la prueba, sea de la culpa o del dolo, han llegado hasta el extremo de invertir la carga de la prueba.”¹²; es decir que la presunción de inocencia universalmente admitida y en virtud del principio consagrado en el No. 7 de la Constitución Política del Estado, se presume la inocencia de toda persona mientras no se pruebe lo contrario mediante sentencia judicial firme, en este caso deberá justificarse previamente la culpa del deudor, antes de requerirle el pago de los perjuicios: “Se presume que quien ha causado un perjuicio, lo ha hecho por dolo o culpa y por tanto la víctima tendría que probar solamente el daño y la imputabilidad, pero no la existencia de dolo o culpa; estas se presumen y por tanto, corresponde al acusado la carga de la prueba sobre su carencia de dolo o culpa.”

Creemos que si esto es así, se presentará enormes dificultades, pues al tratarse de aspectos internos de la voluntad, el hecho de ser una prueba negativa, casi imposible, si no se recurre también a presunciones.

Para evitar estas graves dificultades las leyes tienden a dar a las normas sobre obligaciones por hechos ilícitos el mayor sentido objetivo posible, también recurren a las presunciones legales y no descartan la amplia aplicación de las

¹² LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.68

presunciones judiciales y el criterio de la equidad. En el caso del despojo violento de la posesión o de la mera tenencia, da derecho para exigir que se repongan las cosas a su anterior estado y se indemnicen los perjuicios, sin necesidad de probar más que el despojo, señala el Doctor Larrea Holguín.

1.5.REQUISITOS PARA QUE DE UN ACTO ILÍCITO SURJA UNA OBLIGACIÓN CIVIL.

1.- Lo primero que se necesita es un **HECHO ILÍCITO**, es decir que se produzca una violación de la ley, caso contrario no se puede hablar de un ilícito de conformidad con el ya mencionado PRINCIPIO DE TIPICIDAD. Quien hace uso de sus derechos, dentro de sus límites, no agravia a nadie; pero el que hace uso de sus derechos de una manera inconsiderada, abusiva, puede causar daño a otro y éste tendrá que asumir la responsabilidad correspondiente.

2.- Además se requiere que éste hecho ilícito haya **CAUSADO UN DAÑO A OTRA PERSONA O SUS DERECHOS**, no basta la simple violación de la ley para que se configure una obligación civil, sino que será necesario que esa conducta –acción u omisión- cause un perjuicio a otra persona, consistente en una disminución o privación de sus bienes de diversa índole: quitar la vida, la libertad, la honra, los bienes, la seguridad, etc. Se pueden destruir, deteriorar, perder, enajenar; en fin, el daño puede ser físico, jurídico o moral, o a su vez puede reunir estas tres calidades. Para proceder a demandar la restitución o indemnización de perjuicios, se deberá demostrar en el juicio que se ha producido el daño.

3.- Será necesario también probar la **RELACIÓN CAUSAL**, es decir, que el daño producido se debe al hecho ilícito perpetrado. Pero surge la dificultad sobre que debe entenderse por causa del perjuicio y la manera de probar dicha causalidad. No hay determinación precisa en las leyes sobre lo que debe entenderse por causa de un perjuicio y en cuanto a la manera de probarla, tal aspecto quedará a la apreciación de los jueces.

4.- Otro aspecto relevante para que de un acto ilícito surja una obligación civil, constituye la **IMPUTABILIDAD**, es decir, si se le puede atribuir a una persona la causa del daño, sin que baste probar la relación causal entre el perjuicio y una acción o una cosa que hayan producido el daño.

5.- EL ILÍCITO CONSISTIRÁ EN UNA ACCIÓN O UNA OMISIÓN.

Las diferencias entre unas y otras radican en que, mientras las acciones ilícitas se configuran más claramente como violaciones de un precepto; en el caso de las omisiones se plantea la duda de si toda abstención es omisión, o solamente se debe tomar en consideración una omisión ilícita que implica el incumplimiento de un deber estricto, concreto, imperado por una ley positiva. La doctrina se inclina por aceptar el criterio de que la omisión ilícita se produce por un incumplimiento del deber de evitar un resultado de conformidad con la posición del garante, es decir, de acuerdo a la función protectora de un bien jurídico del que puede encontrarse atribuida una persona, así como, del deber de vigilancia de una fuente de peligros.

6.- LA RESPONSABILIDAD.- Una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo. Esta responsabilidad supone siempre una relación entre dos sujetos: el causante del daño y otro, el que ha sufrido ese daño. Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación; y no es responsable quien a pesar de haber causado un daño a otro, no es obligado a repararlo.

1.5.1 RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

“Desde el derecho más antiguo se tenía una noción objetiva de la responsabilidad delictual, ya que bastaba con que una persona sufriera un daño para que tuviera derecho a una indemnización; no tenía relevancia el hecho de que el autor hubiera actuado dolosa o culposamente.”¹³ Posteriormente esta noción objetiva fue sustituida por otra totalmente distinta; la responsabilidad

¹³ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942. Pág. 856

subjetiva, la cual ya no se fundaba en el daño causado, sino que exigía la culpa o el dolo de parte del autor del daño. Esta doctrina es la que ha imperado en el campo del Derecho y la que acepta nuestro Código Civil, en el cual es indispensable el dolo o la culpa para que haya delito o cuasidelito.

De lo manifestado podemos decir que, no todo daño causado a otro hace responsable a su autor. En algunos casos, se exige que el agente haya obrado culposamente, en virtud de lo señalado los daños causados sin culpa no son objeto de reparación; en otros casos

suele decretarse la obligación de reparar aún sin que haya mediado culpa. “La primera clase de casos en que exige la intervención de un elemento subjetivo – dolo o culpa- da origen a la denominada *RESPONSABILIDAD SUBJETIVA*. La segunda clase, en que los daños causados sin culpa originan una obligación de reparación, dan lugar a la *RESPONSABILIDAD OBJETIVA* de pleno derecho llamada también *Responsabilidad por riesgos o responsabilidad por hechos no culposos*.”¹⁴

1.5.2 RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

Desde tiempos antiguos se ha distinguido una responsabilidad de orden contractual y una de orden extracontractual (aquiliana). La mencionada distinción hace referencia a la clase de derecho que es violado; en efecto: La lesión causada a un derecho subjetivo absoluto (la vida, el honor, la propiedad) da lugar a la responsabilidad extracontractual o aquiliana, (nombre éste último que le viene de la ley Aquila relativa al daño causado por un hecho ilícito) Art.2214 (Ex 2241) Código Civil, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de contratos, a la responsabilidad contractual. Art. 1563 (Ex.1590) Código Civil.

La doctrina denomina responsabilidad contractual a la que nace del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso de la obligación del deudor, ya

¹⁴VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984. Pág. 147

que éstos solo pueden ser desconocidos por la persona obligada a cumplir la prestación; y responsabilidad extracontractual o aquiliana a la que surge de las lesiones de los derechos absolutos, al margen de un contrato.

“Existe una diferencia en cuanto a la capacidad de los sujetos para caer en responsabilidad contractual. Solo los mayores de dieciocho años pueden contratar y comprometer su responsabilidad por incumplimiento; en cambio, conforme al Código Civil, los mayores de siete años se hacen responsables del daño causado al margen del contrato”¹⁵

1.5.3. CAUSAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.

Como lo dijimos en líneas anteriores constituyen las causas de exclusión de la antijuridicidad y son aquellas que convierten al hecho en sí típico en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico:

I) Liberan de responsabilidad EL CASO FORTUITO O DE FUERZA MAYOR, El Art. 30 del Código Civil define lo que debe entenderse por fuerza mayor o caso fortuito, estableciendo que la fuerza mayor depende de los hechos de la naturaleza; y el caso fortuito de los actos del hombre.

Para que el agente que causó el daño, quede liberado de responsabilidad, se requiere:

- a) Que se trate de un hecho imprevisto;
- b) Que el agente no lo haya podido evitar.

En principio la persona que realizó un acto ilícito y causó daño, es responsable, pero si su conducta –acción u omisión- se dio sin que hubiera podido prever o evitar el perjuicio, queda libre de responsabilidad. Por ejemplo: el que usa un bien ajeno, que se destruye en sus manos por efecto de un terremoto u otro fenómeno natural que no pudo resistir o impedir, no responde de dicha destrucción. Solamente tendría que responder si en el origen del caso fortuito o fuerza mayor hubo un acto imputable y del cual

¹⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984. Pág. 149

debe responder aquél que tiene la cosa en el momento de su destrucción o deterioro. Por ejemplo, si se trataba de alguien que se hallaba en mora de devolver la cosa a su dueño, el momento que se destruye por un terremoto, ésta persona sí responde incluso a pesar del caso fortuito.

Equivale a fuerza mayor **el cumplimiento de un deber jurídico**, para eximir de responsabilidad, por ejemplo, el alguacil que ejecuta el embargo ordenado por el juez, pero éste no hace otra cosa que cumplir con su deber, pese a causar un daño económico al dueño de tales bienes.

II) LA LEGÍTIMA DEFENSA, Art. 19 Código Penal. Si un individuo causa un daño, pero actuando en legítima defensa, no obstante de violar el derecho de otra persona, esta exento de responsabilidad. Se da el nombre de Legítima Defensa a la conducta desplegada para detener una agresión actual e ilícita contra uno mismo o contra otro.

Para que sea causa eximente se necesita: a) que la agresión sea ilegítima; b) que de parte del defensor o persona que causa el daño no haya existido previamente provocación; y c) que haya proporcionalidad entre los medios empleados para repeler el ataque o la agresión.

III) ESTADO DE NECESIDAD. Art.24 Código Penal.

“El estado de necesidad es una situación apremiante en que sólo cabe escapar de un peligro a que se halla expuesta la vida o el patrimonio de una persona invadiendo la órbita patrimonial de otra.”¹⁶

Se dice que en principio, el estado de necesidad no es causa eximente de responsabilidad civil. “El que causa un daño en bienes ajenos para librarse él o a un tercero de los perjuicios que lo amenazan, está, por lo general, obligado a indemnizar ese daño. No parece justo rehusar esta indemnización a quien sufre un daño por un acto voluntario de un tercero, en su propio beneficio.”¹⁷

¹⁶ “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo XXV, sección primera, Pág.501.

¹⁷ Ibíd. Pág.501.

Nuestro Código Civil nos da un claro ejemplo: el artículo 2081 (Ex.2108) No.3 responsabiliza al comodatario de la pérdida de la cosa prestada, después de establecer que no responde del caso fortuito, excepto aquellos casos en que el comodatario en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, prefiere deliberadamente la suya y deja que el daño sobrevenga sobre la cosa prestada.

Entre los requisitos para que se considere al estado de necesidad como eximente de responsabilidad, están:

- 1) En el hecho que lo genera no debe haber culpa o dolo del autor del daño;
- 2) El daño que se trata de evitar debe ser inminente;
- 3) El medio escogido ha de ser el único práctico para evitar el daño que amenaza;
- 4) El daño que se trata de evitar debe ser mayor que el perjuicio que se causa al patrimonio ajeno; y,
- 5) El autor del daño no debe haberse colocado por su culpa en estado de necesidad; de lo contrario la culpa será un elemento determinante del daño, lo que basta para hacer responsable a su autor de acuerdo a la teoría de equivalencia de condiciones. La teoría de equivalencia de las condiciones sostiene que es causa toda condición que suprimida mentalmente daría lugar a que ese resultado no se produjese, sin embargo tal criterio podría dar lugar a una serie de equívocos tales como el de sostener que el culpable de adulterio es el carpintero que construyó la cama, de ahí que la teoría de equivalencia de las condiciones o antigua teoría de causalidad, ha sido sustituida por otras teorías como la teoría de la causación adecuada y la teoría de la causalidad eficiente las cuales buscan reducir el campo al cual da lugar la teoría de la equivalencia de las condiciones con ayuda criterios jurídicos.

IV) .- También liberan de responsabilidad la expresa **CONVENCIÓN** que se realiza para tal fin. Esto se suele pactar en los contratos, sobre todo en los de transporte, construcción y otros que implican especiales riesgos; la

estipulación consiste en que una de las partes no responderá por los daños que eventualmente se produzcan. Pero todo esto va acompañado de sus respectivos límites, ya que no es posible que amparados bajo esta figura, se trate de condonar el dolo futuro, ya que “equivaldría a autorizar la mala fe o despenalizar el delito, y esto no es admisible.”¹⁸ Lo que si cabe, es de eximir de responsabilidad al que incurre en culpa.

En los contratos de seguros es en donde se transfiere la obligación de indemnizar por un posible daño de la persona que lo ha causado a otra que voluntariamente se compromete a asumir el perjuicio.

V) Tampoco se genera una obligación cuando **LA VÍCTIMA TIENE TAMBIÉN LA CULPA**, es decir, cuando su actuar ha sido imprudente, negligente, de tal suerte que si hubiera procedido correctamente habría evitado el perjuicio, se dice en la doctrina, que se trata de una causalidad compartida.

VI).- No responde **QUIEN NO TIENE CAPACIDAD** para cometer delitos o quien siendo absolutamente incapaz tampoco puede ser imputable de cuasidelitos.

1.6.NOCIÓN DE DELITO CIVIL EN OPOSICIÓN AL DELITO PENAL.-

Como infracciones específicas de normas que tutelan el orden público y los más importantes derechos subjetivos se conciben a los ilícitos penales; se requiere de tipificación de una conducta para que sea considerada como delito; es decir de un precepto positivo expreso que describa o defina con precisión la conducta que se sanciona con un castigo o pena: “Nullum crimen, nulla poena sine lege.”

En la ley civil, el tratamiento es diverso; en efecto, impera el sentido de la libertad, es decir que está permitido obrar cuando la conducta no está

¹⁸LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.64.

prohibida por la ley. En este sentido no se incurre necesariamente en una pena en el caso de violación de normas civiles. El incumplimiento de las normas civiles puede o no implicar una sanción, y ésta en algunos casos tendrá el sentido de pena civil.

Las sanciones civiles más severas para el incumplimiento de sus normas son la nulidad del acto realizado, también aquellas que limitan la capacidad o los derechos de los que han infringido la ley como es el caso de las interdicciones, prohibiciones de enajenar, etc. Además como sanciones civiles tenemos, las indemnizaciones, las reparaciones de daños y perjuicios o la restitución o devolución. Todas éstas implican obligaciones que nacen de hechos ilícitos.

1.7.SANCIONES CIVILES Y SANCIONES PENALES.

Una misma conducta (acción u omisión) puede violar simultáneamente normas civiles y normas penales, de allí que se establecen sanciones civiles y penales. Un acto ilícito puede ser sancionado civil y penalmente.

De lo dicho surge una interrogante: ¿si se ha de proceder primeramente a determinar y ejecutar la sanción civil o la penal?.

El sistema jurídico ecuatoriano permite iniciar acciones tanto civiles como penales con independencia una de otras, pero con la salvedad de que existen ciertos casos en los cuales la propia norma jurídica exige que no haya sanción civil si es que antes no se ha declarado en la vía penal la existencia de una infracción; se habla en estos casos de PREJUDICIALIDAD, como enseña el Dr. Juan Larrea Holguín: No se puede sancionar con la nulidad de una escritura pública, fundándose en la existencia de un perjurio, que como delito debe ser previamente declarado en juicio penal. Pero también puede darse el caso de una PREJUDICIALIDAD CIVIL; es decir de una sentencia civil previa, necesaria para proceder a la sanción penal: “No existirá delito contra la fe

pública si no se ha demostrado en el campo civil que se ha falsificado un documento.”¹⁹

1.8. OBLIGACIONES QUE NACEN DE UN HECHO ILÍCITO:

Desde luego lo lógico en un juicio civil será que el afectado reclame una indemnización: debe probar en el juicio que ha sufrido el daño, que éste es imputable a cierta persona y que por lo tanto se le debe indemnizar.

Pero el afectado también podrá demandar mediante una acción penal y una vez que se haya declarado sentencia en firme, reclamar la indemnización de perjuicios, la restitución de las cosas a su primitivo estado o la devolución de aquello que se le ha privado.

Estas indemnizaciones o restituciones se las puede pedir en el mismo juicio penal o pueden dar lugar a una acción civil pero fundada en lo ya pronunciado en el campo penal. Sin embargo por lógica, no cabe que quien ya ha obtenido una indemnización o una restitución, dentro de un juicio penal, pretenda iniciar una nueva acción en el campo civil para obtener lo mismo. Pero nada impide que se inicie una acción civil para pedir la ejecución de la pena en lo que a la reparación de perjuicios se refiere y que haya sido reconocida en el juicio penal. Es decir que la sentencia constituye título ejecutivo y sirve de base para una acción civil.

Causan cosa juzgada las sentencias penales condenatorias en cuanto a la declaración de que el acto es ilícito y su imputación a determinada persona, también en cuanto a la obligación de reparar; esto ya no se puede impugnar en la vía civil. En cuanto a las sentencias penales absolutorias ocurre todo lo contrario; es decir, no impiden que el agraviado intente acción civil para que se le reconozca la indemnización.

El agraviado podrá también demandar en la vía civil que se declare una obligación distinta de la ya admitida en la vía penal. Por ejemplo: si en la vía penal se ha ordenado la restitución de determinado bien, el dueño podrá

¹⁹LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.57.

demandar civilmente además de la restitución, se le condene al que estuvo en posesión del bien, a pagarle una indemnización por los perjuicios sufridos al ser privado de su propiedad.

Se puede presentar el caso de que si penalmente se ha declarado en sentencia ejecutoriada que no existe delito, se podrá de todos modos intentar una acción civil alegando la existencia de un ilícito civil. Pero si en la acción penal se hubiere declarado que el acusado no es imputable o que no es responsable ya no cabe plantear una acción civil para demostrar que esa persona en verdad cometió el ilícito y debe reparar.

Desde luego al demandado deberá defenderse en el campo civil, demostrando la inexistencia del perjuicio que se le alega, o que no es él el causante del daño existente o que aún haya cometido el ilícito no tiene responsabilidad por estar amparado por alguna causa de justificación que la ley establece.

1.8.1.DAÑOS Y PERJUICIOS

“Como consecuencia del delito, sobreviene la acción civil por daños y perjuicios causados derivada precisamente del hecho ilícito.

El contorno de la responsabilidad civil viene establecida por el daño efectivo causado por el delito mismo, por lo que los perjuicios devienen aparecer determinados como ciertos, debiendo desestimarse todos aquellos que impliquen meros cálculos, hipótesis o suposiciones.

El Art. 2214 (Ex 2241) del Código Civil señala que "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.”

deduciéndose que los daños deben ser probados en juicio (existentes), y no constituir simplemente futuras expectativas.

La indemnización de daños y perjuicios comprende:

1. Daño emergente (Disminución real del patrimonio de la víctima).
2. El lucro cesante (Ganancia que deja de percibirse como consecuencia del ilícito).

Agotado el juicio principal, y determinada la responsabilidad penal del encausado, surge consecuentemente la acción civil de daños y perjuicios cuya orientación se limita:

1. Al logro de la reparación integral de los daños causados.
2. A la ejecución tendiente a obtener la reparación de los daños directos o inmediatos producidos por el acto típico antijurídico.

Los resultados de la acción ilícita, ocasionan un menoscabo en el patrimonio de la víctima, afectando su actual composición y sus posibilidades futuras.

La indemnización del daño tiene una función de carácter satisfactoria, es decir, está dirigida a conseguir por lo menos el equivalente al perjuicio ocasionado.

Para fijar el monto de la indemnización se debe partir de la base de que sólo es indemnizable el daño cierto, por lo que en sentencia se debe designar la cantidad que ha de pagarse y las bases sobre las cuales se va a realizar la liquidación.

El bien jurídico que la ley protege y pretende reparar es el detrimento del patrimonio real y efectivo que sufre la víctima como consecuencia del acto antijurídico.

De tal modo que este debe estar adscrito a la persona del ofendido, quien únicamente puede reclamarlo como damnificado directo o por excepción en calidad de indirecto.

aplicarán las normas legales de la sección vigésimo tercera (Del juicio Verbal Sumario previstas en el Código de Procedimiento Civil).”²⁰

El Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, determina las reglas de la competencia para el caso de los juicios de indemnización, precisando:

1. De los daños y perjuicios ocasionados por la infracción:

- a) Si la infracción fue de acción pública y en sentencia ejecutoriada se declaró procedente la acusación particular que se hubiera propuesto, será competente el Presidente del Tribunal Penal que dictó la sentencia condenatoria;
- b) Si quien reclama la indemnización no propuso acusación particular; será competente para conocer de la acción por los daños y perjuicios derivados del delito, el Juez de lo Civil al que le corresponda según las reglas generales;
- c) Si la infracción fue de acción privada, la competencia le corresponde al Juez Penal, que dictó la sentencia; y,
- d) En los casos de fuero, será competente el Presidente de la Corte Respectiva.

2. De los daños y perjuicios ocasionados por la malicia o la temeridad de la denuncia o de la acusación particular:

- a) Si fueron reclamados en un juicio de acción pública será competente un Juez penal diferente de aquel que dictó el auto de sobreseimiento firme; y,
- b) Si la acusación fue presentada en un juicio de acción privada, será competente un Juez penal distinto de aquel que dictó la sentencia absolutoria."

1.9. QUIÉN PUEDE PEDIR LA INDEMNIZACIÓN.- Art . 2215 C.C.

1.- Como es lógico suponer, el primer legitimado, para exigir una restitución o una indemnización, es **quien haya sufrido el daño** ocasionado por el obrar ilícito de otra persona; pero los afectados también

²⁰ TERÁN Luque, Marco. Http: www.dlh.lahora.com.ec

podrán ser varias personas, en consecuencia cada uno de éstos podrá reclamar proporcionalmente lo que le corresponda.

También los sucesores, sea por acto entre vivos o por causa de muerte, tendrá los mismos derechos que su titular. De esto se colige que no se tratan de derechos personalísimos, ni su transferencia esta prohibida; es decir que pueden pasar a otros sea por cesión, subrogación, por sucesión mortis causa; tratándose de acto entre vivos, que se refieran a hechos futuros, puede una persona ceder una póliza de seguro o su derecho a cobrar una indemnización, en caso de accidente de éste, que aún no se haya producido o que una vez sucedido no se haya logrado probar quien sea el responsable.

Como es lógico suponer, no valen los pactos sobre sucesiones futuras, ya que para que se pueda cobrar una indemnización a éste título se requiere que el derecho a la indemnización haya entrado al patrimonio del causante: nadie puede cobrar por su muerte y no sería lícito que antes de la muerte de una persona cediera la indemnización que se originará por su deceso; por tanto los sucesores no podrán recibir a título de herencia o legado una indemnización que no existía en vida del causante. Pero éstos sí tienen derecho a la indemnización por el perjuicio que ellos hayan recibido por la muerte de la víctima del delito o cuasidelito. Por ejemplo, los hijos del causante que vivían a su cargo y que han quedado sin sustento podrán demandar la indemnización de perjuicios. Pero si, la persona agraviada en vida obtuvo que se le reconociera en sentencia el derecho a ser indemnizada, éste crédito forma parte de su patrimonio, pasa al haber hereditario y sus sucesores tendrán derecho a cobrar esa indemnización.

Puede darse el caso de un perjudicado que no sea heredero del causante sino de otras personas vinculadas con quien haya sufrido un daño directo, éstas personas pueden reclamar una indemnización, no en calidad de herederos sino por haber también ellos sufrido un perjuicio. “La muerte o la incapacidad para el trabajo que se producen a causa de un delito o

cuasidelito dejan a otras personas diferentes de la víctima sin protección y sustento, por lo tanto éste perjuicio debe ser indemnizado.”²¹

2.- Según lo establecido en nuestro Código Civil en su artículo 2215, cuando los daños afectan directamente a cosas, son sus propietarios los llamados a hacer efectiva sea su restitución, reparación o indemnización, pero no corresponde privativamente a los titulares del derecho de dominio del bien, sino a cuantos tengan un derecho real o la simple posesión o mera tenencia del bien.

“El daño inferido a cosas ajenas se produce no solamente cuando otro se apodera de ellas, niega el dominio, arrebató la posesión o se sustituye en la tenencia de la cosa, sino en múltiples otras circunstancias en que se desmejora los bienes ajenos, produciendo su destrucción, disminución o deterioro, o bien limitando los derechos del dueño, como cuando alguien utiliza cosas ajenas sin permiso.”²²

A continuación pasaremos a revisar las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil, que hacen mención a la indemnización por los perjuicios ocasionados en cosas ajenas:

El Art. 292 (Ex.309) Limitaba la responsabilidad del padre de familia a solamente la propiedad –no a los frutos-, cuando él era administrador y usufructuario de bienes del hijo. Como sabemos el derecho de usufructo le permite hacer suyos, los frutos, y en consecuencia, nadie puede responder por cosa propia; pero resulta absolutamente lógico que responda de los bienes que administra –la propiedad que produce tales frutos-. La reforma introducida por la Ley 43 del año 1989, incurrió en un error al suprimir la referencia al usufructo, con lo cual, el mencionado artículo señala actualmente: que el padre responde solo por la propiedad de los bienes “que administra”, mientras que antes decía, que la responsabilidad se extiende a

²¹LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.74.

²²LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.77.

la propiedad y a los frutos de los bienes del hijo que administra pero sin el usufructo (es decir cuando el usufructo es del hijo). No cabe ser responsable solo de la propiedad, y, al mismo tiempo, ser responsable de los frutos.

Si bien el artículo 2215 hace mención a que "... puede también pedir tal indemnización el que TIENE la cosa con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño." Este mismo concepto se contiene en otra disposición del mismo cuerpo legal Art. 788 (Ex.806) ya que menciona que no solo el propietario de una cosa tiene derecho a ser indemnizado por los daños que sufra ésta, sino también el usufructuario ya que éste puede reclamar la indemnización aún en contra del propietario que haya deteriorado la cosa antes de entregársela como ocurre por ejemplo, en las herencias cuando se haya establecido la obligación de que se entreguen las cosas al momento de abrirse la sucesión y los herederos retardan la entrega; los deterioros que se produzcan son indemnizables al usufructuario.

Puede originarse un cuasicontrato, un cuasidelito o un delito, según las circunstancias y de la intención del que obra cuando por ejemplo, se ha tomado una materia ajena y se ha elaborado un objeto de mayor valor; es decir se trata de la ESPECIFICACIÓN, regulada en el artículo 678 (Ex.697), en éste caso el especificante puede mantener la propiedad de su obra, pero deberá indemnizar al dueño de la materia. Igual caso ocurre con la edificación en suelo ajeno; las accesiones pasan a formar parte de la propiedad del dueño del suelo, pero éste debe indemnizar según el artículo 685 (Ex.704) para los que obran de buena o mala fe. Como podemos apreciar en estos casos esta legitimado para reclamar la indemnización quien sufre el perjuicio por el hecho ajeno.

En el artículo 942 (Ex 962) se establece que si el poseedor, sin ser dueño, enajena una cosa y resulta que se haya hecho imposible o difícil su persecución, esta obligado a restituir lo que ha recibido por ella, o a indemnizar de todo perjuicio, si obró a sabiendas de que la cosa era ajena, es decir, si hubo mala fe.

1.10. QUIENES ESTÁN OBLIGADOS A INDEMNIZAR.

El artículo 2216 (Ex.2243) dice; “Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos.- El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo está obligado hasta lo que valga el provecho.”

A simple vista éste artículo parece referirse únicamente a los daños provenientes de delito y no a los de cuasidelito ya que menciona el dolo como condición para que un tercero que se beneficia del hecho ilícito tenga que indemnizar.

Entonces planteamos la cuestión de que si toda persona que incurre en culpa debe indemnizar, o se tendrá que hacer una distinción del grado de culpa en que ha incurrido el agente, para que se obligue a la reparación del daño?.

El Código Civil señala en el Art. 1563 (Ex. 1590) “El deudor no es responsable sino de la culpa lata (grave) en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.” Como se puede apreciar, esta regla es propia de las obligaciones contractuales; pero por analogía se extiende a los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

En los casos de las obligaciones delictuales como cuasidelictuales, nacen siempre que existan dolo o cualquier grado de culpa.

El artículo 2216 (Ex.2243), lo apreciamos en el sentido de que el responsable directo del hecho ilícito responde de toda culpa y los beneficiarios indirectos, solamente responden si hubo dolo y quedan exentos de toda responsabilidad por cualquier grado de culpa. En cuanto a la responsabilidad de terceros que pese a no haber intervenido en el acto ilegal, reciben provecho de éste, responden solamente en caso de dolo y la responsabilidad de éstas personas se limita “hasta lo que valga el provecho.” Tal como lo hace referencia el artículo 1474 inciso segundo (Ex.1501) “... En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado O QUE SE

HAN APROVECHADO DE ÉL; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, Y CONTRA LAS SEGUNDAS, HASTA EL VALOR DEL PROVECHO QUE HAN REPORTADO DEL DOLO.”

“La culpa y el dolo pueden ser extracontractuales o delictuales, y , en éste caso, estaremos frente a las fuentes de las obligaciones, que en materia civil corresponden al delito o al cuasidelito. Justificada con la sentencia ejecutoriada obtenida a través del procedimiento a seguir ante los jueces de lo penal, tiene aplicación práctica la regla del Art. 52 del Código Penal, en relación con la del Art. 34 del Código de Procedimiento Penal; y, en consecuencia, se puede reclamar el pago de daños y perjuicios, independientemente del grado de culpa en que haya incurrido el infractor e independientemente de la forma de dolo de que se haya servido el autor responsable del delito. Las infracciones resultan, una vez declaradas, base suficiente de la indemnización económica que debe pagarse por parte de los responsables de la infracción.”²³

Sobre el presente tema es necesario realizar un breve comentario sobre la disposición contenida en el artículo 52 del Código Penal, norma que en virtud de una reforma introducida daba a entender que de no presentarse acusación particular no podía cobrarse por los daños y perjuicios, ventajosamente la actual regulación del Código de Procedimiento Penal, da una solución tanto practica como lógica al problema: “SI HAY ACUSACION PARTICULAR, SE PRORROGA LA COMPETENCIA DE LOS JUECES PENALES PARA CONOCER LAS DEMANDAS DE INDEMNIZACION CIVIL; SI NO SE HA PROPUESTO ACUSACION PARTICULAR, SE PROPONE LA DEMANDA ANTE LOS JUECES CIVILES, TOMANDO COMO ANTECEDENTE LA SENTENCIA DEL FUERO PENAL”²⁴.

Pero el contexto general del título trata de los delitos y los cuasidelitos y quien los produce tanto por dolo como por culpa tiene que indemnizar y

²³ COELLO García Hernán. Epítome del Título Preliminar del Código Civil, y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana. Universidad del Azuay, 1995. Pág. 285.

²⁴ COELLO GARCIA, Hernán. Derecho Civil Obligaciones. Universidad del Azuay, 2003.

ésta responsabilidad pasa también a sus herederos y solamente se le exonera en los casos fortuitos, de fuerza mayor o cuando la víctima es totalmente culpable.

En lo que se refiera a la responsabilidad de los herederos, están entre todos obligados al total de la deuda y como lo manifiesta el artículo 1539 (Ex. 1566) cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria.

Ahora bien, el sujeto que está obligado a indemnizar puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica, ya que la ley no hace ninguna distinción ni exclusión de ninguna de ellas a más que la jurisprudencia ha admitido la responsabilidad tanto de unas como de otras. Así tenemos que la jurisprudencia colombiana es abundante en reconocer la obligación de reparar daños y perjuicios por parte de personas jurídicas públicas y privadas, también los tribunales de España, Italia, Francia, Estados Unidos, han despachado numerosas sentencias condenando a personas jurídicas públicas y privadas a indemnizar por hechos ilícitos cometidos por sus representantes legales o administradores.

1.10.1 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR EL HECHO ILÍCITO.

A veces el perjuicio puede ser irrogado por un grupo de individuos que no integran una persona jurídica, nuestra ley establece la responsabilidad solidaria de los múltiples autores de un delito o cuasidelito. Como manifiesta el Doctor Larrea Holguín, suele ser difícil probar el nexo causal, y se ha recurrido a diversas soluciones: 1. considerar responsables a todos los miembros del grupo, mientras alguno o algunos no se exculpen; 2. tratarlos como coautores, que responden solidariamente; tratarlos en proporción al grado de participación, si se puede probar.

Art. 2217 (Ex.2244) “ Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo

perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2223 y 2228.- Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.”

Mencionadas excepciones hacen referencia a los daños causados por ruina de un edificio que pertenece a varias personas en diversas cuotas, y a daños producidos por la caída de objetos desde un edificio, cuando recae la responsabilidad en las personas que habitan en la zona del mismo, desde donde ha caído el o los objetos. En estos casos, no se habla de una responsabilidad solidaria ya que resulta evidente que solo algunos son causantes, o bien la responsabilidad recae en proporción a la cuota de cada persona en la propiedad del edificio que produce el daño por su destrucción.

1.10.2. RESPONSABILIDAD DEL EBRIO.

Art. 2218 (Ex.2245) “El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito.”

Aunque la privación de la razón impiden al ebrio actuar con responsabilidad natural, éste a más de ser culpable de su propio estado de ebriedad, lo será también de los actos u omisiones cometidos en ese estado. Nuestro Código Penal, establece diversos grados de responsabilidad del ebrio:

- 1) Si la embriaguez, que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privó del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad;
- 2) Si la embriaguez no era completa, pero disminuía el conocimiento, habrá responsabilidad atenuada;
- 3) La embriaguez no derivada de caso fortuito o fuerza mayor, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad;**
- 4) La embriaguez premeditada, con el fin de cometer la infracción o de perpetrar una disculpa, es agravante; y,
- 5) La embriaguez habitual es agravante. Se considera ebrio habitual a quien se entrega al uso de bebidas alcohólicas, o anda frecuentemente en estado de embriaguez.

En el caso de la ebriedad, si bien el sujeto se coloca en una posición de privación de la razón o la falta de voluntad, esta persona será culpable de su propio estado de ebriedad y por tanto deberá responder por su actuar ilícito en tales condiciones. Solamente quedaría excluido de responsabilidad, en los casos fortuitos, fuerza mayor o culpabilidad total del que sufrió el perjuicio.

La ebriedad consuetudinaria coloca al sujeto en interdicción, y se le aplicará las normas del disipador. El fundamento para declarar la interdicción de éstas personas se halla en la grave afectación que sufre su voluntad, lo que les impide celebrar responsablemente los actos jurídicos relativos a su patrimonio. La actuación de terceros que ayuda o da lugar a que un ebrio interdicto produzca un daño, genera parte de la responsabilidad, ya que estuvo a su alcance el evitar el perjuicio y no lo hicieron; pero subsistirá, aunque mitigada, la responsabilidad del ebrio.

“Lo que se dice del ebrio vale, por idénticas razones, para los individuos que cometen delitos o cuasidelitos durante la intoxicación que producen los estupefacientes.”²⁵ Es decir que por analogía, la regla del artículo 2218 que se refiere a la responsabilidad civil del ebrio consuetudinario, se aplicará al toxicómano, nuestro Código Civil en su artículo 477 (Ex. 495) contempla ambos tipos de responsabilidades.

1.11 LA CAPACIDAD DELICTUAL.- Art. 2219 C.C. (Ex.2246).

1.11.1. GENERALIDADES.- Para discernir acerca del bien y el mal, no se necesita de un desarrollo completo de las facultades intelectuales, esto hace que la capacidad delictual sea mucho más amplia que la capacidad contractual; podemos afirmar que hoy en día la edad es la circunstancia que influye sobre la capacidad de obrar, a la hora de contratar. Una persona de doce años es incapaz por ejemplo para poder vender un inmueble, pero se da perfectamente cuenta que no es permitido apedrear la casa de su vecino.

²⁵ ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942. Pág. 871.

Los jurídicamente incapaces, no son responsables:

En cuanto a la responsabilidad de los absolutamente incapaces (menores impúberes, dementes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito), éstos quedan liberados de responsabilidad, y por obrar ilícito, responderán otras personas, sus padres, sus guardadores, como lo veremos más adelante.

Respecto a la capacidad relativa que establece nuestra ley (menores púberes, interdictos por disipación, condenados a ciertas penas privativas de la libertad), se los asimila a los absolutamente incapaces, sí al momento de producirse el hecho ilícito no tuvieron conciencia y voluntad; pero caso contrario, tendrán un mayor o menor grado de responsabilidad.

1.11.2.LOS MENORES DE SIETE AÑOS, LOS DEMENTES Y LOS MENORES DE DIECISÉIS AÑOS.- Conforme lo establece nuestro Código Civil en su artículo 2219, “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes, pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.- Queda a prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior.”

Es decir que están exentos de responsabilidad por los delitos o cuasidelitos que cometan el menor de siete años o infantes y los dementes.

En cuanto a los menores de siete años:

Como ya lo habíamos expresado en líneas anteriores la regla general que estable la Ley es la de que “Los jurídicamente incapaces, no son responsables:

Estos menores, carecen de capacidad de discernimiento y por tanto se entiende que se hallen sometidos al cuidado y protección de otras personas, que en consecuencia serán las responsables de su actuar.

En lo que se refiere a la incapacidad de los “dementes” haremos algunas observaciones:

El término *demente*, en la expresión de la ley es totalmente equívoca, la demencia supone “la debilitación adquirida, global y definitiva de las facultades mentales, que se producen en un cerebro ya desarrollado.”²⁶ Si esto es así deberíamos dejar de lado la compleja variedad de enfermedades mentales:

- Esquizofrenia o demencia precoz.
- Paranoia.
- Epilepsia: en el aura epiléptica.
- Demencia senil.
- Psicosis infecciosas, tóxicas o traumáticas.
- Trastorno mental transitorio.
- Sordomudez.
- Embriaguez y toxicomanía.

En nuestro sistema jurídico, se toma a la demencia en el sentido más amplio: de enajenación mental cualquiera que sea su variedad; pero a la demencia se la debería considerar al igual que las enfermedades citadas, un tipo de enfermedad mental, y si la consideramos como una debilitación definitiva de las facultades mentales, mal podría la Ley hablar de responsabilidad si el hecho ilícito se ha realizado en un intervalo lúcido, aunque se trate de un demente declarado tal , y que en efecto, sus actos se reputan voluntarios.

En cuanto a la responsabilidad de los menores de dieciséis años, mal puede dejarse a prudencia de Juez la determinación del discernimiento de dichos menores, con los adelantos actuales de la medicina y sobre todo de la

²⁶ COELLO García Hernán. Teoría del Negocio Jurídico. Universidad del Azuay, 1992.

Psicología y la Psiquiatría. En todo caso la responsabilidad, afecta a las personas que los tienen a su cuidado.

CAPÍTULO II.

**HECHOS PROPIOS, AJENOS, DE ANIMALES, HECHOS
ACAECIDOS CON MOTIVO DE UNA CONSTRUCCIÓN Y POR**

CAUSA DE COSAS INANIMADAS, COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

2.1 GENERALIDADES.

Nuestro Código Civil, en lo que hace referencia a la responsabilidad extracontractual, tal como hemos apreciado, acepta la tesis de la responsabilidad subjetiva, en virtud de la cual, la víctima de un delito o cuasidelito para obtener la indemnización debe probar el dolo o la culpa del autor del hecho ilícito y toda responsabilidad extracontractual tiene su fuente en hechos ilícitos, los cuales, dentro de nuestro sistema jurídico, se dividen en las siguientes clases:

- 1) Responsabilidad por hecho propio Art. 2214 (Ex 2241).
- 2) Responsabilidad por hechos ajenos. Art. 2220 (Ex 2247).
- 3) Responsabilidad por daños de animales. Art. 2226 (Ex 2253).
- 4) Responsabilidad en razón de los hechos acaecidos con motivo de una construcción. Artículos. 2223, 2224, 2228 (Ex 2250, 2251, 2255).
- 5) Responsabilidad por causa de cosas inanimadas. Art. 2229 (Ex 2256).

2.2. LA ENUMERACIÓN DEL ARTÍCULO 2220 DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO:

El artículo 2220 regula los casos en los cuales se establece la responsabilidad por hechos ajenos, ahora bien, la enumeración que tal artículo realiza no es taxativa y puede aplicarse a casos similares, ello queda demostrado por la terminología que utiliza tal norma, es decir, el uso de la expresión “*así*” que equivale a *por ejemplo*. La redacción con la palabra “*así*”, después de la declaración general, constante en la cabeza del artículo, da la impresión que se trata de una enumeración ejemplificadora y no taxativa. Bien puede serlo, porque en lo civil vale y se aplica la interpretación extensiva, o sea, la analogía.

2.3 RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO O HECHOS ILÍCITOS PERSONALES.

Según el Código Civil en su artículo 2214 (Ex 2241), expresa: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, esta obligado a la indemnización....”

2.3.1 ¿EN QUÉ CONSISTE EL HECHO PROPIO?.

Se define al hecho propio o personal como el “causado en forma directa por la conducta del hombre mediante el empleo de su energía muscular o psíquica”²⁷

De acuerdo al Dr. Arturo Valencia, el hecho propio presenta los siguientes modos:

- Los que el hombre pone en obra mediante el empleo de sus músculos corporales.(manos, pies, cabeza, etc.). Y que mediante el querer del autor causan daños (puñetazos, patadas, cabezazos).
- Los que se desarrollan mediante el empleo de armas o instrumentos. (Armas de fuego, navajas, palos, etc).
- Los que se causan en el ejercicio de nuestros derechos.
- En general todas las demás conductas consideradas como delitos. (falsas imputaciones, los delitos sexuales, los delitos contra la vida, etc).

Se diferencia del hecho ajeno en que en éste se responde por la conducta de otra persona, mientras que en el hecho propio se responde por la conducta propia.

Sin embargo debemos aclarar que si bien en principio quien es autor de una conducta que causa daño a otro debe repararlo, existen excepciones fundamentadas en una causa de justificación, sobre las cuales ya hemos hecho referencia anteriormente.

2.4 RESPONSABILIDAD POR HECHOS AJENOS.

2.4.1 GENERALIDADES.

²⁷ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984.Pág.209

El Código Civil en su artículo 2220 (Ex.2247) expresa que “Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado....”

“...Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.- Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.- Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.- Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respetiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.”

Como claramente se desprende de la norma transcrita, en nuestro sistema legal, un individuo no solo responde de sus propios delitos o cuasidelitos o los cometidos por la persona de quien es heredero, sino que además, una persona responde de los delitos o cuasidelitos cometidos por otra; es decir, se tratan de casos de excepción, ya que solo tienen lugar, cuando un individuo tiene a otro bajo su cuidado o dependencia; el individuo a cuyo cuidado o bajo cuya dependencia se encuentra el autor del hecho, es civilmente responsable de los daños que éste cause.

2.4.2 FUNDAMENTO.

La razón por la cual, la ley responsabiliza a una persona, no solo de sus propias acciones, sino también de la conducta de aquellas personas que estuvieren a su cuidado o dependencia; según la Ley, estriba en que ésta persona tiene la obligación de vigilar a la otra, para que ésta última no cause daño. El caso más frecuente y claro en que la Ley impone ésta obligación de vigilancia, es la de los padres que ejercen la patria potestad sobre sus hijos menores, no emancipados. Se presume que los padres, deben cumplir correcta y oportunamente sus obligaciones de control y dirección sobre éstos, para evitar que causen daños a terceros y en caso que ello ocurra la obligación de resarcir el daño, será de los padres.

2.4.3. PRESUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad que nace de un hecho ajeno tiende a ser responsabilidad subjetiva, en donde la Ley presume la culpa de la persona que tiene a otra bajo su dependencia o cuidado. En éste caso, la víctima no tiene que probar que el hecho ilícito ocurrió por falta de vigilancia de la persona que tiene bajo su cuidado o dependencia al autor del hecho; es decir no tendrá que probar la culpa, sino que deberá demostrar que el daño es imputable a determinado acto y la Ley presumirá que ese acto es culposos.

2.4.4. CONDICIONES PARA QUE SE RESPONDA POR UN HECHO AJENO.

De lo mencionado anteriormente, podemos concluir que, para que una persona responda por un hecho ilícito, causado por otra que se encuentra bajo su cuidado o dependencia, deben concurrir los siguientes requisitos:

- 1) La existencia de un vínculo de cuidado o de dependencia entre dos o más personas;
- 2) La capacidad delictual de las mismas;
- 3) El cometimiento de un hecho ilícito de parte de la persona que esta bajo dependencia o cuidado;
- 4) El hecho de que la víctima pruebe la responsabilidad de la persona subordinada o dependiente; ya que Ley presume la responsabilidad de la persona a cuyo cargo ésta se encuentre.

2.5. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS HIJOS.

Debemos comenzar manifestando que en el presente caso, se trata de una responsabilidad en razón de dependencia legal; la responsabilidad de los padres por sus hijos menores, tiene su fundamento en la obligación de cuidado que les impone la misma Ley:

En efecto, el Código Civil en su artículo 268 (Ex.282) “Corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.”

De la misma manera nuestra Constitución Política de la República en el capítulo de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, dentro de los derechos de la Familia, en su artículo 40 expresa “El Estado protegerá a las madres, a los padres y a quienes sean jefes de familia, en el ejercicio de sus obligaciones. Promoverá la corresponsabilidad paterna y materna y vigilará el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre padres e hijos. Los hijos, sin considerar antecedentes de filiación o adopción, tendrán los mismos derechos...”

El Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 100 manifiesta: “El padre y la madre tienen iguales responsabilidades en la dirección y mantenimiento del hogar, en el cuidado, crianza, educación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas comunes.”

La responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos tiene su fundamento en la obligación de cuidado personal que tienen sobre éstos; es decir, que la Ley presume que los padres ejecutan correctamente la obligación de vigilancia y cuidado de sus hijos menores, no necesariamente se funda en la patria potestad ya que por ejemplo, si a consecuencia de un juicio de divorcio la tenencia del hijo menor se ha confiado a uno de los padres ninguno de ellos haya perdido la patria potestad sobre su hijo, “el requisito que la Ley establece para atribuir la responsabilidad de los padres es, que el hijo sea menor y que habite con el padre o cuando a pesar de ello esté bajo la directa vigilancia de uno de sus padres, ya que pueden evitar que causen daños a terceros y en caso de incumplimiento de estos deberes, la misma Ley presume su culpa in vigilando”.²⁸

2.5.1. LA PRESUNCIÓN DE CULPA:

Pero la presunción de culpa a cargo de los padres, establecida por la Ley, puede en algunos casos ser desvirtuada y en otros casos no:

“Solo les exoneraría de responsabilidad por los casos fortuitos o de fuerza mayor o de culpabilidad de la misma víctima: que la víctima contribuyó a su

²⁸VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984. Pág.216

causa”.²⁹ La presunción de culpa de los padres no se desvirtúa ni aún en los casos que se demuestren que han cumplido de una manera responsable con su deber de vigilancia.

La Ley no admite prueba alguna, destinada a la destrucción de la presunción de culpa, cuando, el hecho ilícito ocasionado por el menor conocidamente provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que los han dejado adquirir.” Art. 2221 (Ex.2248”). Y si no se debe a la mala educación ni a vicios ¿cómo explicarse la conducta del menor?

2.5.2. CONDICIONES PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD PATERNA.

Para que la responsabilidad de los padres por un hecho de su hijo se haga efectiva, es preciso:

- a) Que los hijos sean menores de edad;
- b) Que estén bajo patria potestad;
- c) Que el hijo viva conjuntamente con él, o los padres.

a) QUE LOS HIJOS SEAN MENORES DE EDAD.

Se considera menor de edad, de conformidad a lo que establece el artículo 21 del Código Civil, la persona que no ha llegado a cumplir los dieciocho años; en consecuencia, la responsabilidad de los padres concluye con la mayoría de edad, aunque sus hijos mayores de edad vivan en la misma casa o dependan económicamente de sus padres.

Para doctrinarios como Guillermo Borda, se presenta un aparente problema de interpretación en cuanto a la responsabilidad por los hechos ilícitos causados por los menores de edad; es decir, cabría una contradicción en cuanto a lo que establece el artículo 2219 (Ex. 2246) del Código Civil, en cuanto manifiesta que no son capaces para la comisión de un delito o un cuasidelito los MENORES DE SIETE AÑOS y la responsabilidad de los daños causados por éstos a las personas a cuyo cargo estén; y lo que expresa el artículo 2220 (Ex. 2247) inciso segundo, en relación con el artículo 2221

²⁹LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.135

(Ex. 2248), que hacen referencia a la responsabilidad paterna de los daños ocasionados por los hijos menores sin distinción alguna.

Pero el mismo autor sostiene que no hay dificultad alguna en cuanto a que norma debe primar, ya que resulta obvio deducir que la responsabilidad paterna subsiste por los hechos ilícitos de sus hijos menores, cualquiera sea la edad de éstos. “En otras palabras, el padre siempre responde frente a terceros por los daños ocasionados por sus hijos menores, cualquiera sea su edad; pero si el menor no hubiera cumplido todavía siete años, el único responsable es el padre, en tanto que si el menor hubiera cumplido ya esa edad, habrá frente al tercero dos responsables: el menor, por su propio hecho ilícito, y el padre, por su responsabilidad.”³⁰

En concordancia con lo anteriormente mencionado, el artículo 611 del Código Penal señala “Los perjuicios ocasionados por los mayores de siete años y menores de dieciocho, serán pagados por los padres, guardadores, patronos o personas de quienes dependan los contraventores, de conformidad con las disposiciones del Código Civil.”

El Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 66 manifiesta “Los niños y niñas están exentos de responsabilidad jurídica. Por sus hechos y actos dañosos, responderán civilmente sus progenitores o guardadores en los casos y formas previstos en el Código Civil.”

En ninguna parte de este artículo se menciona que al tratarse de menores impúberes son absolutamente incapaces (el Código de la Niñez y la Adolescencia manifiesta en el artículo 4, lo que se ha de entender por niño o niña al decir que “es la persona que no ha cumplido doce años de edad...” no hace distinción entre si se trata de hombre o mujer como lo hace el Código Civil al decir que “se considera impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce) y por ellos responden sus padres.

³⁰BORDA Guillermo. Tratado de Derecho Civil Obligaciones I y II. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980. Pág.295.

El Doctor Juan Larrea Holguín hace un interesante comentario a éste artículo en cuanto manifiesta que se ha introducido un elemento de confusión con la declaración de que “están exentos de responsabilidad jurídica”. De manera que el mencionado autor manifiesta: “si éstas palabras se tomaran en todo su valor, no tendrían obligación ni por los actos realizados en su peculio personal, o contra la voluntad expresa de padres y guardadores.” Lo que a nuestro parecer, se podría llegar a dar serias dificultades de interpretación, que no serían nada favorables para la situación de los menores.

b) QUE ESTÉ BAJO PATRIA POTESTAD.

En nuestra legislación, dos son los textos legales que definen lo que debe entenderse por Patria Potestad:

El Código Civil Art. 283(Ex.300) “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados.- Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia.”

El Código de la Niñez y la Adolescencia Art.104 “ La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de los padres relativos a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la Ley.”

Si consideramos a la patria potestad como un requisito indispensable para atribuir la responsabilidad a los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores, está claro que la emancipación tal como la define nuestro Código Civil Art. 308 (Ex 326) “da fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria Art.309 (Ex.327), legal Art.310 (Ex. 328) o judicial Art.311 (Ex. 329).” Y por consiguiente la responsabilidad paterna concluiría al darse cualquiera de las tres alternativas de emancipación que menciona dicho cuerpo legal; también el Código de la Niñez y la Adolescencia señala causales que suspenden Art.112 Código de la Niñez y la Adolescencia , privan o hacen que los padres pierdan la patria potestad Art.113 Código de la Niñez y la

Adolescencia, y en consecuencia, harían que los padres pierdan aquella relación generadora de derechos y deberes concebidos al amparo de sus hijos. En efecto:

Los padres no responderán por los actos ilícitos de sus hijos menores emancipados por el matrimonio por ejemplo. Tampoco responderán por los actos ilícitos de sus hijos que hayan cumplido dieciocho años. En cuanto a lo que se refiere a la limitación de la patria potestad Art. 284 (Ex. 301) la emancipación de un hijo que ejerce un empleo o cargo público, en lo que hace referencia a si cabe responsabilidad paterna en el caso de un hecho ilícito haya sido cometido con motivo del empleo o cargo público, sí la patria potestad ha sido limitada para tal fin en la misma Ley, escapa al poder de vigilancia de los padres y por tanto éstos no serían responsables por las actuaciones de sus hijos por el desempeño de estas funciones.

“El Código Civil da muestras claras de la responsabilidad que deben asumir los padres por los hechos ilícitos de sus hijos menores de edad y se menciona que los padres (la sociedad conyugal por ellos formada) tiene el usufructo de los bienes del los hijos no emancipados Art. 285 (Ex 302)., y así como gozan de esa ventaja, deben asumir la correspondiente carga de responder por los actos perjudiciales de sus hijos” ³¹

El Art. 295 (Ex.312) dispone que el hijo de familia que tenga un peculio profesional o industrial responde con sus bienes de los actos o contratos, cuando no hubiere sido autorizado por el padre, la madre o el guardador. Por sentido contrario, se deduce que, cuando media esa autorización, han de responder el padre, madre o guardador que asumieron la responsabilidad. Y si el hijo no tiene ningún peculio sobre el cual pueda hacerse efectiva la indemnización debida, es obvio que han de responder quienes representan al menor.

En el caso del artículo 296 (Ex. 313), es decir, cuando los que ejercen la patria potestad han autorizado actos del hijo fuera de su peculio profesional o

³¹ LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág.136.

industrial, ellos se obligan y el hijo no responde sino subsidiariamente y en la medida en que se haya beneficiado: por tanto, sin no hubo autorización, responde primeramente el patrimonio del hijo. Claro está que no cabe autorizar actos ilícitos, y si los comete un menor, se entiende que no ha sido autorizado, de modo que, aunque sus representantes estén obligados a indemnizar, podrán resarcirse sobre el patrimonio del incapaz.

c) QUE EL HIJO VIVA CONJUNTAMENTE CON EL O LOS PADRES.

Si bien la Ley establece como requisito *sine qua non* el hecho de que los hijos menores habiten en la misma casa de sus padres para que a éstos últimos se les atribuya la presunción de responsabilidad, en el caso de haberse dado una conducta ilícita por parte de sus hijos, nos resultaría obvio sostener que si los hijos no viven con sus padres no puede exigirse a éstos su deber de vigilancia y en consecuencia estaría exentos de toda responsabilidad por el actuar de sus hijos. Pero para excluir la responsabilidad, es necesario que el hecho de no vivir en un hogar común se deba a un motivo legítimo.

La patria potestad en la actualidad se la ejercita por ambos padres conjuntamente, pero en casos excepcionales como separación o divorcio, si bien la patria potestad puede subsistir en ambos padres, si se confía su cuidado y crianza a uno de los progenitores quien ejercerá la tenencia de él o los menores, éste será quien responda de los perjuicios ocasionados por éstos.

En el caso de no existir un hogar común, la doctrina sostiene, que será responsable de los hechos dañosos del menor, el padre cuando esté bajo la directa vigilancia de éste, aunque no sea el padre a quien el juez le haya confiado la tenencia del menor. En el ejemplo que trae al caso el Doctor Juan Larrea Holguín, el hijo que visita al padre o madre con quien no vive habitualmente, o bien, el perjuicio ocasionado cuando pasa una temporada, como por vacaciones, en la casa del progenitor con quien no vive de modo estable.

En los casos de ausencia, bastará que sea lo suficientemente prolongada como para justificar un desplazamiento del deber de vigilancia del padre a la madre o viceversa; como por ejemplo: tan común resulta en nuestros días el hecho de que los padres hayan emigrado a otros países, buscando mejores oportunidades de trabajo para el sostenimiento del hogar. O en el caso de que ambos padres hayan emigrado conjuntamente, la responsabilidad será de la persona a quien éstos hayan confiado el deber de vigilancia y cuidado de sus hijos.

Cabe recordar lo señalado anteriormente, si se trata de un menor que no ha cumplido siete años, hay responsabilidad paterna a pesar de que no puede hablarse de un hecho ilícito, ya que los menores de esa edad no son capaces de delito o cuasidelito; en cambio si se trata de un menor que ha cumplido los siete años, no habrá responsabilidad paterna, sin hecho ilícito; es decir que se deberá demostrar culpa o dolo del menor. Pero en todo caso, existirá responsabilidad de los padres por el hecho de que un menor haya ocasionado un daño a un tercero, basado en el fundamento único de la omisión del deber de vigilancia.

El Código de la Niñez y la Adolescencia en el Libro IV regula acerca de la “RESPONSABILIDAD DEL ADOLESCENTE INFRACTOR”. Pero si consideramos que en nuestra legislación solo puede ser considerado imputable la persona mayor de edad, es decir el sujeto al que se lo considera capaz ante la Ley, razón por la cual el Código de la Niñez y la Adolescencia mal hace en tratar a cerca de la responsabilidad de los menores y particularmente de los adolescentes ya que no tienen la capacidad para serles atribuidos una acción u omisión que constituye delito o falta.

El Art. 305 del Código de la Niñez y la Adolescencia, trata de la imputabilidad de los adolescentes, al sostener “Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes especiales.” El mismo artículo en cuestión manifiesta la inimputabilidad de los menores como principio general, pero en los artículos siguientes, sin más se considera

a los menores como sujetos con capacidad de responder por su actuar ilícito al sostener:

Art. 306 “Los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en la ley penal estarán sujetos a medidas socio-educativas por su responsabilidad de acuerdo con los preceptos del presente Código.”

Las medidas socio-educativas de las que trata el artículo anterior, se encuentran claramente definidas en el mismo cuerpo legal (Art.369) y se aplican desde el momento en que se ha establecido la responsabilidad del Adolescente y tienen como finalidad lograr la integración social del mismo y la reparación o compensación del daño causado; van desde la Amonestación, la Amonestación e imposición de reglas de conducta, Orientación y apoyo familiar, Reparación del daño causado, Servicios a la Comunidad, Libertad asistida, Internamiento domiciliario, Internamiento de fin de semana, Internamiento con régimen de semilibertad, Internamiento Institucional. Cabe señalar que éstas medidas serán impuestas, dependiendo de la edad del adolescente al momento de cometer la infracción.

El artículo 307 trata acerca de la INIMPUTABILIDAD Y EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE NIÑOS Y NIÑAS en los siguientes términos: “Los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio-educativas contempladas en este Código.- Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva.- Cuando de las circunstancias del caso se derive de la necesidad de tomar medidas de protección, estas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código.”

2.6. RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES.

En lo que expresa nuestro Código Civil, Art. 367 (Ex. 385) “Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas, a favor de

aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentermente sus negocios, y que se hallan bajo potestad de padre o madre, que pueden darles la protección debida.- Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores.”

La diferencia entre un tutor y un curador, radica en que, están sujetos a tutela los menores y curaduría general los interdictos. En cuanto a lo que debe entenderse por pupilo es aquel individuo que esta sujeto a tutela o curaduría.

La responsabilidad de los tutores y curadores, por los hechos ilícitos cometidos por sus pupilos, se asemeja a la responsabilidad de los padres, ya que la misma Ley establece como requisito indispensable que el pupilo viva bajo su dependencia y cuidado; en este caso, el guardador está obligado a vigilar su conducta y evitar que cause daños a terceros, ya que la Ley establece que los daños causados por el pupilo se deben a un incumplimiento de la obligación de vigilar y dirigir por parte del guardador; es decir, su responsabilidad obedece al fundamento de la culpa in vigilando.

2.6.1. CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES Y CURADORES.

Para que exista responsabilidad del tutor o del curador, se requiere:

- a) Que el autor de un daño sea un incapaz.-** Tratándose de los individuos sujetos a tutela, el tutor tiene la guarda de la persona y bienes del pupilo por lo que responde por los actos ilícitos que esta obligado a evitar Artículo 472. En el caso del pupilo que tiene capacidad de discernimiento y ha causado perjuicios a terceros, el tutor puede satisfacer la indemnización con bienes del menor. El mismo Código Civil en el inciso final del artículo 2219 (Ex.2246) determina la apreciación del juez para apreciar si el menor ha procedido con discernimiento, en cuyo caso el menor es responsable del daño y debe repararlo.

En el caso de los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, su guardador debe cuidar de su persona y bienes. Los bienes deben emplearse primeramente en aliviar su condición y si es posible mejorar su salud Artículos 488 y 492 Código Civil.; en el caso de que causen algún

perjuicio a un tercero con su actuar, lógicamente esos bienes deben cubrir tales perjuicios, pero el curador asume la obligación directa frente a terceros perjudicados.

Los disipadores, ebrios consuetudinarios o toxicómanos, son relativamente incapaces, la Ley les ha impuesto prohibiciones, bajo las más variadas condiciones, para la celebración de ciertos actos o contratos o para el ejercicio de determinados derechos civiles; en consecuencia, el curador tendrá una menor responsabilidad; solamente cuando no haya podido impedir una acción u omisión de estas personas, se dará lugar a su responsabilidad.

“Aunque el sometido a curaduría no deba responder penalmente si carecería totalmente de discernimiento al momento de cometer el acto perjudicial; sin embargo puede ser condenado civilmente a responder por la indemnización debida. La responsabilidad del guardador será directa, en virtud del cargo asumido, pero queda siempre la subsidiaria e indirecta del propio incapaz; otra cosa sería contraria a la equidad.”³²

b) Que se encuentren bajo tutela o curaduría.- Para que se pueda atribuir responsabilidad a un guardador por el hecho ilícito de su pupilo, la tutela o curaduría debe ser definitiva, por ejemplo, las curatelas provisionales durante el trámite de un juicio, ya sea ad litem o a los bienes, no generan responsabilidad, ya que éstos guardadores no tienen a su cargo el cuidado del pupilo, sino que obran en defensa de los derechos del presunto incapaz o de sus bienes.

c) Que los incapaces habiten con sus tutores o curadores.- Esta exigencia nos remite a las reglas relativas a la responsabilidad de los padres; por consiguiente, no habrá responsabilidad por parte del guardador que por un motivo legítimo no habitara la misma casa del pupilo; y esto debido a que en muchas ocasiones el guardador (tutor o curador), solo tiene la administración del patrimonio del pupilo y el cuidado de éste es encargado a otras personas

³²LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág. 141

como por ejemplo, el internamiento en un sanatorio para enfermedades mentales. Pero habrá responsabilidad si la habitación común ha concluido por abandono o descuido en sus funciones. La falta de habitación común no excusará la responsabilidad del tutor o curador si el daño se ha ocasionado por culpa directa suya, como puede ser el hecho de autorizarlo a conducir un vehículo.

2.7. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE COLEGIOS Y MAESTROS ARTESANOS.

2.7.1. FUNDAMENTO.- De la misma manera que la Ley establece la responsabilidad de los padres y de los guardadores (tutores y curadores), rige respecto de los directores de escuelas, colegios, maestros artesanos, por el daño causado por sus alumnos o aprendices precisando que éstos responderán únicamente mientras los tengan a su cuidado; es decir, encuentra también su fundamento en la presunta culpa in vigilando.

La Ley no manifiesta la edad que deben tener los alumnos o los aprendices para que por su actuar ilícito respondan sus directores o maestros artesanos, pero de la misma Ley se colige que la responsabilidad por el actuar ilícito será en caso de menores de siete años, única y exclusivamente de los directores de los establecimientos educativos, en caso de los mayores de siete años, habrá una responsabilidad solidaria.

En el caso de la edad de los aprendices, el Código de la Niñez y la Adolescencia en el Art. 90 se refiere única y exclusivamente a los adolescentes, es decir al varón o la mujer comprendidos entre los doce y los dieciocho años de edad. Ya que el mismo cuerpo legal en el Art. 82 establece que la edad mínima para todo tipo de trabajo de los menores es de quince años. Con todo esto tratamos de manifestar que en el caso de los aprendices por su actuar doloso o culposos que hayan producido daños, habrá siempre una responsabilidad solidaria entre el maestro artesano y el adolescente aprendiz.

En una jurisprudencia citada por el Doctor Juan Larrea Holguín en su obra “Obligaciones Extracontractuales”, señala: “La jurisprudencia reciente de España e Italia, ha condenado en varios casos a éstos directores, por ejemplo, en el caso de una niña de cinco años que hiere con un alfiler el ojo de otra compañerita, sin que haya intervenido la maestra para evitar la pelea; o del chico de doce años que sale del colegio en horas de clase, sin ser impedido por nadie, y origina un accidente en el que muere otro menor.”

Supongamos el caso que los alumnos sean personas mayores de edad, los directores son responsables?.

La responsabilidad subsiste por los hechos ilícitos de los alumnos, cualquiera sea la edad de éstos; el director siempre responde frente a terceros, pero si el alumno, no hubiera cumplido todavía siete años, el único responsable será el director, en tanto que si éstos hubiera cumplido ya esa edad, habrá frente al tercero dos responsables: el alumno, por su propio hecho ilícito, y el director, por su responsabilidad. Es decir, se trata de una responsabilidad solidaria, que acarreará la respectiva repetición de pago a favor del director, quién respondió frente al tercero.

2.7.2 CONDICIONES DE LA RESPONSABILIDAD.

Para que exista responsabilidad tanto de los directores como de los maestros artesanos, será necesario:

- 1) Que se trate de daños ocasionados por los alumnos o aprendices a un tercero, a menos que el daño se hubiera hecho el propio alumno o aprendiz y que se deba a una culpa directa del director o del maestro artesano.
- 2) Que el perjuicio se haya originado en el tiempo en que el alumno o aprendiz se encontraba bajo vigilancia del director o maestro artesano. Inclusive subsiste la responsabilidad, en los casos de paseos o visitas de estudio hechos fuera del establecimiento educativo pero conducidos por su personal.

2.7.3 CESACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad de éstas personas, cesa si probaren que no pudieron impedir el daño con la autoridad que su calidad les confería y con el cuidado que era su deber poner. Tendrá que probar a diferencia de lo que ocurre con los padres en donde la responsabilidad es mayor, el hecho de que pusieron en el cuidado todo lo que era su deber poner, los padres en cambio, tienen que demostrar, que les fue imposible impedir el daño.

2.8 RESPONSABILIDAD DE LOS PATRONES O PATRONOS.

El artículo 2222 (Ex 2249) señala lo siguiente: “Los empleadores responderán de la conducta de sus empleados domésticos, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.

Pero no responderán de lo que hayan hecho sus empleados domésticos en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los empleadores no tenían medio de prever o impedir, empleando su autoridad y el cuidado ordinario. En este caso, toda la responsabilidad recaerá sobre los empleados domésticos.”

Es indispensable realizar una aclaración sobre la norma transcrita ya que la misma no únicamente se refiere a las relaciones que surgen de un contrato de trabajo sino cualquier otra relación de servicios, ya que la nota esencial de la regulación del Código Civil se refiere al vínculo de dependencia que se establece como consecuencia del servicio que una persona presta a otra.

De ahí precisamente que la disposición mencionada se refiera a varios casos entre los cuales podemos citar los siguientes:

1.- El contrato de trabajo regulado por el Código del Trabajo cuyos elementos son los siguientes:

- Pago de remuneración
- Subordinación o dependencia
- Acuerdo de voluntades

- Prestación de un servicio

2.- El contrato de obra o empresa que supone en algunos casos la dependencia del que se encarga de ejecutar la obra en relación con el dueño de ella.

3.- El contrato de mandato en los casos en que el mandante se reserva el derecho de controlar la ejecución del negocio por parte del mandatario dando lugar de esta forma a un vínculo de dependencia.

De la redacción del artículo 2222 podemos señalar como elementos de la responsabilidad del patrono (además del vínculo de dependencia ya nombrado), los siguientes:

- Que el dependiente cause un daño a terceros en la ejecución del servicio.
- El empleador podría exonerarse de la responsabilidad probando que su empleado se ha comportado de un modo impropio, es decir, de acuerdo al Código, que le fue imposible prever el daño empleando el cuidado ordinario.

Finalmente cabe señalar que el fundamento de la presunción de culpa que contiene el artículo 2222 se encuentra “en el riesgo que cada cual debe correr si quiere extender sus actividades económicas, y precisamente en razón del lucro que con ellas persigue”³³.

2.9 DAÑOS CAUSADOS POR COSAS O ANIMALES.

En algunas circunstancias, la conducta ilícita del hombre, aparece vinculada al uso o no de cosas o animales, en la medida que haya causado daños: el sujeto ha dispuesto de éstos en una forma que ha llegado a causar daños con éstos; responderá por los perjuicios ocasionados, ya que resulta obvio que será imputable la persona ya que las cosas o los animales no son sujetos de derecho.

RESPONSABILIDAD POR HECHOS DE ANIMALES.

³³VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984. Pág. 222

El Código Civil, reconoce dos tipos de responsabilidades en cuanto a los hechos de animales; por un lado, los daños causados por animales domésticos de que el hombre se sirve; y por otro los daños causados por animales fieros que ninguna utilidad le reportan.

En efecto:

Art. 2226 (Ex. 2253) Código Civil. “El dueño de un animal es responsable de los daños causados por éste, aún después que se haya suelto o extraviado; salvo que la soltura, extravío o daño no puedan imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

Lo que se dice del dueño se aplica a toda persona que se sirva de un animal ajeno; salva su acción contra el dueño, si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio del animal, que el dueño con mediano cuidado o prudencia debió conocer o prever, y de que no le dio conocimiento.”

El fundamento de esta responsabilidad se encuentra no solo en la llamada culpa in vigilando; es decir, no solo en la falta de vigilancia o cuidado que debe tener el dueño o poseedor de los animales, sino en un riesgo creado del cual se aprovecha el dueño o toda persona que se sirva de un animal, y cuyas consecuencias es justo que afronten; así por ejemplo, cuando una tropa de ganado vacuno que esta bajo la vigilancia y cuidado de personas responsables, por un hecho imprevisto se asustan, embisten y causan destrozos en la propiedad ajena, éste hecho, no se le puede atribuir a una falta de vigilancia o cuidado de las personas quienes están encargados de cumplirla.

En consecuencia, la Ley presume que los daños causados por el animal, se deben a culpa del poseedor y la víctima tendrá que probar el daño causado por el animal y quien es el dueño o poseedor ya que con estos elementos quedará establecida la responsabilidad. Y el dueño o poseedor podrá destruir esta presunción de responsabilidad, si llegare a probar que le fue imposible evitar el daño o que la víctima se expuso imprudentemente a él.

2.9.1. PERSONAS RESPONSABLES.

Según el Art. 2226 (Ex. 2253) Código Civil, son responsables de los daños causados por animales, sus dueños y la persona a la cual se hubiere mandado el animal para servirse de él.

Pero ¿qué debemos entender por la persona que “se sirve del animal”, para que ésta asuma la responsabilidad de la que habla la ley?

Se han establecido diversos criterios:

- 1) Para algunos, se sirve del animal quien lo aprovecha conforme a su destino normal. En consecuencia, queda excluido de responsabilidad, por ejemplo: el veterinario que lo recibe para curarlo.
- 2) Se sirve del animal, quien lo aprovecha económicamente; quien hace del animal el uso que comporta el ejercicio de su profesión. Tal es el caso de la persona que recibe una remuneración para alimentar y cuidar del animal.

El artículo en cuestión, trata de la persona a la cual se hubiere mandado el animal ajeno, para servirse de él; es decir que le presta alguna utilidad o ventaja; no solo quien obtiene un provecho económico de él, sino también quien ejerce una vigilancia actual, un poder de hecho o señorío efectivo sobre el animal. A diferencia del dependiente, que está en condiciones de subordinación; es decir la persona a quien se le encomienda, por orden del dueño del animal o de quien se sirve el animal, el desempeño de su cuidado.

En el caso de que la persona se haya servido del animal sin el consentimiento del dueño y aún en contra de su voluntad, no cabe duda que será responsable, ya que su conducta ha creado el riesgo y por ende ha obrado de una manera culposa al apoderarse del animal.

Con todo lo mencionado, podemos colegir que, no hay que probar quien sea el dueño del animal que produjo el daño, el responsable será la persona que debía cuidarlo y evitar el perjuicio.

2.9.2 INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL ANIMAL.

En nuestro sistema, influenciado por el pensamiento del Código de Napoleón, la responsabilidad por los daños causados por los animales se desplaza a la persona a quien tiene la guarda del animal, cualquiera que sea la calidad que ostente; sea dueño, arrendatario, comodatario, etc.

La indemnización del daño causado por el animal se la ordena no solo cuando éste, está bajo la vigilancia del dueño al momento de causar el daño, sino también bajo la guarda de sus dependientes (peones, obreros y otros trabajadores a órdenes del dueño o del poseedor del animal). Pero resulta obvio que también es aplicable la norma no solo al dueño sino a la persona que se sirve de los animales, quien también deberá responder si ha entregado la guarda a uno de sus dependientes. Salvo que éstos hubieran procedido con dolo o faltando gravemente a sus deberes.

En el caso de que el animal sea incitado por un tercero, será éste el único responsable de los daños causados por su culpa (negligencia, imprudencia, impericia, etc); pero elimina la responsabilidad del dueño en caso de ser deliberada. En caso contrario, supongamos que la incitación se deba a un ruido de tránsito, el responsable del daño será el dueño o el poseedor del animal ya que ha sido él quien ha creado el riesgo, ya que no previó las consecuencias sobre la naturaleza de la conducta del animal.

Se ordena la indemnización de los daños causados por el animal, no solo mientras está bajo la vigilancia del dueño, sino también de los daños causados por el animal que se suelta o extravía, salvo que la soltura o extravío no pueda imputarse a culpa del dueño del animal.

Si el abandono, se produjo con el ánimo de desprenderse del animal, responde quien lo abandonó, en palabras del autor Guillermo Borda “despojarse de la propiedad sin adoptar las medidas tendientes a evitar que el animal pueda dañar a terceros, es una conducta culpable que hace responsable a quien incurrió en ella.”

En el caso de que el animal se haya extraviado sin culpa de la persona encargada de su cuidado, que la exime de responsabilidad, será muy difícil de

probarla ya que se deduce que si el animal se ha soltado ha sido porque no se tomaron las medidas necesarias para evitarlo. Una posibilidad de probar la falta de culpa sería acreditar que un animal ha sido soltado por un tercero o ha quedado libre por un acontecimiento imprevisible.

En lo que se refiere al inciso final del artículo 2226 (Ex 2253) en cuanto a la acción de regreso contra el dueño del animal, claramente podemos apreciar, se da cuando el propietario no advierte a quien se sirve del animal, de su peligrosidad o de sus hábitos dañinos o de alguna enfermedad padecida por éste, que podría traer un grave riesgo tanto a personas como a otros animales y de las cuales, el único responsable sería la persona que se sirve actualmente del animal; en caso de haber pagado al tercero el daño sufrido, tendrá acción de regreso contra el dueño del animal; es decir se libra del pago por los daños que hubiere ocasionado el animal, ya que será el dueño quien tendrá que resarcirlos.

2.9.3 DAÑOS POR LOS QUE SE RESPONDE

Como manifiesta nuestro Código Civil, el dueño o la persona que se sirve de un animal, es responsable por los daños causados por éste, y los daños pueden ser de muy diversa índole:

Puede tratarse de daños a las personas o a los bienes o incluso a otros animales, pero también daños más graves como por ejemplo la transmisión de enfermedades a personas o a otros animales, que pueden tornarse en verdaderas catástrofes como epidemias, razón por la cual el Estado ha tomado medidas para evitar estos graves males, en el plano de medidas internacionales, en tratados y convenciones, en la legislación interna con la Ley de Sanidad Animal, que entre otras cosas, obliga a las personas a guardar una serie de medidas que se sancionan con multas por su incumplimiento y con el fin de evitar las enfermedades animales. De lo dicho podemos deducir, la responsabilidad, por los daños causados por los animales a terceros.

En nuestro país en donde por ejemplo tenemos un abundante número de perros callejeros, que provocan daños a la salud, la responsabilidad por ésta circunstancia, se la debe trasladar a las entidades encargadas para proteger la salud de los habitantes como son la Sanidad, el Municipio, entre otras.

2.9.4 DAÑOS CAUSADOS POR UN ANIMAL FIERO.

El artículo 2227 (Ex 2254) del Código Civil, trata a cerca de éste supuesto “El daño causado por un animal fiero de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga; y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.”

El mismo Código nos dice lo que debemos entender por animal fiero: Art. 624 (Ex 643) “Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces;.....”

El fundamento de ésta responsabilidad, se encuentra en la propia naturaleza del animal, al no ser doméstico o domesticado; es decir agresivo por naturaleza, lo que agrava la responsabilidad y se hace inexcusable; no se puede alegar que quien tuvo al animal fiero, no pudo evitar el daño, siempre será responsable.

2.10 DAÑOS CAUSADOS POR COSAS.

Nuestro Código Civil, a manera de ejemplos considera algunos casos en los cuales se deben reparar los daños que se han producido por cosas: los edificios ruinosos; los objetos que se arrojan o caen de un edificio; la explosión o combustión de materias; el disparo de armas de fuego; la remoción de losas, cañerías u otros elementos que descomponen una vía o acueducto; la fabricación de productos defectuosos.

Sin embargo de éstos casos, que no son taxativos, razón por la cual, admiten la aplicación de los principios, por analogía, a otras situaciones semejantes. “Por ejemplo, en el Código Civil, al tratar el concepto de “EDIFICIO”, no entran a formar parte de ellos: los puentes, carreteras, túneles, acueductos, muros de contención, paredes, verjas rejas o mallas de cerramiento, etc, pero

se pueden aplicar los principios a otras cosas que nuestra Ley no las toma en dicho concepto.³⁴

2.10.1 RESPONSABILIDAD EN RAZÓN DE LOS HECHOS ACAECIDOS CON MOTIVO DE UNA CONSTRUCCIÓN. Arts. 2223, 2224 (Ex 2250, 2251).

Art. 2223 (Ex 2250). “El dueño de un edificio es responsable, para con terceros que no se hallen en el caso del artículo 978, de los daños que ocasione la ruina del edificio acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado, de otra manera, al cuidado de un buen padre de familia..- Si el edificio perteneciere a dos personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de su cuota de dominio.”

Art. 978 (Ex. 998) “Si practicada la citación de la querella, cayere el edificio por efecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiere derribado..- No habrá lugar a indemnización, si no hubiere precedido citación de la querella.”

Los daños originados por la ruina de un edificio, por falta de reparación o cuidados, desperfectos por ejemplo en las instalaciones eléctricas, cañerías, etc, que puedan causar daños como: lesiones o enfermedades, incluso la muerte, de las personas que habitan o en general usan de cualquier manera las construcciones, son imputables primeramente al constructor y también al propietario o a quienes en nombre de éste, están obligadas a su cuidado.

Este artículo 2223 (Ex.2250) tiene una declaración general: el dueño de un edificio es responsable por los daños que ocasione la ruina del mismo, a causa de omisiones en su mantenimiento o por falta de oportunas reparaciones.

³⁴LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág. 154.

El dueño de un edificio debe indemnizar por los daños causados, cuando no ha puesto en su cuidado la preocupación y el celo de un buen padre de familia. Estamos frente a la culpa leve que según el artículo 29 del Código Civil la demos entender como “ culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. .- El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.”

Artículo 2224 (Ex 2251) Responsabilidad por ruina de un edificio por vicio de construcción:

Si el daño se debe a una construcción defectuosa, la responsabilidad recae en el constructor y éste tendrá la obligación de reparar los perjuicios ocasionados. En efecto, el artículo 1937 (Ex. 1964) en su numeral tercero, señala que la responsabilidad del constructor, se extiende en los diez años subsiguientes a la entrega de la obra, por vicio de la construcción o por vicio del suelo, que éste haya debido conocer en razón de su oficio o por vicio de los materiales. En el caso de que el propietario haya suministrado los materiales defectuosos, no habrá lugar a la responsabilidad del constructor salvo que el vicio sea de aquellos que por su oficio haya debido conocer o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno.

Pero si el constructor ha advertido del peligro al propietario o a las personas encargadas del cuidado del edificio, como por ejemplo el mandatario, el arrendatario, etc, y si por medio de éstas personas, no se ha dispuesto las medidas necesarias para evitar cualquier daño; la responsabilidad recaerá en aquellas personas.

2.10.2 SUJETO PASIVO DE LOS DAÑOS.

Los perjuicios serán sufridos por quienes habitan o usan del edificio, incluso pasajeramente, por ejemplo, una persona que entra en un almacén y que sufre

daños a consecuencia del desprendimiento del techo. Sin embargo puede ser víctima de un daño la persona que ni siquiera ha habitado o usado el edificio como por ejemplo, los vecinos que reciben las aguas servidas en su heredad o las personas que transitan por la calle y reciben los impactos causados por el desprendimiento de una teja o ventana.

Como se puede apreciar, el sujeto pasivo de los daños puede ser cualquier persona y en consecuentemente tendrá derecho a ser indemnizado, siempre y cuando si de su parte no hubiere obrado imprudentemente; como en los casos de un aviso que señale peligro y pese a esto entra o pasa por un determinado lugar y sufre daños, en consecuencia, no podrá reclamar quien haya sufrido daños por no haber acatado la indicación de peligro. Incluso aún sin haber un aviso de peligro, en caso de existir evidentes señales de desplome la persona se empeña en permanecer o a transitar en el lugar que amenaza con el peligro.

“Una sentencia de nuestra Corte Suprema ha resuelto que “El artículo 976 (Ex. 996) del Código Civil determina con claridad, que si los accionados temían que la ruina del edificio vecino, en la especie de propiedad del actor, les iba a causar perjuicios tenían la vía expedita para solicitar al juez competente que se ordene al propietario que derribe el edificio, si estuviere tan deteriorado que no admitiere reparación, y si la admitía, se la haga inmediatamente; y si el propietario no cumplía el fallo judicial, la disposición legal citada, dispone que se derribará el edificio, o se hará la reparación a su costa; pero de autos no aparece prueba alguna que justifique que los demandados hayan procedido como ordena la prescripción legal citada. En el proceso queda establecido que los demandados, por no tomar las providencias necesarias que la ley y la técnica aconsejan, provocaron la caída de inmueble de propiedad del actor.” Resulta evidente que el único responsable de los daños que se cause a consecuencia de un edificio ruinoso será el dueño, salvo que los vecinos que los sufrieron hayan provocado la caída, incluso por no usar de la acción legal para evitar el perjuicio.”³⁵

³⁵ LARREA Holguín Juan. Pág. 156. Sentencia de la Cuarta Sala, Cuadrado Torres, de 30 de Septiembre de 1986, en Repertorio de Jurisprudencia, Vol. XXVII, Quito 1988.

2.10.3.PERSONA A LA QUE SE DEBE DEMANDAR.

Como lo manifestábamos en líneas anteriores, se demandará al constructor o al dueño o las personas que a nombre de éste, están obligadas a su cuidado como los mandatarios o los arrendatarios. Para el dueño será muy efectivo que demande al constructor ya que éste sabe con certeza a quien encargó la obra y las condiciones del contrato.

En los casos en que la persona que haya sufrido los daños sea otra distinta al propietario, siempre y cuando el daño se haya producido sin que haya mediado culpa de ésta, podrá reclamar los daños al propietario o a sus herederos, ya que será muy difícil que puedan demandar al constructor por no conocer quien fue éste, y en ese caso el dueño será el que traspase la responsabilidad al constructor en caso de que subsista dicha responsabilidad.

2.10.4 LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR. Jurisprudencias.

Podrá reclamar por ésta clase de daños, la persona quien los haya sufrido, pero sin que medie culpa del reclamante; en virtud de esto, el que ha incurrido en mora de devolver una casa o desocuparla, no podría reclamar contra el propietario. “Si bien se concede al arrendatario el derecho de reclamar indemnización por daños y perjuicios sufridos en ejercicio de su derecho, no puede pedir esa indemnización si ya dejó de ser arrendatario, por haber concluido el plazo del arriendo y haberse producido los daños con posterioridad.”³⁶

“Si un edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega por un vicio de la construcción o por vicio del suelo que el empresario (constructor) haya debido conocer en razón de su oficio, éste será responsable, pues el recibo otorgado por el dueño después de concluida la obra, solo significa que la aprueba como exteriormente ajustada

³⁶ LARREA Holguín Juan. Pág. 157. Sentencia de la Cuarta Sala, Roldán Soria, de 30 de 16 de abril de 1974, en Repertorio I, P.67, Quito, 1977.

al plan y reglas de arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone.”³⁷

“La acción de daños y perjuicios que tiene en su origen en los vicios ocultos que adolece la construcción y que tales vicios se deben a los materiales utilizados, hacen que la acción no se derive de un delito o cuasidelito sino de un vicio de construcción del inmueble, la norma a aplicarse al caso es la del Art. 2224 (Ex 2251) del Código Civil, la que se remite expresamente a la regla tercera del Art. 1937 (Ex 1964) del mismo cuerpo legal, que determina que la responsabilidad del empresario o constructor, se extiende hasta los diez años subsiguientes a su entrega, de tal suerte que la acción de éste tipo de casos prescribe a los diez años y no como erróneamente se sostiene en cuatro años, haciendo abstracción e ignorando las normas citadas, aplicables al caso.”³⁸

En ocasiones, los daños se originan no en la construcción sino en los arreglos posteriores: según el artículo 976 (Ex. 996), el que trata la ruina del edificio vecino pueda causarle daños, puede demandar tres cosas: la demolición, la reparación, o que el dueño rinda caución de reparar el daño que se produzca. Si el temor de destrucción se refiere a una pared medianera, con mayor razón puede actuar cualquiera de los vecinos, proveyendo a la reparación oportuna, pero evitando causar perjuicios con esa misma reparación. El uso de la pared medianera, lo mismo que su eventual reparación, debe realizarse con las debidas precauciones para no causar daños al vecino, como prescribe el artículo 891 (Ex 911). También el siguiente artículo prohíbe los depósitos de materias combustibles, inflamables o húmedas en el propio terreno, pero que podrían causar daños al vecino si faltare la debida diligencia en evitar estos daños, habría que indemnizar.

Quien teme estos daños, por mal estado de construcciones colindantes, debe adoptar las medidas legales para evitarlos y también para contar con la oportuna prueba sobre la culpabilidad del vecino. “En una sentencia se

³⁷ LARREA Holguín Juan. Pág. 157. Sentencia de la Tercera Sala, Jiménez Pabón, de 31 de Marzo de 1977, en Repertorio de Jurisprudencia, VII, p 46, Quito, 1979.

³⁸ Código Civil y Leyes Conexas. Tomo III Pág.688.

declara que el actor no ha probado el daño sufrido en su mercancía, por no haber pedido la inmediata inspección judicial para que constatará el juez que la mercancía dañada, lo fue por filtración de agua del piso superior; mientras que el demandante trasladó la mercancía a otro lugar y no ha probado que se haya dañado por la referida filtración.”³⁹

“Se acepta la demanda presentada por la arrendataria de un solar, ya que, como usuaria del mismo, tiene acción de acuerdo con el artículo 2215 (Ex 2242), para demandar la indemnización. Ella ha probado el daño y que se ha producido por el deslave que, por negligencia del vecino, se efectuó; mientras que el demandado no ha podido probar que existía caso fortuito o fuerza mayor, lo que a él le tocaba probar.”⁴⁰

“Si se trata de daños ocasionados por aguas corrientes, la reclamación debe presentarse ante el Instituto de Recursos Hidráulicos, que tiene competencia para conocer de tales asuntos, así se declara en sentencia de la Suprema.”⁴¹

El segundo inciso del artículo 2223 (Ex 2250) dice que la responsabilidad, “si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas, a prorrata de su cuota de dominio.”

Con un sentido de prevención, el artículo 990 (Ex 1012) concede acción popular para denunciar lo delitos o cuasidelitos que, mediante construcciones, se cometen, violando ordenanzas o que ponen en peligro a las personas y bienes ajenos. Estos hechos dan lugar al cobro de indemnizaciones, sin perjuicio de la sanción penal que se impongan a los causantes.

Finalmente, señalamos una sentencia en la que se condena a indemnizar por daños causados a un bien mueble, por negligente acción de un operario: El

³⁹ LARREA Holguín Juan. Pág. 158 Sentencia de la Tercera Sala, Luzuriaga-López, de 11 Marzo de 1983, en Repertorio de Jurisprudencia, XX, P.100, Quito, 1985.

⁴⁰ LARREA Holguín Juan. Pág. 159 Sentencia de la Tercera Sala, Obregoso-Lema, de 17 de Marzo de 1983, en Repertorio de Jurisprudencia, Vol.XX, p.105, Quito, 1985.

⁴¹ LARREA Holguín Juan. Pág. 159 Sentencia de la Primera Sala, Ordóñez-CEPA S.A., de 2 de Septiembre de 1985, en Repertorio de Jurisprudencia, Vol.XXIV, p.86. Quito, 1987.

daño causado en el bloque de la máquina, por descuido del que limpió el carburador y dejó caer un perno en los cilindros, da origen a la condenación a pagar por el daño emergente. En procedimiento verbal sumario se determinará el monto de la indemnización.”⁴²

2.11.RESPONSABILIDAD POR LAS COSAS QUE CAEN O SE ARROJAN DE LOS EDIFICIOS. ART. 2228 (EX. 2255).

“El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio es imputable a todas las personas que habitan esa parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

Si hubiere alguna cosa que, de la parte superior de un edificio o de otro paraje elevado, amenace caída y daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirve de ella; y cualquiera persona tendrá derecho para pedir la remoción.”

Como se puede apreciar del artículo en cuestión, hay previsiones enteramente razonables:

El imprudente que arroja desde lo alto, alguna cosa con la que se produzca daño, lo pagará.

Existe una presunción de que cualquiera de las personas que habitan el edificio, y se ignore de que parte procede la acción dañosa, todos son responsables por el daño causado, pero ésta responsabilidad no será solidaria sino en la parte que cada uno tuviere el edificio, en consecuencia si se trata de una propiedad horizontal, cada uno responderá en proporción al porcentaje fijado a cada departamento en su respectivo reglamento. La cuestión se complica si se trata de una casa no dividida en propiedad horizontal y

⁴² LARREA Holguín Juan. Pág. 159 Sentencia de la Segunda Sala, Pulla- Cela, de 20 de julio de 1977, en Repertorio de Jurisprudencia, Vol. VII, p.50, Quito, 1979.

ocupada por distintos inquilinos, la única solución consistiría en hacer pesar la responsabilidad por partes iguales entre todos.

Pero si se logra establecer de que parte del edificio cayó la cosa y además se supiera cuál fue la persona que arrojó la cosa, solo ella será responsable, salvo lo establecido sobre la responsabilidad de los padres, tutores u curadores por el hecho de las personas que se encuentren bajo su cuidado.

Esta responsabilidad cubre los daños ocasionados por cosas arrojadas o la calle o caídas como consecuencia de haber sido suspendidas o puestas de modo peligroso.

Debe tratarse de daños ocasionados a personas que transitan por la calle o por un terreno ajeno o por terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito.

Esta disposición faculta a la persona víctima del daño a emprender las acciones correspondientes en contra de quien habita la casa, sean propietarios o inquilinos causantes del daño.

2.12. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR COSAS INANIMADAS. ART. 2229 (EX 2256) CÓDIGO CIVIL.

Art. 2229 “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Están especialmente obligados a esta reparación:

- 1.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;
- 2.- El que dispara imprudentemente una arma de fuego;
- 3.- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;
- 4.- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,

5.- El que fabricare y pusiere en circulación, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes, responderán de los respectivos daños y perjuicios.”

Se ha dicho que según la interpretación tradicional, el primer inciso del artículo que acabamos de transcribir, solo sería una repetición o confirmación del artículo 2214 que expresa: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, esta obligado a la indemnización...”. A decir de lo expresando por el doctrinario Arturo Alessandri Rodríguez, y en lo que respecta a nuestra legislación, podemos colegir que el artículo 2229 no importa una repetición o confirmación de lo establecido en el artículo 2214 de nuestro Código Civil. El artículo 2229 establece una presunción de responsabilidad, cuando el daño deriva de hechos que, por su naturaleza o las circunstancias que ocurren, permite atribuirlo a dolo o culpa de otra persona. Pero a nuestro juicio, hay una intromisión directa al campo penal al sentar como precedente, la malicia que es el dolo o la negligencia que es culpa.

Arturo Alessandri Rodríguez, doctrinario chileno da las razones para justificar el alcance de la norma en cuestión, y por ser nuestro Código Civil una transcripción del Código Civil Chileno de Don Andrés Bello, nos permitimos a continuación traer al presente trabajo algunos de sus razonamientos⁴³:

1) La colocación del precepto y la frase “por regla general”.

Según mencionado autor, el artículo 2329 del Código Civil de Chile (al igual que nuestro artículo 2229) no es una repetición del artículo 2314 del mismo cuerpo legal (igual al artículo 2214 de nuestro Código Civil). Todo lo mencionado lo podemos confirmar por la colocación de mencionado precepto, que lo encontramos después de los artículos que se refieren a los daños causados por la ruina de un edificio, por un animal y por cosas que caen de la parte superior de un edificio. En cuanto a la frase con la que comienza el artículo 2229 de nuestro Código Civil “Por regla general todo

⁴³ ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942. Pág. 886

daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.” La expresión “por regla general” en palabras de mencionado autor chileno, “cuando se usan después de enumerar casos equivale a decir “en igualdad de circunstancias”, “en todos los demás casos análogos.”

Alessandri junta la idea de la colocación del artículo con la del significado que se da a la expresión “por regla general” y manifiesta: “Se presume la responsabilidad en estos casos, los enumerados en los artículos 2320 a 2238 (en nuestro Código Civil los enumerados en los artículos 2214 a 2228), y en general, agregaría el artículo 2329 (nuestro artículo 2229), cuando hay un hecho que permita atribuir el daño a dolo o culpa de otra persona.”

2) La redacción del artículo.

El artículo en cuestión dice “todo daño que pueda imputarse”, no se refiere como en los demás casos, del Código Civil cuando habla del daño causado, ocasionado del delito o cuasidelito cometido; es decir en los anteriores artículos se exterioriza la idea de que es necesario dar por establecido el dolo o la culpa para ordenar la reparación. En el artículo 2392 (nuestro 2229) el legislador dice “todo daño que pueda” es decir, “que sea susceptible” , “todo daño que sea posible o susceptible de imputarse a dolo o culpa de otra persona.” No se afirma que necesariamente hubo dolo o culpa, sino que se parte de la base que pueda deberse a culpa o dolo, mientras no se pruebe que no hubo responsabilidad, debe ser reparado por el presunto autor doloso o culpable.

3) Los ejemplos que pone el Código son todos demostrativos de hechos que llevan envuelta en sí la existencia de culpa.

Empezaremos diciendo que cada una de las circunstancias que nos trae el artículo 2229 de nuestro Código Civil no son taxativas sino meramente ejemplificativas, se aplican en todos los casos en que el hecho reviste los caracteres mencionados; con la enumeración de los casos la única intención del legislador es de hacernos comprender de mejor manera a través de

ejemplos sobre las personas que están obligadas a indemnizar por su actuar doloso o culposo.

Por ejemplo en el caso de la remoción de las losas de un pavimento o de una acequia y que por éste motivo una persona cae, sin que se hayan adoptado las medidas correspondientes para evitar accidentes, la persona perjudicada no tendrá que demostrar la culpa de la empresa que procedió a remover las losas, sino que le bastará probar que las losas estaban removidas al momento en que se produjo el accidente y no se tomaron las precauciones del caso, en cambio la empresa deberá probar que mencionado accidente se produjo debido a la imprudencia de la víctima.

Por último manifiesta mencionado autor “de no interpretarse el artículo en la forma que se sostiene aquí no tendría utilidad en el Código” y se plantea un sin número de interrogantes como son:

¿Qué objeto práctico tendría si solo tuviera por misión repetir la regla del artículo 2314 (nuestro 2214)?

¿Habría sufrido el más leve menoscabo el principio enunciado en el artículo 2314 (2214), de haberse omitido el artículo 2329 (2229)?

¿Habría dejado de ordenarse la reparación que el artículo 2329 (2229) señala al suponersele inexistente en el Código?

A todas éstas interrogantes, caben las siguientes reflexiones:

Si el artículo 2229 fuera solo una repetición del artículo 2214, sería un precepto inútil, sin razón de ser y justificación en el Código Civil.

El artículo 2214 no hubiera sufrido menoscabo alguno de haberse omitido el artículo 2229, ya que más bien éste último artículo lo que hace es extender el campo de responsabilidad comprendido en el artículo 2214, éste artículo solo autoriza la indemnización cuando la víctima prueba el dolo o la culpa del autor del daño, el artículo 2229 la releva de esta obligación, al poner la prueba de la irresponsabilidad a cargo de la persona que se presume responsable.

En cuanto a que si se hubiera dejado de ordenarse la reparación que el artículo 2229 señala al suponersele inexistente en el Código, diremos que de ninguna manera, ya que habría bastado con el principio contenido en el artículo 2214, regla amplia y general.

2.13. ATENUACIÓN POR IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA. ART. 2230 (EX 2257)

“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”

Nos parece absolutamente lógica esta disposición que establece la reducción del pago si la persona que sufrió el daño actuó imprudentemente.

Por ejemplo, en el caso de una construcción, el transeúnte que a pesar de observar el peligro que puede surgir con motivo de la construcción de un edificio, por ejemplo el que se desplomen los andamios o que le caiga una herramienta de trabajo, pasa por el lugar y efectivamente se produce el hecho, que lo pudo evitar al circular por la vereda del frente.

Hay pues los negligentes o desaprensivos, la víctima por su actuar y el constructor del edificio al omitir el aviso de peligro que estaba obligado a manifestar. En éste caso, se dividen sus propias responsabilidades ante un daño efectivo.

CAPITULO III

EL DAÑO MORAL

3.1.NOCIÓN ACERCA DEL DAÑO.

Se entiende por daño el mal producido en las personas o en las cosas, a consecuencia de una acción que recae sobre ellas.

El concepto de daño va ligado a otro de igual importancia, esto es, el de perjuicio el cual se entiende como el deterioro, detrimento o pérdida. En sentido técnico estricto, la ganancia que se deja de obtener o los gastos que origina una acción u omisión ajena, culpable o dolosa; a diferencia del daño, o mal efectivamente causado en los bienes existentes y que debe ser reparado.

La reclamación, tasación y condena relativas a ambos conceptos jurídicos suelen unificarse en la indemnización solicitada o concedida que se resume en la formula daños y perjuicios.

El daño estrictamente considerado puede ser de dos clases: material y moral. En el presente capítulo se tratará en especial el tema del daño moral desde el punto de vista de la legislación civil ecuatoriana además de las diversas situaciones en las que efectivamente puede hablarse de daño moral.

3.2. EL DAÑO MATERIAL.

“Esta clase de daño puede recaer tanto en la persona como en sus bienes”⁴⁴.

Como ejemplos de daño material podemos señalar la muerte de una persona o en el caso de lesiones, o transmisión dolosa de una enfermedad, entre otros.

⁴⁴COELLO GARCIA, Hernán. Derecho Civil Obligaciones. Universidad del Azuay, 2003. Pág. 96

“El daño material o patrimonial es el que implica la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya en forma directa, ya en forma indirecta. En cambio, el daño inmaterial (o moral subjetivo), si bien no envuelve el menoscabo de determinado derecho patrimonial, produce no obstante, una lesión afectiva o algún menoscabo en los sentimientos de la vida o de terceras personas”⁴⁵

En definitiva el deterioro de los bienes materiales ocasiona un daño patrimonial, es decir, se lesiona un interés económico por lo que al producir una repercusión económica inmediata la doctrina general entiende que deben ser resarcibles.

3.2.1.CLASES DE DAÑO MATERIAL:

Cuando se lesiona un derecho patrimonial tenemos el denominado daño patrimonial directo, pues en ese caso tan solo es necesario avaluar el derecho suprimido o la disminución de su valor en razón del daño.

Por otra parte encontramos el daño patrimonial indirecto que se traduce en que, a consecuencia del desconocimiento o lesión de un derecho extrapatrimonial, se merman derechos patrimoniales presentes o futuros.

3.3. EL DAÑO MORAL

3.3.1.TERMINOLOGÍA DE DAÑO MORAL.

Proviene de la doctrina francesa Domages Morales.

3.3.2.¿ QUÉ ES DAÑO Y QUE ES MORAL ?

Daño es el mal, perjuicio, aflicción o privación de un bien. Moral en cambio es el conjunto de facultades espirituales, un dolor o una aflicción a sus sentimientos.

La posibilidad de reparación de daños inmateriales arranca desde el derecho romano, en el que se conocieron la *injuria* y la *actio injuriarum aestimatoria*

⁴⁵VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984. Pág. 177

ex generali Edicto, en las que se permitía al ofendido mediante juramento estimar los daños causados siempre que no fueran materiales.

En el Ecuador, las reformas al Código Civil del año de 1984, introdujeron importantes cambios en materia civil y la Ley 171 publicada en el Registro Oficial No. 779 del 4 de Julio de 1984, trata sobre el Daño Moral, en varios artículos innumerados luego del Art. 2258 del Código Civil; todo esto hasta antes del 24 de junio de 2005 ya que debido a la Codificación 10 del Código Civil y su publicación en el Registro Oficial suplemento 46, del Daño Moral se trata en varios artículos ya numerados de mencionado cuerpo legal.

3.4. CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

A continuación señalaremos algunos conceptos de daño moral:

Daño moral, para Cabanellas, es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos y sentimientos, por la acción culpable o dolosa de otra.

“Sebastián Soler, por su parte anota que el delito no solamente da nacimiento a la acción penal sino también da origen a la obligación de repararla en daño material y moral”⁴⁶

Existen daños que no lesionan económicamente a una persona sino a su intimidad, como las emociones, los sentimientos, los afectos, como el dolor por la muerte de un ser querido, los que lesionan el buen nombre y, generalmente, bienes intangibles que son el patrimonio de una persona, estos son los llamados daños morales, que según algunas doctrinas son los daños no materiales.

El daño moral presenta tres formas en las que se puede ocasionar la vulneración de los derechos de la personalidad espiritual:

- Cuando el daño es moral y a su vez material, estamos frente al caso de daño moral de efectos patrimoniales directos, es decir, cuando el agravio o injuria, afecta directamente al patrimonio del titular del

⁴⁶TORRES CHAVES Efraín. El Daño Moral, Primera parte. Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca. Año 1994. Pág. 87

derecho espiritual vulnerado, ya que además de ser susceptible de una apreciación objetiva, puede ser valorado económicamente y en consecuencia, se lo repara pecuniariamente mediante una indemnización de carácter resarcitoria o equivalente al perjuicio económico causado, ya que para determinar el monto de la indemnización, se considera el valor objetivo en que disminuyó el patrimonio del ofendido. Como por ejemplo: un ebanista, se encuentra ejecutando una obra, consistente en la fabricación de muebles de oficina para una importante empresa local, y un competidor desencadena una campaña de difamación en contra de referido artesano, mediante la cual se le imputa falsamente que los materiales empleados en la ejecución de la obra le han sido sustraídos de su bodega, lo que ocasiona que la obra ejecutada, no sea retirada. El ebanista sufre daño emergente, representado por el valor de los materiales empleados, y lucro cesante, consistente en el valor de la ganancia que debía obtener con la ejecución de la obra; valores que representan la disminución efectiva de su patrimonio, como consecuencia de las falsas imputaciones proferidas por el ofensor; por lo que éste deberá resarcir tales valores al ofendido, por concepto de la indemnización del daño moral de efectos patrimoniales directos.⁴⁷

- Puede tratarse de un daño moral de efectos patrimoniales indirectos, en el cual si bien no es susceptible de una valuación económica respecto a la merma del patrimonio del ofendido, éste tiene derecho a la indemnización del daño moral por vía de satisfacción en un valor que debe ser fijado prudencialmente por el juez tomando en consideración la gravedad de la conducta ofensiva y la naturaleza del daño inferido. Lo mencionado, lo podemos apreciar por ejemplo, cuando el ofensor ejecuta imputaciones contra el buen nombre profesional o comercial del ofendido; resulta obvio que la vulneración a su derecho a la buena reputación, trasciende indirectamente a su patrimonio.

⁴⁷ABARCA GALEAS Luís Humberto. La injuria punible y la reparación del daño moral que ocasiona. Quito Ecuador 1997. Pág. 26

- El daño moral de efectos meramente subjetivos, cuando el agravio moral o injuria no incide sobre el patrimonio del ofendido; es decir, no existe perjuicio económico. Si bien el agravio moral o injuria transcurre en la conciencia del ofendido, también debe ser reparado pecuniariamente por vía de satisfacción, como cuando se le ocasionan sufrimientos psíquicos, angustias, humillaciones, ansiedad, temor o cualquier otra forma de sufrimiento moral.

El daño moral de efectos patrimoniales directos se encuentra regulado en la primera parte del artículo 2231, pero limita el monto de la indemnización al daño emergente o lucro cesante, por lo que, en el ejemplo traído al caso, la indemnización deberá limitarse a la pérdida efectiva del valor de la obra, sin referirse al valor de las ganancias que dejó de percibir el ebanista, porque dentro del valor de la obra se comprenden todas las pérdidas. Y todo esto debido a que en el daño moral de efectos patrimoniales directos, no se causan daños materiales, ya que la obra en el caso del ejemplo queda intacta, pero el ebanista pierde el valor agregado y el género, que no puede ser otro que el convenido para su entrega a la empresa.

El daño moral de efectos patrimoniales indirectos se regula en el inciso segundo del artículo 2232 del Código Civil. Y el daño moral de efectos meramente subjetivos, lo encontramos regulado en el inciso primero del Art.2232 del mencionado cuerpo legal.

Ahora bien, el concepto de daño moral continuamente va ligado al de injuria, la doctrina de manera clara ha elaborado una distinción de tan fundamentales conceptos en los siguientes términos: “El daño moral en nuestro sistema jurídico sobre reparación de daños morales, es la categoría jurídica que expresa la trascendencia económica del agravio moral o injuria que sufre el ofendido como consecuencia de la vulneración de los derechos de su personalidad espiritual”⁴⁸.

⁴⁸ ABARCA GALEAS Luís Humberto. La injuria punible y la reparación del daño moral que ocasiona. Quito Ecuador 1997. Pág. 164

“El agravio moral o injuria es el sufrimiento que experimenta el ofendido como consecuencia de la vulneración de los derechos de su personalidad espiritual; en tanto que el daño moral es la apreciación objetiva de la trascendencia económica del agravio moral o injuria en el patrimonio del ofendido”⁴⁹

3.5.¿ES PROCEDENTE EL DAÑO MORAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS?.

Qué sucede con respecto a las personas jurídicas: son susceptibles de indemnización de daños y perjuicios, si se atenta contra su buen nombre o su fama o pierda su credibilidad y confianza, en cuanto entes capaces de contraer obligaciones a través de sus personeros legales, cuando haya sido perjudicada directamente a consecuencia de un hecho y esto es obvio, ya que todo acto o hecho contrario a la ley no deja de dañar gravemente a toda entidad al margen de la faz económica, ora en el buen nombre o en la confianza del público ora en el crédito que goza, se genera la obligación para que el ofensor repare pecuniariamente el daño moral ocasionado, y el correlativo derecho de la persona jurídica ofendida, para que reciba el monto de la indemnización. También una persona jurídica puede ser demandada al pago de daños y perjuicios como en caso de mala practica médica.

Recordemos que la persona jurídica es sujeto pasivo del daño moral en la actual Legislación del país, puesto que si bien ella no puede alimentarse de sentimientos de bienestar o dicha, puede poseer otros bienes extra patrimoniales.

Así se dice que los ataques al crédito y prestigio de una empresa, se equipara al honor de los humanos, en vista de que no son capaces de experimentar sufrimiento psíquicos por carecer de conciencia y voluntad, no pueden sufrir daños morales de efectos meramente subjetivos, pero sí la ofensa afecta negativamente a su buen nombre o razón social, aunque no afecten a su patrimonio ni siquiera indirectamente, es obvio que existe daño moral de efectos meramente subjetivos.

⁴⁹ Ibíd. Pág. 165

El inciso segundo del artículo 2233, otorga la acción por el daño moral ocasionado a las personas jurídicas, a sus representantes legales; y el valor de la indemnización deberá ingresar al patrimonio de su representada, ya que la titularidad del derecho corresponde a la persona jurídica aunque el personero legal ejerza la respectiva acción.

3.6.¿ A QUÉ AFECTA EL DAÑO MORAL ?

Afecta a la psiquis que se exterioriza en una depresión, en un complejo, en una angustia constante y permanente, es la doctrina del doloris pretium. Consiste en el dolo, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos.

3.7.DAÑO MORAL Y DAÑO PATRIMONIAL.

El daño moral es autónomo del daño patrimonial. El daño moral puede configurarse sin que concurra desmedro económico alguno. El daño patrimonial no involucra una lesión a los sentimientos o afectos de la persona, pues como se dice la afección a un hecho puede producir daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa.

No todo perjuicio económico se traduce en un perjuicio espiritual, pues de lo contrario se llegaría a establecer absurdamente de que la víctima de algún daño patrimonial, podría reclamar siempre la reparación de un daño moral; aunque en el medio en que vivimos, nuestra sociedad se encuentra tan materializada que tenemos que reconocer que la prioridad del ser humano, gira en torno a sus bienes materiales, de modo que la lesión de estos provoca casi siempre una desazón, una molestia o alteración anímica, pero si no hay interés moral previo y claramente diferenciable del económico en lo que atañe a lo que el sujeto sienta por la destrucción, privación o deterioro de la cosa.

3.8.¿CUÁNDO NO EXISTE DAÑO MORAL?

No existe daño moral si se comprueba que el bien es susceptible de ser reemplazado en especie o por su equivalente económico, en este caso no hay

Daño Moral, pues no se ha atentado contra la honra, reputación o buen nombre de una persona, sea esta natural o jurídica, obviamente que en caso contrario procedería la acción por daño moral y perjuicios.

3.9.INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

Es interesante tratar sobre el tema del fundamento de la indemnización por daño moral, se ha discutido incluso sobre si cabe o no dicha indemnización El tratadista Guillermo Borda se refiere de manera sistemáticamente sobre los argumentos tanto negativos como positivos para dicha indemnización:

Argumentos negativos:

- a) Es inmoral poner un precio al dolor.
- b) Implica un enriquecimiento sin causa a favor del agraviado que no ha sufrido perjuicio alguno es su patrimonio.
- c) El perjuicio moral no es mensurable del punto de vista económico.

Argumentos positivos:

- a) En la mayor parte de los casos no hay sino una legítima pretensión de que se repare a la víctima de todos los daños injustamente sufridos.
- b) No hay tal enriquecimiento sin causa pues la causa de la indemnización está en el perjuicio moral y en la obligación legal de repararlo.
- c) No es enteramente exacto que no sea mensurable económicamente por lo menos la víctima podrá procurarse con el dinero otros bienes o placeres que de alguna manera compensen los perdidos.

Para algunos autores la reparación del daño moral no tiene carácter resarcitorio sino que es una sanción aplicada al autor de un hecho ilícito y que tiene por lo tanto un carácter ejemplar o ejemplarizador. Se parte de la base de que el daño moral no es mensurable y que por lo tanto no puede hablarse de resarcimiento.

Para otros fallos y para la opinión mayoritaria, la indemnización tiene carácter resarcitorio como decía Ihering, el dinero tienen un valor compensatorio,

permite a la víctima algunas satisfacciones que nos es un equivalente o sucedáneo del daño sufrido.

Por otra parte no es menos cierto que “La suma fijada es siempre arbitraria, porque no está en las posibilidades humanas del juez prever el daño en todas sus repercusiones económicas; y sin embargo, nadie discute la resarcibilidad del daño futuro.”⁵⁰

En definitiva compartimos el criterio que sostiene que “La indemnización tiende, por regla general, a reparar el daño o a restablecer el patrimonio de la víctima. Dada la naturaleza del daño moral ello no puede ocurrir efectivamente; pero esto no obsta para que se haga efectiva una indemnización porque, de lo contrario, estaríamos frente a una verdadera injusticia de la Ley. Además debemos convenir en que la indemnización no sólo es reparadora, sino, también compensatoria o satisfactoria... porque el daño puede ser por su naturaleza irremediable...”⁵¹

El juez ordenará la indemnización de daños y perjuicios siempre que el daño lesione un interés ajeno, no importa su cuantía o magnitud además tendrá que considerar la correlación con el tiempo incluso las consecuencias del daño a futuro. Es importante determinar que el interés que se lesiona debe ser lícito.

Para especificar un daño moral se pueden determinar ciertas manifestaciones:

- a) Las que perturban el honor de la persona esto de manera subjetiva, o sea, de acuerdo a la autovaloración de la persona.
- b) Los que lastiman el aspecto externo de esa misma valoración, esto es, según lo valoren los demás.
- c) Los que afectan el aspecto sentimental, emocional o afectivo de las personas, y,
- d) Los que afectan los derechos de la personalidad y las libertades que se reconocen en la Constitución.

⁵⁰ BORDA Guillermo. Tratado de Derecho Civil Obligaciones I y II. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980. Pág. 187

⁵¹ COELLO GARCIA, Hernán. Derecho Civil Obligaciones. Universidad del Azuay, 2003. Pág. 98

De acuerdo con el autor español Quintano Repolles se requiere de la concurrencia de tres elementos mínimos para que pueda hablarse de daño:

- El objetivo de que el bien sea de los bienes jurídicamente protegidos.
- El objetivo de la atribución mediata o inmediata a una persona capaz, y,
- El de relación de causalidad doloso o culposa.

3.10.LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

La obligación indemnizatoria y su derecho correlativo tienen una naturaleza patrimonial, porque la primera tiene como objeto el pago de una suma de dinero al acreedor; en tanto que, el segundo se satisface con la entrega de este valor económico de la indemnización.

Por lo que la reparación pecuniaria del daño moral se caracteriza por ser una obligación de dar.

El contenido económico del derecho personal o crédito que pertenece al ofendido determina sus características de ser renunciable, prescriptible, transferible y transmisible.

La obligación indemnizatoria adopta un carácter accesorio de la condena penal, porque el juez la impone junto con ésta en la sentencia penal que dicta en contra del responsable, como una condena civil accesoria.

De manera que los caracteres más importantes de la acción de indemnización son los siguientes:

Es una acción personal, pues corresponde ejercerla contra el responsable del daño.

Es siempre mueble pues normalmente persigue el pago de una suma de dinero y en ciertos casos la ejecución de un hecho.

Es una acción netamente patrimonial de manera que es renunciable, es transigible.

Con respecto a este tema conviene analizar la disposición contenida en el artículo 52 del Código Penal vigente:

Art. 52.- “ Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados así mismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización.”

Ahora bien él termino costas procesales comprende, los honorarios de peritos, abogados y costos establecidos en el tramite.

Al momento de analizar las normas en el Código Civil sobre el daño moral veremos como los daños y perjuicios deben ser pagados por todos los responsables contra quienes se haya presentado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización.

La indemnización de daños y perjuicios comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante de conformidad con el artículo 1572 del Código Civil que transcribimos a continuación:

Art. 1572.- “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.”

A efectos de la investigación que se está realizando es importante comentar sobre estos dos conceptos: el “Daño emergente es el que surge como

consecuencia inmediata y lucro cesante es la terminación para el futuro, de algo que venía produciendo bienes económicos”⁵²

Código Penal. Art. 67 .- “La condena a las penas establecidas por éste Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. Determinado el monto de la indemnización se lo recaudará por apremio real.

Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular que con tal objeto se intente. La liquidación de las indemnizaciones declaradas en sentencia firme se llevará a cabo en juicio verbal sumario, conforme prescribe el Código de Procedimiento Penal.

La recaudación se realizará por apremio real en contra del deudor o del civilmente responsable.

En caso de insolvencia comprobada, por las costas procesales no habrá apremio alguno.”

De este artículo se desprenden los siguientes puntos:

1. El cobro de daños y perjuicios es un asunto civil.
2. Que para obtenerlo es menester la acusación particular.
3. Que el pago de daños y perjuicios es completamente independiente de las penas.
4. Que establecido el monto se lo podrá cobrar por apremio real.
5. Que pese a ser asunto civil, la indemnización hay que pedir al ante el mismo fuero penal.
6. Que de la sentencia penal, nace el derecho a la acción de daños y perjuicios en cuaderno aparte y en trámite verbal sumario, y;
7. Que en caso de insolvencia no habrá apremio alguno por las costas del juicio.

⁵² TORRES CHAVES Efraín. El Daño Moral, Primera parte. Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca. Año 1994. Pág. 176

Para el cobro de daños y perjuicios se podrá cobrar en los bienes del condenado, es decir por la vía del apremio real, mediante el secuestro y embargo de las cosas del sentenciado, en caso de insuficiencia de pago, la prelación es la siguiente:

1. Daños y perjuicios
2. La multa si alcanza.

La razón de esta prelación es lógica se quiere favorecer primero al perjudicado por el delito, el fisco que es el dueño de las multas bien puede perder lo que le debe un ciudadano que se encuentra en estado de indigencia.

“Se entiende por responsabilidad civil la situación jurídica del penalmente responsable de la injuria, por la cual deberá reparar pecuniariamente el daño moral irrogado al sujeto pasivo, como resultado de la vulneración de los derechos de la personalidad espiritual”⁵³

En efecto, el contenido de la responsabilidad civil es la obligación jurídica de reparar pecuniariamente el daño moral ocasionado y que el ordenamiento positivo la impone al penalmente responsable de la injuria; en tanto que, la obligación indemnizatoria es el equivalente económico al daño moral, que el penalmente responsable deberá satisfacer al injuriado para que se produzca tal reparación pecuniaria.

Presupuesto de la responsabilidad civil es la responsabilidad penal. La responsabilidad civil por el daño moral, así como la obligación indemnizatoria, no son independientes.

Los presupuestos de la responsabilidad civil por el daño moral son los siguientes:

- La imputabilidad penal de agente de la injuria.
- La culpabilidad penal del agente de la injuria.
- La sentencia penal condenatoria ejecutoriada, solo cuando se propone acción penal, ya que no es preciso que ésta se proponga ya que puede

⁵³ ABARCA GALEAS Luís Humberto. La injuria punible y la reparación del daño moral que ocasiona. Quito Ecuador 1997. Pág. 183.

requerirse la indemnización civil sin proponer la acción penal; pero si ésta se propone, caben las siguientes consideraciones:

Efectos de la sentencia penal absolutoria: “...como el hecho voluntario ilícito injurioso se manifestó como un fenómeno de la realidad en un lugar y tiempo determinado, independiente de que configure o no injuria punible, civilmente considerado, como un hecho voluntario ilícito extracontractual, genera la obligación de reparar pecuniariamente el daño moral irrogado al ofendido como resultado de la vulneración de los derechos de su personalidad espiritual”⁵⁴.

Pero como la sentencia absolutoria puede provenir no solo de falta de tipicidad sino por ser el acusado inimputable o por tener a su favor una causa de inculpabilidad o porque la conducta se encuentra justificada tenemos que en estos casos la sentencia absolutoria produce el efecto de cosa juzgada con respecto al ejercicio de la acción civil por el hecho ilícito civil injurioso extracontractual.

Si la conducta se encuentra justificada penalmente por no ser antijurídica también se encuentra justificada desde el punto de vista civil. Igual ocurre con la declaración de inimputabilidad o de que el procesado tiene a su favor una causa de inculpabilidad.

Los casos en que la sentencia penal absolutoria dictada a favor del acusado de la injuria punible no producen el efecto de cosa juzgada con respecto al ejercicio de la acción por el hecho voluntario ilícito injurioso extracontractual no se encuentra regulados en el Código de Procedimiento Penal sino en el Código Civil porque se refieren exclusivamente al hecho voluntario ilícito extracontractual, estos casos son los siguientes:

a) Cuando la sentencia penal absolutoria declara que la conducta injuriosa materia de juzgamiento no es típica con respecto a uno cualquiera de los tipos penales de injuria.

⁵⁴ Ibíd.

b) Cuando la sentencia penal absolutoria determina que el acusado de la injuria punible es inimputable. Este caso se encuentra contemplado en los artículos. 2220, 2221 y 2222 del Código Civil, pero como el inimputable penalmente también lo es civilmente, no tiene lugar la responsabilidad civil directa por el daño moral ocasionado por el hecho del inimputable, sino la responsabilidad civil subsidiaria de la persona encargada de la custodia de éste, siempre que pudiere imputársele negligencia.

Art. 2220.- “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.”

Art. 2221.- “Los padres serán siempre responsables de los delitos o cuasidelitos cometidos por sus hijos menores, y que conocidamente provengan de la mala educación, o de los hábitos viciosos que les han dejado adquirir.”

Art. 2222.- “Los empleadores responderán de la conducta de sus empleados domésticos, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.

Pero no responderán de lo que hayan hecho sus empleados domésticos en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los empleadores no tenían medio de prever o impedir, empleando su autoridad y el cuidado ordinario. En este caso, toda la responsabilidad recaerá sobre los empleados domésticos.”

Con la sentencia penal condenatoria queda definitivamente determinada la responsabilidad civil del penalmente responsable para reparar pecuniariamente el daño moral mediante el cumplimiento de la obligación indemnizatoria de tal manera que la responsabilidad civil no requiere ser probada porque al declararse la responsabilidad penal del procesado queda fijada conjuntamente con éste y consecuentemente el agente de la injuria siempre deberá reparar pecuniariamente el daño moral irrogado al ofendido.

Con respecto a la carga de la prueba ésta se rige por las normas comunes contempladas para el efecto en el Código de Procedimiento Civil, sea cual fuere la naturaleza del daño moral.

Es necesario mencionar que como la existencia de la injuria punible se la declaró probada en la sentencia penal condenatoria bastará presentar la sentencia en copia certificada en el juicio verbal sumario de liquidación del monto de la indemnización del daño moral para que se tenga por acreditada la naturaleza de la conducta injuriosa su gravedad y circunstancias.

Cuando a consecuencia de la consumación de la conducta injuriosa el ofendido ha sufrido pérdidas efectivas y cuantificables en su patrimonio de manera que si no existe la determinación del valor de estas pérdidas, ni la forma en que las ocasionó la injuria punible o la determinación de la relación de causalidad objetiva que las liga, no se puede establecer el monto de la indemnización en forma matemática, por lo que bastará la prueba de la forma en que incidió indirectamente en el patrimonio del ofendido el agravio moral que se le irrogó como resultado de la vulneración de los derechos de su personalidad espiritual.

El juez para determinar el monto de la indemnización puede hacerlo por vía de satisfacción, prudencialmente y en consideración a la naturaleza y gravedad de la injuria punible aplicando las reglas del Código Civil.

El resultado civil o daño moral así como el nexo causal objetivo que lo liga a la conducta injuriosa como su resultado próximo existen o existieron como fenómenos de la realidad por lo que son susceptibles de ser comparados

mediante su reconstrucción histórica a través de la práctica de los pertinentes medios probatorios previstos en la Ley procesal.

Para los efectos de la determinación del valor de la indemnización carece de trascendencia que el detrimento o pérdidas patrimoniales sufridas por el sujeto pasivo de la injuria hayan sido previsibles o no, siendo suficiente que se hayan producido como un resultado próximo de la consumación de la conducta injuriosa.

El valor de la indemnización del daño moral de efectos patrimoniales directos es el equivalente monetario de las disminuciones o pérdidas patrimoniales experimentadas por el sujeto pasivo de la injuria por lo que la obligación indemnizatoria es de carácter resarcitoria porque tiene por objeto un valor económico igual a la disminución o pérdidas efectivas experimentadas por el patrimonio del ofendido.

El daño moral de efectos patrimoniales indirectos al ser imposible cuantificar o mediar las pérdidas efectivas experimentadas por el patrimonio del ofendido la indemnización no puede ser resarcitoria sino que es de carácter satisfactorio y su valor es determinado por el juez de la causa.

Para evitar abusos en contra de personas de escasos recursos debe considerarse también la situación económica del responsable de la injuria y además fijarse una cantidad mínima y otra máxima expresadas en salarios vitales generales del trabajador de tal manera que la reparación pecuniaria del daño moral nunca puede ser inferior a la cantidad mínima ni superior a la máxima.

¿Como puede calcularse la indemnización en el caso de la pérdida de una vida? Evidentemente no se puede poner precio a la vida de una persona, sin embargo, la indemnización procede ya que generalmente existen personas que sufren una serie de perjuicios al faltar por ejemplo, el jefe del hogar, en razón de estas circunstancias la doctrina se inclina porque se consideren los siguientes factores: la capacidad productiva de la persona en el momento de su fallecimiento, el dinero con que ayudaba a las personas a quienes estaba

obligado a sostener, el tiempo probable durante el cual hubiera estado obligado a hacerlo.

Por otra parte las lesiones al cuerpo y a la salud, consideran los siguientes aspectos: los gastos hechos por la víctima para curarse, la pérdida de orden económico para el lesionado durante el tiempo que estuvo imposibilitado para el trabajo.

Más compleja es la reparación de lesiones físicas que producen consecuencias definitivas en cuyo caso la indemnización comprende: la reparación de los daños actuales, la reparación de los daños futuros (sin que por ello aceptemos que cabe la indemnización por daños eventuales) y la satisfacción por el dolor o perjuicio de afección.

Si se priva a una persona de su libertad, la reparación comprende: el perjuicio material causado a los derechos patrimoniales en razón de no poder atenderlos personalmente durante el tiempo que estuvo privado de esta libertad, lo que dejó de ganar el privado de libertad durante el tiempo que estuvo detenido, el perjuicio de afección.

La doctrina se inclina por el criterio de que para determinar el valor del daño debe escogerse el momento de la sentencia y no aquel en el que el hecho tuvo ocurrencia.

En conclusión si bien la satisfacción será siempre imperfecta y jamás podrá alcanzar la reparación total como suele ocurrir tratándose de daños patrimoniales sería injusto que ante la imposibilidad de alcanzar este resultado la víctima quede desamparada.

3.11.EL DAÑO MORAL CAUSADO POR IMPUTACIONES INJURIOSAS.

Antecedentes de la regulación de este delito podemos encontrarlo inclusive desde la Ley de las XII Tablas en la que se considera como injuria todo atentado físico contra las personas: golpes, heridas, etc., sin que se distinga si

hubo intención de causar el daño o si éste se produjo por imprudencia del autor, se clasificó también a las injurias en graves y leves.

En el derecho Romano gracias a la labor del Pretor se extiende el concepto de injurias a los casos de ataque al honor, a la personalidad moral del otro, como la difamación oral o escrita, la violación del domicilio, etc. Por otra parte se introduce el elemento calificador de la injuria, esto es, es *animus injuriandi*, es decir la intención de producir el daño.

La acción era privada, es decir, si la parte no la promovía, el Estado no perseguía al ofensor, no se transmitía a los herederos, es decir, se extinguía con la muerte del ofensor o del ofendido.

Se define a la injuria como “agravio, ultraje de obra o de palabra, hecho o dicho contra la razón y justicia, daño o incomodidad que causa una cosa”.⁵⁵

“Si la injuria, en sentido lato, debe entenderse como todo acto contrario al derecho, en sentido estricto significa ataque a una persona física con golpes o heridas más o menos graves. En este sentido supone, entonces, toda expresión ultrajante.”⁵⁶

3.11.1.LA INJURIA PENAL y LA INJURIA CIVILMENTE CONSIDERADA.

Es necesario analizar el tema de la injuria desde dos puntos de vista la injuria como un delito sancionado por el Código Penal, y la injuria civilmente considerada cuya regulación está ligada a la reparación de daños y perjuicios.

Comenzaremos analizando las normas del Código Penal, sobre el presente tema es necesario recordar lo dicho en el punto anterior, es decir, la importancia de la relación causal entre el acto ilícito y el daño ocasionado sin la cual no puede hablarse de que ha surgido responsabilidad.

El delito de injuria es formal, es decir, no admite tentativa.

⁵⁵TORRES CHAVES Efraín. El Daño Moral, Primera parte. Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca. Año 1994. Pág. 53

⁵⁶COELLO GARCIA, Hernán. Derecho Civil Obligaciones. Universidad del Azuay, 2003. Pág. 98

De conformidad con las normas que constan en el Código Penal se distinguen dos clases de injurias:

- Calumniosa
- No calumniosa

Así lo señala el artículo 489 del Código Penal cuyo texto es el siguiente:

Art. 489.- “La injuria es:

Calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y,

No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.”

El elemento fundamental de la injuria no calumniosa se encuentra en la expresión proferida en descrédito deshonra o menosprecio, tal menosprecio es entendido como desdeñar, despreciar, hacer valer menos de lo que cree, aspira o tiene derecho cualquier persona.

Es necesario comentar que el Título VII del Código Penal referido a los delitos contra la honra tiene un único capítulo referido a la injuria.

Con respecto a las normas del Código Penal ecuatoriano es necesario realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 490 del Código Penal divide a las injurias en no calumniosas graves y no calumniosas leves

Son graves:

1o.- La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito, o intereses del agraviado;

2o.- Las imputaciones que, por su naturaleza, ocasión o circunstancia, fueren tenidas en el concepto público por afrentosas;

3o.- Las imputaciones que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor; y,

4o.- Las bofetadas, puntapiés, u otros ultrajes de obra.

Son leves las que consisten en atribuir a otro, hechos, apodos o defectos físicos o morales, que no comprometan la honra del injuriado.

Ahora bien, algunos tratadistas exigen que la imputación del delito sea concreta, específica y en lo posible detallada y diferencian entre hecho inexistente y conducta inexistente.

Por otra parte el ordinal segundo regula las injurias que inciden directamente en el honor considerado subjetivamente sin que esto excluya que no pueda también afectar la reputación de la víctima.

Finalmente con respecto al ordinal tercero se trata de utilizar frases que puedan menospreciar a una persona lo cual coloca al Juez en la difícil situación de calificar las frases proferidas tomando en consideración la relación del ofensor y ofendido de acuerdo al estado, dignidad y circunstancias de los mismos.

Con respecto a esta clasificación del Código Penal concluimos que el elemento subjetivo de la injuria no calumniosa grave se trata de un delito doloso en el cual la intención del agente para ofender no se limita al uso de las palabras o de esos hechos sino que pueden provocar daño moral o daño efectivo.

El artículo 491 incluye ciertas circunstancias agravantes de la injuria relacionados con el medio usado para realizar la injuria calumniosa, tales circunstancias ocurren cuando las imputaciones hubieren sido hechas:

- En reuniones o lugares públicos;
- En presencia de diez o más individuos;
- Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público; o,
- Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.

Se debe destacar que es indiferente que el agente haya buscado de propósito la reunión o lugar público o si se hubiere aprovechado de los mismos, es el

ámbito de difusión de la injuria lo que tiene importancia para el señalamiento de la pena.

El artículo 492 considera otra circunstancia de la injuria esto es cuando se hiciere la imputación privadamente, o en concurrencia de menos de diez personas, tal disposición justa en el fondo tropieza en la forma con la dificultad de la prueba procesal ya que es lógico suponer que quien cometa un delito de injuria lo negará ante el Juez.

El artículo 493 por otra parte contempla un caso de un agente pasivo privilegiado: la autoridad ya que la ley penal le da trato excepcional para garantizarla.

Ahora bien ¿Qué debe entenderse por autoridad?

El Diccionario de la Lengua la define como potestad, facultada, poder que tiene una persona sobre de otra que le está subordinada.

La disposición en estudio está en directa concordancia con el artículo 230 que sanciona a quien con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, en éste caso no se requiere de querella.

Continuando con el análisis de las disposiciones del Código Penal el artículo 494 contempla la calumnia judicial la cual “consiste en presentarse ante un Juez a querellar o denunciar a una persona o, el dirigirse ante un funcionario de policía, y en ciertos casos a uno de carácter administrativo, a denunciar falsamente, que alguien ha cometido un delito de acción pública”⁵⁷.

Se relaciona con el artículo 294 referente a los delitos contra la actividad judicial, tal disposición señala: Todo aquel que mediante acusación o denuncia, o por anónimo, o con nombre falso afirme haberse cometido un delito que no ha existido, o que simule los vestigios de una infracción, para procurar un enjuiciamiento penal tendiente a obtener una certificación a su favor, será reprimido con prisión de tres meses a un año.

⁵⁷ TORRES CHAVES Efraín. El Daño Moral, Primera parte. Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca. Año 1994. Pág. 69

Es fundamental la disposición contenida en el artículo 496 del Código Penal cuyo texto es el siguiente:

Art. 496.- Cuando las injurias fueren recíprocas en el mismo acto, ninguna de las personas ofendidas podrá intentar acción por las que se hubieren inferido en dicho acto, sea cual fuere la gravedad de las injurias no calumniosas que se hubieren recíprocamente dirigido; pero no hay compensación entre las injurias calumniosas y las no calumniosas.

Por lo tanto hay compensación de injurias NO calumniosas; exclusivamente, queda descartada toda posibilidad de compensación entre injurias calumniosas, para invocar compensación las injurias recíprocas deben ser proferidas en el mismo acto, ni antes, ni después, sino contemporáneamente.

En conclusión la disposición contiene una prohibición legal para iniciar una acción de injuria, por una de las dos partes que han participado, recíprocamente en ellos, en la reciprocidad desaparece propiamente la víctima, ambos son actores y ambos agraviados, de manera que previamente a iniciar una acción por injurias es fundamental tener presente esta norma.

El artículo 497 dispone que no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones al acusado de injuria no calumniosa, la razón es lógica, el Código Penal no permite prueba de la inmoralidad, de la mala fama, de las condiciones o los defectos físicos o morales, por lo tanto sea cierto o no lo dicho la injuria queda en pie y debe sentenciársele a quien la profirió.

El siguiente artículo contempla el caso de injurias cometidas en el extranjero, la norma dice:

Art. 498.- Las injurias, calumniosas o no, publicadas en órganos de publicidad del extranjero, podrán ser perseguidas contra las personas que hubieren enviado los artículos o la orden de insertarlos, o contribuido a la introducción o a la distribución de tales órganos en el Ecuador.

Por lo tanto hay tres posibilidades:

Que se persiga a los enviados de las injurias directamente.

A los que hubieren mandado la orden de insertar los artículos injuriosos y,

A los que hubieren contribuido a la introducción en el Ecuador o la distribución de los periódicos o medios de publicidad en general.

En definitiva lo determinante es que las injurias estén publicadas o sea dadas a conocer en el Ecuador.

Indiscutiblemente el artículo no contempla muchas posibilidades ya que al parecer limita la figura a los diarios, revistas o periódicos, la explicación de tal omisión se encuentra en que el código fue redactado en el año de 1971 año en el cual aún no se contemplaba los demás medios y órganos de publicidad que existen en el mundo.

El artículo 499 sanciona como responsables de injuria a quienes reproducen los artículos o imágenes injuriosas, sin que pueda alegarse que se es un simple repetidor de algo que se dijo por otra persona, la norma se aplica tanto a las publicaciones hechas en el Ecuador como en el extranjero.

A continuación del artículo 499 se agregó un artículo que define a la difamación en concordancia con el artículo 501 que se analizará a continuación, la norma fue agregada por la Ley No. 167, publicado en Registro Oficial 771 de 22 de Junio de 1984. La esencia de tal disposición se encuentra en el término divulgar con el cual se equipara a la difamación.

Sobre la norma contenida en el artículo 501 cuyo texto dice: Los reos de cualquier especie de injuria que, fuera de los casos determinados en los artículos anteriores, comunicándose con varias personas, aún en actos singulares, respecto de cada una de éstas, ofendieren la reputación, serán reprimidos como autores de difamación; debe entenderse en el siguiente sentido: “La difamación es una manera especial de injuriar; la difamación en sí no constituye una especie de injuria; es uno de los medios que escoge el agente de la injuria, para manifestar su intención dolosa”⁵⁸.

⁵⁸ Ibíd. Pág. 64

Finalmente cabe una breve referencia al derecho procesal penal, de conformidad con el Código de Procedimiento Penal la acción penal es de tres clases desde el punto de vista de su ejercicio:

- a) Pública de instancia oficial;
- b) Pública de instancia particular; y,
- c) Privada.

Ahora bien, la injuria calumniosa y la no calumniosa grave de conformidad con el artículo 36 del mismo cuerpo legal es un delito de acción privada lo cual quiere decir que su ejercicio corresponde únicamente al ofendido, mediante querella.

La querella se define como “un escrito extendido en forma legal que se presenta ante el Juez o Tribunal para ejercitar una acción de carácter penal contra una persona determinada”⁵⁹

Desde el punto de vista del DERECHO CIVIL la injuria punible se considera como el hecho voluntario ilícito generador de la obligación indemnizatoria y de su derecho correlativo y presenta la siguiente estructura:

- La conducta dolosa que vulnera los derechos de la personalidad espiritual del ofendido, ocasionándole agravio moral o injuria.
- El daño moral o trascendencia económica del agravio moral o injuria, lesión de los derechos de la personalidad espiritual del ofendido, que le infiere el ofensor con la consumación de la conducta dolosa; y,
- La relación jurídica que se establece entre el penalmente responsable de la injuria y el sujeto pasivo del delito, por la cual el primero debe reparar pecuniariamente el daño y el segundo adquiere el derecho patrimonial correlativo y su respectiva acción en contra del infractor.

La injuria punible civilmente considerada al tenor de las normas del Código Civil, constituye un hecho voluntario ilícito extracontractual comprensivo tanto de la conducta injuriosa vulneratoria de los derechos de la personalidad espiritual del ofendido, así como del resultado civil o daño moral que ocasiona a éste como consecuencia de la vulneración de tales derechos; que establece una relación jurídica entre el ofensor y el ofendido.

⁵⁹ Ibíd. Pág. 71

Para hacer efectiva la reparación pecuniaria se pueden aplicar al responsable de la injuria los medios de apremio previstos en la Ley para que cumpla con el pago del valor de la indemnización y se repare pecuniariamente el daño moral.

Por su contenido la acción civil no es independiente de la injuria punible porque ésta es la causa que la genera y constituye el fundamento para la reclamación de la reparación pecuniaria del daño moral, toda vez que si no existe la sentencia penal condenatoria no se genera la obligación indemnizatoria. Todo esto hasta antes de la reforma. Ahora la reforma –hoy codificada- no exige la acción penal para reclamar el daño moral causado.

La acción civil tiene las mismas características jurídicas que el derecho patrimonial garantizado, además es conexa a la acción penal por generarse de la misma causa.

La acción civil por injuria es de carácter declarativo porque una vez que se declara la obligación indemnizatoria debe todavía liquidarse el monto de la indemnización o el valor económico que el deudor responsable debe satisfacer al titular del derecho.

La acusación particular es fundamental para ejercer la acción, en este sentido, la acusación particular es una demanda civil y como tal deberá contener la expresión de los fundamentos de hecho y de derecho, y la cantidad que se exige por concepto de indemnización. En esta demanda más que realizar una adecuación teórica de la conducta al tipo penal es necesario que en los fundamentos de hecho conste la forma como ha trascendido al patrimonio del sujeto pasivo el agravio moral o injuria ocasionada con la consumación de la conducta injuriosa.

Ahora bien, en la sustanciación de la acción civil ante el fuero penal se distinguen dos niveles:

- El ejercicio de la acción declarativa, en forma accesoria a la acción penal de injuria

- El ejercicio de la acción civil verbal sumaria reclamando la liquidación del monto de la indemnización, en este caso se radica la competencia ante el mismo juez que dictó la sentencia condenatoria.

El juicio verbal sumario de liquidación del monto de la indemnización se sustancia de acuerdo al Código de Procedimiento Civil porque en este se regula el juicio verbal sumario.

Extinción de la acción civil:

- a) Por la renuncia del derecho de proponer acusación particular, siempre que se renuncie también a la de proponer la acción civil por daño moral.
- b) Por abandono, la deserción, el desistimiento, la transacción y la prescripción. Debido a la acción indivisible, si ha sido deducida por un heredero, cuando se declara abandonada la acusación particular, los demás herederos no podrán ejercerla nuevamente. Si se declara prescrita la acción penal por la injuria, también queda prescrita la acción civil.
- c) La acción verbal sumaria de liquidación del monto de la indemnización puede extinguirse por cualquiera de los medios previstos en el Código Civil, salvo la pérdida de la cosa que se debe, la confusión, la declaración de la nulidad o la rescisión, y por el evento de la condición resolutoria porque la naturaleza de la obligación indemnizatoria no las admite. Por lo tanto la acción civil verbal sumaria puede extinguirse junto con su respectivo derecho patrimonial y obligación correlativa del responsable o deudor, por la convención de las partes, por la solución o pago efectivo, por la novación, transacción, remisión, compensación y por la prescripción.

3.12.NORMAS EN EL CODIGO CIVIL SOBRE DAÑO MORAL.

El Código Civil vigente hasta antes del 24 de junio de 2005, regulaba el problema del daño moral en tres artículos innumerados agregados al artículo 2258 por el Art. 2 de la Ley 171, R.O. 779, 4-VII-84.

El origen de esta ley es algo curioso ya que en el considerando de la misma se refiere a la falta de una normativa en el Ecuador sobre el tema de daño moral, pretendiendo que existía en nuestra legislación un vacío sobre este tema.

Tampoco la forma en que se reguló el tema de las indemnizaciones por daño moral fue la más adecuada ya que al agregar los artículos a continuación del artículo 2258 dentro del Título XXXIII del Libro IV sólo da lugar a las indemnizaciones por el daño emergente dejando a un lado al lucro cesante.

Por otra parte la norma deja serias dudas en cuanto al mecanismo para determinar el monto de la indemnización, es decir, para el juez se presenta la dificultad de cuantificar el daño causado.

Finalmente el código establece que la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, sin embargo la imposibilidad física de una persona no da lugar a incapacidad alguna.

La explicación de dicha reforma quizá podemos encontrarla en las palabras del Dr. Juan Larrea Holguín quien elaboró el proyecto en base el cual se introdujo en nuestra legislación la reforma del código de 1970, el Dr. Holguín sostiene que la intención del legislador es la de AMPLIAR el contenido del daño moral, es decir, se admite la indemnización por otras causas además de las imputaciones injuriosas.

Sin embargo el mismo autor reconoce que no existía un vacío en el tema del daño moral sino que se amplía su concepto por lo que seguimos sin entender la ratio legis de la reforma de 1970 ya que insistimos si se encontraba previsto en nuestra legislación el daño moral.

El Código Civil vigente trata el tema en los mismos términos que el código anterior, es decir, persisten los graves errores sobre este tema, la Comisión de Codificación únicamente recoge las disposiciones de los artículos innumerados de la siguiente manera:

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

De manera que el Código Civil, en forma particular se refiere al perjuicio moral derivado de la comisión de los delitos de injuria, sin que fuera necesario ampliar esta norma que encerraba dentro de ella toda la problemática de dicha indemnización derivada del daño moral.

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

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

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

Del artículo 2232 se observa primero que no se trata de una norma de procedimientos sino exclusivamente el establecimiento de derechos con fijación de los titulares de los mismos.

El primer inciso se refiere a quienes tienen capacidad para ejercer ese tipo de acciones haciendo una clara diferenciación entre el daño material y el daño

moral, pues habla de la reparación cuando el perjuicio sea meramente moral esto es cuando no se hubiera derivado daño material alguno.

Cabe una aclaración en el sentido que la indemnización no tiene fines de reparación sino de compensación, esto es, igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra. Y esto es correcto porque lo que se pretende con la indemnización es amortiguar, atenuar el daño, a través de la entrega de un bien que puede causar en el ánimo del ofendido una satisfacción que compensa en algo el daño recibido.

Consecuentemente debe quedar muy claro que ninguna indemnización derivada de un injusto civil, penal, tiene por finalidad reparar el daño sino compensar los efectos del daño causado.

Además sabemos que la difamación es una especie de injuria, por lo que ese caso particular ya estaba comprendido en el citado 2231 y no era necesario que se lo repitiera en las reformas hechas al Código Civil que estamos examinando.

Es también curioso que el legislador hubiera tenido interés en particularizar ciertos delitos: lesiones, violación prisión arbitraria, que puedan provocar sufrimientos físicos o psíquicos cuando hubiera bastado que se refiriera a la comisión de delitos en general, sean dolosos o culposos, pues la mayoría de ellos provoca sufrimientos físicos o psíquicos no solo a los directamente lesionados con la ofensa, sino a los indirectamente receptivos de dichas ofensas, como los parientes íntimos, o los cónyuges.

El tercer inciso es fundamental porque señala que la demanda de reparación de daños morales solo es procedente si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado por lo tanto si el que está obligado a precisar la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor es el Juez Penal, la demanda de indemnización de perjuicios derivada de la condena penal debe presentarse ante el Juez Penal por cuerda separada quien por ende al prorrogársele la competencia para este caso especial del conocimiento del la

demanda civil de indemnización es el llamado a establecer la existencia del daño y cuantificar los mismos sean materiales o morales.

Art. 2233.- “La acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. De haber producido el hecho ilícito la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechos habientes, conforme a las normas de este Código.

Cuando el daño moral afecte a las instituciones o personas jurídicas, la citada acción corresponderá a sus representantes.”

Art. 2234.- “Las indemnizaciones por daño moral son independientes por su naturaleza, de las que, en los casos de muerte, de incapacidad para el trabajo u otros semejantes, regulan otras leyes.”

Art. 2235.- “Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.”

Art. 2236.- “Por regla general se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas. Pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.”

Art. 2237.- “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes parecieren fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valgan el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados.”

Sobre las disposiciones transcritas es necesario realizar los siguientes comentarios:

De la primera disposición trascrita tenemos como elemento fundamental la palabra reparar la cual se entiende como componer, enderezar o enmendar el menoscabo que ha padecido una cosa.

Por otra parte el segundo inciso de esta disposición debe entenderse como que se exceptúan los casos en que ya ha habido sentencia condenatoria penal.

Sobre el Art. 2233 caben los siguientes comentarios:

Se consideran dos agraviados en esta disposición la víctima personal o su representante legal, y las instituciones o personas jurídicas.

En caso de imposibilidad física de la víctima podrán reclamar la indemnización el representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y si aquella habría muerto podrán intentarla sus derechos habientes.

En el caso de las personas jurídicas, la acción corresponde a sus representantes, cuando sean las afectadas por el daño moral.

El fundamento de estas disposiciones podríamos encontrarlo en el Art. 23 numeral 8 de la Constitución, la mencionada disposición señala que el Estado reconocerá y garantizará a las personas el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

Ahora bien, con respecto al Art. 2234 nos encontramos con varias interrogantes, supone acaso este artículo que se pueda fallar dos veces sobre un mismo asunto puesto que si entendemos por independencia atendiendo al significado natural y obvio de las palabras como autonomía, libertad, que no tienen vinculación con otra cosa, consecuentemente las indemnizaciones por daño moral nada tienen que ver con cosas que provienen de la muerte de un individuo por ejemplo, ¿qué ocurre sin en juicio penal por homicidio se establece la ninguna responsabilidad o participación de quien ya indemnizó por daño moral en la vía civil?.

No hay pues tal independencia como aquí se plantea porque precisamente el Derecho Universal ha impedido siempre dividir la continencia de la Causa para

que no puedan haber sentencias contradictorias entre sí. Así lo dispone el Código de Procedimiento Civil en su sección 6 del Título I del Libro Segundo.

Art. 108.- Se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima, en los casos siguientes:

1. Cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada;
2. Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido;
3. Cuando haya un juicio de concurso, al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pida; y,
4. Cuando, de seguirse separadamente los pleitos, se dividiría la continencia de la causa.

Art. 109.- Se divide la continencia de la causa:

1. Cuando hay en los pleitos, propuestos separadamente, identidad de personas, cosas y acciones;
2. Cuando hay identidad de personas y cosas, aún cuando las acciones sean diversas;
3. Cuando hay identidad de personas y acciones, aún cuando las cosas sean diversas;
4. Cuando hay identidad de acciones y cosas, aún cuando las personas sean diversas;
5. Cuando las acciones provienen de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas; y,
6. Cuando la especie sobre que se litiga está comprendida en el género que ha sido materia de otro pleito.

Art. 110.- No se decretará la acumulación:

1. Cuando los autos estén en diversas instancias;
2. En el juicio ejecutivo y en los demás juicios sumarios; y,
3. En los juicios coactivos.

Art. 111.- No se acumularán al juicio de concurso general los procesos que se sigan por acreedores hipotecarios, si éstos prefieren exigir por separado el pago de sus créditos, ni los juicios coactivos.

Art. 112.- Decretada la acumulación, al proceso anterior se acumulará el posterior, y actuarán el juez y el secretario que intervenían en el primero. En los casos de concurso, el juez que lo hubiere decretado conocerá de los autos acumulados.

Con respecto a los artículos 2236 y 2237 es de anotar que la acción popular dentro del derecho procesal es la que puede ejercitar cualquier ciudadano o muchos de ellos ya en beneficio particular ya en asuntos de interés para el pueblo, sin embargo, tal acción popular que consta en diversos cuerpos normativos ha enfrentado con una serie de dificultades en la práctica, debido a que no se sabe a ciencia cierta ante qué autoridad proponer la acción popular, ya que ningún cuerpo legal lo trata al respecto.

Cabe también un análisis de ciertas normas del Código de Procedimiento Penal, el anterior 329 (Art. 52 Código Penal) expresaba en los daños y perjuicios serán pagados en forma solidaria por todos los condenados contra quienes se haya reclamado mediante acusación particular, es decir, que es presupuesto necesario para la procedibilidad del ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios derivada de la infracción. Ya que el ofendido no adquiere la titularidad del derecho a la compensación mientras no la presente a través de acusación particular la manifestación de voluntad encerrada en la pretensión punitiva y en la pretensión de resarcimiento.

Finalmente no existen norma alguna en el texto de las reformas a que venimos aludiendo que exprese cuál es el procedimiento que el afectado con el daño moral debe seguir.

3.13.JURISPRUDENCIA:

LA DOCTRINA ESTABLECE QUE DEBE HABER UNA RELACION DE CAUSALIDAD DIRECTA ENTRE EL ACTO NO CULPABLE Y EL DAÑO REALIZADO, ESTE HECHO BASTA PARA QUE DEBA SER

REPARADO; PUES LO OBJETIVO ES EL DAÑO Y SOLO SE ATIENDE A ESTA PARA SU REPARACION. ART.2232

Tercera sala de lo Civil y Mercantil

Proceso 378-99

Sentencia 8 noviembre 1999 R. O. 23 del 23 de febrero de 1999

PARA PODER ATRIBUIR LA RESPONSABILIDAD DE HABER OCASIONADO DAÑO MORAL, SE REQUIERE QUE HAYA ACCION U OMISION Y LA VALORACIÓN DEL DAÑO PRODUCIDO. DICHA ACCION U OMISION DEBEN SER ANTIJURIDICOS Y CAPACES DE OCASIONAR EL DAÑO.

Tercera sala de lo Civil y Mercantil

Proceso 389 – 2000

Sentencia 19 de octubre 2000 R.O. 301 del 16 de abril de 2001

Sobre esta figura jurídica, no existe mucha jurisprudencia en el Ecuador, uno de estos casos lo encontramos en la G. J. XVI, No. 6 pág. 1521, que dice “demanda en juicio ordinario el pago de perjuicios y daños, por haber sido enjuiciado penalmente por peculado. En Primera Instancia, el Juez determina que el daño moral es fuente de obligaciones a favor de quien sufre el daño, con indemnización pecuniaria de parte de quien lo ocasionó, fundamentándose en la Ley publicada en el R. O. No. 779 de julio 4 de 1984, dando lugar a la demanda y ordena a la parte demandada el pago de doscientos millones de sucres por daños morales sufridos por el actor. En Segunda Instancia se establece ratifica la indemnización pecuniaria por tratarse de un enjuiciamiento injustificado pues se privó la libertad del actor produciéndole un daño moral irreparable, que de acuerdo al Art. 19 de la Constitución, el Estado garantiza a los ciudadanos el derecho a la honra y a la buena reputación; que el Art. 20 de la misma Constitución, establece que el Estado y demás instituciones del sector público, están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que irroguen a los servicios públicos, por todo esto, esta Instancia condena al pago de cuatrocientos millones de sucres por daño moral. La Corte Suprema desecha el recurso de casación interpuesto a la sentencia, que acepta la demanda por existencia de daño moral”.

PERJUICIOS POR DAÑO MORAL, Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. No. 6. Pág. 1525. (Quito, 16 de Junio de 1996).

DAÑO MORAL, Gaceta Judicial. Año LXXXVIII. Serie XV. No. 2. Pág. 397. (Quito, 5 de Mayo de 1988).

Sobre el requerimiento de que exista una sentencia condenatoria penal para poder ejercer la acción civil la jurisprudencia ha sostenido criterios distintos con respecto a la doctrina hasta ahora estudiada, a continuación señalaremos los ejemplos que los demuestran:

“...Por lo tanto la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido, el legislador la habría requerido expresamente. (Fallo de Casación 24-IV- 95 Exp. 28-95 R.O. 698, 18- V-95).

“Conforme lo ha declarado esta Sala, la acción civil para obtener la indemnización por daño moral es independiente y no está supeditada al previo ejercicio de la acción penal, pues en las normas especiales, sobre el daño moral no se ha establecido esta prejudicialidad que, de haberla querido el legislador la habría requerido expresamente...”

(3- IV-96 Exp. No. 781-94 R. O. 958, 3-VI- 96).

3.14.DERECHO COMPARADO:

Expuestos en la voz citada los casos concretos de mayor interés en el Código Civil español a través de sus distintas instituciones, se incluyen tan solo ahora los principios que rigen en la materia en cuanto a las obligaciones en general: “la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que hay dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes” (Art. 1106). Los daños y perjuicios de que responde el deudor de

buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responde el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” (Art. 1107). “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistir en el pago de los intereses convenidos; y a falta de convenio, en el interés legal” (Art. 1108)”

Derecho Civil Mexicano: normas del Código Civil sobre el daño moral:

Art. 2108: Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación

Art. 2109: Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación

Art. 1916: Independientemente de los daños y perjuicios, el juez puede acordar, a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familiar, si aquella muere, una indemnización equitativa al título de reparación moral que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.

Por otra parte el Código Penal de forma mas amplia reconoce la reparación por daño moral:

Art. 30: La reparación del daño comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si no fuera posible, el pago del precio de la misma y II, la Indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

“La sentencia italiana de Casación de 10 de septiembre de 1998, considera que la muerte es cuestión distinta de la pérdida de la salud y el derecho a la vida es diferente del derecho a la salud, de donde, la indemnización de lo uno o de lo otro son diferentes. No cabe argumentar que quien podría reclamar por la pérdida de la salud, no puede reclamar por la muerte, que es más grave, porque se trata de dos derechos diferentes”⁶⁰.

⁶⁰LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004. Pág. 227

CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación ha pretendido esencialmente analizar a los actos ilícitos como fuentes no contractuales de las obligaciones con el objeto de tratar de establecer cual ha sido la normativa ecuatoriana sobre el tema y el enfoque que se ha dado a diversos temas relacionados con las obligaciones en especial a las que surgen del daño moral y la difícil determinación de una cuantía correspondiente a la indemnización.

A continuación señalaremos las principales conclusiones obtenidas:

1.- Definición de fuentes de las obligaciones: Se llaman fuentes de las obligaciones o como decían los romanos, “causa de las obligaciones”, los hechos y actos jurídicos que les dan nacimiento o las originan, “aquellos hechos a los que el ordenamiento jurídico reconoce la virtud de crear una relación obligatoria entre los dos sujetos de derecho”.

2.- El Código Civil ecuatoriano reconoce cinco fuentes de las obligaciones: contractuales, cuasicontractuales, delictuales cuasidelictuales y la Ley. El criterio de agregar como fuente de las obligaciones a la LEY, se debe a los Estatutarios. El Código Civil ecuatoriano unifica el tratamiento de las obligaciones que nacen de delito o cuasidelito; en efecto, luego de tratar de las obligaciones provenientes de cuasidelitos, trata conjuntamente de los delitos y cuasidelitos. Tanto en una como otra figura existe una conducta, acción u omisión, que contraviene alguna norma jurídica

3.- Definición del Delito: Von Ernesto Beling define al delito como un acto, típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado y que cumple en veces condiciones objetivas de punibilidad.

4.- Distinción de delito y cuasidelito civil: en el delito, el elemento básico es el dolo, la intención de dañar. En el cuasidelito no existe dolo, no se hace presente esa intención de dañar solo hay culpa, negligencia por parte del autor. La doctrina contemporánea y muchas disposiciones legales tienden a prescindir del elemento subjetivo (dolo o culpa), concluimos que esta diferencia no tiene mayor trascendencia porque tanto el delito como el cuasidelito, en materia civil

dan lugar a la misma o idéntica indemnización, no porque una persona alegue la existencia de delito va a conseguir una mayor indemnización; ambas son iguales. Es más, en la práctica jurídica no es frecuente que se presente una demanda de indemnización fundada en un delito, la mayor parte de éstas siempre están fundadas en la existencia de un cuasidelito, ya que es más fácil de probarlo. La concepción clásica de que solamente hay ilícito si la acción o la omisión se debían a dolo o culpa del agente considerada en la doctrina jurídica y aún mantenida en el Código Civil Ecuatoriano ha pasado a un plano más relativo y de menor importancia; en nuestros días la vida cotidiana hace que se prescinda de este factor subjetivo: dolo o culpa para asignar la obligación de restituir o de indemnizar por un acto punible.

5.- Los requisitos para que de un acto ilícito surja una obligación civil son:

- hecho ilícito
- causado un daño a otra persona o sus derechos,
- relación causal
- imputabilidad
- la responsabilidad

6.- La distinción entre delito civil y delito penal viene dada por el principio “Nullum crimen, nulla poena sine lege” ya que en la ley civil, impera el sentido de la libertad, es decir que está permitido obrar cuando la conducta no está prohibida por la ley. En este sentido no se incurre necesariamente en una pena en el caso de violación de normas civiles. El incumplimiento de las normas civiles puede o no implicar una sanción, y ésta en algunos casos tendrá el sentido de pena civil.

7.- Las OBLIGACION fundamental QUE NACE DE UN HECHO ILÍCITO es la que tiene el agraviado de reclamar la indemnización de perjuicios, la restitución de las cosas a su primitivo estado o la devolución de aquello que se le ha privado. Estas indemnizaciones o restituciones se las puede pedir en el mismo juicio penal o pueden dar lugar a una acción civil pero fundada en lo ya pronunciado en el campo penal. Sin embargo por lógica, no cabe que quien ya ha obtenido una indemnización o una restitución, dentro de un juicio penal,

pretenda iniciar una nueva acción en el campo civil para obtener lo mismo. Pero nada impide que se inicie una acción civil para pedir la ejecución de la pena en lo que a la reparación de perjuicios se refiere y que haya sido reconocida en el juicio penal. Es decir que la sentencia constituye título ejecutivo y sirve de base para una acción civil.

8.- Hoy en día no es preciso agotar la vía penal para proceder a la demanda de daños y perjuicios ya que puede requerirse la indemnización civil sin proponer la acción penal; es decir es posible acudir directamente a la vía civil según lo señala el Código Civil.

9.- En definitiva como consecuencia del delito, sobreviene la acción civil por daños y perjuicios causados derivada precisamente del hecho ilícito. La indemnización de daños y perjuicios comprende:

1. Daño emergente (Disminución real del patrimonio de la víctima).
2. El lucro cesante (Ganancia que deja de percibirse como consecuencia del ilícito).

10.- Carácter de la indemnización: La indemnización del daño tiene una función de carácter satisfactoria, es decir, está dirigida a conseguir por lo menos el equivalente al perjuicio ocasionado.

El Art. 31 del Código de Procedimiento Penal, determina las reglas de la competencia para el caso de los juicios de indemnización.

11.- Nuestro Código Civil, en lo que hace referencia a la responsabilidad extracontractual, tal como hemos apreciado, acepta la tesis de la responsabilidad subjetiva, en virtud de la cual, la víctima de un delito o cuasidelito para obtener la indemnización debe probar el dolo o la culpa del autor del hecho ilícito y toda responsabilidad extracontractual tiene su fuente en hechos ilícitos, los cuales, dentro de nuestro sistema jurídico, se dividen en las siguientes clases:

- 1) Responsabilidad por hecho propio Art. 2214 (Ex 2241).
- 2) Responsabilidad por hechos ajenos. Art. 2220 (Ex 2247).
- 3) Responsabilidad por daños de animales. Art. 2226 (Ex 2253).

- 4) Responsabilidad en razón de los hechos acaecidos con motivo de una construcción. Artículos. 2223, 2224, 2228 (Ex 2250, 2251, 2255).
- 5) Responsabilidad por causa de cosas inanimadas. Art. 2229 (Ex 2256).

12.- La enumeración que realiza el artículo 2220 que regula los casos en los cuales se establece la responsabilidad por hechos ajenos no es taxativa y puede aplicarse a casos similares, ello queda demostrado por la terminología que utiliza tal norma, es decir, el uso de la expresión “así” que equivale a por ejemplo. La redacción con la palabra “así”, después de la declaración general, constante en la cabeza del artículo, da la impresión que se trata de una enumeración ejemplificadora y no taxativa. Bien puede serlo, porque en lo civil vale y se aplica la interpretación extensiva, o sea, la analogía.

13.- Se define al daño moral como la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos y sentimientos, por la acción culpable o dolosa de otra.

14.- El daño moral presenta tres formas en las que se puede ocasionar la vulneración de los derechos de la personalidad espiritual:

- Cuando el daño es moral y a su vez material, estamos frente al caso de daño moral de efectos patrimoniales directos,
- Puede tratarse de un daño moral de efectos patrimoniales indirectos
- El daño moral de efectos meramente subjetivos, cuando el agravio moral o injuria no incide sobre el patrimonio del ofendido; es decir, no existe perjuicio económico.

15.- Es necesario distinguir dos conceptos que van continuamente ligados: daño moral e injuria: El daño moral en nuestro sistema jurídico sobre reparación de daños morales, es la categoría jurídica que expresa la trascendencia económica del agravio moral o injuria que sufre el ofendido como consecuencia de la vulneración de los derechos de su personalidad espiritual. El agravio moral o injuria es el sufrimiento que experimenta el ofendido como consecuencia de la vulneración de los derechos de su

personalidad espiritual; en tanto que el daño moral es la apreciación objetiva de la trascendencia económica del agravio moral o injuria en el patrimonio del ofendido

16.- Sobre si es procedente el daño moral a las personas jurídicas concluimos que son susceptibles de indemnización de daños y perjuicios, si se atenta contra su buen nombre o su fama o pierda su credibilidad y confianza, en cuanto entes capaces de contraer obligaciones a través de sus personeros legales, cuando haya sido perjudicada directamente a consecuencia de un hecho y esto es obvio, ya que todo acto o hecho contrario a la ley no deja de dañar gravemente a toda entidad al margen de la faz económica, ora en el buen nombre o en la confianza del público ora en el crédito que goza, se genera la obligación para que el ofensor repare pecuniariamente el daño moral ocasionado, y el correlativo derecho de la persona jurídica ofendida, para que reciba el monto de la indemnización. También una persona jurídica puede ser demandada al pago de daños y perjuicios como en caso de mala practica médica.

El inciso segundo del artículo 2233, otorga la acción por el daño moral ocasionado a las personas jurídicas, a sus representantes legales; y el valor de la indemnización deberá ingresar al patrimonio de su representada, ya que la titularidad del derecho corresponde a la persona jurídica aunque el personero legal ejerza la respectiva acción. El fundamento de la indemnización radica en que la ofensa que se pudiera realizar en su contra afecta negativamente a su buen nombre o razón social.

17.- Conviene realizar una distinción sobre daño moral y daño patrimonial: El daño moral es autónomo del daño patrimonial. El daño moral puede configurarse sin que concurra desmedro económico alguno. El daño patrimonial no involucra una lesión a los sentimientos o afectos de la persona, pues como se dice la afección a un hecho puede producir daños materiales cuantiosos y no vulnerar o lesionar las afecciones legítimas y viceversa.

No todo perjuicio económico se traduce en un perjuicio espiritual, pues de lo contrario se llegaría a establecer absurdamente de que la víctima de algún daño patrimonial, podría reclamar siempre la reparación de un daño moral; aunque en el medio en que vivimos, nuestra sociedad se encuentra tan materializada

que tenemos que reconocer que la prioridad del ser humano, gira en torno a sus bienes materiales, de modo que la lesión de estos provoca casi siempre un desazón, una molestia o alteración anímica, pero si no hay interés moral previo y claramente diferenciable del económico en lo que atañe a lo que el sujeto sienta por la destrucción, privación o deterioro de la cosa.

18.- ¿Cuál es el fundamento de la indemnización por daño moral?

El tratadista Guillermo Borda se refiere de manera sistemáticamente sobre los argumentos tanto negativos como positivos para dicha indemnización:

Argumentos negativos:

- a) Es inmoral poner un precio al dolor
- b) Implica un enriquecimiento sin causa a favor del agraviado que no ha sufrido perjuicio alguno en su patrimonio
- c) El perjuicio moral no es mensurable del punto de vista económico.

Argumentos positivos:

- a) En la mayor parte de los casos no hay sino una legítima pretensión de que se repare a la víctima de todos los daños injustamente sufridos.
- b) No hay tal enriquecimiento sin causa pues la causa de la indemnización está en el perjuicio moral y en la obligación legal de repararlo.
- c) No es enteramente exacto que no sea censurable económicamente por lo menos la víctima podrá procurarse con el dinero otros bienes o placeres que de alguna manera compensen los perdidos.

Nosotros compartimos el criterio que sostiene que la indemnización tiende, por regla general, a reparar el daño o a restablecer el patrimonio de la víctima. Dada la naturaleza del daño moral ello no puede ocurrir efectivamente; pero esto no obsta para que se haga efectiva una indemnización porque, de lo contrario, estaríamos frente a una verdadera injusticia de la Ley. Además debemos convenir en que la indemnización no sólo es reparadora, sino, también compensatoria o satisfactoria... porque el daño puede ser por su naturaleza irremediable.

19.- Finalmente cabe realizar un comentario sobre las normas en el Código Civil sobre daño moral:

El Código Civil vigente hasta antes del 24 de junio de 2005, regulaba el problema del daño moral en tres artículos innumerados agregados al artículo 2258 por el Art. 2 de la Ley 171, R.O. 779, 4-VII-84.

El origen de esta ley es algo curioso ya que en el considerando de la misma se refiere a la falta de una normativa en el Ecuador sobre el tema de daño moral, pretendiendo que existía en nuestra legislación un vacío sobre este tema.

Tampoco la forma en que se reguló el tema de las indemnizaciones por daño moral fue la más adecuada ya que al agregar los artículos a continuación del artículo 2258 dentro del Título XXXIII del Libro IV sólo da lugar a las indemnizaciones por el daño emergente dejando a un lado al lucro cesante.

Por otra parte la norma deja serias dudas en cuanto al mecanismo para determinar el monto de la indemnización, es decir, para el juez se presenta la dificultad de cuantificar el daño causado.

Finalmente el código establece que la acción por daño moral corresponde exclusivamente a la víctima o a su representante legal. Mas, en caso de imposibilidad física de aquella, podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, sin embargo la imposibilidad física de una persona no da lugar a incapacidad alguna.

Pese a las explicaciones dadas sobre la materia seguimos sin entender la ratio legis de la reforma de 1970 ya que insistimos si se encontraba previsto en nuestra legislación el daño moral.

El actual código civil trata el tema en los mismos términos que el código anterior, es decir, persisten los graves errores sobre este tema, la Comisión de Codificación únicamente recoge las disposiciones de los artículos innumerados a partir del artículo 2231.

Para finalizar el presente trabajo, traemos una de las muchas reflexiones de nuestro maestro el Dr. Hernán Coello, al citar a Franz Kafka nos decía: “Decía Kafka al resumir él mismo, con su enigmática forma de expresarse, su célebre “Proceso”: “Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta al guardián

y le pide que le deje entrar”, dice para comenzar el relato alucinante y a la vez ambiguo, hasta cuando, al terminarlo, el guardián, comprendiendo que ha pasado el tiempo y que el campesino, anciano ya, va a morir sin haber podido llegar a la ley, acercándosele al oído para no dudar de que será escuchado le asegura: “Nadie podía intentarlo –llegar a la ley- porque esta puerta estaba reservada solamente para ti. Ahora voy a cerrarla.”

Con todo esto hemos llegado a comprender como lo manifiesta este gran maestro que “no siempre era posible llegar a la ley porque quienes la elaboran la han manipulado al extremo de procurar hacerla impenetrable de tal modo que, mientras más tiempo se ocupa en tratar de llegar a ella, más difícil se vuelve ese intento porque todos los días se agrega a través del Registro Oficial una nueva seguridad a la puerta que ha llegado a adosar ya treinta y nueve mil normas que, cabalmente, por su dudosa calidad, hacen más inseguro el paso.”

Una verdad innegable es que estos “hacedores de leyes” han sido elegidos por nosotros, el pueblo, que a lo largo de la vida democrática del País nos hemos ido dando cuenta que nos equivocamos a la hora de elegir a nuestros representantes y pese a ello lo seguimos haciendo, eligiendo a gente no preparada para una tarea de tanta responsabilidad, nos dejamos llevar por el primero de la lista y tras él llegan otros más que talvez ni los conocemos y, que quizá llegaron a conformar la lista por el simple apoyo económico a la campaña y no por su preparación, o por el candidato que gasta más en su campaña y llega a la gente con sus falsas promesas o en la carita famosa que se asoma en televisión: cantante, presentador de televisión, comentarista deportivo o en el locutor de radio que con miras a las próximas elecciones hace del micrófono su arma para supuestamente combatir las injusticias que vive el pueblo y cubriéndose con piel de oveja se gana su afecto y admiración y luego asoma como el supuesto salvador –candidato- o porque las personas que llegan a ocupar una curul en el Congreso Nacional, piensan que tienen que hacer obras para su provincia y no tienen ni idea que su cometido es legislar y fiscalizar, o por el sueldo que perciben nuestros honorables, lo cual resulta atractivo para cualquier ciudadano llegar a alcanzar tal dignidad; en fin, todo esto ha acarreado la ineficacia del Congreso para legislar y su deterioro institucional.

En cuanto a la administración de justicia uno de los pilares fundamentales de la democracia, si bien es difícil la tarea que se torna para los jueces y magistrados a la hora de aplicar la Ley, no se pueden escudar en la existencia de malas leyes para culpar su incorrecta aplicación, pero si tenemos buenos jueces no importa que existan malas leyes; pero de nada vale buenas leyes si los jueces son los malos.

***“Benditos los jueces que salvan a un hombre honrado e inocente,
que un poder injusto, cruel y suspicaz ha inmolado.”***

BIBLIOGRAFÍA:

- ABARCA GALEAS Luís Humberto. La injuria punible y la reparación del daño moral que ocasiona. Quito Ecuador 1997.
- ALESSANDRI, Arturo- SOMARRIVA, Manuel. Curso de Derecho Civil. Chile. (Clases redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic). Chile, 1942.
- ALVAREZ Faggioni Alejandro. Estudio de las Obligaciones en el Derecho Civil Ecuatoriano. Universidad de Guayaquil. 1982.
- BORDA Guillermo. Tratado de Derecho Civil Obligaciones I y II. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980.
- CLARO Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.- Volumen V. Tomo X. Editorial Jurídica de Chile, 1979.
- COELLO García Hernán. Epítome del Título Preliminar del Código Civil, y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana. Universidad del Azuay, 1995.
- COELLO García Hernán. Teoría del Negocio Jurídico. Universidad del Azuay, 1992.
- COELLO GARCIA, Hernán. Derecho Civil Obligaciones. Universidad del Azuay, 2003.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO CIVIL y Leyes Conexas. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO PENAL Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO DEL TRABAJO. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Diccionario Jurídico ESPASA. Madrid, 2001.

- Diccionario Jurídico Elemental. Guillermo Cabanellas de Torres. Editorial Heliasta. Argentina, 1997.
- Diccionario de Psicología. Friedrich Dorsch. Editorial Herder. Barcelona, 1976.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA.
- ENNECCERUS, KIPP y WOLF: Tratado de Derecho Civil. Barcelona, 1955.
- JURISPRUDENCIA. Código Civil. Tomo II. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LARREA Holguín Juan. Derecho Civil del Ecuador. Tomo XV. Obligaciones Extracontractuales. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004.
- LARREÁTEGUI, Carlos. Derecho Romano de las Obligaciones con referencias al Derecho Civil Ecuatoriano. Editorial Universitaria U. Central del Ecuador.
- MUÑOZ Conde Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá 1990.
- OSPINA Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis S.A.
- Revista de Derecho y Jurisprudencia” , tomo XXV, sección primera. Bogotá – Colombia. 1983.
- ROJINA Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Obligaciones. Editorial Porrúa. México, 1985.
- TORRES CHAVES Efraín. El Daño Moral, Primera parte. Fondo de cultura ecuatoriana, Cuenca. Año 1994.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones Colombia. 1984.
- VELASCO Céleri Emilio. Sistema de Práctica Procesal Civil. Tomo 7. Pudeleco Editores. Quito, 2005.

INTERNET:

Http: www.dlh.lahora.com.ec TERÁN Luque, Marco.

Http: www.elcomercio.com

Http: www.tribunalconstitucional.gov.ec

Http: www.puce.edu.ec

Http: www.hoy.com.ec

Http: www.ildis.org.ec